Numero 2 – 2020

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

ALBERTO BARBAZZA (*giudice del Tribunale di Treviso*) – CECILIA BERNARDO (*giudice del Tribunale di Roma*) – MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) – PAOLA MARIA BRAGGION (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) – ALESSANDRO CENTONZE (*consigliere della Corte di cassazione*) – MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – VITTORIO CORASANITI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – LUCA D'ADDARIO (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) – ANTONIO D'AMATO (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – ALESSANDRO D'ANDREA (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – COSIMO D'ARRIGO (*consigliere della Corte di cassazione*) - BALDOVINO DE SENSI, (*giudice del tribunale di L'Aquila*) - 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 (*componente del comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*) – STEFANO GUIZZI (*consigliere della Corte di cassazione*) – 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 (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – 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 della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*) – GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) – RENATO PERINU (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FRANCESCA PICARDI (*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 (*consigliere 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 2020)

Gli Autori 5

Mario Cicala, *La Magistratura fra clientelismo e politicizzazione: appunti per una riflessione*..... 6

Mario Cicala, *Le "correnti" della Magistratura Italiana: centri di potere? Espressione politica? Strumenti di dibattito ideale?– il ruolo di Magistratura Indipendente.* 9

Loredana Nazzicone, *I doveri "presi sul serio"*..... 26

Nicola Di Leo, *Non solo diritti, ma anche doveri.* 41

Massimiliano Siddi, *Il diritto sospeso: logica della paura e paura della logica* 49

CIVILE

Salvatore Casciaro, *Il tormentato capitolo della mora del creditore nel rapporto di lavoro*..... 62

Vincenzo Vito Chionna, *Il diritto "(es)temporaneo" delle società e della crisi di impresa al tempo del Covid-19* 72

Luciano Guaglione, *Consenso informato e testamento biologico. La legge n.219 del 2017. Profili civilistici della legge* 96

Sara Gatto, *Proposte di soluzione ai problemi della giustizia nella prospettiva del giudice di pace* 118

Giselda Stella, *Il principio di non contestazione: una ricognizione dell'istituto e uno sguardo alle questioni aperte* 125

Mauro Mocci, *Il principio di collegialità alla prova del covid-19*..... 137

Giovanna Brunetta, *La Convenzione CARD e intervento della Gestionaria nel giudizio promosso dal danneggiato nei confronti del danneggiante e della sua impresa di assicurazione*..... 156

EUROPA

Mia Magli e Giuseppe Spadaro, *Diritti dei minori e rapporti tra le fonti del diritto internazionale* 167

Paolo Bruno, *La sottrazione internazionale dei minori: verso una loro protezione anche preventiva*... 198

PENALE

Alessandro Centonze, *Gli incerti confini tra dolo eventuale e colpa cosciente e le applicazioni giurisprudenziali della "Formula di Frank"* 214

Davide Pretti, *Osservazioni critiche al disegno di legge di riforma del processo penale* 232

Cesare Parodi, *Scelte investigative e responsabilita' del p.m.:molti sconfitti e nessun vincitore* 285

Gli Autori

Paolo BRUNO, *consigliere per la giustizia e gli affari interni alla Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'Unione Europea*

Giovanna BRUNETTA, *tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013 presso il Tribunale di Treviso*

Salvatore CASCIARO, *consigliere della Corte d'appello di Roma*

Alessandro CENTONZE, *consigliere della Corte di cassazione*

Mario CICALA, *direttore della rivista Il diritto vivente*

Nicola DI LEO, *giudice del lavoro presso il Tribunale di Milano*

Vincenzo Vito CHIONNA, *ordinario di Diritto commerciale Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari "A. Moro"*

Sara GATTO, *giudice di Pace a Vibo Valentia*

Luciano GUAGLIONE, *consigliere della Corte di Appello di Bari*

Loredana NAZZICONE, *consigliere della Corte di cassazione*

Mauro MOCCI, *consigliere della Corte di cassazione*

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

Davide PRETTI, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Vercelli*

Emanuele QUADRACCIA, *giudice del Tribunale di Como*

Massimiliano SIDDI, *Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Viterbo*

Giselda STELLA, *Giudice del Lavoro presso il Tribunale di Paola*

Mario Cicala

La Magistratura fra clientelismo e politicizzazione: appunti per una riflessione

In questo momento storico, il governo autonomo della magistratura è investito da critiche che mi pare si possano riassumere in due fondamentali addebiti: il clientelismo che viene ricollegato alla articolazione in correnti, e la politicizzazione pur essa indotta dalle correnti.

Clientelismo e politicizzazione nascono da moventi diversi e danno luogo a fenomeni profondamente differenti, anche se in qualche caso convergono nella così detta "lottizzazione".

Il clientelismo affonda le sue radici nella stessa natura umana; esisteva prima delle correnti e sopravviverà alla loro scomparsa. Già nel libro del Genesi la Sacra Scrittura ci insegna che i nostri antenati, sedotti dal serpente, hanno abbandonato l'albero della vita, e mangiato i frutti dell'albero del bene e del male; allo scopo di divenire "simili a dei", cioè arbitri -appunto- del bene e del male.

Da allora ogni potere piccolo o grande che sia ha in sé un profilo potenzialmente malvagio; che si appalesa quando non lo utilizziamo per perseguire i nobili scopi cui tale potere è funzionale; bensì per affermare la nostra volontà (e voluttà) di potenza.

E' chiaro che il primo e fondamentale strumento per arginare, se non distruggere, gli abusi è la tensione etica che dovrebbe animare chi ha un potere eletto o elettore che sia. Anche se sovente cadiamo nella illusione di occultare sotto i panni dell'altruismo la egoistica volontà di potenza.

Ma sul piano delle possibili riforme legislative, cioè del fattibile: come combattere gli abusi di potere? Il sistema più semplice sarebbe distruggere il potere stesso. Una soluzione che certo non può essere adottata in via generale come vorrebbero gli anarchici. Ma, per scendere dalle "braghe di Adamo" ai fatti minuti che oggi ci tormentano, il criterio della "anzianità senza demerito" che a me pare il migliore per la nomina dei titolari degli uffici direttivi, stringerebbe il CSM in vincoli che ne ridurrebbero il potere e quindi il possibile abuso di potere. Però debbo dar atto che tutti -o quasi- oggi si sono convertiti alla "meritocrazia"; seguendo l'esempio di Alessandro Magno che in punto di morte avrebbe nominato ad erede del suo impero "il più degno", dando così inizio alle guerre di successione.

Un altro strumento per ridurre le cause che possono indurre il componente del CSM a commettere abusi, è eliminare il vincolo di gratitudine che normalmente lega l'eletto al suo elettore;

specie se “grande elettore”, cioè un soggetto capace di mobilitare forme di aggregazione, amicali, gastronomiche, professionali o correntizie…. E’ evidente che se estraiamo a sorte i componenti del CSM, il nominato deve essere grato solo alla sua buona stella, e siccome le stelle non risulta aspirino a ricoprire incarichi direttivi, vien meno una delle spinte a commettere abusi; anche se certo sopravvivono altre possibili pulsioni verso il “peccato”.

Mentre, di per sé, ogni sistema elettorale vive necessariamente sul rapporto eletto – elettore e dunque suscita, come già accennato, un rapporto di possibile gratitudine; si può solo cercare forme di voto e di scrutinio che rendano difficile all’eletto verificare se colui che ha promesso appoggio ha mantenuto la sua promessa (verifica più facile nei piccoli collegi).

Osservo ancora che se si mantiene lo strumento elettorale, come imposto dalla Costituzione, qualunque riforma che miri esclusivamente ad eliminare la forza delle correnti corre il rischio di essere controproducente, come dimostra l’esperienza del passato.

Di qui la mia opzione a favore del sistema del “voto singolo trasferibile” che non pretende di attuare scopi etici, di rendere i magistrati “più buoni”; ma consente di “fotografare” puntualmente le opzioni dei singoli elettori, realizzando così la più esatta possibile forma di autogoverno. Articolata in correnti se così vogliono gli elettori, composta di singoli “battitori liberi”, se così sceglieranno i magistrati (rinvio al mio studio sulle leggi elettorali del CSM pubblicato su Il Foro Italiano).

Con questa confessione, passo ad un cenno sul secondo corno della nostra riflessione: la politicizzazione della giustizia che viene da molti collegato alla esistenza fra i magistrati di forme associative definite “correnti”.

E’ chiaro che anche i magistrati possono liberamente associarsi secondo i criteri che loro più appaiono convenienti; e il peso inevitabilmente anche elettorale) delle correnti dipende dalla loro capacità di aggregare i colleghi. Questa capacità è legata a molti fattori, fra cui -in passato almeno- hanno svolto un importante ruolo le articolazioni ideologiche.

Ci si domanda: queste articolazioni ideologiche sono scomparse?.

A me pare di dover rispondere di no.

Dobbiamo ricordare che le correnti ideologiche così come oggi operative nascono con il costituirsi nel 1964 della prima delle correnti ideologiche: Magistratura Democratica (ora Area).

Magistratura Democratica si professa dichiaratamente progressista e di sinistra e soprattutto sostiene che questa scelta determina importati effetti nelle forme, nei modi, nei risultati della giurisdizione.

Questa scelta non è condivisa da molti magistrati, ed i critici più decisi hanno costituito il raggruppamento di “Magistratura Indipendente” che contesta l’affermazione chiave di volta di MD secondo cui le scelte ideali del giudice si rifletterebbero nella giurisdizione.

Costituiti così due poli, è fatale se ne formi anche un terzo -a metà strada fra gli altri due- che oggi è rappresentato soprattutto da Unicost.

Per correttezza, devo ricordare che MD respinge al mittente le critiche di MI in quanto sostiene che MD si limita a manifestare con franchezza la propria opzione ideale; mentre i magistrati tradizionalisti aderenti a MI nasconderebbero sovente sotto il manto della apoliticità scelte ideologiche reazionarie.

Non è questa la sede per ripercorrere tutta la storia di questa diatriba, fra scontri al calor bianco, e sorprendenti convergenze (con la formazione nella ANM di giunte MD-MI con esclusione di Unicost). Ho in proposito redatto una sommaria esposizione in occasione di un convengo organizzato da MI nell’ottobre del 2018 e ad essa rinvio.

Mi pare comunque difficile contestare che le ragioni di una articolazione ideologica permangono ancora oggi come dimostra il colloquio intercettato fra due esponenti di Unicost: uno che -secondo me ragionevolmente- ritiene inopportuno uno scontro con il Ministro dell’interno dell’epoca e un altro che riconosce le buone ragioni dell’interlocutore; ma taglia corto: è bene, è politicamente opportuno, coltivare buoni rapporti con Area e con una parte politica e dunque si vota in CSM un ordine del giorno di critica al Ministro, e di solidarietà con chi lo accusa.

E allora?

Da buon tradizionalista, non credo esista la soluzione definitiva dei problemi che oggi ci affliggono, credo però sia nostro dovere discuterli ed affrontarli, nonché tentare di contenerli, in un rapporto dialettico aperto con tutti coloro che non la pensano come noi.

Perciò ho elaborato questi appunti; in cui ribadisco la mia condivisione del pensiero di Montale secondo cui "la storia non procede/né recede, si sposta di binario/ e la sua direzione non è nell'orario".

Mario Cicala

Le “correnti” della Magistratura Italiana: centri di potere? Espressione politica? Strumenti di dibattito ideale?– il ruolo di Magistratura Indipendente[1].

Entro subito nell'argomento, che è vasto e complesso: coinvolge sessant'anni e più di un'istituzione tutt'altro che abulica e tranquilla ; di un'istituzione dove si è dibattuto intensamente sulla natura e la portata delle funzioni esercitate; con discussioni che si sono riflesse nelle modalità di gestione della Giustizia, cioè di un Potere che -da “Mani Pulite” in poi - è stato -o forse soltanto è apparso - il motore principale delle trasformazioni del Paese.

A comporre questo motore sono state donne ed uomini spesso di spiccata personalità, con un forte sentimento di indipendenza, non agevolmente inquadrabili in schemi rigidi e precostituiti. Perciò le indispensabili semplificazioni proprie di ogni ricostruzione storica non consentiranno mai di dare una visione completa ed esaustiva di questi anni di vita della magistratura. Ed è ovvio che le testimonianze di coloro che -come me- hanno operato all’interno del “continente giustizia” siano impregnate della visione soggettiva da cui ciascuno di noi prende le mosse.

Con queste doverose premesse, entro in medias res ed osservo che, posto che MI è una corrente all’interno della Associazione Nazionale Magistrati, viene spontaneo domandarsi cosa siano quelle aggregazioni comunemente denominate “correnti”.

Nel titolo del mio intervento ho prospettato tre qualificazioni delle correnti: **centri di potere; espressione politica; strumenti di dibattito ideale**. Ed io ritengo le correnti abbiano corrisposto, in misura variabile nel corso degli anni, a tutte e tre queste qualificazioni.

Inizio dalla terza: tutte le correnti si propongono come **punti di riferimento per un dibattito ideale** circa la natura, la portata, la funzione del potere giudiziario; e prospettano delle risposte.

Per MI direi, semplificando molto, che i poli ideali sono la apoliticità[2] e la moderazione[3].

[1] Relazione al convegno: Storia, valori e personaggi di Magistratura Indipendente nell'associazionismo giudiziario, nei rapporti con i Poteri dello Stato e con l'Avvocatura. Roma 19 ottobre 2018

[2] Tratterò meglio l’argomento più avanti qui desidero solo ribadire la mia opinione secondo cui oggi la giurisdizione è una componente primaria della dinamica politica della società, in quanto attinge spesso la soluzione del caso concreto dai “sommi” principii contenuti nelle varie carte costituzionali (Costituzione, CEDU, Carta Europea dei diritti…); principii che per loro natura si prestano a molteplici interpretazioni, di guisa che, come dirò più avanti, non mi par dubbio che oggi il diritto non sia esclusivamente una scienza ma anche un’ arte. Pertanto riferisco l’attributo della “apoliticità” alla corrente denominata MI e non alla giurisdizione.

Il dibattito interno alla ANM, in particolare quello fra MD ed MI -a volte acceso a volte più pacato- ha contrassegnato e condizionato la vita della magistratura italiana, con consistenti riflessi sulla stessa giurisprudenza. Perciò la ANM in cui le correnti si collocano non è mai stata una istituzione di mero dibattito culturale, e neppure esclusivamente sindacale; anche le battaglie apparentemente più sindacali e corporative hanno coinvolto -e in qualche misura condizionato- il modo di essere della giurisdizione.

Dunque il **dibattito ideale** è sfociato in **dibattito politico**, che attraverso lo strumento del Consiglio Superiore della Magistratura ha attribuito alle correnti un **potere**, a volte utilizzato per fini che poco hanno a che vedere con il dibattito ideale, o con quello politico.

Ciò emerge evidente fin dalle prime battaglie della ANM ed in particolare da quella -pienamente riuscita- per una "cancellazione della carriera", che ha radicalmente modificato i rapporti di forza all'interno dell'ordine giudiziario; ed indubbiamente favorito lo sviluppo del dibattito politico all'interno della magistratura.

Al momento della entrata in vigore della Costituzione repubblicana l'ordinamento giudiziario (e il potere che tale ordinamento gestisce) poggiava su una precisa giustificazione logico-politica: nel 1948 si riteneva ancora che primaria **fonte del diritto sia esclusivamente la legge dello Stato**, interpretata da una corporazione con al vertice la Cassazione: prevaleva quindi la tesi secondo cui l'interpretazione della legge è essenzialmente un'attività tecnica in cui ci si affina con la riflessione, sia pratica sia di studio. Una concezione che esprime una realtà, ma è stata successivamente integrata dallo sviluppo dei fatti; ma che comunque ha consentito alla magistratura di mantenere una certa indipendenza nel periodo fascista.

In questo quadro, è logico che, a somiglianza di quanto accade nelle università, vi sia un'elite costituita da coloro che si ritiene possiedano in grado sommo la capacità tecnica, e che costoro facciano parte della elite in quanto cooptati attraverso esami scritti, concorsi, scrutini. E' poi altrettanto logico che i "promossi" governino il corpo giudiziario ed occupino i posti apicali compresa la Cassazione.

[3] Qui sottolineo solo che per moderazione intendo non la mera pacatezza o l'indifferenza, bensì la consapevolezza del fatto che le società poggiano su una molteplicità di valori fra loro non coincidenti e talora addirittura contrapposti; e quindi la consapevolezza del relativismo insito in ogni scelta di carattere non religioso. **Dunque -come meglio dirò più avanti- il dubbio è a mio avviso l'asse portante di una attività giudiziaria che sia veramente tale.**

Questa visione è stata messa in crisi da un mutamento delle fonti del diritto, nonché da una evoluzione sociale che si è riflessa anche nella magistratura, nel cui corpo è nata una prima aggregazione originariamente sopra tutto sindacale, detta “corrente”.

Prima e originaria “corrente” fu “Terzo Potere” che raccoglieva quasi tutta la “bassa magistratura” (pretori, giudici di tribunale, sostituti procuratori) e che conquistò fra il 1957 e il 1959 la guida della Associazione Nazionale Magistrati, strappandola all’ “alta magistratura” (capi degli uffici, Consiglieri di Cassazione).

Sotto la spinta di "Terzo Potere" l' ANM assunse, a partire dal congresso di Napoli dell'aprile 1957, a suo fondamento ideale e primo punto programmatico la realizzazione del principio della pari dignità di tutte le funzioni giudiziarie e perciò rivendicò la cancellazione della carriera. In altre parole, la destinazione a funzioni "superiori" (corte d'appello, Cassazione) non doveva costituire più una "promozione", non doveva determinare l'acquisizione di uno status superiore e meno ancora di un migliore stipendio.

Il 7 gennaio 1961 l' "alta magistratura" -che non condivideva questa impostazione ed intendeva difendere le promozioni - uscì dall’ANM fondando l’Unione dei Magistrati Italiani[4], cui aderì anche un certo numero di giovani magistrati tradizionalisti; a favore della carriera si pronunciò due volte la assemblea della Corte di Cassazione riunita il 26 aprile 1957 e il 26 aprile 1962 su convocazione del Primo Presidente (nel 1962 Silvio Tavolaro, che aveva redatto il documento del 1957).

L'UMI non riuscì però a impedire la evoluzione in senso egualitario delle leggi sull'ordinamento giudiziario avvenuta attraverso le "famose" leggi "Breganze" (25 luglio 1966, n. 570 sulla nomina a magistrato di Corte d'Appello) e "Breganzone" (20 dicembre 1973, n. 831, sulla

[4] Paradossalmente l’uscita dell’ “alta magistratura”, entrata nell’UMI, invece di indebolire la componente tradizionalista dell’ANM, la rafforzò. Liberati dal sospetto di essere “succubi dei capi” i giovani tradizionalisti fondarono nel 1962-1963 “Magistratura Indipendente” , che divenne in breve tempo l'antagonista naturale di Magistratura Democratica, e via via il gruppo di maggioranza relativa dell’ANM, mantenendo questo primato fino al 1981, quando fu “sorpassata” da Unità per la Costituzione. Nelle elezioni del 1964 raggiunse circa il 30% dei voti (e 12 seggi contro16 di Terzo potere e 8 di Magistratura Democratica); nel gennaio 1966, a seguito di ordine del giorno "tradizionalista" approvato dalla sezione di Lecce, due componenti del CDC eletti con Terzo Potere passarono ad MI. Nel 1966 MI ricevette anche l’apporto di una organizzazione spontaneamente nata a Torino, e guidata da Franco Marzachì, ed ottenne il 42% dei suffragi, con 15 seggi (contro il 31% e 11 seggi di Terzo Potere, il 25% di Magistratura Democratica con 9 seggi, il 3,5% con un seggio di un lista minore); questi risultati furono “grosso modo” confermati nel 1969 (MI 40% e 14 seggi, MD 27% e 10 seggi, Terzo Potere 33% e 12 seggi). Il leggero calo di MI è attribuito dal Ricciotti (La giustizia in castigo) alla strenua opposizione di MI alla proposta di indire uno sciopero dei magistrati per ragioni economiche (è curioso notare come pochi anni dopo le parti si invertirono e fu MI a propugnare scioperi per motivi economici, MD ad opporsi).

nomina a Magistrato di Cassazione) che hanno abolito esami e scrutini prevedendo promozioni (ad essere precisi, aumenti di stipendio) "a ruolo aperto", cioè in numero eccedente rispetto ai posti effettivamente disponibili.

Ne è conseguita una riforma anche del sistema di composizione e di elezione del Consiglio Superiore, fondata sul principio del pari valore di ogni voto e perciò sulla prevalenza nel Consiglio dei componenti eletti dai (ben più numerosi) giudici di merito[5]. E questo trasferimento di potere si è riflesso anche all'interno degli uffici.

Il mutamento dei rapporti di forza e dello stesso "clima" all'interno della magistratura ordinaria avvenne sotto la spinta di molteplici fattori; ci fu certo una spinta sindacale: il desiderio dei giovani magistrati ad avere assicurata una progressione economica senza patemi, di svincolarsi dal quel poco di metus che suscitavano allora i superiori. Ma anche e forse soprattutto giocò il mutare profondo nella concezione della applicazione della legge e nello sviluppo del diritto vivente cagionato dalla nascita della Corte Costituzionale. La Cassazione tentò di resistere a questo mutamento e prese a dichiarare manifestamente infondate la gran parte delle eccezioni di legittimità costituzionale che invece i pretori accoglievano, si creò così un "ponte" fra Corte Costituzionale e "giovane magistratura", che travolse la Corte di Cassazione.

Il ricorso ai principii contenuti nella Costituzione, della Carta Europea dei Diritti dell' Uomo, ed ora della Carta Europea dei Diritti, rende sempre più "apicale" l'operato dei singoli magistrati anche di merito, anche di primo grado… E dunque è sempre più vero che tutte le funzioni giudiziarie sono ugualmente importanti; ed il dibattito politico interno della magistratura diviene sempre più incisivo.

Prendiamo ora in esame **la questione del ruolo politico delle correnti**. E' un ruolo che noi di Magistratura Indipendente contestiamo, non condividiamo. Ma… "contra factum non valet argumentum".

[5]Mi sia consentito rinviare al mio scritto sulle leggi elettorali del CSM pubblicato sul Foro italiano. Qui mi limito a ricordare che la legge istitutiva del Consiglio Superiore conferiva ben 6 seggi (su 14 componenti magistrati) ai giudici di cassazione (circa il 6% del corpo elettorale) che assieme al Procuratore Generale ed al Primo Presidente della Corte di Cassazione (componenti di diritto) svolgevano un ruolo determinante all'interno dell'organo. Inoltre i giudici della Cassazione componevano le commissioni giudicanti dei concorsi e degli scrutini per la promozione. I mutamenti della legge elettorale ispirati al principio "un uomo un voto" tolsero il primato alla Cassazione e la ragion d'essere all'UMI che nel 1972 non elesse alcun componente del CSM. Quindi, pur avendo ancora nel 1976 - con il sistema proporzionale- conquistato 509 voti e un seggio al CSM, si sciolse e rifluì nella ANM, prima delle elezioni per il CSM del 1981.

Non può essere del tutto al di fuori della politica un dibattito ideale in cui uno dei partecipi (Magistratura Democratica) rivendica con orgoglio un scelta politica "di campo" affermando che da tale scelta discendono non irrilevanti conseguenze operative. E naturalmente la natura stessa del dibattito politico nella magistratura muta significato e prospettiva a seconda del contenuto concreto che MD ed oggi Area traggono dalla loro politicità di sinistra.

Sul piano della cronaca, occorre ricordare Magistratura Democratica è nata nel 1964, come espressione dell'ala "progressista" o "di sinistra" della magistratura. E la nascita di questa struttura ha incoraggiato la costituzione ed il rafforzamento di un contraltare: "Magistratura Indipendente". Bisogna del resto ricordare -solo di sfuggita per non rinverdire polemiche ormai coperte dei calcinacci del muro di Berlino- che la sinistra italiana in cui si collocava MD non era la sinistra dei laburisti inglesi o dei liberal anglosassoni era una sinistra in cui svolgeva un ruolo di primo piano, e secondo molti egemone, un partito comunista solidale con la Russia di Stalin e schierato a favore dei carri armati sovietici che avevano represso la rivolta di Budapest.

Tuttavia fin quando MD si limitò a professarsi genericamente "di sinistra" la lacerazione nel corpo giudiziario rimase relativamente "quiescente" ed ancora nelle elezioni del CSM del 1968 prevalse, sia pur solo per una manciata di voti, una coalizione di cui MD era componente essenziale.

La frattura emerse invece clamorosamente con l' approvazione, sembra distrattamente, da parte di una assemblea di Magistratura Democratica tenuta il 30 novembre 1969 in Bologna di un ordine del giorno[6] in cui si criticavano alcune iniziativa giudiziarie per "reati di opinione". Il documento scatenò un putiferio, inducendo l'ala più moderata di MD, guidata da Beria d'Argentine ad uscire dalla corrente fondando il movimento "Impegno Costituzionale" , che raccolse nelle

[6] Ritengo utile riportare l'ordine del giorno (che è pubblicato anche sul sito di MD con la copia del manoscritto originale):

"L'Assemblea Nazionale di M.D. riunita a Bologna il 30 novembre 1969, **di fronte a ripetuti recenti casi che hanno messo in pericolo in vari modi le libertà costituzionali di manifestazione e diffusione del pensiero, e provocato allarme e apprensione nell'opinione pubblica e nella stampa (la quale ha rilevato che i provvedimenti adottati hanno creato un clima di intimidazione particolarmente pesante verso determinati settori politici ai quali non può essere negata quella libertà);**

esprime la propria profonda preoccupazione di fronte a quello che può apparire come disegno sistematico, operante con vari strumenti ed a diversi livelli, teso ad impedire a taluni la libertà di opinione, e come grave sintomo di arretramento della società civile:

chiede che i poteri dello Stato, ciascuno nell'ambito delle proprie attribuzioni, si impegnino con decisione per rimuovere le origini di tale fenomeno, mediante riforme legislative (abrogazione dei reati politici di opinione) e cambiamento di indirizzo nell'azione svolta, con particolare riguardo all'attività di p.s. di vigilanza sull'esercizio delle tipografie;

elezioni del 1970 del CDC della ANM circa la metà dei consensi precedentemente di MD, cioè il 15%. Un ulteriore effetto di queste polemiche fu un netto aumento dei consensi della corrente "moderata" Magistratura Indipendente che nelle medesime elezioni raccolse circa il 45% dei suffragi, mentre solo il 25% andò alla più antica delle "correnti", Terzo Potere. E nelle elezioni del CSM del 1972 Magistratura Indipendente alleata con una parte di Terzo Potere conquistò la totalità dei seggi in palio.

Il documento di Bologna, cui seguirono altri di analogo contenuto, ebbe effetti dirompenti all'interno della ANM perché prospettava la nascita, in consonanza con atteggiamenti di forte critica nei confronti della giurisdizione assunti dalla sinistra "intellettuale"[7]. di una vera e propria "sinistra giudiziaria" punto di riferimento ideologico per una "giurisprudenza di sinistra". Si poteva dunque ritenere che i giudici di sinistra assumessero un certo impegno a propugnare nelle camere di consiglio la ripulsa delle tesi ritenute "reazionarie" e l'affermazione delle tesi "progressiste". E molti ritengono che anche il solo sospetto di una incidenza delle correnti negli atti giudiziari svuoterebbe di significato la stessa distinzione e separazione tra azione politica ed attività giudiziaria.

Non ho il tempo di esporre le complesse polemiche cui hanno dato luogo , all'interno ed all'esterno del corpo giudiziario, le prese di posizione di MD e successivamente MD-Area su questioni politiche con rilevanti risvolti giudiziari.

Mi limito a osservare come in un primo momento le posizioni in concreto assunte da MD abbiano suscitato ed alimentato scontri aspri e contrapposizioni frontali[8]; e sia consentito a me, che

[7] Ad esempio, nei primi mesi del 1971 "L'Espresso" si fece promotore di un appello, sottoscritto da molti intellettuali e uomini politici anche del PSI (allora al governo), in cui si chiedeva la "rimozione dai loro uffici" di due magistrati di Milano (Giovanni Caizzi e Carlo Amati) qualificati come "indegni persecutori" per aver archiviato l'inchiesta relativa alla morte dell'anarchico Pinelli che veniva da tali intellettuali addebitata al commissario Calabresi (le conclusioni di Caizzi ed Amati furono poi confermati anche da successivi accertamenti condotti da Gerardo D'Ambrosio). E forse non è fuor di luogo ricordare che il CSM di allora (composta in maggioranza di esponenti di Impegno Costituzionale e Terzo Potere) archiviò l'esposto dei due colleghi senza dir verbo a loro difesa "perchè trattasi di critiche rivolte a singoli magistrati in relazione alla loro attività giurisdizionale" (delibera 16 giugno 1971, in Rassegna del CSM n. 5 pag. 116).

[8] I momenti di scontro più aspro fra "apolitici" e "politici di sinistra" coincisero con l'inizio del terrorismo. L'omicidio Calabresi (17 maggio 1972), il rapimento di Mario Sossi (18 aprile 1974), ed il conseguente omicidio (8 giugno 1976) del procuratore generale di Genova Francesco Coco, che si era virilmente opposto allo "scambio" fra Sossi e alcuni brigatisti detenuti, attizzarono il clima di sospetto e di frattura . A molti di noi, magistrati "non di sinistra", sembrò che gli attacchi di Magistratura Democratica a Calabresi, Sossi e Coco avessero, certo involontariamente, concorso a formare un clima culturale prodromico di violenze; dopo l'omicidio di Francesco Coco, Magistratura Indipendente denunciò "la responsabilità morale di quanti, a qualsiasi livello e, purtroppo, anche

allora ero giovane, di sottolineare il ruolo numericamente e ideologicamente di primo piano che nello scontro avemmo noi giovani aderenti ad MI (spesso in polemica con gli anziani che ci apparivano tiepidi nella contrapposizione ad MD).

Queste contrapposizioni si sono poi andate attenuando quando nella prassi di MD sono entrate "direttrici di marcia" che coincidevano con spinte meno radicali, presenti in tutto il mondo occidentale[9].

Una vera e propria svolta si concretò poi quando colleghi di Magistratura Democratica o comunque "di sinistra" si schierarono risolutamente nella lotta ai terroristi anche rossi e pagarono a questa scelta un alto contributo di sangue [10].

Mentre all'interno del corpo giudiziario si aprivano discussioni di grande rilievo che non erano inquadrabili negli schemi correntizi; si pensi alle polemiche relative alla creazione (o meno) di una Direzione Nazionale Antimafia conforme alle proposte di Giovanni Falcone. Alle tensioni manifestatesi in occasione della "bocciatura" della candidatura di Giovanni Falcone alla carica di capo dell'Ufficio Istruzione di Palermo.

Questa nuova realtà modificò la dinamica politica delle correnti tanto da rendere possibile addirittura una convergenza fra MI ed MD che giunse fino ad estromettere dal vertice della ANM la corrente di "centro" Unicost costituita dalla confluenza di "Terzo Potere" con coloro che nel 1969

---

all'interno dell'ordine giudiziario, hanno contribuito con faziose e distorte polemiche a fornire una sorta di 'alibi psicologico' ai barbari uccisori".

[9] E', ad esempio, molto difficile sceverare quale parte della giurisprudenza che ha via superato il concetto di "spettacolo osceno" abbia rispecchiato un'adesione alla "rivoluzione sessuale rossa"; e quale invece sia semplicemente frutto della trasformazione edonistica e libertaria della nostra società; gradita anche ai reazionari. Certo i giudici che condannarono per oltraggio al pudore il regista del film "Ultimo tango a Parigi" erano di orientamento tradizionalista; ma non è vero il contrario, cioè che coloro che ritengono leciti i film di Bertolucci o di Pasolini siano tutti sovversivi rossi Oggi nessuno si scandalizzerebbe più leggendo le interviste che pubblicate nel 1966 sul giornalino del Liceo "Parini" di Milano scatenarono un terremoto, le cui ripercussioni travolsero il Presidente della Associazione Nazionale Magistrati (che aveva preso le distanze dal sostituto che istruiva il relativo processo penale). Per altro verso, accadeva - per fortuna- che specie nelle procedure ove era decisivo l'accertamento dei fatti, giudici comunemente indicati come "di sinistra" ricostruissero gli eventi in termini non graditi alla sinistra politica. Né sta scritto da nessuna parte che chi riconosce i diritti dei lavoratori in fabbrica sia necessariamente un eversore.

[10] La coesione interna e la capacità di dialogo con la società diedero alla ANM la forza di contrapporsi nello sciopero del 3 dicembre 1991 al Ministro della Giustizia Martelli, e al Presidente della Repubblica. L'alto numero di adesioni sconfessò la tesi di Cossiga secondo cui la maggioranza dei magistrati era sulle sue posizioni e la magistratura riuscì a superare il difficile frangente senza troppi danni. Gli avvocati delle Camere Penali si schierarono però con Martelli e posero in crisi il Comitato Avvocati e Giudici per la giustizia, che ridusse l'attività; anche se ancora il 30 aprile 1993 approvò un documento di critica ai rifiuti di autorizzazione a procedere con cui le Camere tentavano di frenare le inchieste di "mani pulite".

erano usciti da MD[11]. Ciò nonostante fino a pochi anni prima MI si fosse dichiarata "alternativa" ad MD.

Ma, a ben vedere, non vi è ragione perché la "apolitica" MI non collabori con la "politica" MD ove questa politicità si esplichi in un impegno su valori "inclusivi", quali il contrasto alla corruzione ed alla criminalità, organizzata e non. Insomma: non importa il colore del gatto, basta acchiappi i topi.

Oggi però la sinistra giudiziaria appare nuovamente instradata ad assumere posizioni "divisive" che rischiano di coinvolgere la magistratura nella frattura che si è creata nel Paese; in particolare sul tema della immigrazione. Ma di questo mi sono occupato in un editoriale pubblicato su "Il diritto vivente", cui rinvio.

Piuttosto mi par tempo di dir qualcosa sulla **"terza gamba" su cui marciano le correnti: la loro natura di "centri di potere"**. E qui rischiamo di sconfinare non solo nella sociologia, ma addirittura nella teologia morale.

La saggezza biblica ci insegna che il desiderio di potere, di essere arbitri del bene e del male, di essere simili a dei, è la tentazione del serpente, il peccato originale; e la saggezza greca esprime questa realtà in termini che direi "laici" constatando che le società umane si formano su tre inscindibili spinte (tre "demoni"): il desiderio di potere, l'amore, la sottomissione. E se vogliamo procedere su questa via possiamo ricordare che la società umana è fondata sul sangue di Remo e di Abele.

Venendo a considerazioni più terra terra è agevole constatare come le organizzazioni umane creino potere al proprio interno e come il potere abbia due facce contrapposte: può rivelarsi utile per migliorare la vita umana, ma può anche tormentarla con le sue prevaricazioni.

Si può tentare la terza via: abolire il potere. E' una ipotesi che nella sua versione estrema ed anarchica si è rivelata irrealizzabile. Ma che entro certi limiti può funzionare.

Ad esempio, in materia di conferimento ai magistrati degli incarichi più graditi e richiesti si può ricorrere al criterio della anzianità "senza demerito" ed alla elezione dei "capi" da parte dei

[11] Nel 1992 di fronte ad alcune richieste di Unicost ritenute inaccettabili (la elezione di una giunta esecutiva "monocolore" di Unicost stessa) , gli altri tre gruppi MD,MI ed i Verdi diedero luogo ad una alleanza che portò alla presidenza prima Mario Cicala (MI), e poi Elena Paciotti (MD), alla segreteria generale Franco Ippolito (MD) e Marcello Maddalena (MI); vicepresidente fu Giovanni Tamburino esponente di spicco dei "Verdi". La novità suscitò - come era logico- polemiche all'interno dei gruppi che aderivano alla giunta "anomala"

Nel 1994 si ricostituì una Giunta MI-MD-Unicost con la presidenza di Antonio Abate (Unicost)

componenti l'ufficio; due strumenti che a me son sembrati la logica conclusione della pari dignità di tutti i magistrati; posto che anche dopo le leggi "Breganze" e "Breganzone" sono rimaste delle forme di carriera. Abbiamo un bel dire che in magistratura siamo tutti uguali; quanto meno nella opinione sociale conta eccome! essere il sig. Presidente del Tribunale, e molti -me compreso- si dimostrano sensibili a questa lusinga.

Le mie istanze "egualitarie" sono però state sonoramente sconfitte da vere o presunte speranze di efficienza; ed **è nata sulle ceneri della "vecchia carriera" una "nuova carriera"** priva però degli strumenti meritocratici propri della vecchia[12] e quindi ancor più esposta alle tentazioni dell'abuso del potere, e più esplicitamente collegata attraverso il CSM alle strutture di corrente.

Tutti i tentativi del legislatore di ridurre, cancellare, ignorare la presenza delle correnti nel CSM sono clamorosamente falliti, anzi hanno accresciuto rilevanza e poteri delle correnti[13]. Nonostante i magistrati vadano dimostrando una certa insofferenza verso i "poteri interni" che possono condizionarli ed abbiano studiato e proposto strumenti per limitare questi poteri. Ma, come nota Einaudi[14], è impensabile che le elezioni si svolgano senza campagna elettorale, che non si tenti di organizzare il voto per renderlo più efficace… che dunque le correnti mirino ad entrane nel CSM.

Dunque chi vuole opporsi alle correnti sembra non abbia altra via efficace che fondarne a sua volta una.

Si è pensato allora ad una misura radicale: la estrazione a sorte dei componenti del CSM, una misura che – lo confesso- non mi scandalizza ma che non elimina il potere, ne rende casuale l'assegnazione[15].

Del resto, ogni misura che tenta di scalzare una forma di potere rischia di crearne un' altra che non è detto sia migliore. Così la temporaneità degli incarichi direttivi che doveva costituire un segno della pari dignità di tutti i magistrati e ridurre il potere dei capi, ha accresciuto il potere del CSM che può rifiutare al "capo" il rinnovo dell'incarico, e soprattutto, allo scadere del secondo

[12] In tale sistema il vero potere era nelle mani delle commissioni di concorso e di scrutinio, ed il CSM sostanzialmente si limitava a recepire le graduatorie di promozione redatte da queste commissioni.

[13] Basterà ricordare che per effetto di una legge che doveva "abolire le correnti" alla ultime elezioni del CSM nella categoria pubblici ministeri di sono presentati quattro candidati (uno per corrente) per quattro seggi.

[14] Osserva Luigi Einaudi (Prediche inutili, disp. VI, Torino 1959): "il metodo di far votare le teste, che dicesi della sovranità popolare, va contro ad una grossa difficoltà ed è che se le teste non si mettono d'accordo prima, il voto è una farsa; e ciascuno votando a capriccio per se stesso, per il parente, per l'amico, per il compagno di lavoro, i voti necessariamente si disperdono ed il vero elettore è il caso fortuito".

[15] Prosegue Einaudi (op. loc. cit): il metodo del caso fortuito, che può dirsi anche della estrazione a sorte, non sarebbe privo di pregi; fra i quali segnalato quello di essere imprevedibile e di non poter essere frutto di patteggiamenti e di corruzione. Nessuno però, salvo parzialmente e in certi tempi e paesi, ha applicato il metodo del caso fortuito nella chiara sua specie di estrazione a sorte.

mandato, è chiamato a decidere se assegnare al collega un ulteriore più prestigioso ufficio, se trasferirlo in un posto di pari rilievo, o invece farlo "rientrare nei ranghi" con funzioni non direttive, con una "degradazione" che molti ritengono umiliante. Dunque il "capo" viene incoraggiato (si capisce in nome del buon funzionamento della Giustizia) ad adeguarsi alle direttive ed agli umori dominanti nel CSM.

Con questa constatazione, che qualcuno forse giudicherà amara, ma a me par solo realistica, concludo il mio intervento.

APPENDICE: IL DOVERE DEL DUBBIO

Quale visione delle vicende e dei compiti della magistratura associata mi sento di sommessamente proporre?.

Certo , è ovvio, non quella sostenuta in vari modi e con diverse tonalità dalla sinistra politico-giudiziaria.

E' indubbio merito della sinistra italiana aver dedicato sistematica attenzione ai problemi della giustizia, ed in particolare al dibattito all'interno del corpo giudiziario. E, come logico, questa attenzione è stata concentrata sulle componenti della magistratura che si autoqualificano "di sinistra", o per lo meno "progressiste".

Così nelle dense pagine che nel libro sull'organizzazione della giustizia in Italia, Pizzorusso dedica alle "vicende associative dei magistrati"[16] , è efficacemente descritta l'evoluzione avvenuta nell'ambito della sinistra giudiziaria. Dell'esistenza di una rilevante, e maggioritaria, parte della magistratura che ha rifiutato e rifiuta ogni qualificazione politica si da' correttamente notizia; ma solo per sottolineare il ruolo egemone esercitato per vari anni nella Associazione Nazionale Magistrati e nel CSM dal gruppo di "Magistratura Indipendente", in cui si "raccolsero i magistrati che non condividevano le iniziative sviluppate dai loro colleghi per dare attuazione ai contenuti innovatori della Costituzione repubblicana" ed i cui aderenti erano "per lo più caratterizzati dal loro **anonimato politico e culturale**"; mentre dell'altro raggruppamento "non di sinistra" "Terzo

[16] L'organizzazione della giustizia in Italia, Torino, 1990.

Potere" si sottolinea che si "dedicava prevalentemente alla cura degli interessi economici e pratici della categoria"[17].

La magistratura "non di sinistra" viene quindi considerata soprattutto come una linea di confine, un contrappeso, un freno al progresso rappresentato dalla sinistra.

Secondo questa visione, **il progresso è un treno la cui locomotiva sono le avanguardie rivoluzionarie, che si trascinano dietro molteplici carrozze su cui viaggiano via via progressisti, riformisti, conservatori illuminati. L'ultimo vagone, carico della zavorra reazionaria, rallenta la corsa del treno**; svolgendo un ruolo meramente passivo, che secondo i più, ad esempio secondo Palombarini[18], merita solo una connotazione negativa; mentre, secondo i progressisti moderati, è in fondo utile perché impedisce troppo rapide fughe in avanti, foriere di deragliamento[19].

[17] L'attenzione ai problemi economici ha caratterizzato le componenti "non di sinistra" della magistratura, pronte -se del caso- anche a ricorrere addirittura allo strumento dello "sciopero", persino nella forma di dubbia legittimità dello "sciopero bianco". Si può ricordare lo sciopero indetto (con pieno successo) il 5-7 febbraio 1975 dal Magistratura Indipendente e Terzo Potere.

Le componenti di sinistra hanno invece "snobbato" simili problemi, e giunsero a paragonare lo sciopero dei magistrati a quello dei "camioneros" cileni che spianarono la via al "golpe" di Pinochet.

La questione economica della magistratura ha perso mordente dopo l'introduzione del meccanismo di "adeguamento automatico" degli stipendi di cui alla legge 19 febbraio 1981, n. 27, il cui carattere di guarentigia dell'assetto costituzionale della Magistratura espressamente riconosciuta dalla sentenza n. 238/1990 della Corte Costituzionale.

Obbiettivi prevalentemente sindacali perseguiva il "Sindacato dei magistrati" fondato nel 1980 da esponenti di "Terzo Potere" usciti dalla ANM; il "Sindacato" ha raggiunto il massimo del consenso (circa il 6%) nelle elezioni del CSM del 1986.

[18] Giovanni Palombarini, Giudici a sinistra (i 36 anni della storia di Magistratura Democratica: una proposta per una nuova politica per la giustizia), ESI Napoli, 2000.

[19] Una visione di questo genere è prospettato anche da Paolo Borgna (in Paolo Borgna, Margherita Cassano, Il giudice ed il principe - magistratura e potere politico in Italia ed in Europa, Donzelli, Torino, 1997)

Anche Paolo Borgna nei primi capitoli di questo volume ci prospetta una visione progressista della magistratura (e della società) italiana. Dalle tenebre del fascismo sarebbe emersa una magistratura impregnata dei (dis)valori del regime, formatasi ai tempi del "consenso" per la guerra d'Etiopia. Una magistratura grigia che nel 1965 al congresso di Gardone aveva ancora osato "esplodere in tumulto" contro Lelio Basso, una magistratura restia ad accogliere il messaggio della "lettera ad una professoressa" di don Lorenzo Milani, una magistratura colpevole di aver steso il velo dell'amnistia sui delitti dei miliziani fascisti, di aver tentato di criminalizzare la "rivoluzione sessuale" aperta dal giornalino "La Zanzara" redatto dagli studenti del prestigioso liceo "Parini". Su questa palude si sarebbe man mano levato il sole del progresso, sotto la spinta di Magistratura Democratica, di Marco Ramat, della battaglia di Algeri, della opposizione alla guerra del Vietnam. E questo sole avrebbe via via scaldato anche i cuori dei reazionari: da Marcello Maddalena ad Edoardo Denaro.

La mia critica alla visione di Paolo Borgna è radicale: personalmente non aderisco alla visione "progressista" della storia, neppure in versione anglosassone. L'umanità non migliora, né peggiora. Dice il libro di Qoelet "non domandare: "Come mai i tempi antichi erano migliori del presente?"/, tale domanda non è ispirata da saggezza/ poiché ciò che è stato sarà/ e ciò che si è fatto si rifarà; /non c`è niente di nuovo sotto il sole".

Ho già riconosciuto che sarebbe ingeneroso e soprattutto inattuale ricordare analiticamente quale fosse la "sinistra" in cui MD si collocò alla sua nascita nel 1964; e anche, dal mio limitato punto di vista, non necessario.

Noto, del resto, che pure chi ritiene l'umanità nel suo insieme progredisca di anno in anno, deve ammettere che questa traiettoria positiva conosce lacune, cadute, eclissi, e che eclissi!.

Certo se veniamo ricoverati in un ospedale di oggi non possiamo che rallegrarci di non essere curati con i mezzi ed i metodi di cento anni or sono; cognizioni e strumenti medici si sono altamente perfezionati; ed anche se passeggiamo in grande magazzino possiamo compiacersi della abbondanza di beni (pur magari non di prima qualità) che la rivoluzione industriale ha riversato sulle nostre tavole; sconfiggendo lo spettro della fame.

Ma non minori perfezionamenti hanno subito gli ordigni bellici: è stato detto "come dubitare del progresso? Ad ogni guerra ci ammazziamo con strumenti sempre più efficaci". E forse dobbiamo la relativa pace di cui godiamo in Europa da alcuni decenni più a questa crescente efficienza distruttiva che avrebbe trasformato una terza guerra mondiale in un suicidio collettivo che ad un miglioramento dell'umanità.

La mia critica rivolta a coloro che ritengono di di avere in mano la verità e di essere chiamati a guidare il treno delle sorti italiche sulla via luminosa del progresso, rimarrebbe però incompleta e sterile se, a mia volta, non ritenessi di poter trarre dal patrimonio culturale di Magistratura Indipendente una differente chiave di approccio alla nostra professione, bella, difficile e terribile.

Sono in proposito convinto che **il dovere del dubbio sia l'asse portante** della nostra professionalità la solida radice su cui poggia il nostro moderatismo.

Per chiarire meglio il mio pensiero desidero sottolineare che non mi annovero fra coloro che lodano il dubbio come unica ragionevole chiave di volta del pensiero umano e della vita civile; al contrario, io credo nelle verità assolute, credo nel bello, nel buono e nel vero. Ammiro coloro che sentendosi sicuri portatori di una Verità hanno navigato oceani, fondato imperi, tracciato i confini della conoscenza e del potere; di più, hanno vinto i campionati di calcio…

Nella vita politica mi piacciono i faziosi, i risoluti, coloro che attaccano frontalmente l'avversario. Ritengo siano un antidoto al cinico convergere della classe politica dominante in una marmellata ideologica priva di nettezze e di ideali.

Tuttavia sono convinto che invece per il giudice e per il pubblico ministero il dubbio sia un dovere professionale.

Certo la grandezza e la bellezza della nostra professione risiede anche (e forse soprattutto) nel fatto che non ci è consentito adagiarci sul dubbio. Anche quando nei nostri provvedimenti usiamo la prudente proposizione "questo giudice ritiene" , il dispositivo trasforma il "ritenere" in certezza quanto meno in certezza operativa. Ma abbiamo il dovere di sapere che anche questa certezza è - appunto – meramente operativa, e dobbiamo noi per primi esser consapevoli del dubbio che alla sentenza sopravvive.

A fondamento di questo "dovere del dubbio" si possono porre molteplici considerazioni ed argomenti; anche filosofici. Ne accennerò sommariamente due.

Su un piano strettamente normativo-letterale si colloca il richiamo al "nuovo" art. 111 Cost secondo cui non è più sufficiente che il giudice sia imparziale; imparziale deve del resto essere tutta la pubblica Amministrazione (art. 97 Cost). Il giudice deve essere **terzo all'interno di un contraddittorio** che si svolge su un piano di parità. E' divenuta cioè norma costituzionale la definizione di Bulgaro, riportata da Satta secondo cui il giudizio "est actus trium personarum, actoris, rei, judicis".Ed il contraddittorio è effettivo solo se il giudice dubita o almeno è disposto a dubitare.

Di fronte ad un giudice pieno di certezze, il contraddittorio diviene un rito vuoto; anche se il giudice –consapevole delle regole della buona educazione- lascia parlare a lungo la parte che già ha perso, la tratta con particolare dolcezza e comprensione[20]

Ci sono però anche ragioni più profonde ed istituzionali del "dovere del dubbio", che poggiano sulla intrinseca natura, almeno oggi in Italia, della funzione giurisdizionale, che appare al contempo autoreferenziata ed impregnata di problematiche e valori che la avvicinano alla politica.

Il richiamo alla autoreferenzialità è in fondo banale: essa è una conseguenza della indipendenza. Tutte le possibili impugnazioni contro gli atti posti in essere dai giudici sono decise da altri giudici, tutti i provvedimenti che riguardano la professionalità dei magistrati sono di competenza di un organismo composto per 2/3 da magistrati eletti dai magistrati.

Maggiori difficoltà suscita la circostanza che oggi in Italia le magistrature svolgono almeno di fatto un ruolo attivo nella formazione del "diritto vivente"; non si pongono come mere esecutrici

[20] Calamadrei insegnava ai giovani che si affacciavano alla professione forense di guardarsi dai giudici sorridenti e cortesi: ti trattano bene perché già hanno deciso di darti torto.

delle leggi [21]. A mio credere oggi la giurisdizione è una componente della dinamica anche politica della società, in quanto attinge spesso la soluzione del caso concreto dai "sommi" principii contenuti nelle varie carte costituzionali (Costituzione, CEDU, Carta Europea dei diritti…); principii che per loro natura si prestano a molteplici interpretazioni[22]. Inoltre la giurisdizione deve dipanare le incertezze proprie della odierna legislazione italiana quali emergono dalla atecnicità del linguaggio legislativo, dalla coesistenza di norme diverse che mal si intersecano, dal definitivo abbandono della "codificazione" (intesa come creazione di organici testi legislativi fondati su un linguaggio coerente ed uniforme) dalle opinabilità circa la individuazione delle "presunzioni" e degli "indizi". E mi par ovvio che , nella rielaborazione di un quadro legislativo frammentato e complesso, il giudice venga fatalmente ad esercitare un spiccata discrezionalità. Tanto che in altri Paesi si riconosce l'esistenza due forme di democrazia: quella parlamentare, ove i cittadini costituiti in corpo elettorale esercitano un ruolo primario e tendenzialmente assoluto, e quella giudiziaria in cui i cittadini non svolgono direttamente un ruolo attivo ma soltanto stimolano, con ricorsi, azioni collettive e quant'altro, i giudici a procedere sulla via del progresso (rectius di ciò che il ceto ideologico dominante chiama progresso).

Questa affermazione costituisce un vero e proprio paradosso, posto che in una società democratica ogni potere politico dovrebbe fare immediato riferimento alla volontà popolare espressa dalle elezioni.

Non intendo qui affrontare questo complesso nodo "di pricipio". Mi limito ad osservare che i regimi liberi si caratterizzano per l'esistenza di un articolato insieme di poteri che non fanno capo ad un'unica fonte. Persino le monarchie che chiamiamo "assolute" possedevano ampi spazi di libertà nella misura in cui il potere del Re (formalmente illimitato e di origine divina) trovava freno e si componeva con le "libertà" dei corpi sociali (Comuni, corporazioni, Chiese…). E così, del pari, nella nostra società moderna, che definiamo democratica, le elezioni pongono in palio solo una parte (certo la più appariscente ma forse neppure la più importante) del potere politico. Ciò è

[21] Non mi nascondo che la dottrina tradizionale secondo cui la sentenza non è altro che l'esatta attuazione della volontà del legislatore offre facili argomenti per la difesa della corporazione giudiziaria. In fondo, se il provvedimento giudiziario non è altro che il frutto di automatica applicazione della legge, criticare una sentenza priva di macroscopici errori è assurdo, è come attaccare un referto chimico.

[22] Con il nascere di fonti del diritto superiori alla legge (Costituzione, CEDU, Carta Europea…) si è invertito il rapporto tradizionale fra principii e legge. In passato i principii esistevano in quanto recepiti e plasmati dalla legge; oggi invece i principii hanno assunto vita propria e sono i principii a condizionare l'esistenza e l'interpretazione della legge.

evidente per quanto attiene a quei poteri che scaturiscono da istituzioni di diritto privato (quali la proprietà, l'associazionismo…), ma è vero anche in riferimento a molteplici poteri pubblicistici. Il potere "democratico" del Parlamento e del Governo trova temperamento e limite in poteri di natura sostanzialmente aristocratica. Di essi alcuni (come la burocrazia, le Autorities) sono formalmente subordinati e sotto qualche profilo coordinati con il potere "democratico", altri ne sono del tutto svincolati, come appunto le magistrature.

Possiamo dunque prender atto che la magistratura (rectius "le magistrature") concorrono alla formazione del sistema giuridico con un apporto largamente discrezionale e creativo, combinando i dati normativi con valori provenienti dalla realtà sociale, e che –come già sottolineato- non possiamo che definire come "politici", diversi ma pericolosamente affini ai valori che animano, o dovrebbero animare, la "politica dei partiti".

Mentre cioè la discrezionalità del medico si nutre di scelte –almeno nella grande maggioranza dei casi- estranee alla dialettica ideale politica, la discrezionalità del magistrato si radica invece proprio in tale dialettica.

La modifica di un indirizzo giurisprudenziale[23]; l'abbandono di una presunzione prima utilizzata come pacifica; l'accettazione di una diversa presunzione, l'apertura di nuovi "filoni di indagine", scandiscono le tappe di trasformazione di una società talvolta più di una riforma legislativa.

Si tratta di una realtà che si manifesta in ogni settore dell'ordinamento ed assume d'ordinario profili non drammatici.

La politica giudiziaria e la politica dei partiti si differenziano certo per il loro oggetto (più volta all'evoluzione complessiva del sociale la politica giudiziaria più attenta al contingente la politica dei partiti), ma anche per il metodo.

Nella politica dei partiti la elaborazione degli indirizzi avviene in forma pubblica nel dibattito collegiale, nella contrapposizione esplicita di visioni diversi. Nella politica giudiziaria la dialettica dei collegi non riflette proporzionalmente le ideologie presenti nel Paese, e la gran parte delle decisioni è monocratica. Tocca dunque al singolo giudice spogliarsi delle sue (legittime) convinzioni in ordine alla politica dei partiti e tentare di cogliere il complesso gioco di valori

[23] Si pensi agli effetti dirompenti che ha avuto l'accoglimento da parte della Corte di Cassazione del "teorema Falcone", cioè della presunzione secondo cui si ritiene che tutti i delitti di mafia commessi in un'area siano addebitabili al boss di quell'area. In probabile reazione a questo mutamento di giurisprudenza vennero uccisi Lima, Falcone e Borsellino.

presenti nella legislazione e nelle aspirazioni sociali; ciascuno di noi deve dunque essere insieme maggioranza e opposizione. E il dubbio è lo scandaglio per esplorare la complessità del reale e dei suoi valori. Non solo è anche il presupposto ideale che ci deve spingere a riconoscere i limiti propri della nostra discrezionalità a prender atto **che vi sono disposizioni talmente chiare da sfuggire alla "ortopedia giudiziaria", pur se esercitata con gli strumenti della "interpretazione evolutiva", della "interpretazione costituzionalmente orientata", etc…**

Solo il dubbio, frutto di una vera umiltà, legittima questo corpo di funzionari che hanno come unici titoli la vincita di un concorso per esami spesso lontano nel tempo, ed una serie di valutazioni positive formulate da loro stessi, a determinare la vita dei loro simili (ad affermare ad esempio che la tal presunzione è grave e precisa e può giustificare un pepato accertamento dei redditi).

La dialettica che nella politica dei partiti dà – o può legittimamente dar luogo- ad un aspro e pubblico confronto fra soggetti diversi, nutrito se necessario di sana faziosità, nel giudice deve essere **dialettica interiore, capacità di scorgere le ragioni di valori apparentemente contrapposti, coscienza della relatività delle proprie scelte**. In altre parole, diviene dubbio, intendendo per dubbio non la scettica indifferenza, ma la coscienza che il vero e il giusto non sono privilegio ed appannaggio di nessuno, la consapevolezza che raramente il giudizio è frutto di una solare affermazione di verità, più spesso è laica composizione di legittimi valori contrapposti. Il magistrato anche del pubblico ministero deve cioè riassumere in sé maggioranza e opposizione. O per usare il paragone di Calamandrei avere in sé due avvocati in contraddittorio. Del resto la stessa terzietà del giudice viene meno nella sostanza se non nella forma quando il giudice non dubita, e quindi non incarna la parità delle parti.

Proprio il dovere del dubbio rende a mio avviso a dir poco inopportuno che le correnti della magistratura emanino documenti in cui si prende posizione sulla interpretazione ed applicazione della normativa vigente. Gli ordini del giorno, le delibere congressuali sono infatti strumenti per fugare i dubbi e dare certezze e dunque vengono a sovrapporsi agli atti giurisdizionali; ingenerando negli utenti della giustizia il naturale timore di un difetto di terzietà dei giudici; che non è cancellato dagli attestati di solidarietà rilasciati dal CSM o dalla ANM.

Concludo il mio appunto acquisendo un pensiero di Albert Camus che mi pare coerente con ciò che finora ho detto.

Camus ha sottolineato come attraverso il mito di Sisifo i greci abbiano colto e rappresentato una costante della realtà umana.

Invero la spinta che tutti avvertiamo a "progredire" a spingere il masso verso l'alto, viene costantemente frustrata dalla ricaduta del masso stesso.

Così accade nella esperienza personale di quasi tutti noi, e così accade nella nostra "realtà collettiva". Quindi, **conclude Camus: bisogna immaginare Sisifo felice.**

Ma felice perché? Come suggerisce Camus, gli ideali, e forse anche il puro piacere del confronto, possono dare significato allo "spingere il masso" al tentativo di costruire un mondo che ci appaia migliore; non rendono l'uomo-sisifo "felice" nel senso proprio del termine, ma per lo meno possono salvarlo dalla disperazione.

Si tratta probabilmente di un' illusione, ma di un'illusione benefica; ancorchè gli ideali che riempiono il cuore di alcuni "Sisifo" ben possano apparirci non condivisibili o addirittura negativi. Ma le convinzioni che ho esposto mi impongono di riconoscere loro quel "beneficio del dubbio" che spero anche loro vorranno concedermi.

Loredana Nazzicone

I doveri "presi sul serio"

Sommario: 1. Diritti e doveri fondamentali. – 2. All'origine dei doveri giuridici. – 3. Le dichiarazioni storiche dei diritti. – 4. La Costituzione italiana. – 5. Le Carte sovranazionali. – 6. Nuova attenzione della dottrina ai doveri. – 7. Il "diritto vivente". – 8. Esempi eclatanti di interesse individualistico esasperato. – 9. Affinché non siamo passati invano.

1. Diritti e doveri fondamentali.

Da tempo si pone la questione della "sostenibilità" di un'estensione universale di qualsiasi tipo di diritto ed, in particolare, dei diritti sociali, sia quanto alla loro effettività, sia con riguardo all'abuso dei cd. beni comuni e dell'ambiente.

Su tali questioni, la correlazione di diritti e doveri può offrire, forse, un principio di soluzione.

Si sostiene come – a differenza dai diritti fondamentali, che avrebbero un'origine etica – i doveri siano una mera convenzione.

Gli studiosi di diritto costituzionale ci ricordano come il vincolo di cittadinanza non sia costruito tanto dai diritti, quanto dai doveri: se i primi sono essenziali perché negli ordinamenti democratici venga stipulato un patto fondativo della comunità politica, l'elemento individualistico, che fatalmente li caratterizza, può condurre alla dissoluzione del vincolo stesso[1].

Qui, si intende affermare il fondamento etico anche dei doveri fondamentali.

L'aggettivo "fondamentale" allude alla sua priorità per la vita della società: da un lato, perché il diritto attiene alla soddisfazione dei bisogni di base, dall'altro perché il dovere assicura l'esistenza stessa dell'organizzazione collettiva. Si tratta di diritti e doveri giuridici; inoltre, essi, pur essendone titolari individui o gruppi, e a differenza dei diritti e dei doveri soggettivi in senso stretto, non solo comportano benefici per il titolare del diritto, o doveri contrapposti a vantaggi per il solo diretto interessato, ma implicano vantaggi ulteriori per la collettività nel suo insieme.

2. All'origine dei doveri giuridici.

I doveri, al pari di molti altri concetti, sorgono in ambito etico e religioso (Mosè, si ricorda, diede i dieci comandamenti, non una tavola di diritti).

[1] M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio. Prospettive, percorsi e responsabilità*, LVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione tenutosi a Varenna, 20-22 settembre 2012, Milano, 2013, 685, p. 696, e in *Riv. Corte conti*, 2012, fasc. 5, 500 e 2013, fasc. 1, 418.

A Roma, i concetti morali vennero gradualmente traslati in ambito giuridico; là, il trattato *De Officiis* di Cicerone fu centrale per la ricezione del concetto di dovere nel diritto moderno.

La grande lezione della concezione romana della cittadinanza fu quella di identificare l'autentica sostanza del vincolo sociale (oltre che nella comunanza di interessi materiali e di regole giuridiche) proprio nei doveri[2].

Molti secoli dopo, fu la Riforma protestante ad introdurre «*una morale rigorosa, dove i precetti della legge ebraica, riferentisi all'agire sociale, si tramutano in norme*»[3]: quali l'etica e la dignità del lavoro, il rispetto dei patti, il dovere di preservare la proprietà.

Alla radice dei doveri fondamentali si rinviene la giustificazione contrattualistica classica. Per Hobbes, il primo dovere di ogni suddito è obbedire al diritto positivo; mentre fu Kant a sviluppare un'etica dei doveri ed a discernere il dovere giuridico: gli obblighi derivanti dalla norma giuridica possono solo essere eteronomi, quelli derivanti dalla norma etica provengono da azioni interne[4].

L'idea del "contratto sociale" è variamente ripresa, da quel momento sino ad oggi, dalla filosofia politica. Il potere e lo Stato vengono accettati per la salvaguardia e sviluppo della comunità e la protezione dei diritti della persona; si giustifica in tal modo il dovere di obbedienza, perché, altrimenti, sarebbe impossibile raggiungere lo scopo minimo di sopravvivenza collettiva, e si determina, così, la stessa possibilità di funzionamento di una società politica.

Quindi, i doveri hanno un'indiscutibile dimensione razionale.

3. Le dichiarazioni storiche dei diritti.

È noto che le prime dichiarazioni dei diritti – *Dichiarazione di diritti del Buon Popolo della Virginia* del 1776, *Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti* del 1776 e *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 – ignoravano i doveri, perché nacquero in contrapposizione alle monarchie assolute, con la necessità di opporsi alle disuguaglianze estreme che esse permettevano e di limitare i poteri statuali a garanzia dell'individuo borghese.

In particolare, nella Rivoluzione francese le dichiarazioni dei diritti del 1789 e del 1793 – quest'ultima, per l'influenza giacobina e di Robespierre – non alludono ai doveri. Tuttavia, la costituzione dell'anno III del 1795, assai più influenzata da Montesquieu, e rifuggendo

[2] Lo rammenta M. LUCIANI, *op. cit.*, 696.

[3] G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Diritti e doveri fondamentali*, in *Digesto pubbl*., Torino, 1990, vol. V, 139, a p. 152.

[4] PECES-BARBA, *op. loc. cit*.

dall'influenza di Rousseau, contiene una dichiarazione di doveri in nove articoli, il primo dei quali afferma che «*la dichiarazione dei diritti racchiude gli obblighi del legislatore: il sostegno della società esige che coloro che la compongono conoscano e compiano parimenti i loro doveri*».

I doveri fondamentali compaiono anche in testi costituzionali più progressisti. Il preambolo della Costituzione francese del 1848, sebbene privo di carattere normativo, contempla i doveri reciproci dei cittadini e della Repubblica: tra i primi, l'amore alla Patria, il servizio e la difesa della Repubblica, la partecipazione ai pubblici incarichi in base alla ricchezza, il dovere del lavoro e l'ubbidienza alle norme morali e giuridiche; tra i secondi, la tutela della persona, della famiglia, della religione, della proprietà e del lavoro; e la Repubblica offre l'educazione indispensabile[5].

4. La Costituzione italiana.

La Costituzione della Repubblica italiana contiene una previsione importante al riguardo: l'art. 2 riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, nel contempo chiedendo «*l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale*».

È vero che solo i diritti sono "riconosciuti", in quanto preesistenti: ma l'enfasi posta su di essi non impedisce di sottolineare l'importanza dei doveri e della reciproca, stretta interdipendenza.

L'art. 2 Cost. è decisivo, in quanto:

a) pone una correlazione immediata tra i concetti: i diritti inviolabili e i doveri inderogabili sono visti in rapporto di bilanciamento; e, sebbene l'Assemblea costituente attribuisse alla disposizione un significato prevalentemente filosofico e moralistico, rimane una clausola generale di libertà e doverosità in cima all'ordinamento[6];

b) qualifica i doveri come inderogabili: il soggetto deve adempierli, né lo Stato medesimo potrebbe rinunciare all'adempimento;

c) contempla entrambi nell'ambito della comunità, richiamando il dovere primario della solidarietà: diritti e doveri si pongono in capo agli individui; viene superato il tradizionale rapporto libertà-autorità, perché i doveri pertengono agli stessi componenti della collettività, i quali sono anche i titolari dei diritti.

[5] PECES-BARBA, *op. cit.*, 153.

[6] G. BARONE, *Diritti, doveri, solidarietà, con uno sguardo all'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2004, 1243; G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967.

Nel particolare, la Costituzione contiene numerose disposizioni, le quali impongono doveri al privato, o a chi sia investito di pubbliche funzioni, e che richiedono in ogni modo l'eventuale sacrificio di interessi individuali: si vedano gli artt. 2, 3, 4, 23, 30, 32, 34, 416, commi 2 e 3, 42, comma 2, 44, 48 comma 2, 52, 53, 54 Cost.[7].

Ma, ancor più, l'art. 2 Cost. apre, come è palese, a tutti quei diritti inviolabili e doveri inderogabili che, man mano, possano emergere nello sviluppo storico, e che siano altrettanto inviolabili ed inderogabili.

5. Le Carte sovranazionali.

Ma quale trattamento ricevono i doveri dell'uomo nelle Carte sovranazionali?

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, approvata dall'Assemblea dell'O.N.U., non trascura il tema dei doveri.

L'art. 29 afferma che *«ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità*»; e, al comma 2, prevede la possibilità che, con legge, si pongano all'individuo limiti all'esercizio dei diritti, finalizzati al riconoscimento e al rispetto dei diritti e delle libertà degli altri e alla soddisfazione delle giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica.

Gli artt. 17 e 53 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), firmata a Roma il 4 novembre 1950, stabiliscono, sia pure in maniera implicita, il dovere dell'individuo di esercitare i propri diritti e le proprie libertà in modo da non ledere o limitare gli altrui diritti o libertà, senza che mai si possa giustificare questa lesione o limitazione per via dell'interpretazione della Convenzione stessa.

Il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, siglato a New York il 16 dicembre 1966, pur rivolto a rendere effettivo l'esercizio dei diritti civili, politici, economici, sociali e culturali, nel Preambolo considera che l'individuo «*ha dei doveri verso gli altri e verso la collettività alla quale appartiene*» ed «*è tenuto a sforzarsi di promuovere e rispettare i diritti riconosciuti nel presente Patto*».

Infine, ha un grande significato di civiltà la solenne proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. Carta di Nizza) del 2000, frutto della dichiarata volontà dei

[7] In generale, cfr. A. CERRI, *Doveri pubblici*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, 1989, vol. XII, ove la notazione che il principio di legalità per le posizioni sfavorevoli al singolo non vale per quei doveri inderogabili, il cui contenuto consiste nel necessario rispetto di altrui diritti costituzionali.

«*popoli d'Europa*» che, consapevoli del proprio «*patrimonio spirituale e morale*», intendono condividere «*un futuro di pace fondato su valori comuni*»: sono i «*valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà*», in quanto l'Unione «*si basa sul principio della democrazia e sul principio dello stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione … creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*».

Ma con l'acquisito presupposto che i cittadini siano sul serio tali: assolvendo, anzitutto, ai loro doveri contributivi e, più in generale, di rispetto delle regole.

Tanto è vero che l'art. 54 (come l'art. 17 della Cedu) sancisce, in modo altrettanto solenne, il divieto di abuso di diritto.

E, già nel *Preambolo* della Carta, al penultimo capoverso leggiamo: «*Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future*».

Questo le parole fondanti: "responsabilità e doveri".

6. La nuova attenzione della dottrina ai doveri.

Se, nelle prime proclamazioni dei diritti, l'enfasi è stata comprensibilmente posta sui medesimi e lo stesso concetto di "fondamentale" si è sviluppato intorno al novero dei diritti, meno si giustificherebbe oggi il permanere di un eccesso di enfasi solo su questi: pur dopo che le più importanti fonti positive hanno considerato l'importanza dei doveri e molti studiosi hanno chiarito in modo definitivo come, senza un indispensabile nucleo di doveri, una comunità non si ponga nemmeno.

Peraltro, da qualche anno, diverse voci hanno mutato la prospettiva, alla riscoperta del paradigma dei "doveri dell'uomo"[8].

Si spiegano, così, i titoli di molti scritti: che, procedendo all'analisi della teoria dei diritti[9], criticano i diritti "insaziabili"[10], il "lato oscuro"[11] di essi, la "tirannia" dei diritti fondamentali[12] e

[8] Dal titolo del *pamphlet* di G. MAZZINI, *Doveri dell'uomo*, Firenze, 1860, dove, a p. 15, con estrema attualità, scrive: «*Colla teoria dei diritti possiamo insorgere e rovesciare gli ostacoli; ma non fondare forte e durevole l'armonia di tutti gli elementi che compongono la Nazione. Colla teoria della felicità, del benessere dato per oggetto primo alla vita, noi formeremo uomini egoisti, adoratori della materia, che porteranno le vecchie passioni nell'ordine nuovo e lo corromperanno pochi mesi dopo. Si tratta dunque di trovare un principio educatore superiore a siffatta teoria che guidi gli uomini al meglio, che insegni loro la costanza nel sacrificio, che li vincoli ai loro fratelli senza farli dipendenti dall'idea d'un solo o dalla forza di tutti. E questo principio è il Dovere*».

[9] R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

[10] A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, 1998, 179.

l'"età delle pretese"[13], stigmatizzando la "retorica" dei diritti[14], mostrando gli eccessi del "monoteismo del sé"[15], nonché il "costo dei diritti"[16] ed indicando, quindi, la strada per riconoscere i "diritti condizionati"[17] e l'"età dei doveri"[18]: donde i proclami "prima il dovere"[19] e il "dovere di avere doveri"[20], assecondando "l'etica del dovere e il diritto delle responsabilità"[21].

7. Il "diritto vivente".

Il giudice civile è il giudice dei diritti, onde la prospettiva cui egli spontaneamente aderisce è quella del costante ampliamento della categoria.

Ciò nonostante, nelle banche-dati giuridiche il principio di "autoresponsabilità" inizia a comparire più volte, in settori disparati: a delimitare il diritto soggettivo secondo ragionevolezza, alla stregua delle clausole generali della diligenza e della buona fede.

Se ne riportano alcuni esempi, nel campo dei rapporti personali come patrimoniali, nonché nel processo civile.

---

[11] A. SAJO (a cura di), *Abuse. The Dark Side of Fundamental Rights*, Utrecht, 2006.

[12] A. SPADARO, *Dall'«indisponibilità» (tirannia) alla «ragionevolezza» (bilanciamento) dei diritti fondamentali - Lo sbocco obbligato: l'individuazione di «doveri» altrettanto fondamentali*, in Pol. dir., 2006, 167.

[13] V. POSSENTI, *Diritti umani. L'età delle pretese*, Soveria Manelli, 2017, 95.

[14] F. RIMOLI, *Retorica dei diritti e retorica dei doveri: qualche considerazione «scomoda»*, in *Lo Stato*, 2017, fasc. 9, 71.

[15] P. SEQUERI, *La cruna dell'ego. Uscire dal monoteismo del sé*, Milano, 2017; F. DE SMET, *Lost Ego. La tragédie du "Je suis"*, Paris, 2017. Molti e ricchi riferimenti si trovano in A.P. BUFFO, Il dovere come katéchon nell'età dei diritti. Forza che frena e potenza pacificatrice, in *Riv. internaz. fil. dir.*, n. 1/2018.

[16] S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London, W.W. Norton, 1999, trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, il Mulino, 2000. Non si tratta, peraltro, solo dei diritti legati al *welfare* (in relazione ai quali la constatazione è del tutto intuitiva), ma di ogni altro, perché tutti i diritti, per essere effettivi, impongono la creazione ed il mantenimento di apparati di tutela, che possono essere adeguatamente gestiti solo dai pubblici poteri, con conseguenti spese: F. RIMOLI, *Retorica dei diritti*, cit.

[17] Locuzione che la Corte costituzionale ha iniziato a usare con la sentenza del 16 ottobre 1990, n. 455, in *Rass. avv. Stato*, 1990, I, 418. Cfr., in tema, S. BARBARESCHI, *Tecniche argomentative della corte e tutela dei diritti sociali condizionati*, in *federalismi.it*; I. CIOLLI, *I diritti sociali «condizionati» di fronte alla corte costituzionale*, in *Riv. giur. lav*., 2017, II, 353; G. CUMIN, *La tutela dei diritti finanziariamente condizionati in materia di rapporti d'impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *Giurisdiz. amm*., 2012, IV, 157.

[18] N. BOBBIO, *Autobiografia*, a cura di A. Papuzzi, Roma-Bari, 1997, 261. Espressione tanto più significativa, posto che lo stesso A. aveva prima discorso di un'"età dei diritti": N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990. Nel libro N. BOBBIO, M. VIROLI, *Dialogo intorno alla Repubblica*, Roma-Bari, 2001, p. 40, si afferma: «*se avessi ancora qualche anno di vita… sarei tentato di scrivere "L'età dei doveri"*».

[19] T. GRECO, *Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti*, in S. MATTARELLI (a cura di), *Il senso della Repubblica. Doveri*, Milano, 2007.

[20] L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014.

[21] Cfr. il convegno di studi *Dall'etica del dovere al diritto delle responsabilità*, Università degli Studi di Salerno, 12 luglio 2012.

a) Rapporti personali.

Quanto ai rapporti personali, il diritto all'assegno di divorzio è attribuito con riguardo alla non autosufficienza alle proprie esigenze, secondo però il principio della "autoresponsabilità economica"[22]; del pari per l'assegno di mantenimento del separato con una nuova convivenza, dove il fondamento della cessazione dell'obbligo di contribuzione viene individuato «*nel principio di autoresponsabilità, ossia nel compimento di una scelta consapevole e chiara, orgogliosamente manifestata con il compimento di fatti inequivoci, per aver dato luogo ad una unione personale stabile e continuativa, che si è sovrapposta con effetti di ordine diverso, al matrimonio, sciolto o meno che sia*»[23].

b) Rapporti patrimoniali.

Quanto ai rapporti patrimoniali, nel contratto d'investimento finanziario si richiama l'autoresponsabilità dell'operatore qualificato, allorché sottoscriva la relativa dichiarazione[24]; nella compravendita, l'esclusione della garanzia nel caso di facile riconoscibilità dei vizi della cosa venduta, ai sensi dell'art. 1491 c.c., è ricondotta al medesimo principio, collegato ad un onere di diligenza della parte[25]; mentre anche gli effetti della trascrizione vengono agganciati all'autoresponsabilità del trascrivente, con riguardo all'inesatta indicazione, nella nota, delle generalità della persona contro cui si intenda trascrivere[26].

Il concetto compare ampiamente nelle argomentazioni svolte – per la regola generale *ex* art. 1227 c.c., base positiva del principio in discorso – sui danni da utilizzo del cellulare[27], da fumo attivo[28], al lavoratore per l'omissione di cautele doverose[29], al turista[30] ed all'utente nel trasporto ferroviario[31].

---

[22] Cass. 9 agosto 2019, n. 21228, non mass.; Cass. 29 agosto 2017, n. 20525, in *Famiglia e dir*., 2018, 573, n. GIORGIANNI; Cass. 30 agosto 2019, n. 21926, in *Corr. giur.*, 2019, 1174.

[23] Così Cass. 19 dicembre 2018, n. 32871, in *Foro it*., 2019, I, 465; e già Cass. 27 giugno 2018, n. 16982, id., 2018, I, 2672.

[24] Cass. 24 aprile 2018, n. 10115, non mass.; Cass. 20 marzo 2018, n. 6962, non mass.; in dottrina, M. SESTA M., *La dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 reg. Consob n. 11522/1998 tra obblighi dell'intermediario finanziario ed autoresponsabilità del dichiarante*, in *Corr. giur*., 2008, 1751.

[25] Cass. 6 febbraio 2020, n. 2756, ined.

[26] Cass. 19 marzo 2019, n. 7680, ined.

[27] Trib. Ivrea 21 aprile 2017 e Trib. Firenze 24 giugno 2017, in *Corr. giur*., 2017, 1082, con nota di E. AL MUREDEN, *I danni da utilizzo del cellulare tra conformità del prodotto agli standard legislativi, principio di precauzione e autoresponsabilità dell'utilizzatore*.

[28] Cfr. Cass. 10 maggio 2018, n. 11272, in *Danno e resp*., 2018, 589, n. TOPI, secondo cui, atteso che la dannosità del fumo costituisce da lunghissimo tempo dato di comune esperienza, è esclusa la responsabilità risarcitoria,

Nell'ambito della responsabilità da fatto illecito *ex* art. 2043, la nozione è, in particolare, richiamata per il concorso del danneggiato pur minorenne: perché, «*quanto più le conseguenze della condotta altrui sono suscettibili di essere previste e superate attraverso l'adozione, da parte dello stesso danneggiato, delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze del*

ai sensi degli art. 2043 o 2050 c.c., del produttore di sigarette, in applicazione del principio della causa prossima di rilievo, costituita dalla scelta di fumare nonostante la notoria nocività del fumo, quale atto di volizione libero, consapevole ed autonomo di un soggetto dotato di capacita di agire; Cass. 30 luglio 2013, n. 18267, ined., sul danno biologico subito dal lavoratore nello svolgimento delle proprie mansioni, qualora si tratti di soggetto aduso al fumo di sigarette; Cass. 4 luglio 2007, n. 15131, in *Resp. civ. e prev*., 2008, 602, n. R. BIANCHI, *Danno da pubblicità ingannevole e consumatori: in cassazione un'apertura condizionata*, in cui il fumatore lamentava il danno esistenziale o da *stress*, causato dall'errata convinzione di ridurre il rischio di lesioni da fumo cui l'attore, già fumatore, era stato indotto dalla dicitura *lights*, passando alle sigarette più leggere.

Nella giurisprudenza penale, v. Cass. pen. 21 giugno 2013, n. 37762, in *Foro it*., 2014, II, 13, n. GUARINIELLO, sul reato di omicidio colposo in danno di lavoratori fumatori, esposti a cromo esavalente; Cass. pen. 27 gennaio 2012, n. 9479, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 472, n. MANCA, su soggetto per anni dedito al fumo; Cass. pen. 21 dicembre 2011, n. 11197, in *Giust. pen*., 2012, II, 449, in *Cass. pen*., 2013, 163, su situazione analoga.

Fra i giudici di merito, Trib. Milano 12 maggio 2017, in *Riv. it. med. legale*, 2017, 1586, sull'esposizione a polvere d'amianto e mancata prova di un'eziologia diversa dal prolungato ed intenso fumo di sigarette; Trib. Milano 11 luglio 2014, in *Corr. giur.*, 2014, 1357, n. PONZANELLI e *Resp. civ. e prev*., 2015, 579, n. MONTINARO, sul rilievo, ai sensi dell'art. 1227 c.c., della condotta del fumatore che abbia comunque continuato a fumare dopo il 1991, quando è divenuto obbligatorio apporre sui pacchetti di sigarette le avvertenze sulla nocività del fumo; App. Roma 21 gennaio 2014, *ibidem*, 586, sul soggetto perseverante nel fumo, nonostante la consapevolezza dei rischi; Trib. Catanzaro 8 febbraio 2011, in *Danno e resp*., 2012, 86, n. TASSONE, che ha ritenuto assorbente il concorso di colpa del fumatore che abbia consumato sigarette in modo smodato, essendo noti fin dagli anni Trenta i rischi legati al fumo; Trib. Roma 12 aprile 2010, *ibidem*, 84, menzionando il concorso di colpa del fumatore che abbia consumato sigarette in modo smodato, nonostante gli avvertimenti apposti sui pacchetti; Trib. Roma 28 gennaio 2009, in *Foro it*., 2009, I, 1234; Trib. Roma 4 aprile 2008, in *Dir. e giur*., 2008, 367, n. RUGGERI, che richiama l'ordinaria diligenza dovuta dal fumatore, sufficiente ad evitare l'esito conseguito, in base al principio di autoresponsabilità di cui all'art. 1227, comma 2, c.c.; Trib. Roma 5 dicembre 2007, in *Foro it*., 2008, I, 985, sulla consapevolezza della potenzialità dannosa e della dipendenza da fumo (anche in *Giust. civ*., 2008, I, 1789, n. R. CARLEO, *Danno da fumo attivo e autoresponsabilità*).

[29] Cass. pen., sez. IV, 28 novembre 2018, n. 5007, ined.; Cass. pen., sez. IV, 10 febbraio 2016, n. 8883 e Cass. pen., sez. IV, 14 gennaio 2016, n. 3616, in *Dir. pen. e proc*., 2016, 1341, con nota di G. MARRA, *Doveri datoriali di cautela, autoresponsabilità del lavoratore e personalità della responsabilità penale*.

[30] App. Cagliari-Sassari, 22 novembre 2013, in *Riv. dir. navigaz*., 2014, 963, con nota di M. M. COMENALE PINTO, *Spunti in tema di responsabilità dei vettori e delle imprese turistiche e c.d. «autoresponsabilità» del turista*, e in *Dir. trasporti*, 2015, 891, con nota di A. DELLA ROSA, *Buona fede e diligenza nell'esecuzione del contratto di viaggio organizzato*.

[31] Nella specie, il passeggero aveva riportato danni alla persona scendendo da un treno in movimento: Cass. 27 aprile 2011, n. 9409, in *Foro it*., 2011, I, 3366, *Giust. civ*., 2011, I, 2601, con nota di G. ADILARDI, *Diligenza qualificata del gestore del trasporto ferroviario e principio di autoresponsabilità dell'utente* e in *Dir. trasporti*, 2013, 888, con nota di S. SESTA, *Obblighi del passeggero e responsabilità del vettore ferroviario*.

caso concreto, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del suo comportamento imprudente nella produzione del danno»[32].

Tutta la giurisprudenza sui danni cagionati dai cd. grandi minori, ai sensi dell'art. 2048 c.c., osserva che «*la complessiva evoluzione sociale è coerente ormai con il riconoscere nelle persone di età prossima ai diciotto anni una maturazione psicofisica ormai completa, e quindi idonea a giustificare una loro autoresponsabilità come responsabilità diretta ed esclusiva. I cd. grandi minori costituiscono oramai, in effetti, una fascia di passaggio tra l'età adolescenziale in senso stretto e la maggiore età, assimilandosi, peraltro, più a quest'ultima che a un periodo di necessità di sostegno altrui e di incapacità di comprendere direttamente gli effetti delle proprie azioni od omissioni*»: con conseguenze sul contenuto della prova liberatoria a carico dell'insegnante, in quanto una simile età deve ritenersi ordinariamente sufficiente ad integrare il caso fortuito[33].

Del pari, per la responsabilità da cose in custodia *ex* art. 2051 c.c. si richiede, da parte del danneggiato, l'adozione delle cautele normalmente attese[34].

c) Processo civile.

Ancor più cruciale è il criterio della autoresponsabilità processuale: perché resti «*ferma l'idea di fondo di un processo non "quasi immortale" (per dirla con Andrioli), ma razionalmente cadenzato e dominato da principi di lealtà e autoresponsabilità*»[35], che qui si declina piuttosto nella categoria dell'onere.

Il principio viene ampiamente applicato, comparendo anzitutto nell'interpretazione dell'art. 37 c.p.c., la cui portata è stata ridimensionata dal diritto vivente escludendo le ipotesi in cui la questione è preclusa per essersi formato il giudicato implicito sulla giurisdizione: in quanto «*diversamente argomentando ci si porrebbe in contrasto col canone fondamentale della buona fede oggettiva, nonché del principio di autoresponsabilità di cui al brocardo* venire contra factum proprium»[36].

[32] Cass. 1° febbraio 2018, n. 248, inedita.
[33] Cass. 31 gennaio 2018, n. 2334, in *Foro it.*, 2018, I, 1259, n. DI ROSA.

[34] Fra le tante, Cass. 1° febbraio 2018, n. 2480, in *Foro it.*, 2018, I, 1254.
[35] Così un passaggio della Risoluzione C.S.M., *Misure per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile*, approvata dal Consiglio il 18 maggio 1988, in *Foro it.*, 1988, V, 249, alla nota 18.
[36] Cass., sez. un., 20 aprile 2018, n. 9912, inedita; Cass., sez. un. 20 ottobre 2016, n. 21260, in *Foro it.*, 2017, I, 966, n. POLI, TRAVI, AULETTA; Cass., sez. un., 29 marzo 2011, n. 7097, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1105, n.

Esso viene richiamato dai giudici, altresì, fra l'altro: in tema di scelta del foro competente[37]; per il luogo dove siano eseguibili le notificazioni presso di sé[38]; in ordine alla mancata integrazione del contraddittorio, quando la presenza di litisconsorti era già nota e per la mera scelta processuale di trascurare la questione nei due gradi di merito, salvo sollevarla dopo la sentenza di secondo grado *secundum eventum litis*[39]; in tema di appello incidentale *ex* art. 346 c.p.c., nel quale la parte deve «*nel rispetto dell'autoresponsabilità e dell'affidamento processuale*» riproporre le domande e le eccezioni non accolte in primo grado, in quanto rimaste assorbite[40]; nella lettura dell'art. 547 c.p.c. sulla dichiarazione di terzo, la quale non è in qualunque momento revocabile *ad nutum*[41]; per l'irripetibilità delle spese eccessive o superflue, di cui all'art. 92, comma 1, c.p.c.[42]; con riguardo all'onere dell'esecutato di attivarsi per prendere visione dell'intero provvedimento del giudice dell'esecuzione, al fine di proporre del giudizio di opposizione agli atti esecutivi[43]; ancora, sulla notifica nel domicilio eletto dell'invito al pagamento del contributo unificato, la stessa Corte costituzionale ha fatto ricorso al principio *de quo*[44].

8. Esempi eclatanti di interesse individualistico esasperato.

Vale la pena di ricordare alcune vicende della recente storia giuridica, fondate sull'oblio dei doveri; se alcune di queste condotte di inciviltà sembrano secondarie rispetto alle grandi sfide dell'umanità, occorre sin d'ora convenire che almeno alcune di esse si pongono come questioni di fondo di una società coesa e specchio del senso di legalità e di comunità.

GIORDANO; Cass., sez. un., 28 gennaio 2011 n. 2067, in *Foro it*., 2011, I, 1387, n. COSTANTINO; Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, *id*., 2009, I, 806, n. POLI.

[37] Cass. 24 luglio 2017, n. 18264, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1373, n. GUARNIERI.

[38] Cass. 16 luglio 2019, n. 19048, ined., ed altre, dove si richiama, a proposito della notificazione presso la casa comunale, ai sensi dell'art. 15, comma 3,1. fall., il principio di auto responsabilità, che onera l'interessato di munirsi di un valido e operante indirizzo PEC.

[39] Cass. 26 settembre 2019, n. 24071, ined.

[40] Cass., sez. un., 21 marzo 2019, n. 7940, in *Giur. it*., 2019, 2648; Cass. 31 luglio 2019, n. 20726, ined.

[41] Cass. 26 febbraio 2019, n. 5489, in *Corr. giur*., 2019, 951, n. TOTA.

[42] Cass. 5 ottobre 2018, n. 24571, *ibidem*, 253, n. BOCCAGNA.

[43] Cass. 12 giugno 2018, n. 15193, ined.

[44] Corte cost. 29 marzo 2019, n. 67, in *Foro it*., 2019, I, 1847, che ha reputato infondate le questioni di legittimità dell'art. 248, comma 2, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, perché non si realizza un *vulnus* del principio secondo cui al contribuente deve essere garantita un'adeguata conoscibilità dell'instaurando procedimento di riscossione, trovando la norma «*la sua* ratio *nel contemperamento non implausibile tra esigenze di garanzia del destinatario, principio di autoresponsabilità e onere di diligenza, da un canto, e di efficienza e buon andamento dell'amministrazione finanziaria, in quanto esonerata da approfondite ricerche anagrafiche, dall'altro*».

a) L'evasione fiscale.

L'esperienza italiana conosce un diffuso fenomeno di evasione fiscale: la sottovalutazione dell'elemento di doverosità insito, in campo economico, nell'art. 53 Cost. ha fatto dimenticare che il concorso alle pubbliche spese non è che un aspetto dell'appartenenza ad una società; ed è stato dimostrato che l'evasione rende più gravi i problemi che il nostro Paese incontra nell'affrontare la crisi finanziaria e nel costruire adeguati strumenti di risposta[45].

Al riguardo, si potrebbero ricollegare da vicino diritti e doveri, nel senso che la contribuzione alle pubbliche finanze sia la base del godimento di una serie di servizi, che lo Stato costituzionale di diritto è tenuto a garantire.

b) Antivax.

Nel corso degli anni, il movimento di opposizione agli obblighi vaccinali è andato crescendo anche in Italia, provocando – stando a quanto indicato dal Ministero della salute – un progressivo e preoccupante calo della copertura, che nel 2014 è scesa per tutte le vaccinazioni obbligatorie al di sotto del 95%, soglia necessaria al mantenimento dell'immunità di comunità, o *community immunity*, e da allora rimasta pressoché uguale.

Sulla questione si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 5 del 2018, che ha dichiarato infondate le questioni di legittimità di una serie di disposizioni del d.l. n. 73 del 2017, come convertito dalla l. n. 119 del 2017, nella parte in cui introducono un ampio novero di vaccinazioni obbligatorie, in riferimento agli art. 2, 3 e 32 Cost., ed attribuiscono alla legislazione statale la potestà di dettare una disciplina uniforme in materia di politiche vaccinali e di profilassi internazionale, in riferimento all'art. 117 Cost.[46].

La Corte ha dovuto decidere circa l'opportunità di comprimere «*quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale*» al fine di «*preservare lo stato di salute degli altri*»: in nome di un vincolo di solidarietà, che non può non dirsi reciproco.

[45] M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, cit., nota 40 e testo corrispondente.

[46] Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5, fra l'altro in *Foro it.*, 2018, I, 710, n. G. PASCUZZI, *Vaccini: quale strategia?*; in *Nuova giur. civ.*, 2018, 881, n. M. TOMASI, *Politiche vaccinali, decretazione d'urgenza e rapporti fra stato e regioni*; e in *Giur. costit.*, 2018, 38, n. C. PINELLI, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica*. V. pure M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2017, 455.

Si è scritto, nel commento sul *Foro*: «*un luogo comune dice che gli italiani non vaccinano i figli per la stessa ragione per la quale non pagano le tasse: contano sul fatto che lo facciano gli altri. Il legislatore si è comportato come se fosse davvero così*»[47].

Ebbene: ci sembra che "il legislatore" avesse, nei fatti, ragione.

c) La PMA diritto assoluto.

Nella logica "ogni desiderio un diritto", anche quello di avere un figlio ad ogni costo si è guadagnato un posto d'onore nella categoria del "mito dell'io".

Si parta da un interrogativo di fondo: se sia configurabile un "diritto alla genitorialità", nel senso che «*il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre e comunque sia, o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate: e ciò particolarmente in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato*».

Se ne è occupato il giudice delle leggi[48], fissando alcuni principî.

Da un lato, la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli; dall'altro, la libertà di procreare non implica che possa esplicarsi senza limiti, dovendosi bilanciare con altri interessi costituzionalmente protetti, ed il divieto di accesso alla PMA, stabilito nei confronti delle coppie omosessuali, non eccede il margine di discrezionalità del legislatore.

La Corte ha rimarcato anche la differenza essenziale tra l'adozione dei minori e la PMA: la prima presuppone l'esistenza in vita dell'adottando e non serve per dare un figlio ad una coppia, ma una famiglia al minore che ne è privo; la PMA, di contro, serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza ad una coppia o a un singolo: che antepongano il proprio desiderio alla reale tutela di chi ancora non è al mondo.

L'equivoco sta nel richiamo apodittico al "superiore interesse del minore": chiave che apre tutte le porte, grimaldello che impone la genitorialità ad ogni costo, mole che schiaccia la dignità

[47] G. PASCUZZI, *op. loc. cit*.
[48] Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corr. giur.*, 2019, 1460, da cui è tratto il virgolettato nel testo.

umana, quando autorizza il commercio della gestazione contro un prezzo e la messa al mondo di persone cui viene – per sempre – negato il diritto alle proprie origini[49].

Una cosa è assicurare soluzioni pratiche a tutela di chi sia stato ormai messo al mondo, un'altra accettare *ex ante* la logica del "fatto compiuto e prepotente"[50].

d) Il pasto a scuola.

Alcuni genitori intentarono una causa contro il comune ed il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, per sentire accertare «*il diritto di scegliere per i propri figli tra la refezione scolastica e il pasto domestico (portato da casa o confezionato autonomamente) e, in particolare, di consumarlo all'interno dei locali destinati alla mensa e nell'orario della refezione*». Qui non era in discussione il principio costituzionale di gratuità dell'istruzione inferiore, di cui all'art. 34, comma 2, Cost., essendo previste tariffe ridotte ed anche l'esonero dal pagamento del servizio mensa per le fasce reddituali più svantaggiate; quello che si pretendeva era proprio di usufruire, anziché del servizio mensa, del pasto domestico come «*espressione di una incomprimibile volontà individuale o di un diritto incondizionato dell'alunno*» che opti per il tempo pieno.

Le Sezioni unite hanno svelato l'equivoco: non si tratta di un diritto di libertà, «*quasi ad evocare la nozione ottocentesca di libertà negativa*», ma del diritto sociale all'istruzione, dunque condizionato dalle scelte organizzative rimesse alle singole istituzioni scolastiche, su cui i beneficiari del servizio pubblico possono influire solo nell'ambito del procedimento amministrativo *ex* art. 97 Cost. Pertanto, gli alunni non vantano un diritto soggettivo perfetto e incondizionato all'autorefezione individuale: l'istituzione scolastica non è un luogo dove si esercitano liberamente i diritti individuali degli alunni, ma il luogo dello sviluppo della personalità, in cui «*la valorizzazione delle diversità individuali … devono realizzarsi nei limiti di compatibilità con gli interessi degli*

[49] Il diritto a conoscere i propri genitori è richiamato anche dal parere 10.4.2019 della Grande Cambre Cedu, nel quale si evidenziano comunque i gravi rischi di abusi della pratica della cd. maternità surrogata e si richiede comunque che il procedimento estero sia legittimo.

[50] Non si può ora approfondire oltre la delicata questione. Si rimanda, in generale, a Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. e dir*., 2019, 653, e Cass., ord. interl. 29 aprile 2020, n. 2325, la quale ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40, invece che provvedere ad una nuova rimessione alle Sezioni unite, contro il disposto dell'art. 374 c.p.c., e senza che ivi il richiamo al precedente di Corte cost. n. 5 del 2015 (in materia di ammissibilità del *referendum*) superi il rilievo.

altri alunni e della comunità», proprio «*tenendo conto dell'adempimento dei doveri cui gli alunni sono tenuti, di reciproco rispetto, di condivisione e tolleranza*»[51].

e) Le nostre città.

A differenza che per l'obbligo tributario, che è necessariamente proporzionale, altri obblighi apparentemente minori, e però essenziali per la civile convivenza – il rispetto per la pulizia delle città e per l'ambiente, l'adeguato smaltimento dei rifiuti (ed ancor prima, per i produttori, la riduzione di confezioni ed imballaggi pletorici), l'osservanza delle regole del codice della strada – possono essere adempiuti da chiunque in pari modo.

Purché si comprenda che sono doveri fondamentali: *cives sumus*.

9. Affinché non siamo passati invano.

È superfluo rimarcare il ruolo dei diritti fondamentali, la cui affermazione, peraltro, non è ancora pienamente raggiunta. Tuttavia, è un dato di fatto che l'attenzione sia stata troppo a lungo interamente dedicata alla ricerca di diritti sempre nuovi, sino al sentimento di un incontenibile individualismo ed al "diritto ad ogni immaginabile diritto".

A fronte di ogni diritto nuovo, si arricchisce il patrimonio giuridico di alcuni soggetti, ma, nel contempo, si riduce lo spazio di libertà di chi deve rispettarli e degli interessi in conflitto. E gli stessi diritti preesistenti trovano nel diritto "nuovo" un competitore[52].

La ricerca di altri diritti apre le porte ad istanze non sempre ragionevoli e disponibili al bilanciamento: con riflessi sulla giurisdizione, allorché ogni desiderio diventi motivo di adire il giudice per affermarne la dignità di diritto soggettivo; mentre la rilettura giurisprudenziale delle Carte, pur funzione ineliminabile del magistrato, a volte sconfina nella "interpretazione creativa" del diritto[53]: che spesso abbaglia, ma non illumina. La civiltà dei diritti discende, all'opposto,

[51] Cass., sez. un., 30 luglio 2019, n. 20504, non edita.

[52] Così M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Encicl. dir.-Annali*, Milano, 2016, vol. IX, 391, a p. 458.

[53] Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit.: «*il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale*»: salvo sempre il compito di indicare l'interpretazione più corretta ad opera dei giudici (*in primis* della Corte di cassazione *ex* art. 65 ord. giud.) e il sindacato del giudice delle leggi, onde verificare che queste non decampino dall'alveo della ragionevolezza. In tema di cd. interpretazione creativa del diritto e della giurisprudenza come fonte, si

dall'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà: l'individuo *uti socius*, non solo *uti singulus*.

L'etica della cura evoca null'altro che la responsabilità, che ci appartiene, per istinto naturale, nelle relazioni più vicine: ma che occorre trasli dal privato al sociale e diventi una pratica morale.

Perché non possa dirsi che siamo passati invano.

veda il fondamentale lavoro di M. Luciani, citato alla nota che precede; e sia permesso il rinvio a *L'etica del giudice e la certezza del diritto*. De secreto conflictu curarum mearum, in *giustizia civile.com*, 12.1.2018.

Nicola Di Leo

Non solo diritti, ma anche doveri.

a. La logica dei diritti e la riscoperta della tematica dei doveri.

Il dibattito giuridico degli ultimi anni si è concentrato sulla *logica della emersione e tutela dei diritti*, con l'introduzione nel loro catalogo di posizioni soggettive sempre più ampliate, in una logica di espansione delle garanzie e di promozione sociale che spesso, però, *non ha tenuto conto di alcuni fattori*.

Da un lato, della dimensione *esasperatamente individualistica* spesso connaturata ai diritti soggettivi, non sempre propriamente collegati a quella solidarietà sociale tanto utile per la costruzione di una società civile e, dall'altro, di come l'affermazione di un nuovo diritto rappresenti sempre un costo per qualcuno, venendo, parallelamente, a costituire *un obbligo o un dovere* [1].

In virtù di questo fenomeno, poi, si è assistito a una enorme *proliferazione* dei diritti[2] e, parallelamente, delle posizioni degli obbligati, perché è sempre bene ricordare che dove nasce una situazione attiva se ne collega immediatamente, perché si possa definire giuridica, una corrispondente passiva.

Peraltro, la grave crisi sanitaria e, conseguentemente, pure economica che ha investito anche l'Occidente ripropone oggi come urgente la questione della *ricostruzione sociale* nella quale, probabilmente, anche la riscoperta della tematica dei doveri può trovare particolare interesse**.**

Già prima dei recenti gravissimi accadimenti iniziava, infatti, ad essere percepito come un problema il fatto che l'uomo chiedesse sempre più diritti, con sempre minore assunzione di responsabilità e doveri[3] (che una volta gli derivavano dall'appartenenza a un contesto religioso), essenziali per costruire una società e per le possibilità di convivenza. Come ha ben messo in luce

---

[1] Ha, peraltro, determinato un moltiplicarsi dei diritti paragonabile - come è stato rilevato - quasi *ai desideri dell'uomo*, tanto che si è coniato il termine "*diritti desiderio*". Questi, poi, si definirebbero in diversi casi come "*miti*", nel senso che il loro riconoscimento non creerebbe significativi problemi per nessuno, portando solo vantaggi all'interessato. Ma si rilevato come la tesi dei diritti miti, innanzitutto, censuri la stessa realtà pratica e concreta, ossia la constatazione minimale che l'affermazione di un diritto presuppone innanzitutto che questo venga esercitato nei confronti di un soggetto passivo, tenuto poi a qualche cosa. Trascura cioè la stessa logica del rapporto giuridico, per cui ogni diritto presuppone un dovere e un soggetto passivo obbligato. Del resto, nelle cause, c'è sempre una parte vittoriosa e una soccombente e non si assiste mai a una particolare mitezza…

[2] con riguardo alla retorica della logica dei nuovi diritti, cfr. *Perché i diritti-desiderio promettono l'infinito, ma lo tradiscono?* Pubblicazione: 31.03.2011 – G. PIFFER, e T. E. EPIDENDIO in *https://www.ilsussidiario.net/news/cultura/2011/3/31/giustizia-perche-i-diritti-desiderio-promettono-l-infinito-ma-lo-tradiscono/163543/;*

[3] A. BARBANO (autore del saggio *Troppi diritti*, ed. Mondadori, 2018) viene ad affermare che «in Italia il primato dei diritti ha assunto da almeno quattro decenni le forme di una vera e propria ideologia politica: <<*il dirittismo*».

Solženicyn, nel 1978 ad Harvard, in un importante discorso, con l'invito all'Occidente a cambiare percorso.

Infatti, un uomo che chieda solo diritti, secondo un'impostazione essenzialmente individualistica, corrispondente a un antropocentrismo esasperato, perché poi dovrebbe assumersi dei doveri per contribuire effettivamente alla costruzione della società?

D'altronde anche il contenuto ultimo della ricerca socratica si è posto nel fatto che l'uomo abbia il suo carattere specifico nell'interrogarsi non tanto sul proprio *potere*, quanto sul proprio *dovere*…

Nella storia della filosofia, la nozione di dovere si ripresenta, poi, con gli Stoici che intesero con essa ogni comportamento assunto *in conformità al dettato della ragione*, principio divino dell'ordine cosmico. Ancora il concetto riveste un ruolo dominante nell'etica kantiana, ove il dovere diventa non solo azione conforme alla legge di ragione, ma atto intrapreso unicamente in vista e nel rispetto di quella. Una ragione, però, ormai scollegata esperienzialmente dalla fonte morale cristiana[4] che era stata spesso l'origine e che aveva, poi, indotto al rispetto degli impegni morali, che ora richiedono, perciò, nuovamente l'individuazione del loro fondamento, essendo evidentemente fallita l'impostazione illuministica di una loro *giustificazione in se stessi*.

b. L'impopolarità retorica della tematica dei doveri.

Peraltro, parlare di una logica dei doveri risulta *in qualche modo antipatico*, *impopolare* perché suona come una minore libertà, come un'imposizione.

Tuttavia, dopo quanto appena accaduto, probabilmente, quel deficit di popolarità del concetto risulta fortemente attenuato, potendosi, nella situazione attuale, collegarlo all'esigenza di una ripartenza e ad obbligazioni e a un senso di responsabilità che sorgono, anche spontaneamente dal lato morale, nei confronti degli altri.

Le situazioni emergenziali, infatti, smuovono le posizioni individualiste, come si è assistito subito all'insorgere del Covid, nel senso del dovere naturalmente manifestato da chi doveva prestare assistenza o, ancora, in altra occasione, nel passato solo un po' meno recente, con i medici e infermieri che sono tornati volontariamente dalle ferie dopo il crollo del ponte Morandi.

[4] Cfr. anche I doveri "presi sul serio" di L. NAZZICONE, in *https://www.magistraturaindipendente.it/i-doveri-presi-sul-serio.htm* ;

La categoria del dovere potrebbe, dunque, rilegittimarsi pienamente in una concezione culturale, in un momento storico in cui chi debba sottoporvisi possa comprenderne pienamente le ragioni.

Ne sono esempi, in questo periodo, quelle esigenze di ciascuno di assumere quei "diritti – doveri"[5] utili per tutelare la salute, l'igiene e la sicurezza dalla società, come l'accettare di restare per un certo lasso di tempo nella propria abitazione, indossare una mascherina o mantenere un distanziamento sociale, condizioni che sono state ammesse proprio perché se ne comprendevano le motivazioni[6].

Quando si percepiscono le ragioni di un dovere o di un compito, si può, cioè, determinare quella *commozione* che determina l'azione, nel senso di *cum movere*, quel *muoversi insieme* per fare un bene.

Si può, qui, in proposito, introdurre, in modo parallelo, anche la tematica della *libertà*, perché è chiaro che la corretta comprensione delle ragioni di un agire che sia imposto, consente non solo di accettarlo, ma anche di muoversi nell'ambito dello stesso *con una adesione più libera e dunque efficace*. Ancora esemplificando, se un muratore intravede la bellezza e l'utilità di un edificio che sta contribuendo a costruire, sarà certamente *più libero*, in quanto mosso da una motivazione chiara che ultimamente può far propria, pur sempre nell'assolvimento del dovere di svolgere il proprio lavoro in cantiere ogni mattina, specialmente ove stia magari collaborando a realizzare, in questo periodo, un reparto di rianimazione, come in tante immagini che sono girate nelle *chat* di tutti.

[5] i doveri, a volte, si incrociano con i diritti dando luogo alla particolare categoria dei «diritti-doveri». Ad esempio è un diritto-dovere votare, è un diritto-dovere crescere i propri bambini; è un diritto-dovere curare la propria salute e avere un ruolo all'interno della società, ecc.

[6] Ugualmente, in un periodo come questo si comprende ancor meglio il fondamento del *dovere di vaccinarsi*, rispetto al quale appare dover recedere il principio di libera autodeterminazione. In proposito, cfr. C. Cost. sent. n. 5 del 2018 che afferma che "*occorre anzitutto osservare che la giurisprudenza di questa Corte in materia di vaccinazioni è salda nell'affermare che l'art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività (da ultimo sentenza n. 268 del 2017), nonché, nel caso di vaccinazioni obbligatorie, con l'interesse del bambino, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai loro compiti di cura (ex multis, sentenza n. 258 del 1994). In particolare, questa Corte ha precisato che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)".* Cfr. ancora anche L. NAZZICONE I doveri "presi sul serio" cit.

Allargando lo sguardo a livelli ancora più ampi, poi, tutto questo potrebbe invitare a ritrovare una visione complessiva, a ricercare il significato della singola azione *rispetto al tutto*, in un senso nuovo della parola "*globalizzazione*" che ponga la vita del singolo e della società in rapporto al mondo intero, in tempi in cui si stava quasi abbandonando questa prospettiva, in quanto l'assunzione di un dovere o di una responsabilità anche scomoda diviene più ragionevole e più agevole nel momento in cui si individua l'orizzonte più allargato in cui collocarla, in una visione culturale. All'opposto, invece, rimanendo in una concezione solo nichilista, come diceva Malraux, *«non c'è ideale al quale possiamo sacrificarci»*, per il quale possiamo veramente impegnarci, *«perché di tutti conosciamo la menzogna, noi che non sappiamo che cosa sia la verità»*[7].

c. I doveri e la dignità dell'uomo.

Per approfondire ulteriormente l'argomento sull'importanza sociale dei doveri, ancora in collegamento con la logica dei diritti, ma anche con il tema della libertà, si può qui plasticamente richiamare il contenuto del Preambolo della Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell'uomo, adottata nell'aprile del 1948 che recita che "l'adempimento del dovere per ogni individuo è un *prerequisito* per i diritti di tutti. Diritti e doveri sono interrelati in ogni attività sociale e politica dell'uomo. Mentre i diritti esaltano la libertà individuale, *i doveri esprimono la dignità di quella libertà*. I doveri di carattere giuridico ne presuppongono altri di natura morale che li sostengono in linea di principio e che ne costituiscono la loro base".

I doveri, dunque, come "*dignità della libertà"*, come nel Pinocchio di Collodi, che racconta come, accettando l'assunzione di compiti e doveri, oltre che della fatica, l'uomo possa diventare più uomo.

Forse per questo nella Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell'uomo del 1948 vi è un elenco dei diritti, ma pure quello dei doveri che sono concepiti nei confronti degli altri uomini e della società, con una immagine del dovere come *coessenziale* ai diritti, secondo l'impostazione ancora attuale proposta da Giuseppe Mazzini nel suo "*Doveri dell'uomo*" dell'aprile del 1860, nel quale si argomenta che si è educati all'egoismo e all'avidità dei beni materiali, perché proposti come fine e non come mezzo*: "colla teoria dei diritti possiamo insorgere e rovesciare gli ostacoli; ma non fondare forte e durevole l'armonia di tutti gli elementi che compongono la Nazione. Colla teoria della felicità, del benessere dato per oggetto primo alla vita, noi formeremo uomini egoisti,*

[7] A. MALRAUX, *La tentation de l'Occident, Bernard Grasset*, Paris 1926, p. 216; traduzione nostra.

adoratori della materia, che porteranno le vecchie passioni nell'ordine nuovo e lo corromperanno pochi mesi dopo. Si tratta dunque di trovare un principio educatore superiore a siffatta teoria che guidi gli uomini al meglio, che insegni loro la costanza nel sacrificio, che li vincoli ai loro fratelli senza farli dipendenti dall'idea d'un solo o dalla forza di tutti. E questo principio é il dovere. Bisogna convincere gli uomini ch'essi, figli tutti d'un solo Dio, hanno ad essere qui in terra esecutori d'una sola Legge - che ognuno d'essi, deve vivere, non per sé, ma per gli altri - che lo scopo della loro vita non é quello di essere più o meno felici, ma di rendere sé stessi e gli altri migliori - che il combattere l'ingiustizia e l'errore a beneficio dei loro fratelli, e dovunque si trova, é non solamente diritto, ma dovere: dovere da non negligersi senza colpa - dovere di tutta la vita".

Nella stessa scia, poi, si pone la nostra Costituzione perché l'articolo 2, da un lato, riconosce i diritti inviolabili dell'uomo e, dall'altro, richiede "*l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"*.

Sono, cioè, prescritti i doveri di solidarietà, come elementi inscindibili dai diritti e dalle libertà, come tutti necessari a garantire la convivenza civile.

Nell'Assemblea costituente, l'aggiunta del correlativo concetto - accanto ai diritti inviolabili dell'uomo - dei doveri inderogabili di solidarietà, è dovuta al presidente della Commissione dei 75[8], Meuccio Ruini, il quale affermò che "*i proponenti hanno aderito alla mia tenace insistenza perché in questo articolo si mettano insieme, come lati inscindibili, come due aspetti dei quali uno non può sceverare dall'altro, i diritti e i doveri. Concetto tipicamente mazziniano, che si era già affacciato nella Rivoluzione francese e ormai è accolto da tutti, è ormai assiomatico*".

d. I doveri in funzione del principio personalista e del rifiuto di una concezione individualista.

È stato correttamente rilevato che, peraltro, la collocazione dei doveri in tale contesto non è priva di significato, in quanto si pone in armonia con il *"principio personalista"*: *lo sviluppo di ogni singola persona è il fine ultimo dell'organizzazione sociale*, ma richiede, perché si possa realizzare, *l'adempimento dei doveri di solidarietà* suddetti che si traduce in responsabilità, adempimento di oneri, compiti e funzioni che la società esige [9]. Nell'articolo 2 Cost., cioè, secondo

[8] La Commissione per la Costituzione, più spesso chiamata Commissione dei 75, fu una commissione speciale, composta di 75 membri scelti fra i componenti dell'Assemblea Costituente, che fu incaricata di elaborare e proporre il progetto di Costituzione repubblicana.

[9] Non solo diritti, A. PASCALE in http://www.olioofficina.it/societa/incursioni/non-solo-diritti.htm

la più autorevole dottrina, non è inclusa una *nozione meramente individualistica di persona*, ma una *ben più ampia* e che comprende la *solidarietà* tra i cittadini[10].

E' da evidenziare con forza, infatti, l'"evidente carattere sociale della Costituzione italiana. Debitrice dei movimenti social-democratici e del pensiero sociale cattolico, la nostra Carta fondamentale *contrappone all'individualismo liberale il personalismo*, che sancisce all'art. 2, assieme al principio pluralista. Per usare un'affermazione di Habermas[11], è, cioè, costruita sulla realistica considerazione che i "*progetti di vita individuali non si formano al di fuori di contesti di vita intersoggettivamente condivisi.*"[12]

D'altra parte, nella stessa ottica personalistica e non individualista, si può rammentare che, il 10 dicembre 1948, anche l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato la "Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo" *includendo la categoria del dovere*[13], forse perché già nel 1943, Simone Weil[14] aveva messo in guardia sul fatto che *non sui diritti, ma sui doveri si edifica il rispetto dell'essere umano*[15]. Ciò nonostante pochi mesi dopo alla firma della Dichiarazione apparve il suo testo filosofico che critica la nozione di "*diritto inteso come pretesa"* e che evidenzia che "*non ha senso dire che gli uomini abbiano dei diritti e dei doveri a quelli corrispondenti. Queste parole esprimono solo differenti punti di vista. La loro relazione è quella da oggetto a soggetto. Un uomo, considerato di per se stesso, ha solo dei doveri, fra i quali si trovano certi doveri verso se stesso. Gli altri, considerati dal suo punto di vista, hanno solo dei diritti. A sua volta egli ha dei diritti quando è considerato dal punto di vista degli altri, che si riconoscono degli*

[10] Cfr. L. MENGONI, Il Lavoro nella dottrina sociale della Chiesa, cura di Mario Napoli, V&P diritto, università, ricerche.;

[11] HABERMAS J., *Il futuro della natura umana*, Torino, Einaudi, 2002, p. 6.

[12] L. ANTONINI, Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali in http://blog.centrodietica.it/wp-content/uploads/2011/06/antonini.pdf;

[13] Ad es., l'art. 29, co. 1, della Dichiarazione recita che "Ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità".

[14] la riflessione, politica e spirituale, degli ultimi mesi di vita di Simone Weil è centrata sul primato dell'obbligo rispetto ai diritti individuali, che non sono negati, ma relativizzati e, di contro, sono additati i rischi insiti in uno spirito di rivendicazione particolaristico ed esasperatamente conflittuale: cfr., in tal senso, la nota 26 del Padre Nostro di Simone Weil, a cura di Domenico Canciani e Maria Antonietta Vito, in edizioni Castelvecchi, marzo 2015, titolo originale A' propos du Pater; SIMONE WEIL (Parigi, 3 febbraio 1909 – Ashford, 24 agosto 1943) è stata una filosofa, mistica e scrittrice francese, la cui fama è legata, oltre che alla vasta produzione saggistico-letteraria, alle drammatiche vicende esistenziali che ella attraversò, dalla scelta di lasciare l'insegnamento per sperimentare la condizione operaia, fino all'impegno come attivista partigiana, nonostante i persistenti problemi di salute;

[15] Cfr. anche I doveri "presi sul serio" di L. NAZZICONE cit. che evidenzia che differentemente "è noto che le prime dichiarazioni dei diritti – Dichiarazione di diritti del Buon Popolo della Virginia del 1776, Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti del 1776 e Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 – ignoravano i doveri, perché nacquero in contrapposizione alle monarchie assolute, con la necessità di opporsi alle disuguaglianze estreme che esse permettevano e di limitare i poteri statuali a garanzia dell'individuo borghese";

obblighi verso di lui. Un uomo, che fosse solo nell'universo, non avrebbe nessun diritto, ma avrebbe degli obblighi".

Così, Gustavo Zagrebelsky, in *Diritto allo specchio*[16] ricorda che negli ultimi anni della sua vita, Norberto Bobbio "soleva interrompere con una certa rudezza chi fosse venuto a parlare del suo celebre '*L'età dei diritti"*", per affermare che *"se avessi ancora il tempo e le energie, scriverei piuttosto 'L'età dei doveri'" – e osserva che "il costituzionalismo dei diritti […] deve scoprire i doveri*".

La valorizzazione dei doveri, poi, è strettamente collegata a quella del concetto di "*compito*", come ha ben chiarito il pensatore spagnolo Ortega y Gasset ne *La Ribellione delle masse,* scritto nel 1929 per cui una vita senza doveri o impegni "*è più negativa della morte"*. Perché *vivere vuol dire avere compiti precisi da svolgere* – un incarico da espletare – e nella misura in cui eludiamo la necessità di sottomettere a un compito la nostra esistenza, la vanifichiamo[17].

In modo analogo, un riferimento corrispondente potrebbe anche essere al "*Lo Hobbit*" di Tolkien, laddove l'assunzione di un compito, faticoso, rischioso e che, però, può salvare il mondo intero, genera la compagnia e porta ciascun protagonista a risorse inaspettate e che nemmeno questi credeva di avere: «*in te c'è più di quanto tu non sappia, figlio dell'Occidente cortese. Coraggio e saggezza, in giusta misura mischiati* (…)»[18].

Con questa coscienza dell'importanza del "compito" per vivere e per superare un forte individualismo, probabilmente, i padri costituenti hanno allora incluso nella Carta fondamentale in diversi casi i doveri: quelli verso la Repubblica (ad esempio, di esserle fedeli: art. 54), verso la società (ad esempio, il dovere di solidarietà e quello di concorrere al progresso sociale: articoli 2 e 4), verso lo Stato (ad esempio, l'esercizio del voto, la difesa della Patria, lo svolgimento con disciplina ed onore delle funzioni pubbliche: articoli 48, 52 e 54), verso la famiglia (ad esempio, mantenere, istruire ed educare i figli: art. 30) che, dunque, in Italia, sono inclusi nel livello più alto nella gerarchia delle fonti**.**

[16] G. ZAGREBELSKY, in *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2018, p. 118;

[17] ORTEGA Y GASSET ne *La Ribellione delle masse*, 1929, trad. it., Milano, SE, 2001, p. 110, così si esprime: <<Questa è l'orribile situazione intima in cui si viene ormai a trovare la migliore gioventù del mondo. Nel sentirsi puramente libera, esente da impegni, si sente vuota. Una vita «disponibile» è più negativa della morte. Perché vivere vuol dire avere da fare qualcosa di preciso - equivale a compiere un incarico - e nella misura in cui eludiamo di sottomettere a un compito la nostra esistenza, rendiamo vuota la nostra vita. Fra poco si udrà un grido formidabile in tutto il pianeta, che salirà, come l'ululato di innumerevoli mastini, fino alle stelle, chiedendo qualcuno e qualcosa che comandi, che imponga un obbligo o un impegno>>.

[18] Thorin Scudodiquercia a Bilbo Baggins in *Lo Hobbit* di J. R. R. TOLKIEN, pag. 324, Gli Adelphi, 2018;

e. La conclusione: i doveri come passaggio dall'Io al Noi.

Occorre, quindi, rilevare che la Costituzione, in conformità all'ottica che si sta proponendo, non declina i *diritti da soli, ma in congiunzione con i doveri*. Per cui, ancora richiamando le premesse della presente riflessione, non si possono rivendicare diritti senza, nello stesso tempo, ricordarsi dei corrispondenti doveri.

Ma allora perché non c'è capacità di evocare con coraggio i doveri? Sembra quasi una anestesia a un pensiero dominante, trasversale e totalizzante, per cui ci si sente di affermare unicamente diritti da esigere.

Ma può scompaginare le carte l'emergenza sanitaria ed economica che richiede, inevitabilmente, una visione culturale diversa, necessariamente più solidaristica, con una sorta di "*passaggio dall'io al noi*", perché la sorgente del dovere nasce in quel "*sentirci un noi*". In quel condividere tutto. In quel pensare che dalla sofferenza possiamo e dobbiamo uscirne insieme. *Che la rinascita è sempre un noi, non fosse altro che per la nostra dimensione relazionale*[19].

Del resto, già Luigi Mengoni insegnava che il rifiuto dell'individualismo proviene da come appartenga alla nostra tradizione più un concetto di *antropologia positiva*. Quello, cioè, ereditato da Sant'Agostino, per cui il nostro stare in società deriva da rapporti amorosi di cui si può aver fiducia (in armonia con il concetto che l'uomo è immagine di Dio e della relazione amorosa esistente nella Trinità) e che si contrappone a una impostazione *antropologica negativa, propria di Hobbes*, per cui le relazioni sociali sono l'esito di un contratto, perché non si può avere alcuna fiducia nelle stesse, perché *homo homini lupus*[20].

Pur non retrocedendo, quindi, certamente dai diritti conquistati e proprio per favorire una *corresponsabilità verso chi si trovi in condizioni di maggior bisogno*, occorre, dunque, al contempo e parallelamente, riscoprire la categoria del dovere, in una logica di solidarietà che si contrappone all'individualismo dell'uomo moderno, particolarmente preziosa nei tempi che dovremo vivere.

[19] cfr. anche P. GIORDANO, *Dopo il Coronavirus. Il ritorno a noi stessi,* in Corriere della Sera, Cronache, del 7.6.20 che così si esprime: "*ma cerco di essere fedele al sentire comune; quel sentire comune che trascende le mie opinioni e il mio istinto e mi ha fatto dire più frequentemente «noi» di «io» nelle scorse settimane. Settimane in cui neppure i miei sogni erano davvero miei, erano «nostri», irruzioni notturne dell'inconscio collettivo*".

[20] Cfr. L. MENGONI, *Il lavoro nella Dottrina sociale della Chiesa*, a cura di Mario Napoli, V&P diritto, università, ricerche;

Massimiliano Siddi

Il diritto sospeso: logica della paura e paura della logica

In questi giorni di forzata ed apprensiva permanenza domiciliare, dovuta all'infuriare della pandemia che la freddezza scientifica denomina "COVID19", come già a Carl Schmitt nel segreto della cella ("Ex captivitate salus"), due grandi maestri del passato vengono a farmi visita e ad illuminare il senso di disorientamento che, ancor più da cittadino che da giurista, provo dinanzi agli effetti prodotti dalla normazione emergenziale che sta soffocando in modo rilevante taluni diritti fondamentali che fino ad oggi siamo stati abituati ad immaginare scontati: questi due maestri sono lo stesso Carl Schmitt ed Hans Kelsen.

Qualunque legislazione emergenziale, per l'indubbio "vulnus" che crea ai diritti fondamentali scolpiti nella nostra Costituzione e, sotto il profilo filosofico - politico, allo Stato di diritto nel suo complesso, ha sempre fatto discutere gli interpreti sulla sua compatibilità con i cennati principi.

Ma fino ad oggi, almeno nel corso del periodo dell'Italia repubblicana, si è trattato solo, per dirlo con una felice espressione concettuale che mutuo da Thomas Kuhn, di "scienza normale", di un'ordinaria prova di tenuta del nostro sistema giuridico, periodicamente sottoposto a forti tensioni ed a trazioni derivanti da sconvolgimenti politico sociali (criminalità organizzata terroristica, mafiosa, etc.). Allo stato attuale, invece, la questione è radicalmente differente, ed assai più insidiosa, atteso che il nemico non proviene dalle trincee nascoste ed ipogee dell'antagonismo ideologico, ne' dalla devianza criminale di matrice economico - sociale, ma pervade, indistintamente, le nostre esistenze, mettendo in serio e generalizzato pericolo l'incolumita' personale di tutti, ed indirettamente, in prospettiva, forse addirittura con maggiore virulenza, i livelli di benessere acquisiti. La "scienza" del pregiudizio per l'integrita' dell'ordinamento giuridico, da "normale" si fa dunque "straordinaria", perché mutano sia il paradigma tipico del fattore di aggressione (non più fenomeni di natura antropologica), sia la percezione degli effetti di tale aggressione (un pericolo biologico "interclassista e democratico" che pervade l'intera comunità internazionale). E a determinare la metamorfosi del paradigma questa volta non è tanto l'evento straordinario in se', checche' se ne dica del tutto simile ad altri già sperimentati nel corso della storia anche recente, ma la reazione che a livello istituzionale e sociale ha suscitato, trasformando un'ordinaria emergenza sanitaria in quello che uno dei miei immaginari visitatori, Carl Schmitt, definiva uno "stato d'eccezione", per fondare la sua teoria della sovranità. Lo "stato d'eccezione", nella peculiare visione di questo grande intellettuale del '900, integrando il presupposto "politico - istituzionale" per stabilire a chi "competa" la decisione ultimativa, consente di stabilire chi sia il "sovrano", indicandone nel contempo i caratteri ontocratici. Il sovrano e' tale perché decide nello

Stato d'eccezione e la sovranità, senza questo presupposto legittimante, resterebbe un attribuito vuoto ed astratto, difficilmente denotabile. A ben vedere, questo tempo che nella quasi generale inconsapevolezza stiamo vivendo, sospeso non solo nella sua dimensione esistenziale, ma anche in quella politico - istituzionale dell'integrita' dell'ordinamento giuridico, e' un tempo che costituisce paradigma e figura dei tanti drammatici spartiacque cui la storia ha destinato le fragili democrazie. Non si tratta di voler rappresentare un'interpretazione a tutti i costi pessimistica dei precedenti storici (Repubblica di Weimar "in primis"), ma di saper cogliere appieno le analogie strutturali e concettuali che quei precedenti evidenziano rispetto alla situazione presente. Volendo valorizzare il profilo fenomenologico della teoria della sovranità di Carl Schmitt, non certo quello strettamente politico - effettuale, non si può non constatare come, nel corso di questa emergenza, l'atteggiarsi concreto delle varie istituzioni implicate, la qualità della normazione prodotta, persino la forte valenza simbolica del linguaggio e della narrazione adottati dai pubblici poteri, evochino una situazione tipica dello "stato d'eccezione". L'ordinamento giuridico costituzionale viene sospeso, decomposto e rimodulato in funzione di un nuovo ordine in cui il più classico e cogente "ircocervo" giuridico, un concetto per metà assiologico e per metà biologico, quello della salute, viene posto a fondamento, giustificazione, fine e misura di qualunque restrizione il "sovrano" intenda arbitrariamente introdurre.

Senza addentrarsi in un'analitica disamina dei profili strettamente tecnico - normativi del fenomeno, basti dire che quello che dovrebbe costituire il presidio formale affinché il principio costituzionale della riserva di legge in tema di limitazioni della libertà personale venga rispettato, consiste nel decreto - legge, successivamente convertito in legge, che contiene disposizioni assolutamente vaghe e generiche, sia sotto il profilo delle rispettive competenze a provvedere, sia con riguardo alla tassativa indicazione delle modalità di compressione di un diritto del calibro di quello della libertà personale. E il risultato di una copertura legislativa tanto vaga e' la proliferazione di una serie di fonti secondarie attuative, spesso tra loro contrastanti, a disciplinare uno dei diritti cardine di un assetto democratico. Quanto tutto ciò sia compatibile con il nostro ordinamento costituzionale e' questione che solo il passare del tempo potrà consentire di inquadrare con i giusti filtri ermeneutici, giacche' oggi, sull'onda dell'emotivita' e, talora, di una vera e propria psicosi, prevalgono pulsioni assiologicamente totalitarie ed eccessivamente semplificative. La pluralità e la contraddittorietà delle fonti attuative secondarie rappresenta, in realtà, la cifra differenziale di questo nostro sovrano odierno, che non si manifesta più come un organo

monocratico, o comunque come un'istanza decisionale unitaria e coerente, alla stregua di quelli classici, ma si manifesta come un sovrano "diffuso", disseminato in una pletora di istanze decisionali talora in aperto conflitto interpretativo tra loro, secondo la migliore e più avanzata espressione del "babelismo" postmoderno. Presidenza del Consiglio, singoli ministri, presidenti di Regione, sindaci, organi tecnocratici di ausilio governativo (Protezione Civile, I.S.S., prefetti, forze di Polizia), persino i protagonisti del circuito mediatico: tutti rappresentano, indistintamente, irrelati centri di potere decisionale i quali, chi con il proprio editto pretorio territoriale, chi con un suo "vademecum" comportamentale esplicativo/precettivo, inastando il vessillo valoriale del bene supremo della salute, esercitano a loro modo la sovranità nel presente stato d'eccezione, in una caleidoscopica danza di interpretazioni intorno al simulacro agonizzante del diritto di libertà. E in questa fiera delle decisioni sembra vacillare anche il più scomodo dei pilastri dello Stato di diritto: il principio di separazione dei poteri. Si afferma, sempre da più parti, l'idea che l'efficacia delle misure imposte dal "sovrano" non debba tollerare l'intralcio di un controllo giurisdizionale pervasivo ed effettivo, il quale, tuttavia, pur resistendo allo stato di mera possibilità formale, tende sempre più a trasformarsi, da verifica sulla legittimità dell'operato dei pubblici poteri, in supporto dell'azione repressiva per chi viola le disposizioni rigoriste.

Sia chiaro, non è certamente in discussione la bontà del movente che, nella presente contingenza, anima ogni singolo protagonista dell'attuale esercizio di sovranità diffusa, ma il prodotto istituzionale che ne deriva e' qualcosa che, in proiezione futura, dovrebbe allarmare tutti per la sua portata eversiva del sistema ordinamentale e rispetto a cui non si assiste, invece, ad un'adeguata presa di coscienza. Quando questo particolare stato d'eccezione sarà solo un ricordo, la forma, il "pacchetto" giuridico teorico predisposto per farvi fronte rimarrà, tuttavia, assolutamente intatto, con tutte le sue perniciose potenzialità espansive, a disposizione del nuovo sovrano. Sarà sufficiente un'abile sostituzione del sostrato valoriale di riferimento, non più in quel caso la tutela della salute, ma, per esempio, quella dell'integrita' culturale della nazione, o la volontà del popolo espressa dal suo capo carismatico, per legittimare la piena potestà decisionale dei futuri tutori del nuovo ordine.

Di fronte, pertanto, ai rischi di una tale prospettiva, mi conforta la presenza del secondo visitatore al quale sopra accennavo, quel Kelsen il cui pensiero, uscito politicamente sconfitto da analoga tragica disputa negli anni '30 del secolo scorso, rappresenta comunque il più valido argine spirituale alle avventure decisioniste. Ciò nella misura in cui questo straordinario pensatore

relativizza - uso l'espressione in senso a sua volta relativo, e con grande cautela - la valenza tirannica dei valori, a beneficio di un assetto ordinamentale puro, ma pur sempre valido ed efficace anche nella temperie della situazione d'eccezione, in quanto privo di connotati personalistici. E' vero, coglieva senz'altro nel segno Carl Schmitt quando, proprio a Kelsen, rimproverava la teorizzazione di un sistema astratto, in cui lo Stato coincide con un ordinamento giuridico strutturalmente vacuo e suscettibile di "abusivo riempimento" con qualunque istanza valoriale, anche, in ipotesi, con un'istanza di natura criminosa. Ma, sebbene il rischio che la purezza logico - normativa trasformi, per eterogenesi dei fini, il sistema giuridico nella sua negazione sia un rischio insito in qualunque prodotto logico dello spirito umano, tuttavia la peculiarità del sistema kelseniano e' quella di affermare il primato del giuridico in se', sempre e ad ogni costo, sia rispetto alla forza bruta dei condizionamenti sociali eccezionali sia, sotto altro significativo profilo, rispetto al rischio di contaminazione e di soggezione ad istanze valoriali imposte di volta in volta come assolute. Ciò in quanto l'operazione giusfilosofica piu' pericolosa, per le sue tragiche conseguenze sul piano storico - politico, e' sempre stata quella di innestare istanze valoriali totalitarie e presuntivamente oggettive su un impianto giuridico formalmente positivo; in altri termini, la pretesa di conciliare il formalismo morale kantiano, nella sua declinazione giuridica, con l'oggettivismo dell'etica materiale dei valori di Max Scheler. Tale operazione, ardita sul piano speculativo, si è sempre dimostrata esiziale su quello politico.

Non sono, dunque, mai ammissibili nell'"apollineo" sistema kelseniano, sospensioni e/o interruzioni dell'ordinamento giuridico, perché l'ordinamento giuridico non può essere sospeso per nessun motivo senza che, per il cennato principio di equivalenza, venga sospeso lo Stato stesso. Ma soprattutto perché, ammonisce Kelsen, ed e' questa la principale lezione da trarre per il futuro, non si deve mai superare quella sottile linea di confine che trasforma il senso, ed il consenso, oggettivo che rende una norma valida e vincolante per tutti, nella sua degenerazione soggettiva, nell'arbitrio di un sovrano che, quasi sempre col pretesto di interpretare un'istanza valoriale preminente, emani ordini a suo insindacabile piacimento; esattamente cio' che sta avvenendo in questo drammatico momento. Certo, per mitigare un po' i rigori del Kelsen giurista puro, neo - kantiano e quindi eccessivamente formalista, e' necessario anche attingere al Kelsen filosofo della politica, ma, del resto, nessuna buona teoria giuridica ordinamentale potrebbe reggersi senza il sostegno di una buona riflessione filosofico - politica.

Purtroppo molti oggi, ritenendo, con metafora di fin troppo inquietante attualita', che il nostro sistema giuridico sia comunque difeso da idonei anticorpi, tali da contenere le derive sovraniste di uno stato d'eccezione, nutrono l'illusione che, in fondo, si tratti di una piu' che giustificata sospensione temporanea di diritti certamente fondamentali, ma comunque subordinati e cedevoli, e che al ripristino della normalità sanitaria anche la normalità giuridica si riespandera' pienamente ed automaticamente. Sono fermamente convinto, per le ragioni che ho sopra esposto, che si tratti solo di una pia illusione, dato che, nella storia, ogni significativo arretramento, o compromesso, sul piano dei diritti fondamentali ha sempre richiesto tempi lunghi o fattori traumatici di ripristino, proprio per la scarsa capacità di adattamento degli ordinamenti democratici a tollerare sospensioni o, peggio, fratture.

Nei confronti di chi agita valori assoluti, e non accetta neppure il contraddittorio sul loro concreto atteggiarsi, sui loro possibili limiti, sulla ragionevolezza del loro bilanciamento e sulla loro corretta interpretazione, mi conforta ancora una volta la visita, ricevuta nel corso dei miei arresti domiciliari, di Hans Kelsen. In un saggio fondamentale per la comprensione dei meccanismi della democrazia e, più in generale, della stessa esistenza umana, Kelsen analizza la contrapposizione tra assolutismo e relativismo, in diritto come in filosofia. Rievocando il processo a Gesù, nella narrazione che ne fa il Vangelo di Matteo (Cap. XVIII), stigmatizza la domanda, "Quid est veritas", che lo scettico Pilato pone ad un Gesù tanto sicuro della propria, assoluta, legittimazione trascendente. La procedura democratica plebiscitaria che successivamente attiva il relativista Pilato per stabilire la colpevolezza di Gesù cede credibilità alla considerazione che il prescelto dal popolo, Barabba, fosse un ladro. E questa, sottolinea Kelsen, sarebbe una formidabile obiezione contro i principi della democrazia; ma, anch'egli relativista, aggiunge che si tratta di un argomento che dev'essere accettato solo a condizione "di essere così sicuri della nostra verità politica da imporla, se necessario, col il sangue e con le lacrime, di essere così sicuri della nostra verità come lo era, della sua, il Figlio di Dio."

Ed allora, mutuando questi forti principi, mi chiedo se chi oggi assolutizza un concetto - valore di per se' molto ambiguo, come il concetto di salute, sia davvero così sicuro della sua verità come lo era il Figlio di Dio, e soprattutto se ritenga davvero che, per affermare questa verità, valga la pena di mettere anche solo in discussione, se non addirittura di sospendere, i principi dello Stato di diritto.

Ma non c'è solo lo Stato di diritto, tra le vittime di questa situazione "epocale", proprio nel senso di sospensiva. Una delle tante vittime collaterali, ed invisibili, di questa tragica emergenza sanitaria, che è anche una grande emergenza libertaria, e' la logica. Il concetto, apparentemente nitido, ma in realtà sfuggente e polivoco, e' di quelli che impressionano per la carica di responsabilità filosofica, politica, e persino semantica, che si porta dietro da millenni, più o meno da quando i greci, con protervia umana pari solo a quella degli abitanti del paradiso terrestre, ci hanno inappellabilmente condannato a misurarci con le poliedriche sfaccettature di questo nome terribile.

Ed e' un nome talmente ingombrante ed incommensurabile, che persino il discepolo che Gesù più amava, Giovanni, esordisce nel suo annuncio evangelico facendone un attributo di Dio: "In principio era il Verbo (logos, nella traduzione greca dei "Settanta"), ed il Verbo era presso Dio ed il Verbo era Dio".

Ma non spaventi tanta involontaria pedanteria, poiche' la nozione di logica cui voglio fare riferimento non è certo quella delle vette trascendenti della teologia, ne' quella delle soffocanti e meravigliose costruzioni tassonomiche della logica formale, ma quella molto più rozza, che si situa al livello del linguaggio ordinario e del ragionamento comune, dei giuristi.

Proprio dei giuristi, ovvero di coloro che di un limite oggettivo, dell'impossibilità di costruire un sistema razionale universalmente valido, hanno sempre fatto un punto di forza, pretendendo con la violenza dell'interpretazione e dell'argomentazione di governare persino l'epistemologia di fenomeni naturali complessi come il nesso causale. Ma questo innegabile punto di forza, imperniato su un'ipostatizzazione della ragione assoluta nella molto più accomodante e spendibile ragionevolezza, su Perelman più che su Cartesio per intenderci, e' proprio quello che la terribile crisi sanitaria e libertaria di questo tempo d'esilio domestico sta depotenziando, sino ad annichilirlo a mero discorso, a logica appunto, della paura. Non che questa logica non abbia una sua logica, ma, nel momento in cui il dispositivo generalizzato della paura, da deterrente psicologico, si trasforma in filtro ermeneutico prioritario, in canone privilegiato di giudizio, il giurista abdica al suo ruolo di "medium" tra l'ordinamento astratto e la realtà, per farsi ottuso esecutore di una narrazione funzionale e precostituita. Sotto questo profilo, e' proprio la logica della paura ad imporre la paura della logica, trattandosi del solo strumento che lo spirito umano ci mette a disposizione per una decodificazione attendibile e persuasiva dei fenomeni naturali. La narrazione della paura non può certo permettersi i dubbi, od anche solo gli interrogativi, che un discorso logico inevitabilmente solleva, e non può che costringere il dibattito nelle per lei molto più tranquille acque del principio

d'autorita' (i valori assoluti, la scienza etc.). Solo che, per ironia della sorte, questa volta il principio hobbesiano "Auctoritas, non veritas facit legem" sono proprio i dogmatici a scagliarlo contro i giuristi, e non viceversa.

Chiunque pretenda, anche nella presente situazione d'eccezione, un minimo di rispetto dei canoni della logica giuridica, o anche solo di quelli minimali della logica di senso comune, si vede solitamente contrapporre dei non - argomenti, come l'enunciazione di valori astratti o, peggio, suggestioni scorrette, come la conta dei morti o le drammatiche immagini di una povera umanita' sofferente.

Questo "virus" dialettico, ormai anch'esso pandemico, non risparmia più neppure la giurisdizione, la cui sola funzione, a parte l'ossessione, un po' eticizzante ed un po' burocratica, per la straordinaria amministrazione degli affari ordinari, sembra essere diventata quella, di stampo neo - corporativo, di concorrere, all'unisono e con piena unità di intenti con gli altri pubblici poteri, alla soluzione del problema sanitario, attraverso la repressione di qualunque condotta contrasti col dogma della permanenza domiciliare, interpretato come se non dovesse patire eccezione alcuna. In questo senso, come avveniva nelle repubbliche democratiche satelliti dell'Unione Sovietica, o negli Stati autoritari di impronta fascista, il giudice, sia pure con sfumature istituzionali ed ordinamentali molto differenti, potrebbe non comportarsi più da organo davvero autonomo, in una cornice di reciproca indipendenza e di separazione dei poteri, equidistante sia dal cittadino sia da chi ricopre funzioni di governo, diventando e, soprattutto, auto - percependosi come un organo che contribuisce in modo sinergico alla realizzazione di un obiettivo sanitario comune, anche rinunciando ad una piena ed effettiva funzione di controllo di legalità. Per uscire dalle astrazioni, e' molto illuminante come anche la giurisdizione stia talora acriticamente avallando il fenomeno dell'anarchia normativa, e quindi dell'esplosione delle fonti del diritto, che ormai pervade integralmente il nostro sistema in questo periodo di virtuale sospensione delle categorie giuridiche ordinarie. Assistiamo, pressoché quotidianamente, ad un profluvio parcellizzato di normazione "territoriale" liberticida che entra in aperto conflitto precettivo anche con le disposizioni nazionali che riguardano la concreta possibilità d'esercizio dei diritti fondamentali, e non solo non ce ne preoccupiamo, ma accettiamo, con sonnambulismo degno dei protagonisti di una meravigliosa opera di Hermann Broch, che questa normazione funga addirittura da presupposto di norme sanzionatorie che, a determinate condizioni, possono sfociare anche nel penale, senza che ci si ponga il minimo dubbio sulla compatibilità costituzionale di questo andazzo amministrativo. A farne le spese, tanto per

citare alcuni esempi, innocue masse di podisti e di semplici passeggiatori solitari che, pur rivendicando il giusto diritto di attenersi ad espresse disposizioni nazionali, vengono invece criminalizzate dai nuovi "sovranotti" locali, sull'assurdo presupposto - si diceva a proposito della paura della logica - che proprio il rispetto di tali disposizioni nazionali sia l'oggetto del loro crimine e sia addirittura la causa dell'aumento dei contagi. E' del tutto evidente, che questo perverso meccanismo dovrebbe indurre chi abbia, a qualunque titolo, la responsabilità del controllo di legalità ad esercitarlo col massimo rigore per arginare e scongiurare indebite compressioni dei diritti individuali fondamentali.

Se, appunto, la logica della paura non avesse preso il sopravvento, inducendo anche chi deve prendere decisioni giuridiche ad avere paura della logica, nel caso di un'emergenza generale come quella attuale non sarebbe stata neppure riconosciuta, ai responsabili degli enti territoriali, sulla base della normativa vigente, la competenza ad emanare disposizioni lesive di diritti fondamentali addirittura più restrittive ed in contrasto con quelle nazionali.

Agli esordi del contenimento totale, il T.A.R. Campania, invece, affrontando per primo la questione della legittimità di un'ordinanza emergenziale regionale, ha trattato molto superficialmente la questione della competenza, desumendone la sussistenza sulla base di un generico richiamo "per relationem", nel testo del provvedimento impugnato, a "plurime disposizioni legislative che fondano la base legale del potere di adozione di misure correlate a situazioni regionalmente localizzate".

Per chi non volesse arrestarsi sulla soglia dell'apparenza, e si volesse ostinare a coltivare gli ormai desueti vizi del dubbio e del rigore logico, varrebbe senz'altro la pena di analizzare puntualmente il reticolo normativo citato dal Presidente della Regione Campania, e supinamente ripreso dal T.A.R., per scoprire come quel potere e quella competenza regionale, nel caso di specie, fossero insussistenti.

Tralasciando, tra le disposizioni citate, quelle chiaramente inconferenti, in quanto nulla dicono in materia di competenza a provvedere, le disposizioni di rango normativo effettivamente rilevanti sono, in successione cronologica: l'art. 32 della Costituzione, l'art. 32 della Legge 23/12/78 n. 833 (Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale), l'art. 117 del D.l.vo 31/03/98 n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali etc.), l'art. 50 del D.l.vo 18/08/00 n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), gli artt. 1, 2 e 3, commi 1 e 2, del Decreto - Legge n. 6 del 23/02/20 (Misure urgenti in materia di

contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID 19), convertito dalla Legge 05/03/20 n. 13.

A dispetto del coacervo normativo indicato, il sistema che se ne ricava e' tuttavia chiaro, univoco e coerente con i principi di uno Stato di diritto, in cui le competenze devono seguire una logica di razionalità, efficacia e trasparenza, anche per non disorientare il cittadino, sempre più avviluppato in un groviglio di fonti di diritto concorrenti, incoerenti e contraddittorie.

Per venirne a capo non sono necessarie le doti di grandi logici come Aristotele, Gottlob Frege o Kurt Gödel, sarebbe semplicemente bastato affrontare la questione con i canoni ermeneutici ed i principi logici ordinari, senza subordinare tutto alla litania interpretativa dei soliti valori astratti.

L'art. 1 del Decreto Legge n. 6 del 2020, norma "ad hoc" per questa emergenza nazionale, prevede genericamente che siano le "autorità competenti" a provvedere in relazione alle misure di contenimento; ma il successivo e fondamentale art. 3 specifica espressamente quale sia, in via esclusiva ed ordinaria, tale autorità competente: il Presidente del Consiglio, mediante d.p.c.m. adottati su proposta del Ministro della Salute e sentiti vari organi regionali a seconda che l'oggetto del decreto da adottare riguardi una, più regioni o tutto il territorio nazionale. Già tale previsione di sentire il presidente di una singola regione in relazione ad emergenze di carattere locale, implica logicamente la considerazione che, nel contesto dell'emergenza di rilevanza nazionale, anche la disciplina della particolare emergenza locale debba essere necessariamente fronteggiata a livello centrale, mediante d.p.c.m., e non con provvedimenti in ordine sparso degli enti locali, per l'evidente ragione che anch'essa debba essere valutata in un quadro complessivo ed olistico.

Solo in casi di estrema necessità ed urgenza, e comunque sempre nelle more dell'emanazione dei citati dpcm, lo stesso art. 3, richiamando soprattutto l'art.117 del D.l.vo n. 112 del 1998 e l'art. 50 T.U.E.L., prevede che siano le regioni e gli altri enti locali a provvedere per i territori di loro competenza. Ne deriva che, una volta emanati i dpcm governativi, questi abbiano valenza cogente ed esclusiva, e le singole regioni e gli altri enti locali perdano qualunque competenza a provvedere. Deve ritenersi, pertanto, radicalmente esclusa la possibilità per gli enti locali di intervenire, con propri provvedimenti urgenti, più o meno restrittivi, successivi all'emanazione dei d.p.c.m., anche qualora non condividano, in relazione al loro territorio, la disciplina sancita in via generale dal Presidente del Consiglio. Per mera completezza residuerebbe il caso, più che altro di scuola, secondo il quale, subito dopo emanato il d.p.c.m. nazionale, insorga in un determinato territorio una particolare emergenza localistica che imponga, sempre nelle more di un ulteriore d.p.c.m. "ad hoc",

una pronta reazione dell'amministrazione locale. Non è, tuttavia, questa, all'evidenza, la situazione attuale, in quanto diverse amministrazioni locali si sono invece affrettate ad emanare subito dopo, e proprio in conseguenza, dei d.p.c.m. dei provvedimenti più restrittivi per la precipua ragione che non ne condividevano l'asserito lassismo, talora facendo persino su ciò gran "battage" mediatico. E come nel caso del paradosso di Russell o, più poeticamente, del personaggio mitologico narrato da Ovidio, Erisittone, quello che più mangiava e più rinsecchiva, si è, in pratica, arrivati all'assurdo amministrativo, passato indenne anche al vaglio giurisdizionale, di citare come fonti della propria legittimazione, nelle premesse dei vari provvedimenti locali, proprio i d.p.c.m. nazionali, ovvero il presupposto che avrebbe fatto venire meno tale legittimazione.

Dall'analisi del quadro normativo varato specificamente per l'emergenza da COVID 19 consegue, dunque, con nettezza, trattandosi all'evidenza di "lex posterior specialis", che non sussistano margini, per gli enti locali, con l'unica indicata eccezione "cautelare", per rinvenire ulteriori appigli normativi legittimanti nella legislazione generale precedente a quella emergenziale da COVID 19, peraltro tutta richiamata e presa in considerazione dallo stesso Decreto Legge n. 6 del 2020. In ogni caso, anche andando a "spigolare" in tale legislazione, citata nell'ordinanza campana, non può che ritenersi confermata la tesi che esclude la possibilità per gli enti territoriali di provvedere in ordine sparso, con normazioni in contrasto con le disposizioni di rilievo nazionale varate dal Governo.

Sul punto non può certamente essere invocata, di per se', la generalissima disposizione dell'art. 32 della Legge n. 833 del 1978, la quale prevede la facoltà, per gli amministratori locali, di emanare ordinanze di carattere contingibile ed urgente, in materia sanitaria, con efficacia estesa alla rispettiva porzione territoriale. A prescindere dalla non troppo felice formulazione della norma, che non chiarisce bene se tale facoltà residui agli amministratori locali anche in caso di emergenza a carattere nazionale, come nel caso di specie, tale disposizione deve ritenersi comunque superata ed integrata, sotto lo specifico profilo, dal contenuto degli artt. 117 del D.l.vo n. 112 del 1998 e dall'art. 50 del T.U.E.L., che ne disciplinano i poteri "in subiecta materia". Ebbene, il combinato disposto dei citati articoli riconosce agli amministratori locali il potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti in materia di emergenze sanitarie o di igiene pubblica, ma soltanto nell'ipotesi in cui si tratti comunque di emergenze "esclusivamente a carattere locale". E', quindi, analogamente escluso, anche sulla scorta della legislazione generale precedente a quella

specificamente emanata per l'attuale crisi, che quando l'emergenza sanitaria abbia carattere non esclusivamente locale residui un concorrente potere normativo degli amministratori locali.

Ho lasciato volutamente per ultima l'analisi dell'art. 32 della Costituzione, che ho indicato tra le fonti di rango normativo rilevanti, sebbene nulla dica in punto di competenza, limitandosi alla generale ed astratta enunciazione di un principio. In proposito non occorre dire altro se non che lascia davvero interdetto l'interprete, che abbia ancora un minimo a cuore, non tanto il rispetto, quanto la stessa esistenza di un barlume di regole, il fatto che si possa arrivare a teorizzare che tale norma legittimi chiunque abbia una qualche funzione rappresentativa di una comunità territoriale, in nome del diritto alla salute, ad emanare "ad libitum" disposizioni lesive del diritto di libertà, pur in presenza di un articolato ordinamento che disciplina le competenze in modo specifico e rigoroso, proprio per i casi emergenziali.

Fin qui lo stretto diritto, ma se la logica, occorre purtroppo insistentemente ribadirlo, avesse ancora un senso spiritualmente direttivo tutti comprenderebbero che l'anarchia delle fonti impositive di sempre maggiori restrizioni, sebbene al momento riscuota ancora ampio consenso in una popolazione sempre più spaurita e disorientata, oltre alle implicazioni politologiche in relazione alla frantumazione dell'integrita' dell'ordinamento giuridico, e' una logica comunque ottusa, anche sul piano logistico - operativo della strategia di contrasto all'emergenza.

Aristotele conclude il dodicesimo Libro della sua Metafisica, citando le parole di Agamennone nella narrazione omerica, con la seguente affermazione: "Ma le cose non vogliono essere governate male, "il governo di molti non è buono; uno solo sia il comandante.""

Se, per un verso, questo principio e' opinabile in filosofia, giacche' con esso Aristotele si opponeva alla visione duale platonica della realtà, ed e' pericoloso in politica, per gli evidenti rischi di implicazioni autoritarie, per altro verso e', tuttavia, fondamentale nella gestione politico - amministrativa e logistica di un'emergenza come quella che stiamo vivendo.

Questo dimostra quanto sia fuorviante affidare le proprie certezze al feticcio ermeneutico dei valori assoluti per stabilire unilateralmente ed acriticamente i limiti delle libertà individuali altrui, giacche' e' lampante come nel caso in questione, ad esempio, tale feticcio abbia condotto a giustificare una prassi irrazionale sotto il profilo logistico - operativo e pericolosissima, come precedente, per la tenuta dello Stato di diritto. E coloro che, per la logica della paura, sono impauriti dalla logica, cadono anche in un altro grossolano equivoco, ovvero nel classico paralogismo di chi scambia il concreto per l'astratto, non ponendosi il problema del contro - fattuale inverso. Si

esprime, almeno per ora, vasto consenso alle misure anarchiche dei "sovrani" locali solo perché più restrittive di quelle nazionali; e ciò, sebbene in chiaro contrasto con l'ordinamento delle competenze in materia, viene accettato dall'opinione pubblica, nel convincimento un po' metafisico che il principio di tutela della salute giustifichi qualunque misura da parte di chiunque abbia una parvenza di competenza e che queste misure, in particolare, siano giuste.

D'altra parte, se pure vi fosse stato il dubbio, tutto retorico, che il principio logico del ragionamento non avrebbe tenuto se l'ipotesi concreta fosse stata opposta, ovvero se le amministrazioni locali avessero emanato disposizioni più blande di quelle nazionali, tale dubbio è stato prontamente fugato, nonostante ciò fosse largamente prevedibile dato il tenore che il dibattito ha assunto, soprattutto nelle posizioni fortemente manichee a suffragio della bontà delle restrizioni a prescindere; e ciò alimenta la convinzione che, in realtà, si stia giocando con i principi costituzionali senza basi logico - giuridiche, ma unicamente correndo dietro ad emozioni, paure ed idee preconcette.

E', infatti, lo stesso sovrano centrale, il Governo, a fomentare questo andazzo anarchico normativo a senso unico restrittivo, evitando di rivendicare le proprie prerogative decisionali se non solo quando, come ad esempio nel recente caso della Regione Calabria, siano state emanate disposizioni più favorevoli alle libertà dei cittadini e non quando, invece, siano state emanate, "ad libitum", disposizioni più restrittive rispetto a quelle nazionali. Sino al punto di tollerare, per quanto attiene specificamente ai Comuni, che questi continuassero liberamente a normare la materia, nonostante il fatto che la stessa legislazione emergenziale, trattandosi di emergenza nazionale, abbia espressamente previsto, peraltro ribadendo il succitato sistema delle fonti, l'inefficacia dei provvediementi comunali un contrasto con le disposizioni generali (art. 3 commi 2 e 3 D.L. 25/03/20). D'altra parte, le norme che sanciscono l'insussistenza - nei termini sopra indicati - della competenza degli enti territoriali ad emanare disposizioni contenitive in presenza di un'emergenza nazionale e di relativa normazione statale, non operano alcuna distinzione tra disposizioni più restrittive e disposizioni più liberali.

Individuare quali siano le motivazioni di questo lassismo da parte dello Stato centrale nel rivendicare le proprie prerogative decisionali implica un giudizio di ragion politica che, come tale, esula dalla natura e dagli obiettivi di questa trattazione. Si può solo ipotizzare - ma questo valga niente più che come suggestione - che quando le misure di contenimento e, più in generale, la strategia dell'emergenza presenterà il suo salatissimo conto umano, giuridico, economico e sociale,

la suddivisione e la stratificazione delle responsabilità a più livelli tornerà molto utile ad una classe politico - amministrativa di decisori che, maneggiando con troppa disinvoltura concetti delicati ed ambigui come i valori, ha compresso con misure senza precedenti i diritti fondamentali dei cittadini.

A tal proposito, rileggendo in questi giorni l'opera fondamentale di Max Scheler, se non il più grande, quanto meno il più tenace assertore dell'oggettivita' e della materialità dei valori, mi ha fortemente colpito una delle sue argomentazioni contro il formalismo assiologico Kantiano. Citando il detto di Gesù "Nessuno e' buono, se non Dio stesso", Scheler fa delle considerazioni molto importanti sui valori in se' e sulla loro applicazione ai fenomeni umani. Gesù, spiega il filosofo tedesco, con questa frase non intendeva superficialmente dire che tutti gli uomini siano cattivi e che non esistano uomini buoni, ma, molto più acutamente, intendeva invece dire che il bene "non può mai consistere in una proprietà umana concettualmente determinabile" e che "per formulare un'adeguata definizione del valore non è mai sufficiente far astrazione dai tratti e dalle proprietà non pertinenti alla sfera dei fenomeni assiologici". Indicare il bene ed il male facendo riferimento ad un "contrassegno extra - assiologico", pensava lo stesso Scheler, oltre a rappresentare tipica manifestazione dello spirito farisaico, induce a confondere i valori in se' con i loro portatori e costituisce "un errore di carattere gnoseologico" oltre che "un grave abbaglio morale". La lezione di Scheler e' fin troppo chiara, e può essere perfettamente mutuata nel contesto della nostra situazione giuridico - sociale. Stabilire cosa sia buono o cattivo, legittimo o illegittimo, lecito od illecito, sulla base della sola astrazione di un principio - valore che ha peculiarità proprie - fosse anche quello della salute - e' un'operazione ideologicamente e moralmente scorretta, che con la natura materiale dei valori non ha alcun rapporto e che tutti dovrebbero astenersi dal fare, se non per intelligenza, quanto meno per umiltà.

Salvatore Casciaro

Il tormentato capitolo della mora del creditore nel rapporto di lavoro

SOMMARIO: 1. La mora del creditore nel rapporto di lavoro: dubbi costituzionalità. - 2. Il *revirement* delle Sezioni Unite n. 2990 del 2018. - 3. L'evoluzione giurisprudenziale successiva. - 4. I nodi irrisolti.

1. *La mora del creditore nel rapporto di lavoro: dubbi costituzionalità.*

La questione della mora del creditore nel rapporto di lavoro è a dir poco tormentata nella giurisprudenza della Cassazione. L'indirizzo più risalente inquadrava la vicenda successiva all'accertamento dell'illegittimità (inefficacia o inopponibilità) della cessione d'azienda o di ramo d'azienda nel contesto dell'obbligazione risarcitoria. Il lavoratore, previa offerta della prestazione al datore di lavoro cedente, poteva agire, una volta ottenuta la pronuncia giudiziale a sé favorevole, non già per il pagamento delle retribuzioni maturate nei confronti del cedente, ma solo per il ristoro del danno. E, a riguardo, incideva (evidentemente) la misura della retribuzione erogata dal soggetto cessionario al dipendente ceduto: nel senso che, se questa non era inferiore rispetto a quella corrisposta dal cedente, nessun pregiudizio si era in concreto verificato. Si riteneva, in relazione al profilo della cessione d'azienda o di ramo d'azienda[1], che non potesse esserci obbligo retributivo per il cedente in difetto d'esecuzione della (contro)prestazione lavorativa, la quale, pur dopo la cessione del contratto ex art. 2112 c.c., restava unica ed era adempiuta dal lavoratore solo in favore del cessionario; invero, proprio perché con quest'ultimo proseguiva lo stesso rapporto di lavoro dapprima intercorso con il cedente, non potevano duplicarsi, a fronte di unicità della prestazione, le retribuzioni percepite dal lavoratore.

Altrimenti opinando, questi ne avrebbe tratto un'indebita locupletazione.

Tale impostazione presentava innegabili profili critici, indebolendo la tutela del lavoratore potenzialmente esposto, anche dopo la declaratoria giudiziale di inefficacia della cessione, all'arbitrio del datore di lavoro, il quale ultimo avrebbe potuto sottrarsi all'autorità della statuizione giurisdizionale restando esente, in tale eventualità, da conseguenze economiche per sé

[1] Il principio era tuttavia esteso dalla giurisprudenza anche all'ipotesi dell'interposizione di manodopera ritenuta "fattispecie assimilabile" alla cessione di ramo d'azienda, v. Cass., 17 luglio 2008, n. 19740.

pregiudizievoli. Scongiurato il rischio di corrispondere la retribuzione il cui obbligo competeva esclusivamente al cessionario, ed esonerato da responsabilità per il ristoro del danno -non configurabile, s'è detto, laddove non vi fosse differenza tra la misura della retribuzione erogata dal cessionario e quella già corrisposta dal cedente-, il datore di lavoro poteva ben decidere di non conformarsi al *dictum* di merito, ed era conseguentemente vanificata (con serio vulnus per l'effettività della tutela giurisdizionale) l'utilità dell'azione di accertamento della illegittimità della cessione d'azienda.

La tesi secondo cui il datore aveva un mero obbligo risarcitorio rinveniva, nelle varie pronunce sul tema, unanime recepimento nella giurisprudenza di legittimità[2], che aveva sviluppato il suo percorso argomentativo evidenziando come l'elemento della corrispettività si atteggerebbe con tratti peculiari nel contratto di lavoro; l'indirizzo era divenuto fermo e imperante in guisa da integrare il "diritto vivente".

Tanto che la Corte d'appello di Roma[3] aveva rimesso alla Corte costituzionale la questione del contrasto tra il "diritto vivente", costituito dall'interpretazione degli articoli 1206, 1207 e 1217 c.c. nei sensi precisati, e gli artt. 3, 24, 111 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in poi più brevemente CEDU), censurando le citate disposizioni sulla mora del creditore alla stregua del presupposto che esse limitassero la tutela del lavoratore ceduto al risarcimento del danno anche dopo la sentenza che avesse accertato l'illegittimità o l'inefficacia/inopponibilità del trasferimento d'azienda.

Segnatamente, la Corte rimettente rilevava un contrasto:

a) con l'art. 3 Cost. a causa della ingiustificata ed irragionevole disparità di trattamento che verrebbe realizzata:

– sia rispetto alla disciplina della mora credendi in tutte le altre obbligazioni relative a rapporti contrattuali diversi da quelli di lavoro subordinato;

[2] Ex multis, Cass., Sez. Un., 27 luglio 1999, n. 508; Cass., 2 giugno 2000, n. 7382; Cass., 19 maggio 2001, n. 6879; Cass., 18 febbraio 2003, n. 2332; Cass., 17 luglio 2008 n. 19740; Cass., 9 settembre 2014 n. 18955; Cass., 10 maggio 2017, n. 11402; Cass., 25 giugno 2018, n. 16694.

[3] Cfr. App. Roma, ord. 2 ottobre 2017, in *Riv. giur. lav*., 2019, II, 330 ss., con nota di Bologna, e in Giur. it., 2018, 10, 2181, con nota di G. Lucchetti, *Il "diritto vivente" sulla natura dei compensi da mancata ricostituzione del rapporto*.

– sia rispetto alla disciplina delle conseguenze che, in tema di nullità del termine finale apposto al contratto di lavoro subordinato, derivano dalla sentenza (di merito) con cui venga dichiarata la nullità del termine per il periodo successivo alla sentenza medesima;

b) con l'art. 24 Cost., atteso che la possibilità ivi riconosciuta a tutti di agire in giudizio per la tutela di diritti ed interessi postula che quest'ultima consenta di trarne un'utilità pratica giuridicamente apprezzabile (c.d. effettività della tutela giurisdizionale). Ed invece questa "effettività" sarebbe vanificata:

– sia perché al cedente verrebbe consentito (mediante specifici accordi con il cessionario) di sottrarsi ad libitum alla sentenza (anche passata in giudicato) con cui sia stata dichiarata la nullità o l'inefficacia o l'inopponibilità del trasferimento di ramo d'azienda nei confronti del lavoratore,

– sia perché, e di conseguenza, verrebbe eliminato in radice l'interesse concreto ad agire in giudizio in capo ai dipendenti del datore di lavoro cedente, vista l'inutilità della sentenza quand'anche favorevole, sicché la possibilità di agire in giudizio si tradurrebbe in "vuoto simulacro";

c) con l'art. 111 Cost., laddove prevede la garanzia del "giusto processo", in quanto la "giustezza" del processo è strettamente e propriamente determinata dal grado di "effettività" della tutela che quel processo è (o dovrebbe essere) istituzionalmente in grado di offrire a chi agisce in giudizio;

d) con l'art. 117 Cost., per violazione dell'art. 6 della CEDU, che prevede il "diritto ad un processo equo": tale può dirsi solo quello che consenta di ottenere la tutela specifica (ove giuridicamente possibile) e comunque più idonea a conseguire la concreta utilità che l'ordinamento riconosce sul piano del diritto sostanziale, in omaggio al carattere prettamente strumentale dei rimedi processuali rispetto alle situazioni giuridiche soggettive da tutelare.

Sennonché, la Corte costituzionale con sentenza 28 febbraio 2019, n. 29[4] dichiarava non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni prospettate dalla Corte rimettente, dando atto che il "diritto vivente" era nelle more sensibilmente mutato, consentendo così di risolvere in via interpretativa i dubbi di costituzionalità prospettati.

[4] Corte cost. n. 29/2019, cit., si può leggere in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2019, pag. 406, con nota di M.G. Greco, *Mora del creditore e rapporto di lavoro: la corte costituzionale avalla la svolta delle sezioni unite sulla natura retributiva delle pretese del lavoratore,* e in *Giur. cost*., 1, 2019, pag. 375, con nota di R. Fabozzi, *Ripristino del rapporto di lavoro e natura retributiva delle somme spettanti.*

2. *Il* revirement *delle Sezioni Unite n. 2990 del 2018*.

Sul tema in questione ha profondamente inciso la sentenza 7 febbraio 2018, n. 2990, pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

In tale pronuncia, le Sezioni Unite premettono che la qualificazione risarcitoria dell'obbligazione del cedente, tanto consolidata da avere indotto la Corte d'appello di Roma a sollevare questioni di legittimità costituzionale della normativa così intesa, si fonda essenzialmente sul principio di corrispettività che permea di sé il contratto di lavoro[5].

Alla stregua di tale principio, al di fuori delle eccezioni tassativamente previste dalla legge o dal contratto (come ad es. l'ipotesi del riposo settimanale ex art. 2108 c.c. o delle ferie annuali ex art. 2109 c.c.), il diritto alla retribuzione sorge soltanto quando la prestazione lavorativa sia stata effettivamente resa. In caso contrario sussiste, in capo al datore di lavoro, un obbligo di risarcire il danno. Ebbene, in una prospettiva costituzionalmente orientata, precisano però le Sezioni Unite, occorre rimeditare la regola della corrispettività nell'ipotesi di un rifiuto illegittimo del datore di lavoro di ricevere la prestazione lavorativa regolarmente offerta. Il riconoscimento di una tutela esclusivamente risarcitoria ridurrebbe sensibilmente l'efficacia dei rimedi che l'ordinamento appresta al lavoratore. Sul datore di lavoro, che persiste nel rifiuto di ricevere la prestazione lavorativa ritualmente offerta dopo l'accertamento giudiziale che ha ripristinato il *vinculum iuris*, deve ritenersi, dunque, che continui a gravare l'obbligo di corrispondere la retribuzione. Trattasi (a ben vedere) di puntuale applicazione, in difetto di deroghe espresse nella disciplina positiva, del disposto dell'art. 1453 c.c., che è la previsione di riferimento per la disciplina dell'inadempimento nei contratti a prestazioni corrispettive.

Nella ricostruzione delle Sezioni Unite la disciplina del licenziamento illegittimo, che ascrive all'area del risarcimento del danno le indennità dovute dal datore di lavoro fino al dì della reintegrazione, non costituisce utile parametro di raffronto perché essa si configura in termini derogatori e tutt'affatto peculiari. Acquistano, per contro, valenza generale le affermazioni della Corte costituzionale[6] relative alle conseguenze dell'illegittima apposizione

[5] In dottrina, cfr. G. Ghezzi, La mora del creditore nel rapporto di lavoro, Giuffrè, 1965, 120 ss.; L. Mengoni, In tema di "mora credendi" nel rapporto di lavoro, Temi, 1954, 580 ss..

[6] Cfr. Corte cost. sent. 11 novembre 2011 n. 303, in Riv. it. dir. lav., 2011, 4224.

del termine (art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183[7]), a tenore delle quali il danno forfetizzato dall'indennità in esame copre soltanto il periodo cosiddetto "intermedio", quello cioè che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto; mentre, per effetto della sentenza che rileva il vizio della pattuizione del termine ed instaura un contratto a tempo indeterminato, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore, "*in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in caso di mancata riammissione effettiva*"[8].

Da tali principi, sia pure riferiti al solo contratto a termine, le Sezioni Unite evincono, con portata tendenzialmente generale per tutte le ipotesi di riammissione in servizio del lavoratore non rientranti nel campo di applicazione dell'art. 18 St. lav.[9], l'obbligo del datore di lavoro moroso di corrispondere le retribuzioni al lavoratore che non sia stato riammesso in servizio neppure dopo la pronuncia del giudice che abbia ripristinato la vigenza dell'originario rapporto di lavoro. Rivestirebbe in questa prospettiva un ruolo decisivo l'accertamento del giudice che ristabilisce la *lex contractus*, accertamento che non può essere sminuito nella sua forza cogente (che precederebbe, si noti, il formarsi del giudicato) dal protrarsi dell'inosservanza.

Al profilo processuale fa riscontro poi, sul versante sostanziale, la particolare pregnanza dei diritti riconosciuti al lavoratore a fronte della mora del datore di lavoro. Tali diritti non si esauriscono nel rimedio risarcitorio, ma includono anche il diritto alla controprestazione in consonanza con i principi generali del diritto delle obbligazioni che, pur con le peculiarità connaturate alla specialità del rapporto di lavoro, perseguono anche in quest'ambito un'essenziale funzione di tutela. Una volta escluso che la richiesta di pagamento del lavoratore abbia titolo risarcitorio, non troverà più applicazione, invero, il principio della *compensatio lucri cum damno* su cui si fonda la detraibilità ex art. 1223 c.c. dell'*aliunde perceptum* dal risarcimento[10].

3. L'evoluzione giurisprudenziale successiva

[7] Cfr. ora l'art. 28, co. 2, d. lgs. 15 giungo 2015, n. 81 recante "Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183".

[8] Così testualmente Corte cost. sent. n. 303/2011, cit., al punto 3.3.1. del considerato in diritto.

[9] V. G. Sottile, *Sulla natura retributiva delle somme spettanti al lavoratore riammesso in servizio al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 18 l. n. 300/1970: il cambio di rotta delle sezioni unite in attesa della corte costituzionale,* in *Riv. it. dir. lav*., 3, 2018, 606.

[10] Sul tema, da ultimo, L. La Battaglia, *La compensatio lucri cum damno al vaglio delle Sezioni Unite* (nota a Cassazione, Sez. Un., 22 maggio 2018, n. 12565), in *Giur. comm*., 2, 2020, 327, il quale osserva che, per l'operatività della fattispecie, "il vantaggio deve essere, dunque, "esterno" ed autonomo rispetto al danno, se pur a questo legato da una specifica relazione giuridica, idonea a giustificarne la "compensabilità".

L'elaborazione successiva della Cassazione ha anche fugato ulteriori suggestioni, come quella secondo cui a fronte dell'unicità del rapporto di lavoro, transitato per effetto della cessione d'azienda dal cedente al cessionario, unica dovrebbe essere la remunerazione spettante al dipendente ceduto.

Ed infatti, è stato opportunamente considerato che la circolazione del rapporto di lavoro si realizza[11] solo quando si perfeziona una fattispecie traslativa conforme al modello legale; diversamente, nel caso di invalidità della cessione (per mancanza dei requisiti richiesti dall'art. 2112 c.c.) e di inconfigurabilità di una cessione negoziale (per mancanza del consenso della parte ceduta quale elemento costitutivo della cessione), quel rapporto di lavoro non si trasferisce e resta nella titolarità dell'originario cedente[12]. Talché, accanto ad una prestazione "materialmente" resa in favore del soggetto con il quale il lavoratore, illegittimamente trasferito con la cessione di ramo d'azienda, abbia instaurato un rapporto di lavoro di fatto (art. 2126 c.c.), ve n'è un'altra "giuridicamente" resa in favore dell'originario datore con il quale il rapporto di lavoro è stato *de iure* (anche se non *de facto*, per rifiuto ingiustificato di quel datore) ripristinato, non meno rilevante sul piano del diritto. A tale principio dà continuità la giurisprudenza successiva[13] secondo cui l'unicità del rapporto presuppone la legittimità della vicenda traslativa regolata dall'art. 2112 c.c.: sicché, una volta accertatane l'invalidità, il rapporto con il destinatario della cessione è instaurato in via di mero fatto, tanto che le vicende risolutive dello stesso non sono idonee ad incidere sul rapporto giuridico ancora in essere con il cedente (sebbene quiescente per l'illegittima cessione d'azienda fino a declaratoria giudiziale).

Ne consegue che al dipendente la retribuzione spetta tanto se la prestazione di lavoro sia effettivamente eseguita, tanto se il datore di lavoro versi in una situazione di *mora accipiendi* nei suoi confronti[14]. Tale mora si realizzerà mediante l'intimazione prevista dall'art. 1217 c.c., senza che occorra, per la liberazione del debitore dall'onere della controprestazione, una sentenza (passata in giudicato) di convalida dell'offerta della prestazione di lavoro; integrando, quest'ultima, un *facere* infungibile, che impone l'esecuzione di atti preparatori mediante la collaborazione del creditore, sarà insindacabile valutazione di merito l'accertamento dell'equiparazione della prestazione rifiutata alla prestazione effettivamente

[11] Tale passaggio argomentativo è sviluppato da Cass. 7 agosto 2019, n. 21159, in motivazione.
[12] Cfr., a riguardo, Cass., 28 febbraio 2019, n. 5998.
[13] Cfr. Cass., 24 aprile 2020 n. 8162.
[14] V. Cass., 23 novembre 2006, n. 24886; Cass., 23 luglio 2008, n. 20316.

compiuta per tutto il tempo in cui il creditore l'abbia resa impossibile non compiendo gli atti di cooperazione necessari[15].

Verrà così a configurarsi una vicenda analoga al rifiuto unilaterale del datore di lavoro di ricevere la prestazione di lavoro, situazione in cui notoriamente permangono immutati gli obblighi scaturenti dal rapporto e in particolare quello di corrispondere la retribuzione[16].

Né varrebbe richiamare, a favore del datore di lavoro cedente, l'istituto dell'adempimento del terzo con riferimento ai pagamenti comunque effettuati dal cessionario al lavoratore ceduto, pagando il terzo, ai sensi degli artt. 1180 e 2036 comma 3 c.c., un debito non proprio e non prevedendo la struttura del negozio, evidentemente, alcuna attribuzione patrimoniale a favore dello stesso *solvens*[17]; mentre nella specie, si noti, il non più cessionario compensa un'attività lavorativa direttamente resa a vantaggio dell'impresa di cui egli è titolare.

Parimenti non sono applicabili, secondo la giurisprudenza, le disposizioni contenute nel d. lgs. n. 276 del 2003, laddove all'art. 27, comma 2[18] (previsto in materia di somministrazione irregolare ma richiamato anche dall'art. 29, comma 3-bis, in tema di appalto illecito) stabilisce che "*tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata".*

Il meccanismo che consente l'incidenza liberatoria degli adempimenti comunque posti in essere dal somministratore o dall'appaltatore è stato infatti richiamato dalla sentenza n. 2990 del 2018 delle Sezioni Unite, cit., ma limitatamente ai "…*pagamenti effettuati a vantaggio del soggetto che ha utilizzato effettivamente la prestazione*". Ebbene, il testo della disposizione di legge, che espressamente si riferisce alle fattispecie della somministrazione e dell'appalto, non ne consente l'applicazione diretta alla diversa ipotesi del trasferimento d'azienda. La *dictio legis*, che riconnette poi l'effetto liberatorio del pagamento esclusivamente in favore del soggetto che "…*ha effettivamente utilizzato la prestazione*", esclude altresì un'interpretazione estensiva, e men che

[15] Così Cass., 21159/2019, cit.; conf. Cass., 12 luglio 1968, n. 2474; in dottrina, V. Speziale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, 1992, 320; Id., *La mora del creditore nelle interpretazione dei giuslavoristi*, in QDLRI, 2014, 144, 693 ss.; *contra*, tuttavia, A. Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Giuffrè, 1947, 110 ss., secondo cui il datore di lavoro in mora non conseguirebbe la prestazione dovuta, ma solo "la prontezza ad adempiere", che non equivale all'adempimento costituendone piuttosto un surrogato, con la conseguenza che il prestatore di lavoro non avrebbe diritto alla retribuzione bensì al risarcimento del danno.

[16] V. Cass., 11 aprile 1996, n. 3370; Cass., 19 maggio 2003, n. 7843; Cass., 9 agosto 2004, n. 15372; Cass., 11 aprile 2012, n, 5711.

[17] Cfr. Cass., Sez. Un. 18 marzo 2010, n. 6538; Cass., 7 marzo 2016, n. 4454; Cass., 6 ottobre 2017, n. 23439.

[18] V. ora l'art. 38, co. 3, d. lgs. n. 81/2015, cit..

meno analogica, che consenta l'applicazione al caso della cessione di ramo d'azienda, ove l'impresa cedente, che dovrebbe beneficiare del pagamento altrui, non utilizza affatto la prestazione del lavoratore ceduto[19]. Tale percorso logico-giuridico, ripreso peraltro dal prevalente indirizzo del S.C.[20], consente alfine di concludere che, a seguito della sentenza di merito con cui venga dichiarata l'illegittimità della cessione del ramo d'azienda e venga ordinata la riammissione in servizio del dipendente ceduto, pur non suscettibile di esecuzione forzata (trattandosi di un *facere* infungibile), sorge pur sempre il diritto del lavoratore alla retribuzione, che resta inadempiuto pur a seguito dei pagamenti compiuti dal cessionario ex art. 2126 c.c..

4. *I nodi irrisolti*

L'obbligo retributivo si ripristina dunque dopo la sentenza di merito, anche se di primo grado, favorevole al lavoratore (che abbia dichiarato l'illegittimità, l'inefficacia o l'inopponibilità della cessione del ramo d'azienda).

Quid iuris se il lavoratore risulti soccombente nel giudizio di primo grado sulla (il)legittimità della cessione d'azienda ma vittorioso in appello, e se tale pronuncia in sede di gravame diventa definitiva?

Il lavoratore, conseguito il giudicato a sé favorevole, può pretendere le retribuzioni a far tempo dalla costituzione in mora o (quanto meno) dalla sentenza del tribunale (anche se a lui

[19] Così, quasi testualmente, Cass., n. 21158/2019, cit., in motivazione. *Contra,* tuttavia, Cass., ord. 31 maggio 2018 n. 14019; Cass., ord. 1 giugno 2018, n. 14136 che, con indirizzo minoritario, estendono la portata dell'art. 29, comma 3-bis, cit., anche ai pagamenti effettuati dal cessionario successivamente alla cessione del ramo d'azienda dichiarata inopponibile, inefficace o nulla, e ciò alla stregua del rilievo secondo cui "…una ed una sola essendo la prestazione lavorativa che il lavoratore svolge nel ramo (illegittimamente) ceduto, il pagamento della relativa retribuzione da parte del cessionario costituisce un pagamento consapevolmente effettuato da un soggetto che non è il vero creditore della prestazione, e dunque un adempimento del terzo, cui consegue la liberazione del vero obbligato, in applicazione del medesimo principio generale previsto dall'art. 1180 c.c., comma 1, c.c.. Con la conseguenza che il lavoratore non potrà ottenere dal cedente la medesima retribuzione già corrispostagli dal cessionario, ma solo le differenze rispetto a quanto avrebbe percepito alle dipendenze del primo".

[20] Cfr. Cass., 8 aprile 2019, n. 9747; Cass., 3 luglio 2019 n. 17784; Cass. n. 21158/2019, cit., a tenore della quale "…*in caso di accertata illegittimità della cessione di ramo d'azienda, le retribuzioni corrisposte dal destinatario della cessione, che abbia utilizzato la prestazione del lavoratore successivamente alla messa a disposizione di questi delle energie lavorative in favore dell'alienante, non producono un effetto estintivo, in tutto o in parte, dell'obbligazione retributiva gravante sul cedente che rifiuti, senza giustificazione, la controprestazione lavorativa, in quanto l'invalidità della cessione determina l'istaurazione di un diverso ed autonomo rapporto di lavoro, in via di mero fatto, con il cessionario*".

sfavorevole, perché integralmente "sostituita" dalla pronuncia in sede di gravame[21]), oppure può avanzare legittimamente le sue richieste retributive per il solo periodo che va dalla sentenza d'appello dichiarativa dell'illegittimità della cessione in poi?

Il principio di diritto espresso da Cass., Sez. Un., 2990/2018, cit., secondo cui "…*in tema di interposizione di manodopera, ove ne venga accertata l'illegittimità e dichiarata l'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, l'omesso ripristino del rapporto di lavoro ad opera del committente determina l'obbligo di quest'ultimo di corrispondere le retribuzioni, salvo gli effetti dell'art. 29 comma 3-bis d. lgs. n. 276/2003, a decorrere dalla messa in mora*", pur se correlato a un ragionamento che, richiamando la disposizione dell'art. 32 comma 5 l. n. 183, cit., fa perno sulla sentenza dichiarativa della fittizietà dell'interposizione di manodopera che ripristina la *lex contractus*, lascia, nella formulazione non del tutto perspicua, aperti margini per la "retrodatazione" degli effetti del ripristino del sinallagma genetico al dì della costituzione in mora.

Potrebbe allora valutarsi l'incidenza della statuizione d'appello che accerta l'illegittimità della cessione d'azienda, e ciò in quanto dopo il suo passaggio in giudicato gli effetti della pronuncia dovrebbero poter retroagire *ex tunc* al momento del compimento dell'atto nullo o inefficace. Logico corollario sarebbe ritenere che il *dies a quo* dell'obbligo retributivo differisca a seconda dei casi.

Se nel corso del giudizio sulla domanda di pagamento delle retribuzioni non può che individuarsi lo spartiacque tra obbligo risarcitorio e obbligo retributivo nel momento in cui viene resa "*la sentenza che accerta il vincolo giuridico*", ancorché di primo grado, affermativa della illegittimità della cessione di ramo d'azienda, per contro, qualora sia intervenuto in pendenza del giudizio sulla domanda di pagamento delle retribuzioni il giudicato sull'illegittimità della cessione, questo dovrebbe riverberarsi anche sul periodo pregresso alla sentenza di merito favorevole al lavoratore, ripristinando l'obbligo datoriale di erogare le retribuzioni dal dì della costituzione in mora (da ritenersi implicita nella proposizione dell'azione volta a conseguire la pronuncia di illegittimità della cessione d'azienda o dell'interposizione di manodopera[22]).

[21] La sentenza d'appello implica proprio il prodursi dell'*effetto sostitutivo*, in virtù del quale la nuova pronuncia, vertendo sul medesimo oggetto della precedente, comporta la rimozione di questa non soltanto "dalla scena del processo", ma altresì dal mondo giuridico: cfr. F. Damiani, *Note sull'effetto sostitutivo dell'appello*, in Riv. dir. proc., 2009, 6, 1466.

[22] Cfr. Cass., 9 maggio 2001, n. 6879; Cass., 18 maggio 2006, n. 11670.

Sia pure *ex post*, con la formazione del giudicato, le ragioni del datore di lavoro si riveleranno infondate, talché nella prospettiva *ex tunc* tipica delle sentenze dichiarative quei "motivi" ostativi addotti da parte datoriale non potrebbero più configurarsi come "legittimanti" ex art. 1206 c.c. il rifiuto della prestazione lavorativa ritualmente offerta dal lavoratore.

In definitiva, se è vero che il ripristino del sinallagma genetico si attua, secondo gli insegnamenti delle Sezioni Unite n. 2990/18, cit., con la sentenza dichiarativa dell'illegittimità della cessione d'azienda (o del ramo d'azienda), laddove intervenga, nel corso del giudizio per il pagamento delle retribuzioni, la *res iudicata* in punto di illegittimità della cessione d'azienda si potrebbe argomentare nel senso che il lavoratore possa pretendere il pagamento delle retribuzioni a far tempo dalla costituzione in mora. Opinare diversamente, e ritenere che il riferimento all'art. 32 comma 5, cit., miri essenzialmente a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi[23], da un lato datoriali e dall'altro del prestatore di lavoro, al quale ultimo sarebbe assicurata la retribuzione solo per il *posterius* rispetto alla pronuncia di merito, sarebbe soluzione non conforme ai principi sulla cosa giudicata la cui efficacia retroagisce al dì del compimento dell'atto nullo.

A ben vedere, l'art. 32 comma 5 cit., come evocato a paradigma nella ricostruzione delle Sezioni Unite del 2018, consentirebbe di anticipare, seppure provvisoriamente e in deroga all'art. 2909 c.c., gli effetti della pronuncia accertativa sull'inefficacia della cessione d'azienda ex art. 2112 c.c.; e ciò in considerazione del fatto che, ove difettasse l'espressa *regula iuris*, l'art. 2909 c.c. non consentirebbe di attribuire effetto anticipato a una pronuncia di accertamento non ancora definitiva[24]. Il che non esclude, pur tuttavia, che il *dictum* di accertamento, divenuto res iudicata, dispieghi integralmente la sua efficacia connotando il rifiuto datoriale in termini di illegittimità fin dal dì dell'avvenuta costituzione in mora.

[23] Affronta, sia pure in termini generali, il tema "dei delicati bilanciamenti tra valori tutti meritevoli di tutela che il costituzionalismo multilivello oggi impone" G. Fiandaca, in http://dirittodidifesa.eu/estremismo-dellantimafia-e-funzione-di-magistrato-di-giovanni-fiandaca/.

[24] V. Cass., Sez. 2, 26 marzo 2009, n. 7369; Cass., Sez. 3, sent. 15 novembre 2013, n. 25743; Cass., Sez. 6, ord. 18 gennaio 2018, n. 1211 le quali affermano, ribadendo un indirizzo consolidato, che la pronuncia dichiarativa non ha generalmente, salvo espresse deroghe, l'idoneità, con riferimento all'art. 282 c.p.c., all'efficacia anticipata rispetto al momento del passaggio in giudicato e pertanto fino al momento della definitività della sentenza di accertamento –che, in quanto tale, deve acquisire quel grado di stabilità che si identifica con il giudicato formale (art. 324 c.p.c.), in funzione di quello sostanziale (art. 2909 c.c.)- non dispiega la sua efficacia.

Vincenzo Vito Chionna

Il diritto "(es)temporaneo" delle società e della crisi di impresa al tempo del Covid-19

Sommario: **1.** *Premessa.* **2.** *Il diritto "temporaneo" delle società.* **3.** *Il diritto "temporaneo" delle procedure concorsuali.* **4.** *Il diritto "(es)temporaneo" dell'impresa nel tempo del COVID-19.*

1. *Premessa.*

1.1. L'improvvisa emergenza sanitaria scoppiata in Italia a fine febbraio 2020 ha prospettato rapidamente, tra tanto altro, una altrettanto improvvisa e grave emergenza economica in ragione delle necessarie e rigorose misure di c.d. "distanziamento sociale" che per gran parte delle attività produttive hanno segnato in concreto l'immediata interruzione.

In una "*alluvione normativa*" ancora in corso, dal ritmo ben più incessante di quello che determinò Gustavo Minervini a coniare l'espressione all'inizio degli anni novanta [1] per il profluvio di norme (primarie e secondarie) in quel periodo dedicate al mercato finanziario, si segnala soprattutto il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. "decreto liquidità"; d'ora innanzi d.l. 23/2020) che dall'art. 4 all'art. 14 introduce una serie di "*misure urgenti per garantire la continuità delle imprese colpite dall'emergenza Covid-19*".

A dispetto di questa rubrica del Capo II in parte impropria perché lascerebbe intendere una limitazione soggettiva della sfera di estensione delle norme che, come vedremo, in realtà non esiste, si tratta di una disciplina *temporanea* e *dell'emergenza*, orientata a offrire immediato sostegno a tutte le imprese in un momento in cui sono improvvisamente cambiati gli scenari economici di riferimento rispetto ai quali ciascuna di esse fino ad allora aveva potuto organizzare i mezzi della produzione per il proficuo svolgimento delle loro attività produttive, con l'aspettativa di generare valore e benessere.

Più precisamente, riprendendo un metodo già sperimentato tra il 2007 e il 2015 [2] con le plurime novelle della legge fallimentare (quando il legislatore, in piena crisi economica, incentivò il ricorso alle soluzioni negoziate della crisi introducendo regole societarie e concorsuali di eccezionale favore per l'utile esperimento di tali procedure [3]), si è tornati ad utilizzare la leva

1 G. MINERVINI, *Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi*, in *Giur. comm.*, 1992, I, pp. 5 e ss.

2 La stagione delle novelle alla legge fallimentare così orientate si aprì con il d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169 e, attraverso il progressivo intervento di altri atti normativi, può dirsi che si chiuse con il D.L. 27 giugno 2015, n. 83 conv. in l. 6 agosto 2015, n. 132.

giuridica – del diritto societario e del diritto concorsuale – per cercare di governare una crisi economica, allentando *temporaneamente* vincoli normativi nati nel diritto comune a tutela soprattutto dei terzi e, così, auspicando di rendere meno difficile per l'imprenditore resistere nella sua *continuità aziendale*, la cui interruzione – anche per i terzi – sarebbe stata ancor più irrimediabilmente pregiudizievole.

1.2. La temporaneità delle modifiche agli istituti giuridici ha però oggi una caratterizzazione diversa rispetto alla richiamata legislazione del 2008-2015. Mentre in quel caso, infatti, una parte delle regole incentivanti vennero via via meno con nuovi atti normativi adottati dal 2015 in poi quando la crisi economica cominciò ad attenuarsi senza più dare giustificazione alla compressione delle tutele dei terzi [4], oggi invece è la stessa norma di legge che introduce le regole incentivanti a fissarne *ab origine*, caso per caso, un tempo di efficacia molto limitato che, di regole, non si spinge oltre il 31 dicembre 2020 [5].

In questa prospettiva, a prioritario sostegno e tutela della *continuità aziendale* dell'impresa (che l'art. 7 d.l. 23/2020, come vedremo, arriva addirittura a presumere), il d.l. 23/2020 ha previsto una sorta di moratoria per l'applicazione di una serie di regole societarie e concorsuali secondo due principali direttici di intervento: *l'una* tesa a favorire la riorganizzazione e l'incentivazione di diverse forme di finanziamento dell'attività di impresa (artt. 6-8 per il diritto societario), *l'altra* tesa a permettere una rimodulazione delle procedure di soluzione negoziata della crisi dell'impresa (art. 9-10 per il diritto concorsuale).

Si tratta, insomma, come si vedrà, di un complesso di norme che, con le altre del Capo II del d.l. 23/2020, descrive una sorta di "diritto temporaneo" dell'impresa nel tempo dell'epidemia COVID-19 teso, in fin dei conti, a dare più *tempo* che *denaro* agli imprenditori per affrontare la crisi economica e nel quale la bilancia delle tutele di interessi confliggenti tende a pendere –

[2] Si pensi, p.e., tra l'altro, all'introduzione del c.d. concordato in continuità *ex* art. 186-*bis* l.f., alla sospensione degli obblighi di ricostituzione del capitale sociale *ex* art. 182-*sexies* l.f., al voto concordatario fondato sul c.d. silenzio-assenso, al concordato "con riserva" *ex* art. 161, sesto comma, l.f., della prededuzione dei finanziamenti dei soci resi a norma dell'art. 182-*quater*, terzo comma, l.f. e a tanto altro ancora.

[4] È il caso, p.e., della reintroduzione della percentuale minima di soddisfazione dei chirografi nei concordati liquidatori, dell'eliminazione del voto concordatario per silenzio-assenso, dell'introduzione di offerte e proposte concorrenti.

[5] Se non per rinviare al 1° settembre 2021 l'entrata in vigore di quello che resterà del Codice della crisi e dell'insolvenza già adottato e parzialmente in vigore (v. art. 389, secondo comma, d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14).

eccezionalmente e *temporaneamente*, rispetto a fattispecie riconducibili a relazioni economiche più "*business to business*" che "*business to consumer*" – più a favore dell'imprenditore che dei terzi creditori.

1.3. Anche per iniziare a capire che impresa concorrerà a consegnarci la cessazione di efficacia di queste norme di legge, la questione di fondo – alla quale queste brevi note cercherà di proporre risposta attraverso una prima ricognizione delle nuove regole "a termine" – resta, pertanto, quella della reale efficacia ed adeguatezza della leva giuridica approntata dal d.l. 23/2020, anche di fronte alle compressioni imposte alle tutele dei terzi; insomma, per cercare di capire se, in fin dei conti, il Capo II del d.l. 23/2020 concorra a descrivere, non solo un regime normativo "*temporaneo*" ma, in fondo, un intervento "*estemporaneo*" in chiave giuridica, dal grado di effettiva utilità ed efficacia, in realtà, solo parziale.

2. *Il diritto "temporaneo" delle società.*

2.1. Le misure urgenti riconducibili al diritto societario sono quelle disposte dagli artt. 6-8 d.l. 23/2020 e consistono, in buona sostanza, in tre generi di interventi:

a) nella temporanea disapplicazione fino al 31 dicembre 2020 di alcune regole attinenti all'obbligo di intervento sul capitale sociale di s.p.a., s.a.p.a. e s.r.l. in caso di perdite qualificate (art. 6);

b) nella temporanea disapplicazione, sempre fino al 31 dicembre 2020, dell'obbligo di postergazione dei finanziamenti eseguiti dai soci, dal 9 aprile 2020 in poi, pur in un momento di squilibrio patrimoniale della s.r.l. (art. 8);

c) nella temporanea deroga al principio contabile della continuazione dell'attività (c.d. *going concern*) nella "*redazione del bilancio d'esercizio in corso al 31 dicembre 2020*" (art. 7).

Le tre disposizioni hanno in comune un ambito soggettivo di estensione generale, identico a quello già proprio delle disposizioni del codice civile di cui viene sancita la temporanea disapplicazione o deroga.

A dispetto dell'improprietà del tenore letterale della rubrica del Capo II ("*misure urgenti per garantire la continuità delle imprese* ***colpite dall'emergenza Covid-19***"), infatti, sotto questo aspetto, il chiarissimo tenore letterale di ciascuna disposizione rende pacifico che le norme trovino applicazione indipendentemente dal fatto che gli imprenditori siano o meno direttamente attinti da

vicende COVID-19 *ovvero*, su altro piano, indipendentemente dal fatto siano o meno già in uno stato di crisi.

Si tratta, quindi, come passiamo rapidamente a registrare per ciascuno dei tre casi, di misure che – con una costante compressione di tradizionali tutele dei terzi a favore della protezione dell'interesse alla continuità aziendale delle società di capitali – vanno a ridisegnare gli ordinari equilibri di tutela tradizionalmente propri del diritto comune.

2.2. L'art. 6 d.l. n. 23/2020 riproduce, a prima vista pressoché integralmente, il testo dell'art. 182-*sexies* l.f., introdotto nella legge fallimentare nel 2012 sull'onda di quella legislazione di sostegno e incentivazione delle soluzioni negoziate della crisi cui si faceva cenno in apertura.

Per le "*fattispecie verificatesi entro gli esercizi chiusi*" tra il 9 aprile 2020 e il 31 dicembre 2020, l'art. 6 d.l. 23/2020:

a) sospende fino al 31 dicembre 2020 gli obblighi di riduzione del capitale sociale previsti per le società di capitali in caso di perdite qualificate;

b) non sospende, sempre in caso di perdite qualificate, gli obblighi di rilevamento, informazione e convocazione "*senza indugio*" dell'assemblea dei soci "*per gli opportuni provvedimenti*" (gli artt. 2446, primo comma, e 2482-*bis* dal primo al terzo comma c.c. non sono richiamati dall'art. 6 d.l. 23/2020);

c) sospende, infine, l'operatività della causa di scioglimento prevista dall'art. 2484, primo comma, n. 4 c.c. e, per le cooperative, dall'art. 2545 c.c. (riduzione o perdita del capitale sociale).

Ai fini della valutazione di fondo che anima le presenti brevi note, vale occuparsi delle sole tre novità rispetto al testo dell'art. 182-*sexies* l.f. riscritto (quasi) integralmente nell'art. 6 d.l. 23/2020 tanto che, per la soluzione dei suoi singoli problemi applicativi, resta prezioso serbatoio il diritto giurisprudenziale formatosi in questi anni attorno alla disposizione della legge fallimentare.

In prima battuta, l'espressione "*fattispecie verificatesi entro gli esercizi chiusi*" vale a segnare in termini di ben significativa ampiezza l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 6 d.l. 23/2020 considerando qualificanti *da un canto*, quale "*fattispecie*", qualsiasi perdita "qualificata" rilevante ai sensi degli artt. 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c. (e che ogni amministratore e sindaco continua sempre ad avere l'obbligo di accertare costantemente durante l'esercizio) e *dall'altro* la manifestazione temporale di detta perdita qualificata rispetto a tutti i possibili generi di "*esercizi*" societari – e, così, non solo quello coincidente con l'anno solare (cioè chiuso al 31 dicembre 2020)

– che vivano un periodo temporale, ancorché minimo, che cada tra il 9 gennaio 2020 e il 31 dicembre 2020 (cioè tutti gli esercizi chiusi anche prima del 31 dicembre 2020 ma dopo il 9 aprile 2020); e tutto ciò indipendentemente dai termini di *approvazione* dei bilanci di esercizio che restano del tutto irrilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 6 d.l.23/2020.

Vale osservare che, naturalmente, ad un ambito di applicazione più ampio dell'art. 6 d.l. 23/2020 corrisponde una più estesa compressione delle tutele dei terzi.

Ferme, infatti, le responsabilità di amministratori e sindaci per eventuali ritardi di rilevamento e intervento, sollevare i soci dal dover intervenire per eliminare le perdite significa essenzialmente dare alle proprietà di tutte le imprese tempo di reperire mezzi finanziari senza che, però, fino al 31 dicembre 2020, i terzi possano in alcun modo contare sulla funzione di garanzia di un capitale sociale integro, così sensibilmente affievolita, come invece da sempre prevede tipicamente il regime di responsabilità per le obbligazioni sociali delle imprese societarie di capitali; e non è poi da escludere, tra l'altro, che, in questo periodo, i terzi chiedano di andare a negoziare (o rinegoziare) condizioni di fornitura e garanzie diverse, maggiori e più costose.

Ai nostri fini, di certo, sono ancor più interessanti le due differenze – formali e sostanziali – tra l'art. 6 d.l. 23/2020 e l'art. 182-*sexies* l.f. e cioè **(a)** i termini della temporanea disapplicazione delle norme societarie sulla ricostituzione del capitale sociale e **(b)** le condizioni, per così dire, "di uscita" da tale disapplicazione.

Nel caso dell'art. 182-*sexies* l.f. per un verso la sospensione ha il suo *dies a quo* nel giorno del deposito della domanda di concordato preventivo (anche nella forma del concordato in bianco) oltre che della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis* e, pur nel silenzio della norma, il suo *dies ad quem* nel provvedimento di omologazione; per altro verso, sul piano della *ratio*, è pacifico che la misura temporaneamente agevolativa abbia la funzione di allentare sull'imprenditore la pressione *finanziaria* (non anche *economica*) durante la procedura concorsuale, per poter predisporre con minore difficoltà un piano di soluzione della crisi che, subito dopo l'omologazione, nella sua fase esecutiva, preveda comunque – per effetto dell'esdebitazione concordataria o di una vera e propria ricapitalizzazione – la ricostituzione del capitale sociale minimo [6].

[6] Sul punto G. D'ATTORRE, *Speciale Decreto Sviluppo. I limiti alla disciplina societaria sulla perdita di capitale*, in *Il Fallimentarista*, *Focus* del 3 agosto 2012 ripreso da F. LAMANNA *L'art. 182*-sexies *l. fall. e la sospensione delle norme di salvaguardia del capitale sociale al tempo della crisi dell'impresa: effetti positivi, controindicazioni ed effetti*

Insomma, nell'art. 186-*sexies* l.f. la temporanea compressione di tutela del terzo creditore si spiega e si giustifica essenzialmente perché è prevista ad intimo servizio di una continuità aziendale "*concorsuale*" e non più generica: cioè di una *continuità* che dall'imprenditore deve riorganizzare attraverso la procedura di crisi sotto il controllo giudiziario, col rigido vincolo di costante equilibrio economico per evitare pregiudizio ai creditori (p.e. art. 182-*bis*, ultimo comma, l.f.) e con una profonda modifica di prospettiva perché, dal deposito del ricorso, la continuazione dell'attività di impresa viene funzionalizzata in via prioritaria alla soddisfazione dei creditori concorsuali – maggiormente tutelati – e non più alla creazione di valore nell'interesse prioritario dell'imprenditore.

Pertanto, appare chiaro come il temporaneo affievolimento della funzione di garanzia per i terzi del capitale sociale prevista dall'art. 182-*sexies* l.f. concorre a garantire al terzo – al termine del periodo di sterilizzazione degli obblighi ricostitutivi del capitale sociale, che coincide con l'intero svolgimento della procedura di soluzione negoziata della crisi – la certezza di un piano industriale e finanziario attraverso il quale, anche attraverso la continuità aziendale, il suo debitore deve offrirgli la migliore soddisfazione possibile del credito.

L'art. 6 d.l. 23/2020 – pur facendo proprio il testo dell'art. 186-*sexies* l.f. – pare invece del tutto lontano da questa dinamica tanto che l'analoga compressione delle tutele del terzo creditore pare giustificarsi meno agevolmente.

Il periodo di riferimento – che vede esattamente determinati *dies a quo* (9 aprile 2020) e *dies ad quem* (31 dicembre 2020) – è del tutto slegato non solo da una procedura giudiziale di risanamento aziendale ma, ancor più radicalmente, dalla stessa situazione di crisi attuale della società, in realtà solo potenziale per alcuni, più che verosimilmente a materializzarsi da marzo 2020 in poi per l'emergenza sanitaria COVID-19 [7]: insomma, non è in alcun modo legato a quella stessa continuità aziendale "concorsuale" alla base dell'art. 182-*sexies* l.f. e alle sue plurime regole.

---

collaterali da overshooting, in *Il Fallimentarista*, *Focus* del 29 settembre 2015 per il quale "In sostanza, nelle domande di ammissione al concordato preventivo e nei piani, la previsione della ricostruzione del capitale non viene quasi mai dettagliata, e su ciò conviene richiamare l'attenzione degli operatori, poiché non è escluso che il Tribunale possa ravvisarvi un'ipotesi di inammissibilità della domanda. (…) Quando poi l'omologa sopraggiunga, se i soci non abbiano provveduto prima ad adottare le misure di salvaguardia del capitale, dovranno farlo senza dubbio allora, ma, beninteso, solo se ed in quanto permanga, e nella misura in cui permanga, lo stato di sottocapitalizzazione.".

7 D'altra parte, di fronte ad una lettera della norma assolutamente chiara, perentoria e generale (tale, pertanto, da non richiedere alcuna attività esegetica), non sembra neanche necessario chiedersi se la fonte delle perdite incida o meno sull'ambito di applicazione della disposizione nel senso che si potrà avere sospensione dell'applicazione delle norme sulla riduzione del capitale sociale e sulla particolare causa di scioglimento solo se la perdita qualificata dovesse trovare origine in fatti riconducibili alla crisi economica

In questo caso, la ricostituzione del capitale sociale – di certo non necessariamente strumentale alla redazione di un piano giudiziale di risanamento e non accompagnata, p.e., da "ombrelli protettivi" di alcun genere (v., p.e., divieto inizio o prosecuzione procedure esecutive e cautelari individuali *ex* art. art. 168 l.f.; sull'inammissibilità della domanda di fallimento *ex* art. 10 d.l. 23/2020 v. *infra* § 3) – il 1° gennaio 2021 tornerà ad essere improvvisamente un obbligo per una società che ne ha potuto godere non tanto per pensare come dover pagare meglio i suoi creditori (o come mantenere la fiducia, con la costante integrità del capitale sociale, di quelli divenuti tali dopo il marzo 2020) ma soprattutto per vedersi temporaneamente sollevato dall'obbligo di finanziamento dell'impresa con mezzi propri e, così, permettere una continuità aziendale apparentemente ordinaria ma, ormai, solo "presunta" e dalle evoluzioni del tutto incerte.

Proprio il favore normativo per una mera presunzione di ordinaria continuità aziendale – come a breve vedremo, forse ridotta a "*fictio juris*" dall'art. 7 d.l. 23/2020 – ha già portato parte dei primi commentatori [8] a registrare la sostanziale inadeguatezza della sospensione della sola causa di scioglimento riferita al capitale sociale (art. 2484, primo comma, n. 4 c.c.) non accompagnata dall'analoga sospensione dell'operatività dell'altra causa di scioglimento che si assume toccata dall'art. 7 d.l. 23/2020, quella della sopravvenuta impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale (art. 2484, primo comma, n. 2 c.c.), determinata dalla perdita del c.d. "*going concern*" a causa dal COVID-19; cioè, appunto, della ordinaria continuità aziendale.

2.3. L'art. 7 d.l. 23/2020, infatti, pare effettivamente descrivere tale singolare *fictio juris* quando, per sostenere in questo periodo di crisi i valori patrimoniali e i piani di gestione, per la

determinata dall'emergenza Covid-19 (il dubbio è posto, valorizzando alcuni passaggi della sola Relazione di accompagnamento, da F. URBANI, *Covid-19: disposizioni temporanee su riduzione del capitale per perdite e finanziamenti dei soci. Prime note critiche sugli artt. 6 e 8 del Decreto Liquidità*, in *Il Societario*, 30 aprile 2020; per un primo commento v. anche S. LEGNANI, *Le nuove disposizioni in materia societaria volte a fronteggiare l'emergenza*, in *Il Societario*, 16 aprile 2020).

[8] M. SPIOTTA, *La (presunzione di) continuità aziendale al tempo del Covid-19*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 11 aprile 2020. Per S. AMBROSINI e G. GIANNELLI, *L'impatto del "decreto liquidità" sulla continuità aziendale delle imprese e sulle procedure concorsuali pendenti*, in corso di pubblicazione in *Dir. fall*, invece, "l'inoperatività della causa di scioglimento non riguarda l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, ipotesi alla quale in passato era stata ricondotta anche la perdita della continuità aziendale; si deve però ritenere che questa interpretazione non possa giustificare un riespandersi della causa di scioglimento per perdite in quanto abbiano compromesso la possibilità di perseguire l'oggetto sciale, a pena di avallare una interpretazione di fatto abroghi il beneficio concesso dall'art. 6 secondo periodo d.l. n. 23. Piuttosto, ci si può chiedere se la sospensione dell'obbligo di procedere alla riduzione e alla ricapitalizzazione (o allo scioglimento) si giustifichi anche qualora la situazione della società sia tale da non lasciare presagire un incremento del patrimonio netto alla fine del periodo di moratoria cioè dopo il 31 dicembre 2020".

redazione del "*bilancio d'esercizio in corso al 31 dicembre 2020*" delle società che non adottano i principi contabili internazionali, consente una deroga temporanea ed eccezionale al principio della prospettiva della continuazione dell'attività (c.d. *going concern*) fissato dall'art. 2423-*bis*, primo comma, n. 1), c.c.

Più esattamente, con quella che la dottrina ha giustamente bollato come una sorta di "*disattivazione di fatto*" del concetto di continuità aziendale (**"**divenuto finalmente centrale, nel diritto della crisi, grazie all'interpolazione dell'art. 2086 c.c., già in vigore, ed a proposito del quale il Legislatore "di guerra" sembra aver rinunziato *a priori* a qualsiasi tentativo di adattamento interpretativo alla situazione eccezionale prospettatasi" [9]), la disposizione consente eccezionalmente di continuare comunque ad adottare in questi bilanci – per la cui approvazione resta ferma la possibilità di proroga del termine *ex* art. 106, d.l. 17 marzo 2020 n. 18 – quale criterio valutativo delle poste di bilancio quello della continuità aziendale *ex* art. 2423-*bis* comma 1, n. 1 c.c. alla sola condizione che tale continuità aziendale risulti sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio "*chiuso*" in data anteriore al 23 febbraio 2020; fermo l'obbligo di informativa espressa e specifica nella "*nota informativa anche mediante il richiamo alle risultanze del bilancio precedente*".

L'art. 7, secondo comma, d.l. 23/2020 descrive poi una significativa ampiezza applicativa della norma eccezionale disponendo la sua applicabilità anche "*ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati*".

La dottrina ha iniziato ad affrontare singoli problemi applicativi della disposizione, apprezzandone in ogni caso l'opportunità perché "si concede di sospendere ogni valutazione (…) operando una valutazione prospettica della continuità aziendale sulla base del dato storico riveniente dal bilancio dell'esercizio precedente; in altre parole si consente alle imprese che prima della crisi presentavano una regolare prospettiva di continuità di conservare tale aspettativa sterilizzando il periodo di emersione degli effetti delle misure di contrasto della pandemia, nella redazione dei bilanci degli esercizi in corso nel 2020" [10].

La relazione illustrativa al d.l. 23/2020 riferisce, poi, che "la previsione deriva dagli effetti dirompenti ed abnormi dell'epidemia di COVID-19, ed in particolare delle ricadute, profonde ma

---

[9] D. GALLETTI, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, in *IlFallimentarista*, *Focus* del 14 aprile 2020.

[10] S. AMBROSINI e G. GIANNELLI, *L'impatto del "decreto liquidità" sulla continuità aziendale delle imprese e sulle procedure concorsuali pendenti*, *op. cit.*

temporanee, che essa può determinare sulle prospettive di continuità" tanto che "si rende, quindi, necessario neutralizzare gli effetti derivanti dall'attuale crisi economica conservando ai bilanci una concreta e corretta valenza informativa anche nel confronto dei terzi, consentendo alle imprese che prima presentavano una regolare prospettiva di continuità di conservare tale prospettiva nella redazione dei bilanci degli esercizi in corso nel 2020" .

In buona sostanza, i ragionevoli dubbi sulle prospettive di continuità aziendale vengono sterilizzati per un esercizio di bilancio per le sole imprese che, con un dato storico di reale continuità aziendale, non erano già in crisi prima dell'emergenza COVID-19; e, di conseguenza, a cascata, vengono temporaneamente disapplicate tutte quelle norme a tutela dei terzi che l'ordinamento fa scattare quando i conti annuali denotano, anche in prospettiva prudenziale, il venir meno della continuità aziendale.

Pertanto, in questo caso, in prima approssimazione può dirsi che il temporaneo affievolimento delle tutele dei terzi diventa conseguenza solo indiretta della norma introdotta dall'art. 7 d.l. 23/2020.

Restano ferme, per altro verso, le corrette valutazioni – con i conseguenti rischi per i terzi – dell'impatto pratico di una disposizione intervenuta quando il termine di approvazione dei bilanci 2019, di regola, non era ancora scaduto: "Risulta (…) evidente che altrettanto difficilmente i c.d.a. delle società italiane avranno approvato i progetti di bilancio relativi all'esercizio 2019, prima del 23 febbraio 2020; nel qual caso dovrà farsi riferimento ai bilanci del 2018; e la Legge non individua d'altro canto modalità per considerare attendibili le effettive datazioni dei bilanci approvati successivamente; non pare però potersi dubitare che il Legislatore abbia accettato di "fidarsi" di documenti comunque datati prima di tale spartiacque, a prescindere dalla "certezza" del riferimento temporale. Nel Paese di Pulcinella, dunque, l'invito a precostituirsi disinvoltamente le condizioni per l'applicazione delle norme "di favore" mi pare palpabile; con l'analogo risultato di concedere una esenzione dall'applicazione di norme poste a tutela dei terzi per qualsiasi impresa, a prescindere dal fatto che essa sia stata realmente interessata dalle conseguenze della crisi CoVid, e dalle dimensioni concrete di tale influsso" [11].

[11] D. GALLETTI, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, in *IlFallimentarista*, *Focus* del 14 aprile 2020.

2.4. Esaurisce le misure di diritto societario introdotte dal d.l. 23/2020 la temporanea disapplicazione degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. "*ai finanziamenti effettuati a favore della società*" dal 9 aprile 2020 al 31 dicembre 2020 disposta dall'art. 8.

Si tratta, in buona sostanza, di un incentivo al finanziamento dell'impresa con mezzi propri che – senza essere in contraddizione con la sospensione dell'obbligo di ricapitalizzazione *ex* art. 6 d.l. 23/2020 che cristallizza una logica di finanziamento del tutto difesa (in quel caso di tratterebbe di versamenti obbligatori imputati in conto capitale e non invece facoltativi in conto credito) – per i finanziamenti eseguiti dai soci di società di capitali nel periodo in questione, prevede la disapplicazione dell'obbligo di postergazione nella restituzione dopo l'avvenuta soddisfazione degli altri creditori della società. Insomma, in via eccezionale, il socio potrà legittimamente vedersi restituito quanto versato a titolo di finanziamento – pur eseguito in una situazione di "*eccessivo squilibrio dell'indebitamento*" o di "*situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento*" – senza aspettare di dover prima pagare gli altri terzi creditori.

In questo caso, la compressione delle tutele dei terzi creditori è evidente sotto diversi aspetti, quanto meno *da un canto* per l'ampiezza applicativa della regola della postergazione *ex* art. 2467 c.c. come maturata in circa quindi anni di diritto giurisprudenziale e *dall'altro* per il fatto che all'incentivo al finanziamento della società mediante mezzi propri si accompagnano forti incentivi al finanziamento con mezzi di terzi (soprattutto mediante capitale di credito garantito dallo Stato come prevede, tra l'altro, l'art. 1 d.l. 23/2020) dalle ricadute giuridiche forse non del tutto leggere.

Sul primo versante vale ricordare che, dal 2003 in poi, dottrina e giurisprudenza hanno via via assecondato interpretazioni spesso estensive della lettera dell'art. 2467 c.c così tendendo a dilatare in concreto l'applicabilità dell'obbligo di postergazione espressamente a potenziamento della tutela dell'interesse del terzo creditore a non subire pregiudizio dai tentativi di aggiramento della norma da parte del socio: oggi, invece, pare lecito dedurre che la temporanea sospensione di efficacia dell'art. 2467 c.c. finisca col privare il terzo di quelle tutele dall'intensità così acquisita nel tempo.

Vale ricordare solo in brevissima rassegna taluno di questi profili del diritto giurisprudenziale per cogliere meglio la misura della compressione delle tutele dei terzi creditori prodotta dall'art. 8 d.l. 23/2020 e così registrare:

a) quanto alla *sfera soggettiva di estensione*, un ambito di applicazione della disposizione pacificamente esteso a tutte le società di capitali e non solo alla s.r.l. per la quale, a stretto rigore, è formalmente prevista [12];

b) quanto all'espressione *"finanziamento"*, che "nella nozione di «finanziamento», deve ritenersi rientrino non solo i contratti che prevedono il trasferimento o la messa a disposizione della società di una somma di denaro con obbligo di rimborso, ma anche i negozi giuridici nei quali sia individuabile una prevalente finalità creditizia e, in particolare, anche il credito derivante da dilazione di pagamento del prezzo relativo a forniture di merci alla società o da altri rapporti «commerciali»" [13] (in coerenza con questa interpretazione estensiva, tra gli altri, sono stati considerati "finanziamenti" ai sensi dell'art. 2467 c.c. il pagamento da parte di un socio - p.e. per delegazione - di un debito della società [14], le prestazioni di garanzie reali o personali dei soci [15], le forniture di beni e servizi qualora si accerti, sotto il profilo finanziario, che abbiano assolto alla stessa funzione della dazione in danaro [16]);

c) quanto al *presupposto della crisi* al momento del finanziamento, "il giudice del merito deve verificare se la situazione di crisi (…) sussista, oltre che al momento della concessione del finanziamento, anche a quello della decisione" [17] senza che l'art. 2467 c.c. trovi "solo in caso di crisi o insolvenza sopravvenuta della società, ma anche in situazioni equiparabili, quali l'insufficienza di risorse economiche per soddisfare le obbligazioni assunte per l'avvio dell'attività imprenditoriale" [18];

---

[12] Da ultimo, tra tanti, Tribunale Bologna 31 gennaio 2019, n.265 in *Redazione Giuffrè*, 2020 che riprende Cass. 20 giugno 2018, n.16291 in *Riv. Not.* 2018, II, 824.

[13] Tribunale Pescara, 22 settembre 2016 in *Giur. comm.* 2018, 2, II, 346.

[14] Cass. 31 luglio 2019 n. 20649 in *Il fallimentarista* 2019 nota di CAGLIARI e anche in *Il societario* 2019 e Trib. Firenze 18 aprile 2016 in *Redazione Giuffrè* 2016.

[15] Trib. Milano 25 luglio 2018, n.8320 in *Redazione Giuffrè* 2018 e Trib. Padova 16 maggio 2011 in *Banca borsa tit. cred.* 2012, II, 222 con nota di G. BALP *Questioni di tema di postergazione ex art. 2467 e 2497-quinquies c.c.* e Trib. Udine 3 marzo 2011 *ivi*.

[16] Trib. Reggio Emilia 10 giugno 2015 in *Redazione Giuffrè* 2015 e Trib. Padova 28 ottobre 2015 in *Ilsocietario.it* 2015, 18 dicembre.

[17] Cass. 15 maggio 2019, n. 12994 in Giust. Civ. Mass. 2019.

[18] Trib. Milano 6 febbraio 2015, n.1658 in *Banca borsa tit. cred.* 2017, II, 513 con nota di MECATTI.

d) quanto, infine, alla *qualità di socio* per la durata del rapporto di finanziamento, che l'uscita dalla compagine sociale del socio finanziatore non esclude la postergazione del rimborso delle somme da questo erogate alla società [19].

Pertanto, sospendere l'applicazione dell'art. 2467 c.c. significa, in sostanza, sospendere le relative tutele del terzo creditore con l'ampia concreta estensione maturata nell'interpretazione giurisprudenziale per rendere effettiva "*la chiara finalità antielusiva della formula (...) che lasci prevalere la sostanza sulla forma*" [20].

Per altro verso, come accennato, non è da escludere che sensibili analoghe compressioni delle tutele degli interessi dei terzi possano nascere indirettamente anche dall'altro versante dell'incentivo al finanziamento delle società, quello al finanziamento con mezzi di terzi mediante capitale di credito garantito dallo Stato come prevede, tra l'altro, l'art. 1 d.l. 23/2020.

Si pensi, p.e., alle conseguenze negative per tutti gli altri terzi creditori – in termini di compressione del loro credito chirografo – di possibili prededuzioni dei crediti (p.e. anche solo in base all'art. 182-*quater*, secondo comma, l.f.) nell'ambito di verosimilmente diffuse procedure di crisi successive al 31 dicembre 2020 delle società in difficoltà *oppure*, in concreto, alla legittima ritrosia delle società ad approfittarne perché veicolati dalle banche (le prime ad avere interesse al rientro di vecchi crediti) oppure perché consapevoli che – dovendo avere a che fare con un mercato che per un certo tempo prospetta ricavi ben minori – non si tratta di finanziamenti per investimenti tesi alla crescita economica dell'attività bensì di finanziamenti utili solo per fare momentaneamente fronte all'attuale carenza di liquidità e, quindi, alle scadenze del 2020 ma che comportano nuovi impegni di debito, solo spostati al 2021 ed oltre.

Non a caso, come riferisce autorevole stampa quotidiana, "*da un'indagine della Cgia emerge che sinora i mini prestiti fino a 25 mila euro introdotti dal «decreto liquidità» si sono rivelati un flop con soltanto l'1% di richieste*" [21].

Diventa quindi ragionevole dedurre che con queste disposizioni di incentivo al finanziamento (*sia* con mezzi propri, *sia* con capitale di credito di terzi) introdotte dagli artt. 8 e 1 del d.l. 23/2020,

---

[19] Trib. Milano 25 luglio 2018, n.8320 in *Redazione Giuffrè* 2018 e Trib. Milano 4 giugno 2013, n.7805 in Giur. comma., 2015, II, 160 con nota di PEDERSOLI.

[20] Trib. Pescara 22 settembre 2016, *op. cit.*

[21] https://www.corriere.it/economia/aziende/20_maggio_02/perche-solo-1percento-imprese-chiede-prestiti-agevolati-25-mila-euro del 2 maggio 2020.

ancora una volta, il legislatore pare offrire alle società di capitali *tempo* (con l'occasione di migliori condizioni di finanziamento dell'attività, seppur proceduralmente non sempre semplici, anche con il creditore bancario che le deve intermediare [22]) *e non denaro* (p.e., contributi a fondo perduto o affrancamento dal debito fiscale) per sostenere la sua continuità aziendale nel periodo di crisi economica: e ciò sempre con sensibili compressioni delle tutele degli interessi dei terzi creditori.

3. *Il diritto "temporaneo" delle procedure concorsuali.*

3.1. Ancora più evidente è la compressione delle tutele dei creditori dell'imprenditore quando divenuti "concorsuali" in ragione della pendenza di una delle procedure giudiziarie di soluzione della crisi.

Pare preliminarmente emblematico sotto questo aspetto il rinvio al 1° settembre 2021 dell'entrata in vigore del Codice della crisi (già adottato con d. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 che sarebbe dovuto entrare in vigore nell'agosto 2020) , disposto dall'art. 5 d.l. 23/2020, e, così, dell'entrata in vigore di "*una riforma – qual è il Codice della crisi* – creditor oriented, *che completi il processo avviato con quella che in tanti hanno chiamato la "controriforma" del 2015*" [23].

Ciò è stato letto *ora* come una occasione utile per perfezionare ulteriormente un testo normativo mai entrato in vigore seppur in Gazzetta Ufficiale dal gennaio 2019 (che, forse, si perfeziona a convenienza nel tempo con l'esegesi della dottrina e, soprattutto, del diritto giurisprudenziale più che con continui decreti "correttivi" che rischiano di far perdere la linearità di un intervento sistematicamente coerente [24]); *ora* come una sorta di misura di protezione per non

---

[22] Non a caso è intervenuta subito l'ABI il 24 aprile 2020 con una apposita Circolare alle banche con la quale ha precisato l'impossibilità di compensare – anche *ex* art. 56 l.f. – debiti bancari preesistenti "*anche nella forma dello scoperto di conto corrente*" perché ciò "*determinerebbe un avvio del rimborso prima dei 24 mesi, facendo decadere la garanzia*" dello Stato prevista dal d.l. 23/2020.

[23] S. AMBROSINI e G. GIANNELLI, *L'impatto del "*decreto liquidità*" sulla continuità aziendale delle imprese e sulle procedure concorsuali pendenti*, in corso di pubblicazione in *Dir. fall*,

24 Segna infatti, come è noto, una terza fase normativa del nostro diritto concorsuale che, in buona sostanza, sviluppa quanto già accaduto a cavallo degli anni 2006-2015 in punto di approccio alla gestione della crisi di impresa. Dalla legge fallimentare che tendeva a considerare l'imprenditore in crisi un pericolo per l'intero sistema economico (la c.d. "*mela marcia*") da eliminare quanto prima dal mercato attraverso la cessazione dell'attività di impresa e la relativa liquidazione giudiziale, infatti, si è passato dapprima alla stagione del tentativo di recuperare ciò che c'era ancora di buono in quella "mela marcia" (pur neutralizzata rispetto al mercato) e cioè quello che del compendio aziendale dell'impresa in crisi poteva essere riorganizzato perché – con l'adesione dei creditori, sempre più protagonisti della gestione della crisi (v., p.e., incentivo alle soluzioni negoziate della crisi) – garantisse, attraverso una fase di controllo giudiziario, non solo una migliore soddisfazione possibile dei creditori ma anche una continuità aziendale riorganizzata

"bruciare" la riforma di fronte al paventato congestionamento giudiziario verosimilmente dovuto alla crisi economica da COVID-19; *ora* come un modo per temperare – in questa prospettiva di grave crisi economica – le responsabilità degli esponenti di *governance* chiamati a vigilare e intervenire con maggiore attenzione in ragione dei nuovi obblighi dovuti alla c.d. "allerta".

A parte tutto questo, resta in ogni caso ragionevole pensare che si sia trattato di una scelta tesa ad evitare di far entrare in vigore una normativa che, sul piano dei profili di garanzia, facesse pendere la bilancia più verso le tutele dei creditori che dell'imprenditore in crisi; e cioè il Codice della crisi e dell'insolvenza non fosse del tutto coerente e in armonia con la filosofia dell'intervento di emergenza – come piano piano sta emergendo da queste brevi riflessioni – della legislazione temporanea che stiamo vivendo per la emergenza COVID-19.

3.2. In questa particolare prospettiva – sulla quale, come vedremo, intervengono pesantemente gli artt. 9 e 10 d.l. 23/2020 – in via preliminare occorre fondamentalmente tenere presente che il *tempo di soddisfazione* del creditore (con la misura e le modalità) costituisce una delle scriminanti decisive della effettività di tutela nella soddisfazione concorsuale.

Vale solo ricordare, p.e., tra tanto altro, l'obbligatoria e decisiva valutazione comparativa dei tempi di soddisfazione (anche per l'attestabilità del piano) delle proposte concordatarie rispetto alla soddisfazione propria dell'alternativa fallimentare [25]; *oppure*, per altro verso, la ormai troppo trascurata disposizione dell'art. 181, ultima parte, l.f. che pur imporrebbe – proprio a tutela dei creditori concordatari – l'intervento dell'omologazione "*nel termine di nove mesi dalla presentazione del ricorso*" introduttivo salvo unica proroga di "*sessanta giorni*" ma che, in concreto, tende ormai ad essere dimenticata (v., p.e., le proroghe concesse, spesso discutibilmente,

a beneficio dei c.d. *stakeholders* e dell'intero mercato. Il Codice della crisi del 2019, in generale, ha meritoriamente seguito e sviluppato questo approccio cercando di renderlo ancor più efficiente soprattutto quando – attraverso istituti nuovi (p.e. la c.d. allerta o i c.d. OCC) o il potenziamento di poteri vecchi (quelli, p.e., del Pubblico Ministero o degli organi delle procedure) – ha mirato ad anticipare il più possibile l'emersione della crisi tanto da poterla rendere meno grave nel momento in cui arrivava in sede giudiziaria e, così, rendere meno complicato gestirla e risolverla.

25 Tra le altre, Cass. 23 maggio 2014, n. 11497 in *Fall.* 2015, p. 497 ss., Cass. 9 maggio 2014, n. 10112 in *Foro it.*, 2014, 11, 1, 3171 per la quale "Il pagamento dei creditori privilegiati in un tempo superiore a quello imposto dai tempi tecnici della procedura di concordato preventivo equivale a soddisfazione non integrale dei medesimi"; danno in qualche misura rilievo ai tempi anche di esecuzione del concordato, tra gli altri, Trib. Forlì 12 dicembre 2013 in *Fall*., 2014, p. 479 ss., Trib. Siracusa 15 novembre 2013 in *Il caso.it*, 2013, per il quale "(…) Una anomala dilatazione della tempistica di acquisizione della liquidità necessaria per il pagamento dei creditori concorsuali è incompatibile persino con i dettami della Legge Pinto e si smarca a priori da qualsivoglia sindacato di convenienza del risultato economico conseguibile dai creditori, dovendosi ritenere che un pagamento eccessivamente dilazionato equivalga ad un "non pagamento". Ne deriva la valutazione di inammissibilità giuridica del concordato".

per gli adempimenti dei commissari giudiziali o dei loro consulenti valutatori) contando solo sull'idea ormai prevalente – peraltro, non decisiva sul piano risarcitorio – della natura dilatoria (e non perentoria) del termine; *oppure* ancora alla compressione di durata, nel fallimento, di ogni procedimento legato all'accertamento del passivo o alla liquidazione dell'attivo.

Insomma, il tempo celere e più possibile compresso della procedura e della soddisfazione concorsuale è da sempre considerato dal nostro diritto positivo una delle principali e decisive forme di tutela del creditore concorsuale.

Ebbene, proprio (e solo) sul *tempo* delle procedure concorsuali – ma allungandolo sistematicamente in ogni fase delle diverse procedure – intervengono gli artt. 9 e 10 del d.l. 23/2020 per offrire scadenze meno stringenti a tutti gli imprenditori chiamati ad affrontare la procedura di crisi d'impresa nel periodo dell'emergenza COVID-19, senza che i creditori possano avere alcuno spazio di tutela di fronte a tale dilatazione dei tempi alla quale può ricorrere il debitore in procedura.

3.3. Più esattamente, passando in veloce rassegna – nei ristretti limiti di quanto necessario ai fini della presente riflessione – le disposizioni ormai già oggetto di attenta e ricca esegesi critica cui si rinvia [26], per i concordati preventivi e gli accordi di ristrutturazione annotiamo:

a) per le procedure già omologate, la proroga *ex lege* di sei mesi dei termini di adempimento aventi scadenza tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021 (art. 9, primo comma, d.l. 23/2020);

b) per i procedimenti di omologazione (con voto concordatario favorevole già acquisito) pendenti al 23 febbraio 2020, la possibilità per il debitore di presentare, sino all'udienza fissata per l'omologa, istanza per la fissazione di un nuovo termine - non superiore a 90 giorni, non

[26] N. GRAZIANO e L. DE GENNARO, *La legislazione di emergenza Covid-19 e l'impatto sulle procedure fallimentari e sulle soluzioni negoziali della crisi di impresa*, in *Il diritto vivente Rivista giuridica online di Magistratura Indipendente*, 24 aprile 2020, D. GALLETTI, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, in *Il Fallimentarista*, *Focus* del 14 aprile 2020, L. DE SIMONE, *Gli accordi ad efficacia estesa alla prova del covid-19*, in *Dalla crisi all'emergenza: strumenti e proposte anti-covid al servizio della continuità di impresa*, a cura di Centro Studi Diritto delle Crisi e dell'Insolvenza, p. 109 e ss., S. GRASSELLI, *Normazione di urgenza e concordati in bianco, ivi*, p. 129 e ss., S. LEUZZI, *L'impatto della pandemia sui concordati preventivi omologati in continuità diretta: l'indagine, le soluzioni*, ivi, p. 147 e ss., B. CONCA, *Finanziamenti all'impresa in crisi e moratoria annuale* ex *art.186* bis *l.fall.: una lettura prospettica*, ivi, p. 179 e ss., F. LAMANNA, *Il "blocco" dei procedimenti prefallimentari imposto dal Decreto Liquidità*, in *Il Fallimentarista*, *Focus* del 14 aprile 2020, G. CORNO e L. PANZANI, *La disciplina dell'insolvenza durante la pandemia da Covid-19. Spunti di diritto comparato, con qualche riflessione sulla possibile evoluzione della normativa italiana*, in *IlCaso.it*, F. RASILE e C. PASSERINI, *L'improcedibilità della domanda di fallimento in proprio al tempo del Coronavirus: un errore da correggere*, in *Il Fallimentarista*, *Blog* del 27 aprile 2020, S. MORRI, *Il Decreto liquidità e le modifiche alla disciplina fallimentare. Una prima analisi, alcuni spunti critici e delle proposte*, in *Il Fallimentarista*, *Blog* del 9 aprile 2020.

prorogabile, a decorrere dal provvedimento che lo concede – per la presentazione di un nuovo piano e di una nuova proposta concordataria ovvero di un nuovo accordo di ristrutturazione (art. 9, secondo comma, d.l. 23/2020) non necessariamente migliorativo per la soddisfazione dei creditori concorsuali;

c) per i medesimi procedimenti di omologazione (con voto concordatario favorevole già acquisito) pendenti al 23 febbraio 2020, la possibilità per il debitore di presentare, sino all'udienza fissata per l'omologa, una documentata "*memoria contenente l'indicazione dei nuovi termini*" di adempimento del concordato o dell'accordo di ristrutturazione, non superiore a "*sei mesi rispetto alle scadenze originarie*", con la conseguenza che, in caso di omologa, senza possibilità per i creditori di poter eccepire nulla in merito, il Tribunale potrà recepire tali nuovi termini differiti di adempimento (art. 9, terzo comma, d.l. 23/2020);

d) per le procedure che si trovano nel c.d. "*periodo finestra*" ex art. 161, sesto comma, l.f. a seguito di deposito di c.d. "*concordato in bianco*", la possibilità di poter ottenere una speciale e ulteriore proroga "fino a novanta giorni" del termine ("*che sia stato già prorogato dal Tribunale*" *ex* art. 161, sesto comma, l.f.) di deposito, sulla base delle documentate esigenze sorte per "*fatti sopravvenuti per effetto dell'emergenza epidemiologica Covid-19*"; e ciò "*anche nel caso in cui è stato depositato ricorso per la dichiarazione di fallimento*" (art. 9, quarto comma, d.l. 23/2020);

e) la proroga fino a ulteriori novanta giorni del termine del c.d. *automatic stay* (cioè la sospensione delle azioni esecutive e cautelari individuali nel periodo delle trattative anteriore all'accodo di ristrutturazione) già ottenuto *ex* art. 182-*bis*, settimo comma, l.f. sempre a condizione che la necessità di tale proroga si fondi sulla prova di fatti sopravvenuti per effetto della crisi COVID-19 (art. 9, quinto comma, d.l. 23/2020).

In tutto questo effettivamente si ritrova quel filo rosso innanzi accennato in ipotesi che cuce sul piano delle logiche di garanzia le disposizioni introdotte dagli artt. 9 e 10 d.l 23/2020 e, così, finisce per descrivere con sufficiente chiarezza la filosofia di intervento sulla leva giuridica del diritto concorsuale per governare l'emergenza improvvisa della crisi economica da COVID-19.

Ai creditori concorsuali si prospettano, infatti, misure che vanno sempre nella stessa direzione, quella – del tutto opposta ai canoni tradizionali della loro tutela – della sistematica dilazione dei tempi senza la benché minima possibilità di avere voce in capitolo: dalla proroga *ex lege* di sei mesi dei termini di adempimento dei concordati già omologati (protratta singolarmente, nel possibile *dies a quo*, fino al 31 dicembre 2021 e non al 31 dicembre 2020); alla possibilità di

vedersi reintrodotta improvvisamente e senza possibilità di esprimersi – dopo una riapertura dei termini di redazione di una nuova proposta (verosimilmente peggiorativa, viste le mutate condizioni economiche del mercato) – una nuova fase di votazione; al concreto rischio di vedersi imporre nella fase dell'omologa nuovi e più lunghi termini di adempimento rispetto alla proposta già approvata (sempre senza poter eccepire nulla in merito, neanche come specifico motivo di opposizione all'omologa); ad una dilatazione preliminare della procedura che può arrivare all'assurdo paradosso di vedere descritta dalla legge una fase preliminare (il c.d. "*periodo finestra*" ex art. 161, sesto comma, l.f.) dalla durata incredibilmente più lunga dell'intera procedura di concordato preventivo [27].

3.4. Altrettanto evidenti – e del tutto coerenti con le indicazioni fin qui emerse – sono le conseguenze per i creditori derivanti dalle (poche) regole dedicate alla procedura fallimentare dall'art. 10 d.l. 23/2020.

La previsione dell'improcedibilità di tutti i ricorsi per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza depositati tra il 9 marzo e il 30 giugno 2020 [28] salvo quelli depositati dal solo Pubblico Ministero che contengano richieste di provvedimenti cautelari o conservativi *ex* art 15, ottavo comma, l.f., infatti, se *da un canto* nella Relazione illustrativa al d.l. 23/2020 viene presentata come una norma deflattiva dell'attività giudiziaria e soprattutto tesa ad evitare una diffusa improvvisa moria di imprese segnate da una ineluttabile liquidazione fallimentare [29], *dall'altro* resta in piena contraddizione con lo spirito delle più recenti evoluzioni del diritto

27 A fronte dei **270 giorni** entro i quali, a norma dell'art. 181, ultima parte, l.f., si dovrebbe esaurire la procedura di concordato preventivo (omologazione "*nel termine di nove mesi dalla presentazione del ricorso*"), il solo c.d. "*periodo finestra*" – per il comb. disp. artt. 161, sesto comma, l.f. e 9 d.l. 23/2020 – potrebbe durare **300 giorni**: 120 primo termine + 60 proroga *ex* art. 161, sesto comma, l.f. + 30 sospensione periodo feriale (Cass. 13 giugno 2018, n. 15435, in *Il caso.it*, 2018) + 90 giorni *ex* art. 9, quarto comma, d.l. 23/2020.

28 Condivisibile il timore di D. GALLETTI, *op. cit.*, per il quale è verosimile che si tratti di un "termine (…) che sembra "naturalmente" destinato ad una o più future proroghe, come tutti quelli introdotti sinora dalla legislazione <<emergenziale>>".

29 La Relazione illustrativa poggia la disposizione su "una duplice ragione: da un lato per evitare di sottoporre il ceto imprenditoriale alla pressione crescente delle istanze di fallimento di terzi e per sottrarre gli stessi imprenditori alla drammatica scelta di presentare istanza di fallimento in proprio in un quadro in cui lo stato di insolvenza può derivare da fattori esogeni e straordinari, con il correlato pericolo di dispersione del patrimonio produttivo, senza alcun correlato vantaggio per i creditori dato che la liquidazione dei beni avverrebbe in un mercato fortemente perturbato; dall'altro bloccare un altrimenti crescente flusso di istanze in una situazione in cui gli uffici giudiziari si trovano in fortissime difficoltà di funzionamento".

concorsuale ispirate alla massima solerzia nel far emergere le crisi e ad evitare che la procedura intervenga quando ormai poco o nulla si possa ricostruire in termini di attivo liquidabile o di continuità aziendale.

Impedire a qualsiasi creditore – già stressato nei suoi diritti dai tempi e dalle difficoltà di una procedura esecutiva individuale – di attivare la procedura fallimentare, nella sostanza, significa innanzi tutto privarlo della possibilità di "costringere" ad una decisione il suo debitore: insomma, significa sostanzialmente privarlo della possibilità di chiamare in termini ultimativi l'imprenditore in crisi alla responsabilità delle necessarie determinazioni per evitare la dissoluzione fallimentare dell'impresa. Basti pensare solo per un momento a quanti ricorsi per concordato preventivo *ex* art. 161, sesto comma, l.f. vengono depositati dall'imprenditore in crisi soltanto quando (troppo tardi) diventa assolutamente indispensabile contrastare una istanza di fallimento del creditore (o del P.M.) rispetto alla quale non si hanno reali e concreti argomenti di difesa nel merito; cioè quando ormai è incontestabile la legittimazione del creditore e lo stato di insolvenza della propria impresa.

Impedirlo, poi, con i creditori, anche al debitore stesso con motivazioni che trascurano ancora una volta del tutto le tutele dei creditori e accomunano indistintamente le crisi di impresa comunque originate (derivino o meno dall'emergenza COVID-19) [30], tra l'altro, significa:

a) allungare i tempi di accesso ad istituti di particolare favore per alcuni ceti creditori quale, p.e., come già osservato da taluno, quello previsto per i "lavoratori (dipendenti della impresa debitrice fallenda) che non hanno percepito le retribuzioni e/o il TFR e che, anche grazie all'apertura del fallimento, possono – dopo l'ammissione al passivo del loro credito – farsi anticipare le somme dal Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto" [31];

b) vedere progressivamente aggravarsi il passivo, con proporzionale diminuzione delle possibilità di soddisfazione innanzi tutto chirografaria, per i nuovi debiti sorti in ragione, p.e., della inutile prosecuzione dell'esecuzione di contratti dai quali non ci si può sciogliere (come invece si potrebbe fare *ex* art. 72 e ss. l.f.) oppure del prodursi di oneri finanziari per i debiti pecuniari (che, invece, scadrebbero *ex* art. 55 l.f. il giorno del fallimento);

30 "Il blocco si estende a tutte le ipotesi di ricorso, e quindi anche ai ricorsi presentati dagli imprenditori in proprio, in modo da dare anche a questi ultimi un lasso temporale in cui valutare con maggiore ponderazione la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi alla soluzione della crisi di impresa senza essere esposti alle conseguenze civili e penali connesse ad un aggravamento dello stato di insolvenza che in ogni caso sarebbe in gran parte da ricondursi a fattori esogeni".

31 F. RASILE e C. PASSERINI, *op. cit.*

c) rendere, di fatto, sempre più difficile e improbabile – per la prosecuzione "forzata" dell'attività ma sempre più pregiudizievole per i creditori a causa della progressiva disgregazione del patrimonio aziendale (v., p.e., ciclo incassi/pagamenti negativo e insostenibile nel periodo COVID-19) – la possibilità di ricorrere ad istituti fallimentari (esercizio provvisorio e affitto di rami di azienda) che tendono a sostenere più proficui programmi di liquidazione assecondando vendite in blocco e non meramente atomistiche, con valore di avviamento che solo in questi casi resta un *quid pluris* dell'attivo fallimentare.

3.5. Ciò che, per altro verso, rende ancor meno comprensibile la scelta di ritardare l'emersione della crisi, congelando temporaneamente il trattamento giudiziario (fino al 30 giugno 2020, salvo proroghe) a scapito delle tutele dei creditori, è infine la previsione di una unica eccezione alla temporanea improcedibilità dell'azione di fallimento, quella esercitata dal solo Pubblico Ministero che contenga richieste di provvedimenti cautelari o conservativi *ex* art 15, ottavo comma, l.f.

La Relazione illustrativa la giustifica come strumento di prevenzione delle condotte dissipative a rilevanza penale che rischierebbero di essere sostanzialmente permesse dalla generale improcedibilità delle domande di fallimento: "(…) Viene invece contemplata al comma 2 un'unica eccezione alla improcedibilità, limitata ai casi in cui il ricorso sia presentato dal pubblico ministro e contenga la richiesta di emissione dei provvedimenti cautelari o conservativi di cui all'art. 15, comma 8, l. fall. In questi casi, infatti, la radicale improcedibilità verrebbe ad avvantaggiare le imprese che stanno potenzialmente mettendo in atto condotte dissipative di rilevanza anche penale con nocumento dei creditori, compromettendo le esigenze di repressione di condotte caratterizzate da particolare gravità".

La valutazione del legislatore – con l'intervento normativo che ne è conseguito con l'art. 10 d.l. 23/2020 – appare, forse, ancora una volta riduttiva ed estemporanea se ponderata, per quanto qui possibile, rispetto allo scenario sistematico con cui l'art. 10 d.l. 23/2020 è comunque chiamato a fare i conti sul piano tecnico-giuridico.

In questa prospettiva è di particolare interesse ricordare *da un canto* che i rimedi cautelari *ex* art. 15, ottavo comma, l.f. non sono tipicamente strumentali ad impedire condotte dissipative dalla necessaria rilevanza penale e *dall'altro* che il Pubblico Ministero, pur portatore di un interesse pubblico, nel processo di fallimento (come in ogni altra procedura concorsuale) altro non è che una

parte processuale come lo può essere qualsiasi creditore, legittimata *ex* artt. 69 c.p.c. e 7 l.f. all'iniziativa (o *ex* art. 70 c.p.c. all'intervento) di una azione pur sempre dai profili di garanzia a rilevanza esclusivamente civile; cioè strumentale all'attivazione di tutele patrimoniali civilistiche nell'interesse dei creditori concorsuali.

Sul primo versante, infatti, per giurisprudenza ormai pacifica – salvo che per i profili processuali del cautelare, ancora di discussa riconducibilità alla disciplina unitaria di diritto comune (in quanto compatibile) ovvero a quella atipica dell'art. 15 l.f. – "*l'adozione di provvedimenti cautelari a tutela del patrimonio o dell'impresa di cui all'art. 15, R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare) ha la funzione di assicurare la temporanea conservazione del patrimonio dell'impresa in vista del fallimento o del rigetto della relativa istanza (…)*" [32] e non certo di prevenire o di interrompere il compimento di condotte di reato oppure di cautelare (tanto meno a fini di confisca) il c.d. "*profitto da reato*" o il c.d. "*prezzo del reato*": si tratta, insomma, di provvedimenti (anche atipici) previsti appositamente "*a tutela del patrimonio o dell'impresa*" [33] da mettere quanto prima a disposizione della soddisfazione concorsuale dei creditori e non certo ad altri fini di tutela.

Sul secondo, invece, vale ricordare come ogni disposizione di legge che *tassativamente* legittima *ex* art. 69 c.p.c. il Pubblico Ministero all'*esercizio* dell'azione in sede civile, compreso l'art. 7 l.f., richieda precise condizioni e requisiti di strumentalità dell'iniziativa a fini di tutela meramente civilistica di interessi patrimoniali ancorché pubblici e diffusi (massa dei creditori concorsuali, fisco, ecc.), senza che, in ogni caso, come ancor di recente ribadito dalla giurisprudenza con estrema chiarezza, sia necessaria alcuna notizia di reato e, quindi, alcun motivo di specifica tutela cautelare economico-patrimoniale ad essa legata: "Il Pubblico Ministero è legittimato a richiedere il fallimento, ai sensi dell'art. 7, n. 1, l.fall., non solo qualora apprenda la "*notitia decoctionis*" da un procedimento penale pendente, ma anche ogni qualvolta la decozione emerga dalle condotte specificamente indicate nella norma sopra indicata, le quali non sono necessariamente esemplificative di fatti costituenti reato e non presuppongono come indefettibile la pendenza di un procedimento penale" [34].

---

[32] Trib. Foggia 2 febbraio 2012, in *Il caso.it*, 2012; cfr., tra le altre, Trib. Vicenza 15 gennaio 2018 in Giur. comm. 2018, II, pp. 758 e ss., Trib. Bari 17 agosto 2018, in *Foro it.* 2019, 3, I, cc. 1073 e ss. e Trib. Monza 20 novembre 2009 in *Redaz. Giuffrè*, 2010.

33 Trib. Bari 17 agosto 2018, *op. cit.*

Se tutto questo è vero – e cioè se è vero che la tutela cautelare dell'art. 15, ottavo comma, l.f. può anche prescindere del tutto dalla stessa esistenza di un reato e costituire lo strumento di tutela dell'unico interesse patrimoniale protetto (la migliore soddisfazione possibile del creditore concorsuale), indipendentemente da chi l'ha attivata – diventa veramente difficile comprendere la scelta di vedere limitata la procedibilità dell'azione di fallimento connessa a tale tutela cautelare al solo Pubblico Ministero e non anche a chi, il creditore, forse può conoscere anche meglio di lui la necessità e l'urgenza di una tutela cautelare *ex* art. 15, ottavo comma, l.f.

3.6. Di certo, questa scelta poco giustificabile sul piano sistematico porta a dover prendere atto ancora un volta che, anche nella *prospettiva fallimentare*, analogamente a quanto già registrato nella *prospettiva concordataria*, il diritto temporaneo concorsuale introdotto dagli artt. 5, 9 e 10 d.l. 23/2020 si propone di governare la crisi economica da COVID-19 più con una discutibile generale dilatazione dei tempi di procedura e di soddisfazione dei creditori che non con misure di segno opposto [35], invece, fino ad oggi caratteristiche della filosofia di intervento del legislatore nei tempi più recenti: proprio come accaduto, p.e., nel Codice della crisi e dell'insolvenza che, non a caso, l'art. 5 d.l. 23/2020 ha rinviato nella sua integrale entrata in vigore al 1° settembre 2021.

Senza prevedere, come forse sarebbe stato più prudente e corretto, "*un* set *di strumenti* ad hoc *per le imprese "contagiate" (…) come già avviene per i malati CoVid, e la istituzione di strutture sanitarie "dedicate" al loro trattamento, separate da quelle comuni*" [36], con il d.l. 23/2020, insomma, il legislatore pare abbia scelto di governare l'emergenza economica provocata dal COVID-19 assecondando temporaneamente una sistematica ritardata emersione giudiziale della crisi di impresa – anche se del tutto indipendente dal COVID-19 – che, però, è difficile negare si risolva, in

[34] Cass. 14 gennaio 2019, n.646 in *Giust. Civ. Mass.* 2019; cfr. Cass. 28 ottobre 2019, n.27539 in *Dir. Giust.* 2019, con nota di G. TARANTINO.

[35] Come, p.e., quelle proposte da D. GALLETTI, *op. cit.*, tutte correttamente ispirate ad una filosofia di intervento di segno del tutto opposto a quella del d.l. 23/2020, quella che ha costituito una sorta di manifesto del Codice della crisi e dell'insolvenza del 2019 e che vede nella rapidità di intervento sulla crisi e nella riduzione dei tempi di procedura e di soddisfazione dei creditori i punti essenziali di riferimento per vedere adeguatamente governata la crisi (1. introduzione di un procedimento, semplice e rapido, affidato al Giudice fallimentare in composizione monocratica; 2. successivo monitoraggio continuo sull'impresa ammessa ai benefici; 3. introduzione temporanea di una nuova procedura concorsuale, semplificata, simile alla vecchia amministrazione controllata, caratterizzata dalla impossibilità di aprire il fallimento, e dal blocco delle azioni esecutive dei creditori).

[36] D. GALLETTI, *op. cit.*

fin dei conti, in una sensibile compressione generale delle tutele dei creditori, spesso ingiustificata sul piano tecnico-giuridico se non addirittura pericolosa in chiave economica quando si è chiamati a ragionare di fronte ad un sistema economico "*business to business*" in cui l'affievolimento delle tutele del credito può diventare la più pericolosa forma di contagio della crisi per l'intero sistema economico.

4. *Il diritto "(es)temporaneo" dell'impresa al tempo del COVID-19.*

4.1. A voler tirare le fila del discorso, la pur sintetica ricognizione del diritto temporaneo societario e concorsuale cristallizzato dal d.l. 23/2020 mette a disposizione una serie di indicazioni sufficientemente nette per iniziare a capire cosa concorrerà a consegnarci la cessazione di efficacia di queste norme di legge, per definizione, "temporanee".

Il primo dato da registrare è la costante compressione delle tutele dei terzi creditori i quali, sul piano dei profili di garanzia, più di ogni altro, sono quelli chiamati a pagare il prezzo reale del tentativo di conservare in continuità aziendale – spesso solo apparente, come visto – l'attività delle imprese per l'intero 2020.

Insomma, per usare una immagine di grande attualità, la moratoria degli istituti di diritto societario e concorsuale toccati dal d.l. 23/2020 tende a mostrarsi come una misura che rischia di agire allo stesso modo dei farmaci in corso di sperimentazione: producono quasi sempre qualche effetto positivo sulla patologia che si vorrebbe curare ma hanno anche inevitabilmente controindicazioni e effetti collaterali negativi, talvolta maggiori dei benefici.

In secondo luogo, altro dato da non trascurare che ci consegna la riflessione è la mancata calibrazione della sfera soggettiva di applicazione di dette misure rispetto alle reali esigenze che hanno mosso l'intervento normativo. Le plurime regole con le quali il legislatore ha cercato di agevolare gli imprenditori nel periodo COVID-19, infatti, non vedono mai descritto il loro ambito soggettivo di estensione nei limiti delle imprese che dimostrino un qualche, ancorché minimo, nesso di causalità tra rischi della continuità aziendale e crisi sanitaria da Covid-19.

Esse trovano applicazione in via generale e assoluta rispetto a tutti gli imprenditori, senza distinzioni tanto che tutto ciò se *da un canto* cristallizza una estensione massima del nuovo – seppur temporaneo ed eccezionale – bilanciamento degli interessi alla base delle norme di diritto societario e concorsuale trattate dal d.l. 23/2020, *dall'altro* legittima la sensazione che la costruzione di questo "diritto temporaneo" abbia riposato tanto più sull'idea – *rectius*, sull'ipotesi tutta da verificare – che

tutti gli imprenditori (o l'assoluta maggioranza) siano già in crisi di continuità aziendale che sulla prudente consapevolezza che un così esteso e prolungato affievolimento delle tutele del credito alla fine possa lasciare sul campo, a catena, molte più imprese in crisi di continuità di quelle attuali.

In terzo luogo, almeno per il momento e salvo alluvioni normativi che già in tal senso si preannunciano, resta evidenza di una filosofia di intervento del legislatore in cui la leva giuridica della continuità aziendale è stata utilizzata per dare agli imprenditori più *tempo* che *denaro*; insomma, il d.l. 23/2020 tende a dilazionare temporaneamente i termini per il pagamento dei debiti dell'imprenditore o, offrendo occasioni di finanziamento, a novarne i rapporti obbligatori che ne hanno costituito titolo ma, di certo, non li estingue del tutto.

4.2. In questa prospettiva, provando per un momento a spostare in avanti lo sguardo alla cessazione di efficacia del diritto societario e concorsuale di cui al d.l. 23/2020, in conclusione, non pare azzardato ipotizzare che le modalità di sostegno alla continuità di impresa messe in campo da questa normativa temporanea – pur forse a prima vista efficaci nel breve periodo della situazione di emergenza, soprattutto se accolte dalla parte di quell'imprenditore già in crisi non causa del COVID-19 – rischiano, dopo il 31 dicembre 2020, di lasciare sul campo nuovi seri problemi di bilanciamento degli interessi.

Il *tempo* e, soprattutto, l'*accesso facilitato al credito* – e cioè le uniche vere risorse sostanzialmente attivate dalle norme fin qui considerate, con costante sensibile compressione delle tutele dei terzi creditori – finiscono per rivelare come forse il legislatore abbia fin qui inteso i problemi della continuità di impresa dovuti al Covid-19 quale portato di una temporanea *crisi finanziaria* (di mera liquidità) e non invece conseguenza di una vera e propria *crisi economica* in cui *da un canto* un così ampio dilatarsi del tempo di soddisfazione dei crediti rischia di comprimere eccessivamente le tutele dei terzi creditori (a loro volta, in massima parte imprenditori) e *dall'altro* la finanza agevolata messa a disposizione delle imprese – in un mercato dei consumi che, purtroppo, temporaneamente è in grave crisi – non pare poter essere destinata proficuamente ad investimenti strumentali ad un aumento (o al consolidamento) di ricavi ma solo a fare fronte alle scadenze immediate; di fatto solo rinviando il termine per onorare l'impegno finanziario.

Se tutto questo è vero, come già autorevolmente percepito [37], nella certa prosecuzione dell'alluvione normativo in corso, sono da auspicare ulteriori provvedimenti del legislatore sul diritto dell'impresa più radicali e strutturali, anche per cercare di evitare che il d.l. 23/2020 possa essere ricordato, più che in termini di diritto "temporaneo" delle società e della crisi d'impresa, come un intervento normativo "estemporaneo" caduto nel tempo del COVID-19.

37 D. GALLETTI, *op. cit.* per il quale "La peculiarità assoluta della crisi "Covid19", crisi di natura non solo finanziaria, ma anche economica, a dispetto di quanto spesso si ode, consiste nella circostanza per cui non risulta possibile, allo stato attuale, pianificare in termini precisi il percorso teso alla ristrutturazione; né è parimenti possibile prevedere, con ragionevole probabilità, gli scenari futuri prospettabili; dunque gli istituti tradizionali del concordato preventivo (ed anche dell'amministrazione straordinaria) appaiono inadeguati a fornire la via d'uscita".

Luciano Guaglione

Consenso informato e testamento biologico. La legge n.219 del 2017. Profili civilistici della legge

Sommario: 1. Introduzione: profili normativi - 2. Il consenso informato - 3. Il diritto al rifiuto delle cure - 4. La responsabilità del medico – 5. Le conseguenze civilistiche della violazione dell'obbligo informativo alla luce dei principi di diritto enunciati dalla Suprema Corte: a) La rilevanza autonoma del mancato consenso**;** b) Il contenuto di una completa informazione e le opzioni del paziente; c) Le diverse situazioni ipotizzabili; d) Gli oneri di allegazione e prova; e) La gravità dell'offesa;

1. Introduzione: profili normativi.

Il 14 Dicembre 2017, il Senato ha approvato, in via definitiva, la legge sul Biotestamento (*Legge 22 dicembre 2017, n. 219 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento),* con ben 180 voti favorevoli contro 71 voti sfavorevoli e sei astensioni. **La legge è entrata in vigore il 31 gennaio 2018.**

Una lunga battaglia, fortemente, combattuta dai sostenitori della **libertà di scelta sul fine vita**, che pare aver trovato un punto d'inizio.

A distanza di dieci anni dalla morte di Welby, a otto anni dalla scomparsa di Eluana Englaro e a soli pochi mesi da quella di Dj Fabo.

Una tematica, questa, affrontata svariate volte ma che in Italia, non ha mai trovato un comune assenso, per diverse ragioni etiche, ideologiche, politiche e religiose, tematica sulla quale peraltro nell'ultimo decennio la discussione si è fatta più pressante.

Invero il progredire della ricerca scientifica, unitamente all'avanzamento tecnologico nella medi-cina e allo sviluppo dell'igiene, ha consentito di **aumentare la qualità e la quantità della vita delle persone**, allungandola a volte a tal punto da imprigionare l'individuo in quella che da alcuni viene considerata una non vita-artificiale.

Questo progresso scientifico ha alimentato nell'opinione pubblica una **crescente richiesta ai legislatori nazionali di nuove regole che assicurino il rispetto della dignità della vita di ogni persona di fronte alla malattia e nei momenti più delicati e difficili dell'esistenza umana.**

La tematica è delicata perché pone quasi in conflitto valori e diritti inviolabili della persona umana di cui agli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione.

Da un lato, **la libertà di scelta**, meglio intesa come libertà, capacità di autodeterminarsi e di salvaguardare la propria salute ed integrità fisica, **dall'altro il diritto alla vita**, quale bene da sempre considerato indisponibile.

La nuova legge permette, in sintesi, al soggetto maggiorenne e capace d'intendere e di volere di esprimere, entro certi limiti, una previa volontà circa i trattamenti medici e terapeutici da ricevere, con particolare riguardo alla nutrizione e all'idratazione artificiale, nel caso di gravi malattie future.

Ciò premesso, al fine di una corretta e globale valutazione, appare il caso analizzare il contenuto dei sette articoli, di cui detta legge si compone, tenendo presente che i cardini della disciplina consistono, da un lato, nel c.d. "**consenso informato**", in relazione ad ipotesi in cui la somministra-zione di una terapia o di un trattamento sanitario o l'esecuzione di un esame siano attuali (e quindi certe nel "se" e nel "quando"); dall'altro, nelle "**disposizioni anticipate di trattamento**", in rela-zione ad ipotesi che sono totalmente incerte nel "se" e nel "quando", e che si accompagnano alla pro-spettiva di carenza di capacità di autodeterminazione nel momento del loro avversarsi.

2. Il consenso informato (art. 1).

L'art. 1 della legge sul Biotestamento («Consenso informato») afferma che «*La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli artt. 2, 13, 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero o informato della persona interessata, tranne nei casi espressamente previsti dalla legge*» (co. 1).

La legge tende a valorizzare la particolare relazione di cura e fiducia che si in instaura tra il medico ed il paziente, il cui fulcro è dato dal **c.d. "consenso informato**", il quale costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: **senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente**; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi.

Nella giurisprudenza di legittimità è costante l'affermazione che "*finalità dell'informazione che il medico è tenuto a dare è quella di **assicurare il diritto all'autodeterminazione del paziente**, il quale sarà libero di accettare o rifiutare la prestazione medica*"[1], sulla base delle proprie convinzioni eti-che, religiose, filosofiche e politiche.

[1] Cfr. Cass. civ., n. 19220/2013

Un paziente infatti, a seguito di adeguata informativa resa dall'operatore sanitario circa l'intervento chirurgico e le sue possibili conseguenze post-operatorie, ha la possibilità di scegliere tra le diverse seguenti alternative:

- decidere di sottoporsi all'intervento;

- decidere di ottenere il parere di altri medici;

- decidere di rivolgersi ad altre strutture sanitarie che possano garantire esiti a lui più favorevoli;

- decidere di non sottoporsi ad alcun intervento chirurgico.

Il principio del consenso informato - il quale esprime una **scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente**, nel senso che detto rapporto appare **fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico** - ha un sicuro fondamento nelle **norme della Costituzione**: nell'art. 2, che tutela e promuove i diritti fon-damentali della persona umana, della sua identità e dignità, nell'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale "è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo" (Corte cost., sentenza n. 471 del 1990) e nell'art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, qualificata dal necessario rispetto della persona umana e ulteriormente specificata con l'esigenza che si prevedano ad opera del legislatore tutte le cautele preventive possibili, atte ad evitare il rischio di complicanze.

Altre fonti normative

Nella legislazione ordinaria il **principio del consenso informato** alla base del rapporto medico paziente è enunciato in numerose leggi speciali, a partire dalla **legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833),** la quale, dopo aver premesso, all'art. 1 che "*La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana*", sancisce, all'art. 33, il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari.

A livello di **fonti sovranazionali**, il medesimo principio trova riconoscimento nella **Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e della biomedicina**, fatta a Oviedo il

4 aprile 1997 e resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145 (v. art. 5).

Dalla **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea**, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000 si evince come il consenso libero e informato del paziente all'atto medico vada considerato, non soltanto sotto il profilo della liceità del trattamento, ma prima di tutto come un vero e proprio **diritto fondamentale del cittadino europeo**, afferente al più generale diritto all'integrità della persona (Capo 1, art. 3).

Nel **codice di deontologia medica del 2006** si ribadisce (art. 35) che "*il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente*".

Il principio del consenso informato è ben saldo nella **giurisprudenza della Corte di Cassazione** (v. Cass. civ., sez. III, 25 gennaio 1994, n. 10014; Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364; Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444) e della **Corte Europea dei diritti dell'uomo**.

Com'è noto, l'esercente una professione sanitaria, al fine di non incorrere in ipotesi di responsabilità, ha il **dovere di informare il paziente** circa la diagnosi, i rischi, i benefici e le modalità, a mezzo delle quali, procederà ad un preciso trattamento, sia esso terapeutico e/o chirugico.

Il medico deve, altresì, illustrare al paziente le possibili alternative e le conseguenze dell'eventuale rifiuto di sottoporsi a quel determinato trattamento.

In altre parole, dunque, **il consenso informato rappresenta un punto d'incontro tra l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, nonché la responsabilità del medico** (come puntua-lizzato dal comma 2 dell'art. 1 della legge n. 219 del 2017).

Si parla di "**consenso informato"** perché evidentemente **il consenso ad un qualunque tratta-mento sanitario non può essere pienamente libero e consapevole se non preceduto da adeguata conoscenza dei dati relativi alla questione sanitaria specifica.**

Il 4° comma dell'art. 1 della legge n. 219 del 2017, in ordine alla **forma** che deve assumere il **consenso informato**, prevede che: "*Il consenso informato* ***è documentato in forma scritta o attra-verso videoregistrazioni*** *o, per le persone con disabilità, attraverso dispositivi che consentano loro di comunicare e deve essere inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico*".

Quest'ultima previsione, ancorchè possa sembrare ovvia permettendo alle persone che comunicano con dispositivi elettronici di prestare il proprio consenso, risponde ad un vuoto legislativo precedente che vedeva disabili motori o persone impossibilitate ad utilizzare le mani private dell'atto della firma.

La necessità della forma scritta rappresenta un'autentica novità introdotta dal legislatore in quanto, sino ad oggi, la prestazione del consenso da parte del paziente non era soggetta ad alcuna forma particolare, sebbene l'**art. 35 del Codice Deontologico** parlasse di "**informazione scritta**".

Situazione pregressa. Le posizioni della giurisprudenza.

Nel previgente regime la giurisprudenza di legittimità ha preso posizione in diverse occasioni sulle modalità di acquisizione del consenso.

Così ha ravvisato una violazione dell'obbligo del consenso informato nel caso in cui lo stesso fosse stato **acquisito con modalità improprie** da parte del medico, **ritenendo inammissibile un consenso tacito**, così come, generalmente, un consenso presunto.

In particolare in una pronuncia del 2015 la Suprema Corte[2] ha ritenuto che, ai fini della legittima-zione del trattamento medico-chirurgico, **non può configurarsi come consenso presunto quello asseritamente acquisito (solo) in forma orale**, trattandosi peraltro di paziente straniera che non conosceva nemmeno l'italiano e sotto narcosi.

La vicenda. La decisione prende le mosse dalla vicenda di una donna straniera, la quale, ricoverata in una clinica privata per un intervento al ginocchio destro, lesionatosi a seguito di una caduta sugli sci, veniva operata anche al ginocchio sinistro. la S.C. ha negato che potesse considerarsi valida modalità di acquisizione del consenso informato all'esecuzione di un intervento anche sulla gamba sinistra l'assenso prestato dall'interessata verbalmente nel corso del trattamento, tanto più che si trattava di persona priva di conoscenza della lingua italiana e sotto narcosi.

In altra fattispecie la Corte di cassazione[3] ha ritenuto valida l'informazione circa un intervento chirurgico per la rimozione di un tatuaggio resa anche **disegnando direttamente sul corpo del pa-**

[2] Cfr. Cass civ., sez. III, 29 settembre 2015, n. 19212
[3] Cfr. Cass. civ., sez. III, 20 aprile 2018, n. 9806

ziente il taglio che sarebbe stato fatto e così prospettando concretamente gli esiti cicatriziali che sarebbero derivati dall'operazione.

La vicenda. Con atto di citazione notificato il 9 luglio 1997, F.P. conveniva davanti al Tribunale di Roma, P.N.P.R.B. e la clinica privata (OMISSIS) per sentirli condannare al risarcimento dei danni subiti a seguito di un intervento chirurgico eseguito dal Dottor P. il (OMISSIS), consistito nella rimozione di un tatuaggio impresso sul deltoide destro. **Secondo l'attore intervento non aveva raggiunto un risultato soddisfacente, essendo residuata una cicatrice di notevoli dimensioni**. **La responsabilità del chirurgo era ricondotta alla circostanza di non avere informato adeguatamente il paziente circa gli effetti dell'intervento**. Costituitosi il chirurgo contestava nel merito la pretesa, mentre la clinica eccepiva il difetto di legittimazione passiva.

La domanda risarcitoria veniva accolta nei confronti del medico in primo e secondo grado dal Tribunale e dalla Corte di Appello di Roma, che ritenevano non dimostrata la circostanza che il convenuto avesse adeguatamente informato il paziente.

La Cassazione ha accolto il ricorso del medico valorizzando le dichiarazioni confessorie rese dal paziente in sede di interrogatorio formale; in sostanza, il paziente aveva dichiarato di avere concordato, insieme al medico, l'intervento escludendo la dermoabrasione e preferendo la rimozione chirurgica, proprio in funzione del miglior esito cicatriziale ("tale cicatrice era esteticamente migliore") e **ricevendo indicazioni attraverso un disegno** ("successivamente con un pennarello disegnò il taglio... indicò con il proprio dito l'andamento dell'intervento figurandolo sul mio deltoide").

Deve essere peraltro ben chiaro che - nel previgente regime - la **giurisprudenza di merito** ha ritenu-to non sempre esaustiva, **in assenza di esplicita previsione normativa**, la forma scritta, affermando che il **modulo** di consenso, compilato e sottoscritto sia dal paziente che dal medico, agevola eviden-temente la prova della sussistenza del consenso, purché tuttavia sia: "***dettagliato, chiaro, completo e perfettamente intellegibile dal paziente***"[4]. In difetto, laddove sia: "***sintetico,***

[4] Cfr. Trib. Milano, 23 febbraio 2005, n. 2331.

non dettagliato e gene-rico", il modulo del consenso, pur sottoscritto, non è stato invece ritenuto "idoneo a ritenere assolto l'onere di informazione" [5].

Anche la **Suprema Corte** è intervenuta sul punto affermando che: "*l'obbligo di informazione in questione non può ritenersi debitamente assolto mediante la mera sottoscrizione – come nella specie – di un generico e non meglio precisato "apposito modulo",* ***dovendo … risultare per converso acclarato con certezza che il paziente sia stato dal medico reso previamente edotto delle specifiche modalità dell'intervento, dei relativi rischi, delle possibili complicazioni****, ecc.*" [6]. Difatti: «*l'assoluta indeterminatezza della manifestazione di consenso rende la dichiarazione (ndr scritta) del tutto inido-nea ad assumere il carattere di dichiarazione di consenso informato*»[7].

Il consenso deve essere specifico e esplicito, nonché reale ed effettivo, non essendo consentito il **consenso presunto.** Il consenso deve essere **pienamente consapevole e completo**, ossia deve **essere "informato"**: "dovendo basarsi su informazioni dettagliate fornite dal medico, ciò implicando la piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative" [8].

A tal riguardo, **la Suprema Corte**, richiamando il suo orientamento pregresso secondo il quale non risponde all'obbligo di fornire un valido ed esaustivo consenso informato il medico il quale ritenga di sottoporre al paziente, perché lo sottoscriva, un modulo del tutto generico, da cui non sia possibile desumere con certezza che il paziente medesimo abbia ottenuto in modo esaustivo le suddette informazioni, **ha ritenuto non sufficiente la circostanza che alla paziente fosse stato consegnato un depliant informativo relativo all'intervento chirurgico di cheratomia radiale che venne svol-to all'occhio destro della paziente**. In altre parole, la semplice presenza di un modulo per il consenso informato sottoscritto dal paziente non è di per sé sufficiente per considerare dimostrato che il paziente sia stato adeguatamente e compiutamente informato in misura tale da aver compiutamente prestato un **consenso libero e consapevole**.

---

[5] Cfr. Trib. Milano, 29 marzo 2005, n. 3520; Trib. Milano, 8 novembre 2006 n. 12224.

[6] Così Cass. civ., 21 aprile 2016, n. 8035; in senso conforme, v. Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 2479.

[7] Così Cass. civ., 12 giugno 2015, n. 12205.

[8] Cass. civ., 4 febbraio 2016 n. 2177. Cassata una sentenza di merito che aveva respinto una domanda risarcitoria avanzata da una signora che si lamentava di non essere stata adeguatamente informata dal chirurgo sulla natura e i rischi dell'intervento, al quale non si sarebbe sottoposta se fosse stata informata delle insorgenza delle intervenute complicanze. La domanda era stata respinta in primo e secondo grado in quanto era stato escluso che la paziente non fosse stata adeguatamente informata dal chirurgo sui disturbi poi manifestati, giacché, prima dell'intervento, lo stesso le consegnò un depliant informativo.

Alla luce dell'esplicita previsione legislativa di cui al 4° comma della legge 219/2017, oggi non possono più sussistere dubbi circa l'obbligatorietà per le strutture e gli esercenti le professioni sani-tarie di fornire la prova di aver adeguatamente informato il paziente **a mezzo di documenti scritti o di videoregistrazioni**. Per essere ancora più espliciti, **il consenso informato non potrà più essere provato oralmente.** È tuttavia altrettanto vero che circa le caratteristiche ed i requisiti che dovrà avere tale documentazione, si dovrà tener conto degli orientamenti giurisprudenziali in materia che abbiamo in precedenza ricordato.

Dunque, riepilogando: a proposito della forma scritta è bene evidenziare che **non è sufficiente la mera sottoscrizione di un modulo precompilato di consenso alle cure**. È, infatti, importante che il modello di acquisizione del consenso informato **non sia troppo stringato** (poiché, come detto poc'an-zi, l'informativa deve contenere tutte le indicazioni che sono necessarie per consentire al paziente una scelta libera e consapevole), ma è importante anche **evitare di sottoporre al paziente un modello troppo prolisso** e scritto con l'utilizzo di termini tecnici che potrebbero non essere compresi.

In definitiva, il modello di consenso informato deve essere redatto in modo da essere **facilmente leggibile e comprensibile** dal paziente, meglio ancora utilizzando ove possibile delle illustrazioni.

Da segnalare che, a fronte del progressivo venir meno della relazione empatica medico-paziente e del conseguente dileguamento del ruolo terapeutico del medico, il legislatore italiano ha previsto che **"*il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura*" (art. 1, co. 8)**.

In presenza di espressa volontà del paziente, è possibile **coinvolgere anche i familiari** o altra persona di fiducia che possono esprimere il consenso in sua vece. In tal caso l'incaricato o gli incaricati dovranno essere registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

*A questo proposito si pone un **problema**: invero, laddove l'art. 1, co. 3, afferma testualmente che la persona malata può "*indicare i familiari o una persona di sua fiducia*" incaricati di ricevere le informazioni e di esprimere il consenso in sua vece, è prevista letteralmente la **possibilità che i congiunti indicati possano essere più di uno.**

Qualora il paziente dovesse scegliere questa strada, non è da escludere l'eventualità di una **divergenza di vedute tra le persone designate**, in presenza della quale la legge non contiene la pre-visione di un iter procedurale ad hoc per dirimere il problema. La soluzione va ricercata eviden-

temente – in analogia con quanto previsto dalla legge in altri casi di scontro – nel **ricorso al giudice tutelare** quale eletta via decisionale di riferimento.

3. Il diritto al rifiuto delle cure (art. 1, co. 5).

Il diritto ad essere informati, per espressa previsione di legge, non si traduce in un dovere ad essere informati.

La legge riconosce, infatti, ad ogni persona capace di agire, il **diritto di rifiutare** in tutto o in parte qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia nonché il **diritto di revocare in qualsiasi momento**, con le stesse forme di cui al comma 4, **il con-senso prestato**, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento (art. 1, co. 5).

Rientrano in questo ambito, come da indicazione dell'Organizzazione mondiale della Sanità e delle società scientifiche italiane, **la nutrizione e l'idratazione artificiale**, in quanto somministrazione di nutrienti su disposizione medica e attraverso dispositivi medici.

La rinuncia di questi, così come di altri trattamenti salvavita, può avere come conseguenza diretta o indiretta la morte della persona che non presta il proprio consenso. Ove questo rifiuto **comprometta la possibilità di sopravvivenza** della persona, il medico è tenuto a prospettare al paziente e, qualora questi acconsenta, ai suoi familiari, le conseguenze della decisione e le possibili alternative, promuo-vendo ogni azione di sostegno, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica.

Ovviamente, come per il consenso informato, anche l'eventuale rifiuto o revoca del consenso prece-dentemente prestato dovranno essere inseriti nella **cartella clinica** e nel **fascicolo sanitario elettro-nico.**

4. La responsabilità del medico (art. 1, co. 6).

Il medico è tenuto a **rispettare la volontà espressa dal paziente** nonostante questi abbia deciso di rifiutare il trattamento sanitario, necessario alla propria sopravvivenza o di rinunciare al medesimo; **in tal modo il medico viene esonerato da qualsivoglia tipo di responsabilità civile o penale** circa le conseguenze che una eventuale rinuncia potrebbe avere.

La norma risponde ai principi costituzionali e riflette la seguente assunzione teorico-pratica: non è il paziente che deve giustificare le sue libere scelte sulle cure (e di riflesso anche sulla sua salute e sulla sua vita), ma è l'opera del medico che deve avere adeguata giustificazione giuridica,

nel rispetto dei diritti del paziente alla libertà personale (art. 13 Cost.) e alla salute (art. 32 Cost.), giacchè la finalità terapeutica o di cura non è, in sé, una giustificazione sufficiente.

Casi di urgenza

La volontà del paziente dovrà essere rispettata di norma anche nelle **situazioni di emergenza ed urgenza (art. 1, co. 7).**

E tuttavia non sono infrequenti nelle corsie ospedaliere o di pronto soccorso situazioni di emergenza o di urgenza che non permettono a medico e componenti dell'*equipe* sanitaria di ricercare la capacità di esprimersi della persona malata per recepirne il consenso informato. In questi casi **i sanitari sono tenuti ad assicurare al paziente tutte le cure necessarie.**

In caso di intervento medico urgente, la prima valutazione da fare è quella relativa alle **effettive condizioni del paziente**, in quanto se questi è cosciente e lucido il suo consenso deve essere sempre richiesto e acquisito, eventualmente in forma sintetica o solo verbale.

Diverso e più complesso è il caso in cui il paziente non è cosciente. Infatti, se in linea teorica senza il consenso informato il medico non può compiere alcun intervento terapeutico, è anche vero che **nelle situazioni di urgenza in cui il paziente si trova in** stato **di incoscienza** non è concretamente possibile conoscerne la volontà in ordine alle cure.

La questione è stata risolta dalla dottrina fondando l'esonero eccezionale dall'obbligo di acquisizione del consenso su quanto previsto dall'**articolo 54 del** codice penale, secondo il quale "*non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi* stato *costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo*". Siamo dunque di fronte a una **scriminante che legittima anche azioni normalmente illegali**, tra le quali, a maggior ragione rispetto a molti altri casi, anche un intervento medico condotto senza consenso ma con l'unica finalità di salvaguardare il paziente dal pericolo di un danno grave alla salute.

Al termine di queste terapie, inevitabilmente in una fase di stabilità del paziente, anche se la legge non lo esplicita, **ritorna necessariamente il vincolo del consenso informato** per qualsiasi cura.

Soccorre in proposito una pronuncia della **Corte di Cassazione** secondo cui "[…] *superata l'ur-genza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, l'istanza personalistica alla base del prin-cipio del consenso informato e il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i tratta-menti prospettati* […] (così **Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748).**

Una certa interpretazione dell'art. 1 della legge ha dato adito nel dibattito politico alla convinzione che sia prevista una sorta di diritto all'**obiezione di coscienza** per il medico o l'equipe sanitaria.

Un più approfondito studio dell'articolato e degli obiettivi generali del provvedimento permette di smentire rapidamente tale tesi: se con il consenso informato una persona vincola il medico a non applicare un dato trattamento sanitario sul proprio corpo o sanitario sul proprio corpo o un dato accertammo diagnostico, **il medico non può, facendo leva sulla propria coscienza, obbligarlo al trattamento o all'accertamento rifiutato**.

Stando alla lettera della legge, **il medico è tenuto a non rispettare unicamente le volontà della persona che esige trattamenti sanitari contrari alle norme di legge, alla deontologia profes-sionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali** (art. 1, comma 6). Se tale richiesta dovesse essere avanzata, il medico - solo e unicamente nei confronti di queste richieste - non avrebbe obblighi professionali.

Cosa significa nel concreto? Si pensi all'ipotesi in cui una persona esiga un trattamento eutanasico; in tale circostanza - esigendo il paziente un **trattamento contrario alla legge** - il medico sarà eso-nerato dal rispettarne la volontà.

Ma **al di fuori di tale ambito il medico non può appellarsi all'obiezione di coscienza** per imporre un trattamento sanitario in contrasto con la volontà del paziente.

5. Conseguenze civilistiche della violazione dell'obbligo informativo alla luce dei principi di diritto enunciati dalla Suprema Corte.

E' merito della giurisprudenza di legittimità aver enunciato in materia di consenso informato alcuni principi di diritto che si sono consolidati nel tempo e che sono stati rifiniti e definitivamente ribaditi in recentissime pronunce rese dalla Terza Sezione Civile nel 2018 e nel 2019[9].

La Corte in tali decisioni fornisce un **vademecum in tema di consenso informato**, confermando e dando seguito a quanto elaborato dalla giurisprudenza dalla medesima corte nell'ultimo decennio in materia di consenso informato relativo alla somministrazione delle cure mediche e farmacologiche e della violazione della libertà di autodeterminazione del paziente.

a) Rilevanza autonoma del mancato consenso

La Suprema Corte ribadisce l'orientamento ormai consolidato che ha riconosciuto **l'autonoma rilevanza, ai fini di una eventuale responsabilità risarcitoria, della mancata prestazione del consenso informato da parte del paziente al trattamento medico**, tanto che la violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente può comportare sia un danno alla salute, che un danno da lesione del diritto di autodeterminazione.

Nella motivazione di **Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28985** si legge testualmente che "*Deve ritenersi, infatti, ormai definitivamente acquisito nella giurisprudenza di legittimità (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 18513 del 03/09/2007; id. Sez. 3, Sentenza n. 7237 del 30/03/2011; id. Sez. 3, Sentenza n. 20984 del 27/11/2012; id. Sez. 3, Sentenza n. 25764 del 15/11/2013; id. Sez. 3, Sentenza n. 14642 del 14/07/2015) che* ***la manifestazione del consenso del paziente alla prestazione sanitaria, costituisce esercizio di un autonomo diritto soggettivo all'autodeterminazione proprio della persona fisica*** *(la quale in piena libertà e consapevolezza sceglie di sottoporsi a terapia farmacologica o ad esami clinici e strumentali, o ad interventi o trattamenti anche invasivi, laddove comportino costrizioni o lesioni fisiche ovvero alterazioni di natura psichica, in funzione della cura e della eliminazione di uno stato patologico preesistente o per prevenire una prevedibile patologia od un aggravamento della patologia futuri), che - se pure connesso - deve essere tuttavia tenuto* ***nettamente distinto - sul piano del contenuto sostanziale - dal diritto alla salute****, ossia dal diritto del soggetto alla propria integrità psico-fisica*"…" "*… Al diritto indicato corrisponde* ***l'obbligo del medico*** *(di fonte contrattuale o comunque correlato ad*

[9] Cfr. Cass. civ., sez. III, 3 aprile 2018 n. 9180; Cass. civ., sez. III, 4 maggio 2018 n. 10608; Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019 n. 28985; Cass. civ., sez. III, 15 novembre 2019, n. 29709.

analoga obbligazione ex lege che insorge dal cd. "contatto sociale": cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 2847 del 09/02/2010) ***di fornire informazioni dettagliate, in quanto adempimento strettamente strumentale a rendere consapevole il paziente della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative*** *(cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 20984 del 27/11/2012; id. Sez. 3, Sentenza n. 27751 del 11/12/2013).*

Precisa inoltre la Cassazione che "***Il medico è tenuto, in ogni caso, a rendere edotto il paziente****, indipendentemente dalla riconducibilità o meno di tale attività informativa ad un vincolo contrattuale o ad un obbligo legale, trovando titolo il dovere in questione nella qualificazione "illecita" della condotta omissiva o reticente, in quanto violativa di un diritto fondamentale della persona, e dunque da ritenere "contra jus",* ***indipendentemente dalla sussunzione del rapporto medico-paziente nello schema contrattuale o del contatto sociale, ovvero dell'illecito extracontrattuale****: ai fini della verifica della violazione del diritto alla autodeterminazione, non assume, dunque, alcun rilievo la modifica legislativa della natura della responsabilità professionale medica, trasformata da con-trattuale o paracontrattuale ad extracontrattuale, operata dalle leggi intervenute nel 2012 (D.L. n. 158 del 2012 conv. L. n. 189 del 2012, cd. Balduzzi) e nel 2017 (L. n. 24 del 2017, cd. Gelli-Bianco)*".

L'obbligo informativo in questione, ha trovato, peraltro, definitivo inquadramento come *ob-bligo ex lege*, la cui violazione integra responsabilità penale e civile, nella L. 22 dicembre 2017, n. 219, art. 1, commi 3-6, art. 3, commi 1-5 e art. 5 (recante "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*"),

b) Il contenuto di una completa informazione e le opzioni del paziente

Tale diritto all'autodeterminazione, distinto da quello alla salute, rappresenta, secondo l'insegna-mento della stessa Corte costituzionale[10], una doverosa e inalienabile forma di rispetto per la libertà dell'individuo, nonchè uno strumento relazionale volto al perseguimento e alla tutela del suo interesse ad una **compiuta informazione, che si sostanzia nella indicazione**:

- delle prevedibili conseguenze del trattamento sanitario;
- del possibile verificarsi di un aggravamento delle condizioni di salute;

[10] Cfr. Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438

- dell'eventuale impegnatività, in termini di sofferenze, del percorso riabilitiativo post-operatorio.

Ciò è a dirsi **nell'ottica della legittima pretesa, per il paziente, di conoscere con la necessaria e ragionevole precisione le conseguenze probabili (non anche quelle assolutamente eccezionali ed altamente probabili) dell'intervento medico**, onde prepararsi ad affrontarle con maggiore e migliore consapevolezza, atteso che la nostra Costituzione sancisce il rispetto della persona umana in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua essenza psicofisica, in considerazione del fascio di convinzioni morali, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive[11].

Ad una corretta e compiuta informazione consegue, difatti:

- la facoltà, per il paziente, di scegliere tra le diverse opzioni di trattamento medico;

- la possibilità di acquisire, se del caso, ulteriori pareri di altri sanitari;

- la facoltà di scelta di rivolgersi ad altro sanitario e ad altra struttura, che offrano maggiori e migliori garanzie (in termini percentuali) del risultato sperato, eventualmente anche in relazione alle conse-guenze post-operatorie;

- la facoltà di rifiutare l'intervento o la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla.

- la facoltà di predisporsi ad affrontare consapevolmente le conseguenze dell'intervento, ove queste risultino, sul piano post-operatorio e riabilitativo, particolarmente gravose e foriere di sofferenze prevedibili (per il medico) quanto inaspettate (per il paziente) a causa dell'omessa informazione.

c) Le diverse situazioni ipotizzabili

Riassumendo alcune considerazioni già innanzi svolte va ribadito che, alla stregua della giurispru-denza di legittimità, **la violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente può causare due diversi tipi di danni**: **un danno alla salute**, quando sia ragionevole ritenere che il paziente se correttamente informato, avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento (per non subirne le conseguenze invalidanti); **un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione**, se, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale diverso dalla lesione del diritto alla salute.

[11] Cfr. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; Cass. civ., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, in tema di trasfusioni salvavita eseguite al testimone di Geova contro la sua volontà)

Questa ontologica diversità tra le due tipologie di danno ha, ovviamente, dei riflessi anche sul profilo della **responsabilità** che ne scaturisce, la quale **segue strade autonome a seconda dell'interesse concretamente leso.** Da un lato, dunque, è ben possibile che sorga una responsabilità del sanitario per omessa acquisizione del consenso informato anche a fronte di un intervento che abbia avuto un esito favorevole. Dall'altro, nel caso in cui il trattamento non abbia avuto una riuscita positiva, il sanitario potrà essere chiamato a rispondere dei danni alla salute riportati dal paziente anche nel caso in cui dimostri che l'esito infausto non è derivato da una causa a lui imputabile in quanto "*in difetto di consenso informato da parte del paziente, l'intervento terapeutico costituisce un illecito, sicché il medico risponde delle conseguenze negative che ne siano derivate quand'anche ab-bia correttamente eseguito la prestazione*"[12].

Quest'ultima osservazione mette in luce un'ulteriore peculiarità della fattispecie che si sta esa-minando: **è vero che il primario interesse leso dall'omissione dell'acquisizione del consenso è quello all'autodeterminazione del paziente**, che trova fondamento tanto nell'art. 32, comma 2, Cost. (a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge), quanto nell'art. 13 Cost. (che garantisce l'inviolabilità della libertà per-sonale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica); **ciò, tuttavia, non esclude che, in determinate ipotesi, possano configurarsi la risarcibilità anche di danni all'integrità fisica**: **ciò si verifica ogniqualvolta all'esecuzione del trattamento non autorizzato sia conseguito un peggioramento dello stato del paziente**. Anche tale pregiudizio, infatti, può essere ricondotto all'inadempimento del dovere di fornire al paziente un'adeguata informativa, nella misura in cui si riesca dimostrare che questi non si sarebbe sottoposto alle cure ove messo a conoscenza di tutti i rischi connessi. Proprio per tale ragione si afferma che **l'illecito derivante dalla lesione del diritto del paziente all'ottenimento di un'informativa ha natura plurioffensiva**.

A ribadire questi principi sono state le recentissime sentenze della Cassazione civile (11 novembre 2019, n. 28985 e 15 novembre 2019, n. 29709), nelle quali la Terza Sezione Civile prospetta le diverse situazioni risarcitorie in caso di omessa o non corretta informazione in relazione ad un intervento:

A) Per l'ipotesi in cui il sanitario, con la propria condotta colposa, cagioni un danno alla salute al paziente si potranno riscontrare le seguenti opzioni, ovvero:

[12] Così Cass. civ., sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847

A1) se la persona si sarebbe comunque sottoposta al trattamento, sarà risarcibile **solo il danno alla salute**, nella duplice composizione di danno biologico/relazionale e danno morale;

A2) se viceversa la persona non avrebbe scelto di sottoporsi all'attività sanitaria, il risarcimento, oltre al danno alla salute, dovrà riguardare **anche il danno derivante dalla lesione del diritto all'autode-terminazione.**

B) Per l'ipotesi in cui il sanitario abbia cagionato un **danno alla salute** con una **condotta non colposa**,

ove il paziente, adeguatamente informato, non avrebbe fornito il consenso all'intervento, spetterà **sia il risarcimento del danno derivante dalla lesione del diritto all'informazione** (sul piano pura-mente equitativo) **quanto il danno derivante dalla lesione del diritto alla salute**, che andrà valutato in relazione alla situazione differenziale tra il maggior danno biologico conseguente all'intervento ed il preesistente stato patologico invalidante del soggetto;

C) nel caso che l'attività sanitaria **non cagioni alcun danno alla salute** e la persona avrebbe co-munque scelto di sottoporvisi, **non si potrà discutere di alcun risarcimento**, non essendo stati lesi né il diritto all'autodeterminazione né il diritto alla salute.

D) per l'ipotesi, infine, in cui vi sia stata una **assoluta omissione diagnostica** o una **diagnosi inade-guata ovvero insufficiente** perché arrestatasi al livello in cui sarebbero stati attuabili ulteriori e più approfonditi accertamenti si dovrà distinguere:

D1) il caso in cui **non sia derivato un danno alla salute**, e sarà allora risarcibile la lesione del diritto all'autodeterminazione, sul piano puramente equitativo;

D2) quando la conseguenza dell'assenza o insufficienza diagnostica integri anche gli estremi della **lesione al diritto alla salute**, sarà configurabile risarcimento il danno alla salute unitamente al danno da lesione del diritto all'autodeterminazione.

Un esempio di quest'ultima ipotesi, ha rimarcato la Cassazione, è proprio quello del cd. tri-test effettuato alla donna in gravidanza, che non venga sviluppato e approfondito con ulteriori mezzi diagnostici, e manchi oltretutto l'informazione alla persona interessata sull'esistenza di tali ulteriori mezzi, sui margini di errore dello screening adottato e sui pro/contro dell'eventuale approfondimento.

Si tratta, evidentemente, di una condotta che deve essere definita colposa, in quanto negligentemente ed imprudentemente non viene adempiuto l'obbligo di informazione al paziente. Il

danno alla salute può configurarsi qualora il nascituro venga poi alla luce affetto da patologie che avrebbero potute essere identificate con i suddetti mezzi diagnostici e questo alteri l'equilibrio psicofisico della persona non informata, ad esempio cagionandole una sindrome depressiva, che dovrà essere risarcita sotto forma di danno alla salute.

---

d) Gli oneri di allegazione e prova.

Sul presupposto che la violazione, in tutto o in parte, del dovere di informazione dà luogo a un'ipotesi di inadempimento contrattuale *ex lege*, l'onere della prova si distribuisce tra le parti in conformità alle consuete norme in materia di obbligazioni contrattuali: **il paziente** che si pretenda danneggiato dall'inadempimento della prestazione di cura ha l'onere di provare il fatto costitutivo del rapporto obbligatorio (legge o contratto) e di **allegare un inadempimento efficiente alla causazione del danno, e quindi di non essere stato informato**; compete, invece, al medico ovvero alla struttura sanitaria convenuta dal paziente che si asserisca danneggiato l'onere di provare d'aver esattamente adempiuto alla suddetta obbligazione, consistente nella comunicazione di tutte le informazioni necessarie ai fini del consenso da questi a suo tempo prestato.

E dunque **la dimostrazione dell'assolvimento dell'obbligo (di avere posto il paziente nelle condizioni) di prestare il consenso informato, che si qualifica quale obbligo contrattuale *ex* art. 1218 c.c. grava sulla struttura ospedaliera o sul sanitario**. La violazione di tale obbligo ha potenzialmente rilievo a prescindere dall'esito favorevole o meno della prestazione medica, in quanto in grado di incidere sulla capacità di autodeterminazione del paziente.

Ora la nuova normativa di cui alla legge 219/2017 (art. 1, co. 4) distingue chiaramente tra **forma della manifestazione di volontà**, che è libera, e **attività di documentazione di tali manifestazioni di volontà (in forma scritta o attraverso videoregistrazioni)**.Quindi, **il "consenso" può essere espresso "in qualunque forma"**. La libertà di forma è perciò ora normativamente riconosciuta.

Anzi, per così dire, il legislatore ha inteso privilegiare in modo assoluto la prevalenza della "volontà" del paziente sulla "forma" in cui questa viene espressa. Ne è eloquente dimostrazione il settimo comma dell'art. 1, quando dispone: "*Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla*". Si deve, quindi,

pensare che pure la volontà di chi possa esprimersi con un gesto, un cenno del capo, muto, ma inequivocabile, sia valida ed efficace per esprimere il consenso o il rifiuto di un trattamento o di un accertamento.

Le prescrizioni relative alla forma scritta sono rivolte al medico o all'"esercente una professione sanitaria" che raccoglie la manifestazione di volontà del paziente (in qualunque forma espressa), per imporgli di **documentarle in cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico**, **ma non stabiliscono alcun requisito di forma.**

Ovviamente tale attività di documentazione, non solo dell'atto volitivo del paziente, ma anche dell'informazione previamente datagli, quanto più sarà accurata, tanto più faciliterà la prova del consenso informato in un eventuale giudizio. **Questa potrà continuare ad essere data con ogni mezzo di prova, poiché il legislatore in proposito non ha previsto alcuna limitazione**.

Ci si deve piuttosto interrogare sul **valore probatorio delle "registrazioni" o "annotazioni" effettuate nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico**.

Per quelle eseguite dai medici ed operatori sanitari operanti in **strutture pubbliche o in strutture convenzionate con S.S.N.**, stante la loro qualifica rispettivamente di pubblici ufficiale e di incaricati di pubblico servizio, non vi può esser dubbio che queste "verbalizzazioni" costituiscano degli atti pubblici che, come previsto dall'art. 2700 c.c., faranno piena prova dei fatti "verbalizzati" sino a querela di falso.

Ma vi è da interrogarsi pure sul valore di quelle "inserite" del fascicolo sanitario elettronico da parte di medici ed operatori sanitari operanti in **strutture private non convenzionate**, considerato l'inte-resse pubblico che è diretto a soddisfare il F.S.E., per cui potrebbe anche ipotizzarsi che queste non abbiano solo il valore probatorio della scrittura privata, *ex* art. 2702 c.c. (quindi, anch'essa di piena prova, se non disconosciuta), ma quella di atto pubblico, dovendosi qualificare i predetti operatori, per ciò che attiene alla compilazione del F.S.E., come incaricati di pubblico servizio.

Occorre interrogarsi sul valore probatorio del "modulo" sottoscritto dal paziente **quale confessione stragiudiziale**, ex artt. 2733, secondo comma e 2735, primo comma c.c., **qualora possieda tutti i requisiti previsti dall'art. 2730, primo comma c.c. ed abbia per oggetto fatti** (il concreto con-tenuto dell'informazione data al paziente), **e non opinioni o giudizi** (la dichiarazione del paziente di essere stato adeguatamente informato).

E' opportuno a questo punto richiamare la giurisprudenza formatasi sul valore probatorio del **modulo scritto** (interamente prestampato oppure solo parzialmente precompilato e poi completato a mano) **per valutare in prospettiva il valore probatorio delle "annotazioni" contenute nella cartella clinica o nel fascicolo sanitario elettronico, ai fini della prova del consenso informato.**

E la giurisprudenza ha più volte ritenuto che un modulo di consenso informato ''**del tutto gene-rico**'' non sia suscettibile di provare il contenuto dell'informazione somministrata al paziente; conse-guentemente ha negato che la dichiarazione scritta di essere stato ''**esaurientemente informato'**' (o altra simile) rilasciata dal paziente possa costituire prova dell'esatto adempimento dell'obbligazione informativa che grava sul medico e/o sulla struttura sanitaria o che possa anche solo far presumere che l'informazione somministratagli oralmente (e non documentata dal ''modulo'') sia stata esau-riente[13].

Al contrario, il ''modulo'' che riproduca invece il contenuto di una informazione esauriente può essere utilizzato quale mezzo di prova dell'adempimento dell'obbligazione.

Pertanto, il valore probatorio del ''modulo'' è condizionato dal contenuto della dichiarazione del paziente che esso documenta: quando questa ha per oggetto i ''fatti obiettivi'' rappresentati dalle informazioni offerte al paziente, e non una generica valutazione di quest'ultimo sulla completezza dell'informazione somministratagli, il ''modulo'' è` idoneo ad offrire piena prova dell'adempimento dell'obbligazione informativa.

L'esaustività dell'informazione documentata dal ''modulo'' fa sì che esso assuma il valore di confessione stragiudiziale e, dunque, di prova legale del consenso informato prestato dal pa-ziente. Una volta che si sia positivamente valutata, sul piano contenutistico, l'adeguatezza dell'infor-mazione documentata dal ''modulo'', ne consegue necessariamente che esso debba considerarsi prova legale del consenso informato prestato al paziente, in quanto possiede tutti i requisiti norma-tivamente previsti per aversi confessione stragiudiziale.

La comunicazione al paziente di informazioni adeguate (adeguatezza e completezza che il giudice deve valutare in sede decisoria) al consenso che egli deve manifestare produce, quindi, **l'estinzione per adempimento dell'obbligazione informativa** del medico o della struttura sanitaria, cosı` come il pagamento del debito pecuniario fatto al creditore estingue l'obbligazione del solvens.

[13] Cfr. Cass. civ., sez. III, 9 dicembre 2010, n. 24853

Sennonchè, ove la prova (documentale) del fatto estintivo dell'obbligo informativo non sia stata raggiunta da parte dell'onerato, ciò non significa che il paziente possa automaticamente conseguire il risarcimento del danno.

La dimostrazione, invece, di un nesso causale tra la lesione del diritto di autodeterminazione e danno effettivamente subito, spetta al paziente, rientrando tale elemento tra gli oneri in capo all'attore[14].

Se da un lato è pacifico che l'omissione dell'informativa al paziente può produrre un duplice danno, dall'altro è anche indubbio che, **trattandosi di danni-conseguenza, la risarcibilità delle due voci è subordinata alla prova del concreto pregiudizio subito[15]**.

L'attore, dunque, non può limitarsi a dimostrare l'*an debeatur*, ricadendo su di lui anche l'onere di dimostrare il *quantum* ed il nesso di causalità tra l'inadempimento e il danno.

E, si noti bene, **tale onere non cambia a seconda della natura della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale**, dalla quale deriva il danno: la "semplificazione" che caratterizza il regime pro-batorio della responsabilità contrattuale trova infatti applicazione limitatamente al profilo della dimo-strazione dell'inadempimento.

In altri termini, **l'accertamento della sussistenza dell'inadempimento del medico in relazione al dovere di informativa al paziente attiene all'*an debeatur* e, quindi, non è sufficiente per affer-mare la risarcibilità del danno, dovendo al tal fine l'attore dimostrare anche il pregiudizio in concreto derivato da tale inadempimento ed a questo eziologicamente correlato**.

In questo modo la Corte si mostra ben consapevole dell'insegnamento consacrato con le sentenze gemelle del 2003[16], le quali hanno chiarito, una volta per tutte, **l'inammissibilità nel nostro ordina-mento della categoria del danno-evento**; anche con riguardo alla specifica

[14] Cfr. Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2018, n.16324; Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2018, n.19199, secondo cui "*In tema di responsabilità medica da violazione dell'obbligo di consenso informato, l'allegazione dei fatti dimostrativi dell'opzio-ne "a monte" del paziente (ossia che, se debitamente informato, egli si sarebbe sottratto all'intervento chirurgico che ne ha determinato l'exitus) costituisce elemento integrante dell'onere della prova, a carico del danneggiato, della compa-tibilità eziologica tra l'omissione informativa e l'evento di danno alla salute*".

[15] La lesione del diritto ad esprimere il consenso informato da parte del medico si verifica per il sol fatto che egli tenga una condotta che lo porta al compimento di atti medici sul paziente senza averne acquisito il suo consenso. Il **danno evento** cagionato da tale condotta è rappresentato dall'estrinsecarsi dell'intervento sulla persona senza la previa acquisi-zione del consenso (nel caso di spese nell'esecuzione dell'intervento chirurgico senza tale consenso dell'intervento sul corpo del paziente); danno - evento in questione che risulta dalla tenuta di una condotta omissiva seguita da una condotta commissiva. **Il danno - conseguenza** è invece rappresentato dall'effetto pregiudizievole che la mancata acquisizione del consenso ha potuto determinare sulla sfera personale del paziente.

[16] Cfr. Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828

tematica in esame, d'altra parte tale assunto è stato più volte ribadito, precisandosi che "*non è l'inadempimento da mancato consenso informato che è di per sé oggetto di risarcimento ma il danno conseguenziale*"[17]; e tale dan-no, quale componente dell'illecito, è una conseguenza meramente eventuale dell'evento lesivo, po-tendo anche configurarsi illeciti non produttivi di danni[18].

Pertanto, in tema di responsabilità del medico e della struttura sanitaria per violazione dell'obbligo di acquisire un consenso informato dal paziente, qualora risulti agli atti la prestazione di un consenso che non appare del tutto effettivo, in quanto non completo (non è espressa la totalità delle informa-zioni che si sarebbero dovute fornire al paziente, soprattutto con riferimento ai rischi connessi al trat-tamento ipotizzato e all'alternativa possibile) **in astratto sussiste sempre l'illecito**, essendo violato il diritto a scegliere in ordine alla propria esistenza; tuttavia **se difetta la prova del danno conse-guente alla mancata prestazione del consenso**, e, in particolare, della circostanza che, laddove aves-se ottenuto più complete informazioni, il paziente avrebbe scelto un trattamento sanitario alternativo e comunque adeguato alle sue condizioni, **la domanda risarcitoria non va accolta[19].**

Il Suprema Collegio (nella sentenza 11 novembre 2019, n. 28985) precisa i concetti esposti affer-mando che "*Il paziente che alleghi l'altrui inadempimento sarà dunque onerato della prova del nesso causale tra inadempimento e danno*, *posto che:*

*a) **il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico**;*

b) il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla scelta soggettiva del paziente, sicchè la distribuzione del relativo onere va individuato in base al criterio della cd. "vicinanza della prova";

c) il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di necessità/opportunità dell'intervento operata dal medico costituisce eventualità non corrispondente all'"id quod plerumque accidit".

[17] Così Cass. civ., 30 luglio 2004, n. 14638; v. pure App. Milano, 7 marzo 2017, n. 894; Trib. Napoli, sez. II, 24 settembre 2018, n.8156, secondo cui "*Costituisce danno-conseguenza autonomamente risarcibile la lesione del diritto fondamentale all'autodeterminazione cagionata dalla violazione, da parte del medico, dell'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente, anche nel caso di interventi sanitari correttamente eseguiti*".

[18] Cfr. Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828; Cass. civ., sez. III, 24 ottobre 2003, n. 16004.

[19] Cfr. Trib. Pisa, 4 dicembre 2018, n.1014

Tale prova potrà essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza, le presunzioni*, queste ultime fondate, in un rapporto di proporzionalità diretta, sulla gravità delle condizioni di salute del paziente e sul grado di necessarietà dell'operazione, non potendosi configu-rare, "ipso facto", un danno risarcibile con riferimento alla sola omessa informazione, attesa l'impre-dicabilità di danni "in re ipsa" nell'attuale sistema della responsabilità civile*".

Rimane fermo che **tale specifica lesione non corrisponde mai**, attesa l'ontologica diversità tra i due diritti lesi, quello dell'autodeterminazione e quello all'integrità fisica, **al danno a quest'ultima in quanto tale**, quasi consentendo una sorta di automatico recupero, per tale via, dell'esito infausto per il paziente di un intervento chirurgico pure correttamente eseguito[20].

e) La gravità dell'offesa

La Cassazione ricorda poi che condizione di risarcibilità (in via strettamente equitativa) del danno da lesione del diritto di autodeterminazione che si sia verificato per le non imprevedibili conseguenze di un atto terapeutico è che il danno non patrimoniale da risarcire superi un livello minimo di tollera-bilità, **varcando la soglia della gravità dell'offesa secondo i canoni dettati dalle sentenze di San Martino del 2008**[21], predicativi del principio per cui il diritto leso, per essere oggetto di tutela risar-citoria, deve essere inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità, da determinarsi dal giudice nel bilanciamento con il principio di solidarietà secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico.

[20] Cfr. Cass. civ., 5 luglio 2017, n. 16503
[21] Cfr. Cass. civ., sez. un., n. 26972/2008 e Cass. civ., sez. un., n. 26975/2008

Sara Gatto

Proposte di soluzione ai problemi della giustizia nella prospettiva del giudice di pace

SOMMARIO*:* 1. Decongestionare i Tribunali 2. Il processo penale. L'aumento di competenza del giudice di pace: i vantaggi in tema di recupero di efficienza e risorse. 2.1 Attività investigativa 2.2 Attività dibattimentale 3. Il processo civile dinanzi al Giudice di Pace. 3.1. Processo c.d. cartolare dinanzi al Giudice di Pace. 3.2. La soluzione de jure condendo: il processo a trattazione scritta avanti il Pace.

1. Decongestionare i Tribunali

L'emergenza Covid19 ha, inevitabilmente, determinato negli Uffici Giudiziari degli effetti che l'operatore della giustizia sarà chiamato a risolvere.

A breve e medio termine spetta ai Capi degli Uffici trovare delle soluzioni attraverso provvedimenti urgenti, protocolli con i COA, contingentamento d'udienze, come d'altronde si sta già facendo, per essere in condizione di poter affrontare al meglio la c.d. fase 2.

Gli effetti di tale difficile situazione devono però essere visti anche a lungo termine.

Vi sarà, infatti, l'esigenza di smaltire l'arretrato che inevitabilmente si creerà, sia in materia civile che penale e che si andrà ad aggiungere alla già difficile situazione relativa al carico di lavoro in cui versano i Tribunali, che non si potrà sicuramente risolvere in pochi mesi.

I magistrati saranno costretti a celebrare udienza con un numero eccessivo di fascicoli o a dilazionare in un tempo molto lungo (anche di anni) la trattazione delle cause.

Una soluzione praticabile, in tal senso, è quella di aumentare la competenza del Giudice di pace.

Nel settore penale, si potrebbe prevedere il passaggio della competenza della quasi totalità dei reati contravvenzionali del codice penale e delle leggi speciali che, pur essendo a c.d. ridotta offensività, non si ritiene opportuno depenalizzare.

Nel settore civile, l'aumento di competenza di tale Ufficio, già previsto dal decreto 116/2017, è stato prorogato al 2025.

Tuttavia, per come poc'anzi riferito, la difficile situazione igienico sanitaria venutasi a creare, ha determinato nuove ed impellenti necessità che l'operatore della giustizia sarà chiamato a risolvere.

Orbene, poiché è previsto a brevissimo l'ingresso del Processo Civile Telematico presso gli Uffici del Giudice di pace, nulla ostacola l'aumento quantomeno per valore, per le cause civili.

E' opportuno, pertanto, l'intervento immediato del legislatore allo scopo di portare la competenza per le cause ordinarie di beni mobili ad € 20.000 (comprese le cause monitorie) e le cause RCA ad € 50.000, prevedendo, in regime transitorio, il trasferimento anche delle cause pendenti.

2. Il processo penale. L'aumento di competenza del giudice di pace: i vantaggi in tema di recupero di efficienza e risorse.

E' noto che il processo penale dinanzi al giudice di pace è costituito da uno schema probatorio semplificato -costruito proprio per la tipologia di reati di cui al punto 1 e per quelli procedibili a querela di parte- sia in riferimento alla fase d'indagine che a quella dibattimentale.

2.1 Attività investigativa

L'art. 11 D.lgs. 274/2000, demanda alla PG l'attività di indagine.

La Polizia Giudiziaria, acquisita la notizia di reato, compie di propria iniziativa tutti gli atti di indagine necessari per la ricostruzione del fatto e per l'individuazione del colpevole e ne riferisce al pubblico ministero, con relazione scritta, entro il termine di quattro mesi.

Sostanzialmente l'attività di PG si inserisce in un'attività posta in essere da un soggetto (ufficiale di PG), unico titolare della fase investigativa che, solo in un secondo momento, riferisce al PM mediante relazione scritta.

Il PM effettuerà solo un'attività di controllo che potrebbe essere delegata ai VPO.

In altre parole, il lavoro delle Procure verrebbe ad essere alleggerito, senza ricorrere all'istituto della depenalizzazione (che investirebbe in maniera molto significativa le Prefetture) o dell'amnistia o indulto.

2.2 Attività dibattimentale

Il processo penale dinanzi al Giudice di Pace, è previsto dagli artt. 29 e ss. del D.lgs.274/2000 ai quale si rimanda

Il legislatore, istituendo la competenza penale del giudice di pace, con gli artt. 52 e 58 D.lgs. cit., ha determinato la conversione della pena detentiva in pecuniaria in maniera automatica.

Il trasferimento della competenza presso questa sede consentirebbe di:

- incrementare l'oblazione;
- favorire la conciliazione (art. 29, co. 4, cit.).
- definire il giudizio con le misure alternative di cui agli artt. 34 e 35 d.lgs. 274/2000.

Non è trascurabile considerare che "la particolare tenuità del fatto" costituisce, dinanzi al giudice di pace, un'estinzione del reato che prescinde dall'accertamento dello stesso, a differenza della "tenuità del fatto" prevista per i reati di competenza del Tribunale.

Anche l'art. 35 prevede l'estinzione del reato a seguito di condotta riparatoria.

3. Il processo civile dinanzi al Giudice di Pace.

Il processo civile dinanzi al Giudice di Pace (artt. 311 e ss. c.p.c.) è più immediato rispetto al processo civile dinanzi al Tribunale.

Infatti, dinanzi al giudice di pace ci si può costituire fino al giorno dell'udienza, la prima udienza di comparizione delle parti prevede anche la trattazione e solo eccezionalmente le parti possono chiedere un termine ex art. 320 c.p.c..

Inoltre, una volta istruita la causa, all'udienza di precisazione delle conclusioni non seguono i termini di cui all'art. 190 c.p.c., ossia le parti possono depositare note difensive fino al giorno dell'udienza, solo se autorizzate dal giudice.

3.1. Processo c.d. cartolare dinanzi al Giudice di Pace.

Allo stato attuale, per ridurre il più possibile il contatto tra le persone e, allo stesso tempo, consentire una ripresa quantomeno parziale dell'attività giudiziaria è possibile celebrare le udienze c.d. cartolari che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai procuratori delle parti.

E' possibile, altresì, la celebrazione dell'udienza da remoto mediante il sistema Microsoft Teams del quale anche la magistratura onoraria è stata fornita.

3.2. La soluzione *de jure condendo*: il processo a trattazione scritta avanti il Giudice di Pace.

Tuttavia, per dare delle risposte ancora più efficienti al cittadino anche in futuro sarebbe auspicabile l'introduzione a cura del legislatore del processo a trattazione scritta, con presenza delle parti solo nel caso in cui le stesse espressamente lo richiedano ed il giudice ne ravvisi l'esigenza.

Con riferimento a questa soluzione, di seguito, si formulano una ipotesi di possibile disciplina, in linea con il modello proposto con disegno di legge governativo n. 1662 di riforma del processo civile, presentato al Senato il 09.01.20.

Il processo si svolgerà in forma scritta secondo le seguenti modalità.

La domanda si propone con ricorso, che deve contenere:

1) l'indicazione del giudice;

2) il nome, il cognome, nonché la residenza o il domicilio eletto dal ricorrente nel comune in cui ha sede il giudice adito, il nome, il cognome e la residenza o il domicilio o la dimora del convenuto; se il ricorrente o il convenuto è una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, il ricorso deve indicare la denominazione o ditta, nonché la sede del ricorrente o del convenuto;

3) la determinazione dell'oggetto della domanda;

4) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda la domanda con le relative conclusioni;

5) l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e in particolare dei documenti che si offrono in comunicazione.

6) l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata.

Il ricorrente è domiciliato telematicamente per tutti gli atti del processo presso l'indirizzo di posta elettronica certificata indicato nel ricorso.

Il ricorso è depositato nella cancelleria del giudice competente insieme con i documenti in esso indicati, anche a mezzo posta elettronica certificata.

Nel caso in cui, com'è auspicabile, nei prossimi mesi faccia ingresso presso l'Ufficio del Giudice di Pace il PCT, il deposito avverrà telematicamente.

Il giudice entro quindici giorni dal deposito del ricorso invita, con decreto, il convenuto a costituirsi depositando in cancelleria la comparsa di costituzione e risposta ed il fascicolo di parte, entro il termine di quarantacinque giorni dalla notificazione del ricorso e del decreto, anche a mezzo posta elettronica certificata.

Il procedimento, pertanto, si svolgerà in forma scritta ma il giudice può disporre d'ufficio, ove ne ravvisi l'esigenza, la prosecuzione nelle forme ordinarie fissando udienza di comparizione.

Deve, altresì, prevedersi la possibilità delle parti di presentare istanza di prosecuzione del giudizio nelle forme ordinarie che potrà essere accolta o rigettata dal giudice con provvedimento motivato.

L'udienza potrà essere tenuta in videoconferenza.

Nell'ipotesi in cui vengano convocate le parti il processo si svolgerà secondo le disposizioni di cui agli artt. 311, 313, 320 e 321 c.p.c.

Il Giudice, se ritiene la richiesta di fissazione di udienza non necessaria al fine della decisione del giudizio, respinge l'istanza con ordinanza non impugnabile.

Il ricorso e il decreto sono notificati al convenuto a cura del ricorrente.

Il convenuto deve costituirsi entro quarantacinque giorni dalla notifica del ricorso e del decreto, indicando l'indirizzo di posta elettronica certificato.

La costituzione del convenuto si effettua mediante deposito in cancelleria di una memoria difensiva, anche a mezzo posta elettronica certificata, nella quale devono essere proposte, a pena di decadenza, le eventuali domande in via riconvenzionale [36] e le eccezioni processuali [37, 38, 100, 157 ss.] e di merito [35; 2946 ss. c.c.] che non siano rilevabili d'ufficio.

Nella stessa memoria il convenuto deve prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, proporre tutte le sue difese in fatto e in diritto ed indicare specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi ed in particolare i documenti che deve contestualmente depositare.

Il convenuto è domiciliato telematicamente per tutti gli atti del processo presso l'indirizzo di posta elettronica certificata indicato nella memoria di costituzione.

Il convenuto che abbia proposto una domanda in via riconvenzionale deve, con istanza contenuta nella stessa memoria, a pena di decadenza dalla riconvenzionale medesima, chiedere al giudice che, a modifica del decreto già emesso di fissazione di udienza, pronunci, non oltre quindici giorni, un nuovo decreto, fissando al ricorrente un termine di quarantacinque giorni dalla notifica dello stesso per prendere posizione sulla domanda riconvenzionale.

Il decreto emesso a seguito di domanda riconvenzionale deve essere notificato al ricorrente, a cura di parte convenuta, unitamente alla memoria difensiva, entro quindici giorni dalla data in cui è stato emesso.

L'attore ha termine perentorio di quarantacinque giorni dalla notificazione del decreto di cui al primo comma per replicare ad eventuali domande riconvenzionali, mediante deposito di memoria in cancelleria anche a mezzo posta elettronica certificata.

Il convenuto che intenda chiamare un terzo in causa deve, con istanza contenuta nella memoria di costituzione, a pena di decadenza, chiedere al giudice che, a modifica del decreto di fissazione udienza, pronunci, non oltre quindici giorni, un nuovo decreto, fissando al terzo chiamato termine di quarantacinque giorni dalla notifica dello stesso per costituirsi in cancelleria nelle forme di cui alla comparsa di costituzione nei termini già indicati. Il decreto deve essere notificato al terzo chiamato, a cura di parte convenuta, unitamente alla memoria difensiva, entro quindici giorni dalla data in cui è stato emesso.

Ove, a seguito delle difese svolte dal convenuto nella comparsa di risposta, sia sorto l'interesse del ricorrente a chiamare in causa un terzo, egli deve, nei 45 giorni successivi dalla comunicazione del decreto, a pena di decadenza, chiedere al giudice che, a modifica del decreto stesso, pronunci, non oltre quindici giorni, un nuovo decreto, fissando al terzo chiamato termine di quarantacinque giorni dalla notifica dello stesso per costituirsi in cancelleria nelle forme di cui alla comparsa di costituzione. Il decreto deve essere notificato al terzo chiamato, a cura di parte attrice, unitamente alla memoria difensiva, entro quindici giorni dalla data in cui è stato emesso.

La chiamata di un terzo nel processo a norma dell'articolo 107 c.p.c. può essere ordinata in ogni momento dal giudice con decreto, con l'invito al terzo a costituirsi depositando in cancelleria memoria di costituzione e risposta e fascicolo di parte, entro il termine di quarantacinque giorni dalla notificazione del ricorso e del decreto, anche a mezzo posta elettronica certificata. Se nessuna

delle parti provvede alla notifica al terzo del decreto, il giudice istruttore dispone con ordinanza non impugnabile [177 n. 2] la cancellazione della causa dal ruolo [307, 309].

Salvo che sia effettuato per l'integrazione necessaria del contraddittorio [102], l'intervento del terzo ai sensi dell'articolo 105 non può aver luogo oltre il termine stabilito per la costituzione del convenuto.

Entro trenta giorni dalla ricezione della comparsa del convenuto, della replica dell'attore o della memoria del terzo, il giudice:

1. Fissa udienza di comparizione delle parti per l'esperimento del tentativo di conciliazione, oppure

2. Ammette i mezzi di prova già proposti dalle parti e quelli che le parti non abbiano potuto proporre prima, se ritiene che siano rilevanti tramite dichiarazioni scritte ai sensi dell'art. 257 *bis* c.p.c.

Qualora l'assunzione delle prove implichi l'audizione di una persona, tale audizione è condotta secondo le modalità ordinarie o con modalità in videoconferenza, ove prevista.

3. Oppure, quando ritiene la causa matura per la decisione, con ordinanza, comunicata a mezzo posta elettronica certificata, invita le parti a precisare le conclusioni, fissando termine per lo scambio delle note conclusionali e di replica.

Il giudice deposita sentenza entro sessanta giorni dalla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica.

Giselda Stella

Il principio di non contestazione: una ricognizione dell'istituto e uno sguardo alle questioni aperte

Il principio di non contestazione è attualmente disciplinato dall'art. 115 c.p.c.[1], a mente del quale il giudice deve porre a fondamento della decisione i *fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita*.

La rubrica della norma è intitolata alla disponibilità delle prove, e tuttavia la portata della non contestazione potrebbe (dovrebbe?) ritenersi ben più ampia, trattandosi di una regola di elaborazione pretoria che preesiste alla sua codificazione, e affonda le sue radici nel principio dispositivo – che informa di sé l'intero processo civile.

Difatti, ben prima della sua enunciazione espressa in seno all'art. 115 c.p.c. per effetto della L. n.69/2009, la Corte di Cassazione era pervenuta per via interpretativa all'affermazione di analogo principio: dapprima con riferimento al rito del lavoro (Cass. SU n.761/2002; Cass. SU n.11353/2004), quindi con riferimento al rito ordinario (*ex multis* Cass. n.2299/2004; n.6936/2004; n.5356/2009; 10860/2011; n.3727/2012; n.22701/2017).

Questo principio veniva fondato sulla lettera dell'art. 416 c.p.c.[2] (quanto al rito lavoro) e dell'art. 167 c.p.c.[3] (per il rito ordinario): tali disposizioni infatti impongono al convenuto di prendere posizione (rispettivamente nella memoria di costituzione o nella comparsa di risposta) sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, e da tale regola si trasse la conseguenza (salvo isolate pronunce in senso contrario, cfr. Cass. n.14652/2016) che la mancata contestazione, a fronte di un onere esplicitamente imposto dal dettato legislativo, costituisce di per sé adozione di una condotta incompatibile con la negazione del fatto costitutivo della domanda, la cui prova diviene perciò inutile.

Del principio di non contestazione, la giurisprudenza ha indagato i profili soggettivi (a chi incombe l'onere di contestazione? *Quid iuris* se il destinatario delle allegazioni non è a conoscenza dei fatti?) e oggettivi (quali i requisiti di tempo e di modo per una valida contestazione?), la sua portata (è ammissibile la contestazione nell'ambito di diritti indisponibili? Può avere ad oggetto i soli fatti principali o anche fatti secondari? Fatti materiali o anche fatti implicanti un'attività

[1] Art. 115, 1°co., c.p.c.: "Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita".

[2] Art. 416, 3°co., c.p.c.: "Nella stessa memoria il convenuto deve prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda…".

[3] Art. 167 c.p.c.: "Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda…".

valutativa? E i documenti?) e la sua efficacia (La non contestazione è irreversibile? *Quid iuris* nel caso di acquisizioni probatorie in contrasto con il fatto non contestato?).

Alcune delle questioni elencate sono ormai pacificamente risolte, e se ne darà conto.

Altre invece sono ancora aperte, anche se il contrasto è rimasto sinora larvato.

Le questioni sulle quali si registrano orientamenti contrastanti – che saranno trattate da ultimo - sono due: se il principio di non contestazione possa avere ad oggetto soltanto fatti principali o anche fatti secondari; e se siano ammissibili acquisizioni probatorie in contrasto con il fatto non contestato.

Partiamo dalle questioni ormai (sostanzialmente) pacifiche.

1) A chi incombe l'onere di contestazione?

L'onere di contestazione incombe non solo al convenuto, come parrebbe evincersi dal tenore letterale degli artt. 416 e 167 c.p.c., ma anche all'attore o al ricorrente (nel rito del lavoro), tenuti a prendere posizione sui fatti specificamente allegati dal convenuto (Cass. n.8647/2016; n.16782/2019).

Sull'operatività del principio in questione nei confronti di ambo le parti già prima della modifica dell'art. 115 c.p.c., si è espressamente pronunciata la Suprema Corte a partire da Cass. n. 1540/2007, secondo cui: "Ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l'altra parte ha l'onere di contestare il fatto nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio".

Tutte le parti in causa, infatti, sono chiamate a concorrere per la delimitazione dell'oggetto del processo: è stato efficacemente rilevato che "l'onere di contestazione (col relativo corollario del dovere, per il Giudice, di ritenere non abbisognevole di prova quanto non espressamente contestato), è divenuto principio generale che informa il sistema processuale civile, poggiando le proprie basi non più soltanto sul tenore dei citati artt. 416 e 167 c.p.c., bensì anche sul carattere dispositivo del processo - comportante una struttura dialettica a catena -, sulla generale organizzazione per preclusioni successive che, in misura maggiore o minore, caratterizza ogni sistema processuale -, sul dovere di lealtà e probità posto a carico delle parti dall'art. 88 c.p.c., - che impone ad entrambe di collaborare fin dalle prime battute processuali a circoscrivere la materia realmente controversa, senza atteggiamenti volutamente defatiganti, ostruzionistici o anche solo

negligenti - ed infine, soprattutto, sul generale principio di economia che deve sempre informare il processo, vieppiù alla luce del novellato art. 111 Cost." (così n.1540/2007 e n.23638/2007).

2) *Quid iuris* se il destinatario delle allegazioni non è a conoscenza dei fatti?

Il sistema processuale sopra tratteggiato, imperniato sulla circolarità degli oneri di allegazione, di contestazione e di prova (cfr. Cass. SU n.11353/2004) presuppone, tuttavia, che i fatti allegati siano conosciuti (o almeno conoscibili) da chi avrebbe l'onere di contestarli.

Sebbene in passato la giurisprudenza abbia sostenuto l'operatività del principio anche in presenza di fatti non necessariamente comuni alle parti in causa (cfr. Cass. n.15309/2009) l'orientamento più recente, sia di legittimità che di merito (Cass. n.14652/2016: Corte d'Appello Potenza, n.648/2018) sembra essere ormai saldamente approdato ad un'interpretazione dell' art. 115 c.p.c. come norma che impone la contestazione specifica dei fatti che rientrano nella sfera di conoscibilità della parte, "non potendosi certo imporre ad una parte di prendere specifica posizione su fatti che le sono ignoti, ciò che peraltro contrasterebbe con il dovere della parte di comportarsi secondo lealtà e probità previsto dall'art. 88 cpc" (Trib. Massa, n.14/2020).

Si pensi ad una causa risarcitoria in cui il danneggiato alleghi non solo di aver subito per effetto della condotta colposa del convenuto una certa lesione, produttiva di danno biologico di una certa entità, ma altresì di aver praticato per l'innanzi una peculiare attività sportiva irrimediabilmente compromessa dal sinistro, ai fini della personalizzazione della liquidazione. E' evidente che il convenuto non sarà normalmente nelle condizioni di contestare specificamente le predette allegazioni, rimanendo pertanto inoperante alcun onere di contestazione.

Un'ulteriore ipotesi è quella esaminata in ambito lavoristico da Cass. n. 87/2019 che ha negato, da ultimo, che sia configurabile un onere di contestazione del fatto - allegato dalla parte datoriale - della riorganizzazione aziendale con soppressione della posizione lavorativa e redistribuzione delle mansioni in capo al lavoratore licenziato per GMO, proprio sul presupposto che questi non poteva averne precisa cognizione, essendo stato immediatamente estromesso dalla società.

Il principio per cui la non contestazione non opera rispetto ai fatti ignoti al destinatario dell'allegazione, peraltro, non deve essere abusato: la giurisprudenza ha ammonito circa la necessità, per il destinatario delle allegazioni, di indicare nel dettaglio le ragioni per cui i fatti in questione risultino a lui sconosciuti, salvo che ciò sia evidente.

L'onere di specifica motivazione risulta, infatti, tanto più stringente quanto più sia presumibile una conoscenza dei fatti in capo al destinatario delle allegazioni: così ragionando, Trib. Cuneo del 5.10.2010 (in Giur. Merito 2011) ha ritenuto pretestuosa la generica dichiarazione del proprietario di un terreno, di non essere a conoscenza della situazione di fatto e di possesso del proprio immobile.

3) Quali i requisiti di tempo e di modo per una valida contestazione?

Ogni volta che sia posto a carico di una delle parti – come si è detto, attore o convenuto- un dovere di allegazione, l'altra parte ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile (Cass. n.1540/2007; n. 5191/2008; n.13079/2008).

Per quanto riguarda il rito lavoro, il termine ultimo è costituito dall'udienza ex art. 420 c.p.c. in cui, com'è noto, le parti possono "modificare le domande, eccezioni e conclusioni già formulate, previa autorizzazione del giudice" (Cass. n.31704/2019).

Nel rito ordinario il termine finale è collegato al maturare delle preclusioni assertive.

Tuttavia va precisato che, ai fini della tempestività della contestazione, non può incidere la tardività della costituzione in giudizio, potendo porsi dei limiti alla contestabilità dei fatti allegati dall'attore soltanto sul presupposto di un originario atteggiamento di non contestazione (Cass. n. 461/2015).

Per quanto riguarda le modalità della contestazione, la giurisprudenza è concorde nell'esigere non solo che la contestazione sia puntuale e dettagliata (da ultimo, cfr. Cass. n.21227/2019), ma che il grado di specificità concretamente esigibile sia correlato al tasso di specificità della corrispondente allegazione: il principio di non contestazione postula infatti che la parte che lo invoca abbia per prima ottemperato all'onere processuale a suo carico di compiere una puntuale allegazione dei fatti di causa, in merito ai quali l'altra parte è tenuta a prendere posizione (Cass. n. 21075/2016).

L'onere di specifica contestazione sussiste anche per il periodo anteriore alla sua introduzione espressa (e quindi anche per le cause introdotte anteriormente al 4.7.2009): in applicazione del principio di non contestazione già elaborato dalla giurisprudenza di legittimità a seguito della sentenza SU n. 761/2002, "Il convenuto, ai sensi dell'art. 167 c.p.c., è tenuto, anche anteriormente alla formale introduzione del principio di 'non contestazione' a seguito della modifica dell'art. 115 c.p.c., a prendere posizione, **in modo chiaro ed analitico**, sui fatti posti dall'attore a fondamento

della propria domanda, i quali debbono ritenersi ammessi, senza necessità di prova, ove la parte, nella comparsa di costituzione e risposta, si sia limitata a negare genericamente la 'sussistenza dei presupposti di legge' per l'accoglimento della domanda attorea, senza elevare alcuna contestazione chiara e specifica" (Cass. n. 19896/2015; cfr. anche Cass. n. 27596/2008; Cass. n. 26624/2018).

4) Il principio di non contestazione opera anche nel campo dei diritti indisponibili?

Il principio di non contestazione non opera in relazione ai diritti indisponibili, e quindi nei procedimenti in materia di famiglia in cui siano coinvolti i minori (cfr. Cass. n.13436/2016), ma anche nei procedimenti tributari (Cass. n.13390/2019) o in materia fallimentare (cfr. Trib. Monza del 29.9.2010).

In realtà, una lettura per esteso delle sentenze che si sono pronunciate sulla questione testimonia piuttosto di un'operatività attenuata del principio in parola, che pur non potendo spingersi ad intaccare il *thema decidendum* e quindi sottrarre terreno all'accertamento giudiziale, conserva comunque una limitata efficacia sul piano della prova, nel senso che la non contestazione è valutabile ai sensi dell'art. 116 comma 2 c.p.c.

La Suprema Corte ha chiarito infatti che: "l'effetto della non contestazione non può essere lo stesso che essa produce in presenza di situazioni giuridiche di cui le parti possono liberamente disporre: l'interesse pubblico che sta alla base dell'indisponibilità della situazione giuridica dedotta in giudizio, se da un lato non impedisce al giudice di avvalersi di tutti gli elementi e degli argomenti di prova di cui dispone ai fini dell'accertamento dei fatti, ivi compresi quelli desumibili dalla condotta processuale delle parti, dall'altro però esclude che egli possa ritenersi vincolato a ritenere sussistenti o insussistenti determinati fatti in virtù di dichiarazioni o ammissioni delle stesse, la cui valutazione resta pertanto devoluta al suo prudente apprezzamento" (Cass., n.13217/2014).

Anche la Sezione tributaria della Suprema Corte ha confermato la possibilità di un'applicazione attenuata del principio di non contestazione *in subiecta materia* precisando che, attesa l'indisponibilità dei diritti controversi, la regola riguarda esclusivamente i profili probatori del fatto non contestato, e semprechè il giudice, in base alle risultanze ritualmente assunte nel processo, non ritenga di escluderne l'esistenza (cfr. sent. n. 12287/2018).

La giurisprudenza di legittimità ha inoltre precisato che nel processo tributario il detto principio, che si fonda sul carattere dispositivo del processo, trova applicazione solo sul piano probatorio e non anche su quello delle allegazioni, "poichè la specificità del giudizio tributario

comporta che la mancata presa di posizione dell'Ufficio sui motivi di opposizione alla pretesa impositiva svolti dal contribuente non equivale ad ammissione, nè determina il restringimento del *thema decidendum* ai soli motivi contestati" (Cass. n. 13834/2014; n. 13483/2016).

5) Il principio di non contestazione può avere ad oggetto solo i fatti principali o anche i fatti secondari?

Si è già detto che la non contestazione operava come regola di delimitazione dei fatti controversi ben prima della sua introduzione espressa nel codice di rito. Si è anche detto che la base normativa di tale principio è stata inizialmente individuata negli articoli 416 e 167 c.p.c., che impongono al convenuto di prendere posizione "sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda", mentre l'art. 115 c.p.c. – nella formulazione in vigore per i giudizi introdotti a partire dal 4.7.2009 - menziona più genericamente "i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita".

La giurisprudenza si è interrogata dunque sulla portata del principio di non contestazione, a partire dalla fondamentale sent. SU Cass. n.761/2002 che ha offerto una prima, puntuale risposta condizionata (ovviamente) alla disciplina in vigore al momento del giudizio.

Nella miliare pronuncia, la Suprema Corte ha operato un distinguo tra i fatti costitutivi del diritto (fatti primari) e le circostanze dedotte al solo fine di dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi (fatti secondari), di cui a pag. 11 della sentenza si offre una chiara esemplificazione: "rispetto alla domanda di condanna al pagamento di compensi per lavoro straordinario, fatto costitutivo del diritto è l'avvenuta prestazione oltre i limiti dell'orario normale; circostanza di mero rilievo istruttorio è il comportamento del lavoratore consistente nel compiere il percorso casa-luogo di lavoro e viceversa in ore astrattamente coerenti con l'anzidetta prosecuzione della prestazione lavorativa".

Le Sezioni Unite identificano quindi i "fatti posti dall'attore a fondamento della domanda" con i fatti costitutivi del diritto ("potendosi della funzione fondante rispetto alla pretesa accreditare esclusivamente i fatti giuridici costitutivi della medesima") per circoscrivere a questi ultimi l'applicabilità dello statuto della non contestazione, individuato nella delimitazione – tendenzialmente irreversibile, salve le condizioni per provvedimenti di rimessione in termini - dell'oggetto del giudizio con effetti vincolanti per il giudice.

Per i fatti dedotti in esclusiva funzione probatoria, invece, la rilevanza è circoscritta al piano istruttorio e in quest'area "la non contestazione viene restituita alla più generica categoria dei

comportamenti non vincolanti per il giudice, ma apprezzabili liberamente come semplici argomenti di prova, ai fini del giudizio sulla sussistenza del fatto di cui trattasi".

La giurisprudenza successiva si è pianamente allineata al distinguo tracciato dalle SSUU 2002.

Cass. n.19709/2015 ha confermato che "soltanto in riferimento ai fatti principali trova infatti applicazione la regola stabilita dall'art. 167 c.p.c., comma 1, che, onerando il convenuto di prendere specificamente posizione in ordine alle allegazioni dell'attore, ne rende superflua la prova, imponendo al giudice di ritenerli incontroversi, laddove la mancata contestazione dei fatti secondari attribuisce al giudice soltanto il potere di utilizzarli liberamente come argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c.".

Tuttavia, l'introduzione del novellato art. 115 c.p.c. parrebbe aver modificato – sotto questo profilo - il quadro normativo di riferimento, in virtù della testuale estensione della regola a *tutti* i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita, senza distinzioni di sorta.

Questo cambio di passo sembra essere condiviso da Cass. S.U. n. 12065/14 che, sia pure in un *obiter*, ha affermato la necessità di estendere il principio di non contestazione anche ai fatti secondari: "In tale contesto acquista rilievo decisivo la nuova formulazione dell'art. 115 c.p.c., (introdotto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 45, comma 14, a decorrere dal 4-7-2009; ai sensi dell'art. 58, comma 1, della predetta legge la nuova disposizione si applica ai giudizi instaurati dopo la data della sua entrata in vigore), il cui primo comma prevede che 'Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonchè i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita'.

Premesso quindi che tale normativa ha posto i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite sullo stesso piano delle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero ai fini della decisione, e che essa, come pure evidenziato da autorevole dottrina, non ha introdotto alcuna distinzione tra fatti primari (ovvero i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio) e fatti cosiddetti secondari (relativi a circostanze di rilievo istruttorio), distinzione invece operata dalla menzionata pronuncia delle Sezioni Unite di questa Corte, è agevole osservare che la disposizione richiamata, ispirata a finalità di semplificazione processuale, è riconducile ai principi generali che caratterizzano il processo civile, ovvero al principio dispositivo, al principio delle preclusioni, che comporta per le parti l'onere di collaborare per circoscrivere il dibattito processuale alle questioni effettivamente controverse, al principio di lealtà processuale posto a carico delle parti, nonchè al

generale principio di economia processuale che deve informare il processo in conformità dell'art. 111 Cost.".

La giurisprudenza successiva, tuttavia, non si è pacificamente allineata alle suesposte considerazioni: alcune pronunce (cfr. Cass. n.17966/2016) valorizzano la novella del 2009 come spartiacque per l'estensione del principio di non contestazione – nella sua accezione più pregnante – anche ai fatti secondari.

Altri pronunciamenti del giudice di legittimità, tuttavia, hanno continuato (seppur senza argomentare sul punto) ad applicare la regola della non contestazione ai soli fatti primari, anche nell'ambito di giudizi successivi al novellato art. 115 c.p.c. (cfr. Cass. n. 27941/2019).

6) Il principio di non contestazione si applica anche ai fatti implicanti un'attività valutativa? E ai documenti?

Si è detto che la non contestazione attiene ai fatti, potendosi al più discutere se riguardi anche i fatti dedotti in funzione probatoria, oppure no.

Eppure, più volte la giurisprudenza si è trovata a dover puntualizzare l'ovvio: e cioè che l'onere di contestazione riguarda le allegazioni, e non le prove offerte dalle parti (documenti, perizie), che concorrono senza distinzioni di sorta (salvo che si tratti di prove legali) all'istruttoria processuale, essendo poi compito precipuo del giudice vagliarne l'attendibilità – considerando ciascuna prova sia singolarmente che alla luce del complessivo quadro istruttorio – ed ordinarle per giungere alla decisione (Cass. n.3126/2019).

Proprio perché l'onere di contestazione per la parte attiene alle circostanze di fatto e non anche alla loro componente valutativa, non sussiste alcun onere di contestazione con riferimento alla valutazione svolta dal consulente tecnico d'ufficio (cfr. Cass. n.30744/2017).

Sul punto, però, non è forse pleonastico ricordare il monito di Cass. SU n.761/2002, secondo cui: "Considerata, dunque, la non contestazione come comportamento processualmente rilevante se riferito a fatti e non all'applicazione di regole giuridiche, è agevole osservare che la contestazione sull'an non è, di per sé, tale da assorbire e rendere superflua qualsiasi contestazione sul quantum, potendo le operazioni di quantificazione del credito in contestazione essere affidate all'allegazione di fatti non incompatibili con quelli investiti negativamente dalle difese svolte in punto di sussistenza del credito stesso. Ad esempio, il convenuto che si difenda dalla pretesa di pagamento di compensi per lavoro straordinario, ove si limiti a negare la natura subordinata del rapporto di

lavoro, non esclude, con questa sola difesa, necessariamente anche la sussistenza di prestazioni lavorative della durata giornaliera indicata dalla controparte ai fini del conteggio analitico delle sue spettanze; mentre tale esclusione non sarebbe negabile come conseguenza della negazione assoluta di qualsiasi rapporto".

La non contestazione non opera – chiaramente – neppure in relazione alle circostanze implicanti un'attività di giudizio, quale sarebbe la valutazione circa lo svolgimento da parte di un lavoratore subordinato di mansioni *superiori*, oppure circa la natura subordinata o meno della collaborazione precorsa inter partes (Cass. n. 23445/2019).

7) *Quid iuris* nel caso di acquisizioni probatorie in contrasto con il fatto non contestato? La non contestazione è irreversibile?

Si tratta della questione principale e, dal mio punto di vista, esiziale, nel senso che un'interpretazione del principio di non contestazione non già come regola di delimitazione dell'oggetto del giudizio, bensì come regola – nel senso che subito si dirà - di riparto del rischio della mancata prova del fatto allegato e non contestato, contraddice radicalmente sia le premesse che le finalità dell'istituto, confinandolo nell'angusto perimetro di efficacia dell'art. 116, 2°co., c.p.c. o, al più, accreditandolo quale strumento di inversione dell'onere probatorio fissato dall'art. 2697 c.c..

La giurisprudenza che ha indagato l'istituto della non contestazione prima della sua espressa codificazione, ha chiaramente illustrato che – al pari del potere di allegazione – anche **il potere di contestazione esprime sul piano processuale il potere di disposizione della situazione giuridica sostanziale**.

Cass. SU n.761/2002 ha affermato testualmente che "la disponibilità giuridica sostanziale si atteggia, in sede giurisdizionale, come **potere delle parti di determinare l'oggetto della lite"** e che "**si tratta, quindi, di un ambito di incidenza estraneo alla determinazione del *thema probandum* ed inerente soltanto alla determinazione del tema di fatto che è alla base della controversia".**

Le ricadute sul *thema probandum* sono semmai di ordine successivo, nel senso che non va provato ciò che **non è controverso** o, detto altrimenti, il difetto di contestazione incide solo in via riflessa sull'istruttoria, nel senso di sottrarre all'accertamento giudiziale il fatto non contestato.

Che il principio di non contestazione debba essere così inteso, discende anche e soprattutto da considerazioni di ordine più generale sulla struttura del nostro sistema processuale.

Nell'evoluzione giurisprudenziale l'onere di contestazione (col relativo corollario del dovere, per il giudice, di ritenere non abbisognevole di prova quanto non espressamente contestato) è divenuto infatti principio generale che informa il sistema processuale civile, poggiando le proprie basi non più soltanto sul tenore degli artt. 416 e 167 c.p.c., bensì anche sul carattere dispositivo del processo - comportante una struttura dialettica a catena - sulla sua generale organizzazione per preclusioni successive, sul dovere di lealtà e probità posto a carico delle parti dall'art. 88 c.p.c. - che impone ad entrambe di collaborare fin dalle prime battute processuali a circoscrivere la materia realmente controversa, senza atteggiamenti volutamente defatiganti, ostruzionistici o anche solo negligenti - ed infine, soprattutto, sul generale principio di economia che deve sempre informare il processo, vieppiù alla luce del novellato art. 111 Cost. (Cass. n.1540/2007, già citata).

Con riguardo all'art. 111 Cost., è stato sottolineato che il principio di ragionevole durata del processo non è e non può essere inteso soltanto come monito acceleratorio rivolto al giudice in quanto "soggetto" del processo, essendo invece rivolto a tutti i protagonisti del processo, ivi comprese le parti che, specie nei processi dispositivi e prevedenti una difesa tecnica, devono responsabilmente collaborare alla ragionevole durata del processo dando attuazione, per quanto in loro potere, al principio di economia processuale e perciò immediatamente delimitando, ove possibile, la materia realmente controversa: un processo più lungo ha un maggiore "costo" (non solo in termini "umani" e non solo per le parti coinvolte, ma anche) per la collettività (così Cass. n.5191/2008).

Su tali premesse, parte della giurisprudenza ha pianamente condiviso il principio per cui "l'art. 167 c.p.c., comma 1, imponendo al convenuto di prendere posizione in comparsa di risposta sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, fa della non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua dell'esposta regola di condotta processuale, espunge il fatto stresso dall'ambito degli accertamenti richiesti" (cfr. Cass. n.6936/2004; n.13079/2008; n.21075/2016; n.20170/2018; n.16782/2019; n. 29488/2019).

La Suprema Corte ha riaffermato il suddetto orientamento con la recentissima Cass. n. 5429/2020, ricordando che "il principio di non contestazione, pur essendo stato codificato con la modifica dell'art. 115 c.p.c. disposta dalla legge del 2009, era certamente previgente nell'ordinamento quale principio interpretativo, secondo la più che consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass., 3, n. 5356 del 5/3/2009; Cass., n. 27596 del 2008, n. 7074 del 2006 ed altre), la quale aveva già statuito, prima della novella, che detto principio determina in relazione ai fatti non contestati, un effetto vincolante per il giudice, che deve astenersi da qualsivoglia controllo probatorio dei fatti non contestati, acquisiti al materiale processuale, essendo vincolato a ritenerli sussistenti in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti. Conseguentemente, ogniqualvolta sia posto a carico di una delle parti un onere di allegazione, l'altra ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo in mancanza, il fatto ritenersi pacifico".

Ciononostante, una parte cospicua della giurisprudenza successiva alla nota pronuncia delle Sezioni Unite 2002 ha sostanzialmente disatteso il suesposto approccio ermeneutico, senza peraltro offrire argomentazioni a sostegno dell'opposto convincimento.

Per prima Cass. sez. lav., sent. n.17946/2006 ha infatti dichiarato (apoditticamente) che "l'esclusione dei fatti non contestati dal *thema decidendum*, con la conseguente inopponibilità nelle fasi successive del processo, si verifica allorché il Giudice non sia in grado, in concreto, di accertarne l'esistenza o l'inesistenza, d'ufficio".

Le successive sentenze Cass. n.16201/2009, n.4854/2014; n.26395/2016, n.13007/2017 e così via, si sono limitate a richiamare acriticamente il precedente più prossimo, a ritroso, senza offrire un'argomentazione del perché debba ritenersi possibile provare un fatto che, in quanto non contestato, non è **controverso** piuttosto che non provato; non è oggetto di prova, piuttosto che non provato.

Cass. sent. n.3951/2012 ha quindi affermato che "poiché la non contestazione del fatto, tendenzialmente irreversibile, non determina di per sè la decisione della controversia, se il giudice, come nella specie, abbia proceduto all'espletamento di un mezzo istruttorio in ordine all'accertamento dei medesimi fatti, è superata la questione sulla pregressa non contestazione".

La giurisprudenza di legittimità che ha successivamente condiviso il suddetto orientamento – pressoché integralmente in seno alla sezione lavoro della Suprema Corte – ha riprodotto costantemente la formula tralaticia secondo cui "la non contestazione del fatto ad opera della parte

che ne abbia l'onere è irreversibile, ma non impedisce al giudice di acquisire comunque la prova del fatto non contestato" (così Cass. nn. 24360/2019; 17636/19; 15775/2019; 12197/2019; 6681/2019; 29192/2018; 28917/2018; 28444/2018; 13007/2017).

In che termini e con quale utilità possa ritenersi "irreversibile" la non contestazione di un fatto che può comunque formare oggetto di prova, non è dato comprendere.

Mi permetto a questo punto di articolare una provocazione: poiché la Suprema Corte (a partire dalle SU 2002) ha affermato – e sul punto non si sono registrate opinioni dissenzienti - che l'onere di contestazione è perfettamente simmetrico all'onere di allegazione, entrambi concorrendo alla definizione dell'oggetto del giudizio, dall'orientamento che ammette la prova del fatto non contestato dovrebbe potersi inferire che è pure possibile supplire al difetto di allegazione con la prova del fatto non allegato, anche qualora si trattasse del fatto costitutivo della pretesa.

Ovviamente si tratta di un'assurdità, ma proprio questa *reductio ad absurdum* dovrebbe indurre a concludere per l'insostenibilità logica, prima che giuridica, del secondo degli orientamenti esposti.

Sposare l'uno o l'altro degli orientamenti, d'altro canto, non è affare da poco, perché si tratta di scegliere tra un'interpretazione che rende il processo più agile, snello e veloce, possibilmente conforme alle prescrizioni dell'art. 111 Cost. e un'altra che ci costringe, come è stato giustamente detto, a rimestare l'acqua nel mortaio.

Non sarà forse che, a volte, riteniamo di poter piegare le norme processuali all'avvertita esigenza di privilegiare la parte che, nella sostanza, parrebbe aver ragione?

Se così fosse, mi sentirei di concludere con la riflessione rubata ad un collega che stimo moltissimo – sul cui fondamento dovremmo forse tutti seriamente interrogarci - secondo cui "se non si ha il coraggio di dare torto anche a chi non l'abbia, se così impone la legge, sarebbe meglio non scegliere di fare il mestiere di giudice".

Mauro Mocci

Il principio di collegialità alla prova del covid-19

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La collegialità nel codice di rito. – 3. La collegialità nelle altre disposizioni normative. – 4. La collegialità all'interno della camera di consiglio. – 5. L'applicazione dell'art. 348 b *bis* c.p.c. – 6. Collegialità e rimessione in istruttoria. – 7. Problematiche in tema di decisione collegiale. – 8. Collegialità e responsabilità civile dei magistrati. – 9. Conclusioni.

1. Introduzione. - L'art. 83 comma 12-*quinquies* del d.l. n. 18 del 2020 convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27 (in vigore dal 30.4.2020) ulteriormente modificato dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28 (in vigore dal 1.5.2020) prevede che <<*nei procedimenti civili e penali non sospesi, le deliberazioni collegiali in camera di consiglio possono essere assunte mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informatici e automatizzati del Ministero della giustizia. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge*>>.

Per il vero, questa forma di <<collegio diffuso>> richiede quanto meno la presenza nella camera di consiglio del cancelliere e del Presidente o di un suo delegato, incaricato di sottoscrivere il dispositivo, ai sensi dell'art. 276 ultimo comma c.p.c.1 In ogni caso, la stessa formazione della volontà collegiale ne viene ampiamente pregiudicata: basti pensare alla necessità di consultare atti o documenti del fascicolo d'ufficio, che – sicuramente presso la Suprema Corte, ma anche presso la maggior parte delle giurisdizioni di merito – si trovano solo in formato cartaceo o alla difficoltà di un confronto dialettico fra i vari componenti.

La norma, pur necessitata dall'emergenza e dalla mancanza di qualunque alternativa, ripropone l'interrogativo se il principio di collegialità costituisca ancora un pilastro fondante del sistema processuale italiano, visto che l'utilizzo della videoconferenza viene auspicato anche dopo il termine della pandemia2 .

In effetti, il suddetto principio è stato volta per volta considerato un baluardo della giurisdizione, una finzione o un modo per perdere tempo. All'atto dell'istituzione del giudice monocratico di primo grado (1990), si è detto che il legislatore aveva preso atto della situazione

[1]G. FICHERA, *La Cassazione civile ed il Covid-19: ex malo bonum?*, in *IlCaso.it* del 23 marzo 2020, 15. In effetti, il d.l.n. 28/2020 all'art. 83 comma 7° lett. F chiarisce adesso esplicitamente che << *Lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario e con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti* >> dando adito ad ulteriori problemi interpretativi, come rilevato da E. IANNELLO, *Le adunanze camerali in Cassazione nella fase 2 dell'emergenza sanitaria,* in *www.giustiziainsieme.it* del 5 maggio 2020

[2]Cfr. G. FICHERA, *L'adunanza camerale distanziata e protocollata*, in *IlCaso.it*, del 20 aprile 2020, 5 ess

reale diffusasi nei tribunali italiani, dove – dietro il paravento della collegialità – veniva puramente e semplicemente ratificata la volontà del relatore.

Ma il *de profundis* dell'istituto in primo grado, a parte poche eccezioni, non ha risolto il dilemma[3]. Alle affermazioni ufficiali in chiave garantistica sul valore della collegialità, si sono talvolta accompagnate, in concreto, condotte opposte.

Per un verso, soprattutto dopo l'abolizione dell'esame da aggiunto giudiziario e del biennio obbligatorio in pretura, sulla pratica della collegialità si sono formate generazioni di magistrati ed il collegio è stato il *refugium peccatorum* degli uditori giudiziari che avevano dimostrato di non essere in grado di lavorare da soli. Insomma, a parole la collegialità è stata sempre considerata una validissima palestra per costruire la figura del buon giudice ed anche un modo per controllare l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Per altro verso, nel chiuso della camera di consiglio è sovente accaduto che l'unico a conoscere gli atti fosse il relatore, che il presidente avesse degli stessi una nozione soltanto sommaria o anche nessuna conoscenza, e che in questo modo il sistema sia sempre andato avanti (numero e complessità delle cause da discutere, pigrizia mentale?).

Occorre allora domandarsi se questo principio – così tanto predicato e così poco praticato – sia ancora un valore attuale, se si tratti ormai di un mito o invece di uno strumento di crescita e miglioramento sul piano professionale. A questo fine, pare opportuno indagare la collegialità non solo dal punto di vista processuale ed ordinamentale, ma anche dal punto di vista comportamentale, ossia come essa si estrinseca all'atto della deliberazione della sentenza (o dell'ordinanza), quale momento formativo della volontà del giudice, attraverso l'osmosi fra il giudizio e la volontà, tra il lavorio dei motivi e la scelta della decisione[4]. Infatti, il complesso delle norme, da un lato, e l'effettiva applicazione, dall'altro, costituiscono i due corni del problema.

2. La collegialità nel codice di rito. - Il codice di procedura si occupa della materia sia con riguardo alla composizione dell'organo in sé, sia con riguardo ai profili di operatività.

[3] Un autore arguto come F. CIPRIANI, *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*, Napoli, 1997, 176 e ss., attribuisce alla novella del 1990, da un lato, il merito di aver superato l'anomalia dell'udienza collegiale fissata dal giudice istruttore "ora per allora e a due o tre anni" e, dall'altro, il difetto di aver lasciato allo stesso istruttore la legittimazione esclusiva ed insindacabile circa la c.d. maturità della causa e di aver confermato la divisione del processo in fasi.

[4] La definizione è di F. DE ANGELIS, Il *procedimento di formazione della sentenza e la validità del provvedimento depositato dal giudice cessato dalle funzioni*, in *Corr. giur.*, 2008, 6, 818, nota a Cass. 20 luglio 2007 n. 16165.

La competenza collegiale del Tribunale, divenuta ormai eccezionale, è fissata dall'art. 50-*bis*, introdotto dall'art. 56 D. Lgs 19 febbraio 1998 n. 51[5] e riguarda*:*
1) le cause nelle quali è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero, salvo che sia altrimenti disposto; 2) le cause di opposizione, impugnazione, revocazione e quelle conseguenti a dichiarazioni tardive di crediti di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ed alle altre leggi speciali disciplinanti la liquidazione coatta amministrativa;
3) le cause devolute alle sezioni specializzate; 4) le cause di omologazione del concordato fallimentare e del concordato preventivo; 5) le cause di impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea e del consiglio di amministrazione, nonché le cause di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i direttori generali e i liquidatori delle società, delle mutue assicuratrici e società cooperative, delle associazioni in partecipazione e dei consorzi;
6) le cause di impugnazione dei testamenti e di riduzione per lesione di legittima;
7) le cause di cui alla legge 13 aprile 1988, n.117. Il Tribunale giudica altresì in composizione collegiale nei procedimenti in camera di consiglio disciplinati dagli articoli 737 e seguenti c.p.c., salvo che sia altrimenti disposto.

Il legislatore ha poi chiarito (art. 50-quater), che la predetta disposizione non si considera attinente alla costituzione del giudice: di conseguenza, alla nullità derivante dalla sua inosservanza si applica l'articolo 161, primo comma, c.p.c. In tal modo, la violazione delle disposizioni sulla composizione collegiale costituisce un'autonoma causa di nullità della decisione e non una forma di nullità relativa derivante da atti processuali antecedenti alla sentenza (e, perciò, soggetta al regime di sanatoria implicita), con la sua conseguente esclusiva convertibilità in motivo di impugnazione, senza determinare la nullità degli atti prodromici alla sentenza invalida, né produrre l'effetto della rimessione degli atti al primo giudice, ove il giudice dell'impugnazione sia anche giudice del merito[6].

La corte d'appello e la corte di cassazione hanno invece esclusiva competenza collegiale, come evidenziano, rispettivamente, gli artt. 350 e 380 c.p.c. Con riguardo al giudizio di appello, è

[5] Per una disamina critica approfondita, anche in ordine ai problemi di compatibilità con la Costituzione, del D.lgs. n. 51 del 1998, cfr. F. AULETTA, *Sulle possibili implicazioni costituzionali della composizione del tribunale civile e dell'articolazione in sede e sezioni*, in *Dir. proc. civ.* 1998, 4, 1080 e ss.

[6] Giurisprudenza costante. Cfr. Cass. 18 giugno 2014 n. 13907 in *Giur. comm.*, 2015, 6, 2, 1192, con nota di M. LUNGARELLA, *In tema di regime giuridico delle procedure fallimentari nel tempo*. Più di recente, Cass. Sez. I, 21 ottobre 2019 n. 26729.

interessante ricordare che, pur su sollecitazione della giurisprudenza[7], il legislatore ha aperto alla possibilità di delegare un singolo componente del collegio all'assunzione dei mezzi di prova ammessi in secondo grado, attraverso l'art. 352 comma 1° c.p.c.[8].

Sotto l'aspetto tipicamente operativo, viene in considerazione - in primo luogo - l'art. 131 c.p.c, il cui ultimo comma, a proposito dei provvedimenti collegiali in generale, dispone che sia compilato un sommario processo verbale, "*il quale deve contenere la menzione dell'unanimità della decisione o del dissenso, succintamente motivato, che qualcuno dei componenti del collegio, da indicarsi nominativamente, abbia eventualmente espresso su ciascuna delle questioni decise. Il verbale, redatto dal meno anziano dei componenti togati del collegio e sottoscritto da tutti i componenti del collegio stesso, è conservato a cura del presidente in plico sigillato presso la cancelleria dell'ufficio".*

Il predetto comma, inserito dall'art. 16 l. 13 aprile 1988 n. 117, è stato però dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui rendeva obbligatoria, e non facoltativa a richiesta, la compilazione del processo verbale sulla decisione[9].

Sulla deliberazione dell'organo collegiale si diffonde anche l'art. 276 c.p.c.: ribadita la segretezza della camera di consiglio, la norma prevede che, sotto la direzione del presidente, vengano dapprima decise le questioni pregiudiziali e poi il merito della causa. Il terzo comma regola altresì l'ordine di votazione: vota per primo il relatore, poi l'altro giudice ed, infine, il presidente, il quale, una volta chiusa la votazione, “scrive e sottoscrive il dispositivo” (adempimento quest'ultimo ormai desueto, nel rito ordinario), lasciando la stesura della motivazione al relatore, sempre che non lo sia egli stesso, ovvero reputi di stenderla personalmente ovvero di affidarla all'altro giudice.

[7] In effetti, l'elaborazione giurisprudenziale ha progressivamente superato il principio di necessaria identità tra l'organo chiamato a decidere il giudizio e l'organo chiamato ad assumere la prova. Cfr. Cass. 14 giugno 2011 n. 12957 in *Corr. giur.*, 2012, 2, 235, con nota di A. CARRATO, *La necessaria collegialità della Corte di Appello e le conseguenze delle sue possibili violazioni*.

[8] Era l’auspicio di F. CIPRIANI, *Ideologie e modelli* cit,, pagg. 183 e ss

[9] Corte Cost. 19 gennaio 1989 n. 18, variamente commentata in dottrina. Cfr. F. DEL CASTELLO, *Finalmente conclusa la querelle sulla responsabilità civile del giudice,* in *Giust. Civ.*, 1989, 04, 01, 769; M. ANNUNZIATA, *Responsabilità dei giudici ed indipendenza della magistratura,* in *Giur. It.*, 1989, 10, 01, 1430; A. BEVERE, *Dal giudice-funzionario al giudice-organo della comunità: riflessioni in margine alla sentenza sulla responsabilità del giudice,* in *Giur. Cost.*, 1989, 02, 01, 0062; L. SCOTTI, *La responsabilità civile per le pronunce dei giudici collegiali nelle valutazioni della Consulta,* in *Foro It.*, 1989, 02, 01, 305.

Completa il quadro del codice di rito l'art. 132 c.p.c., nella parte in cui (3° comma) si occupa della sottoscrizione della sentenza emessa dal giudice collegiale, che deve essere firmata dal presidente e dall'estensore, e regola le ipotesi di impedimento dell'uno e dell'altro.

Non è un caso che gli arresti giurisprudenziali sugli articoli citati siano scarsissimi.

Per un verso, l'inciso secondo cui alla deliberazione della decisione "*possono partecipare soltanto i giudici che hanno assistito alla discussione*" va interpretato nel senso che i giudici che prendono in carico la sentenza devono essere gli stessi dinanzi ai quali sono state precisate le conclusioni. Pertanto, in primo grado, la figura immodificabile resta quella del giudice istruttore, il quale - allorquando la decisione è riservata al collegio – una volta fatte assumere le conclusioni, rimette la causa al collegio stesso, che è costituito normalmente fra membri della stessa sezione, individuati in via tabellare. In grado di appello, invece, sulla scorta della disciplina di cui all'art. 352 c. p.c., il collegio che delibera la decisione deve essere composto dagli stessi giudici dinanzi ai quali è stata compiuta l'ultima attività processuale, cioè la discussione o la precisazione delle conclusioni[10]. In sostanza, l'accertamento della sussistenza in capo al magistrato della "*potestas iudicandi*" va compiuto tenendo presente il momento della deliberazione – allorquando il consesso dei componenti riconduce ad unità la volontà del collegio, poi destinata a trasparire all'esterno - e non quello del deposito della minuta, in quanto la decisione è assunta formalmente quando si delibera in camera di consiglio, mentre le successive fasi dell'*iter* formativo dell'atto (e cioè la stesura della motivazione, la sua sottoscrizione e la pubblicazione) non incidono sulla sostanza della pronuncia.

Conseguentemente, la circostanza che la sentenza sia deliberata in data diversa da quella in cui si è celebrata l'udienza di discussione non determina di per sé la nullità del processo, né della sentenza. Inoltre, tutte le deliberazioni prese dal collegio dopo la scadenza dei termini per il deposito degli atti conclusivi di cui all'art. 190 c.p.c. restano in capo ai componenti presenti al momento della precisazione delle conclusioni, mentre, ai fini dell'esistenza, validità ed efficacia della sentenza, è irrilevante che, successivamente, uno dei componenti di un organo collegiale venga trasferito o collocato fuori ruolo o a riposo[11]. Se però tale evento è antecedente alla predetta

[10] Cfr. Cass. 11 marzo 2015 n. 4925.

[11] Cass. 4 novembre 2014 n. 23423. Sul punto, cfr. G. GRASSO, *Il giudice in malattia, trasferito ad altro ufficio, e le cause civili assunte in decisione: dovere o facoltà di provvedere*, in *Foro It.* 2015, 6, 3, 373, nonché F. DE ANGELIS, Il *procedimento di formazione*, cit.

scadenza, la causa va rimessa necessariamente in istruttoria, verificandosi altrimenti la nullità della sentenza[12].

Per altro verso, le decisioni della Suprema Corte si limitano a rimarcare il diverso carattere di sentenza o di ordinanza di un provvedimento[13], o le conseguenze riconducibili a mancate od incomplete sottoscrizioni[14], senza mai ricondursi ad esperienze concrete di collegialità. Infatti la camera di consiglio è segreta (*camera caritatis*), sicché non se ne parla mai o le questioni vengono riportate in termini assolutamente generali e generici. La violazione di tale segretezza determina conseguenze disciplinari, giacché la segretezza delle deliberazioni dei giudici collegiali copre l'intero contenuto della discussione delle varie questioni affrontate dal collegio al fine di pervenire alla decisione e non è contraddetta dalle disposizioni sulla possibilità dei componenti dissenzienti del collegio di far risultare il loro dissenso in un verbale inserito in un plico sigillato[15].

E' evidente che l'autonomia fra le fasi della deliberazione e pubblicazione è solo virtualmente ipotizzabile per il giudice monocratico, al quale non si applicano le formalità previste dall'art. 276 c.p.c. La sua sentenza acquista giuridica rilevanza solo in seguito al deposito in cancelleria, ex art. 133 c.p.c., giacché, prima della pubblicazione, il provvedimento appartiene alla sfera interna del giudicante.

3. La collegialità nelle altre disposizioni normative. - Qualche lume in più circa la tendenziale operatività del principio collegiale si intravede nelle norme di attuazione del codice di procedura civile, che - nella sezione III, capo III del titolo II – disciplinano la decisione della causa. All'uopo, è previsto che, all'inizio di ogni trimestre, il capo dell'ufficio determini la composizione dei collegi ed, ove alla camera di consiglio siano chiamati giudici in numero superiore a quello stabilito, il collegio sia formato, oltre che dal relatore, anche dal presidente e dal giudice più anziano (art. 113 disp. att.). La violazione di tale precetto non dà però luogo a nullità, giacché il vizio di costituzione del giudice ex art. 158 cod. proc. civ. è ravvisabile solo allorquando gli atti giudiziali siano posti in essere da persona estranea all'ufficio del giudice, non investita della

[12] Cass. 12 agosto 2009 n. 18268.

[13] Anche ai fini dell'impugnazione è necessario avere riguardo non alla sua forma esteriore o alla denominazione adottata, bensì al suo contenuto (Cass. 19 dicembre 2014 n°27127) o comunque all'effetto giuridico prodotto (Cass. 19 dicembre 2006 n. 27143).

[14] Cass. 8 febbraio 2008 n. 3128

[15] Così Cass. Sez. Un. 5 febbraio 1999 n. 23, in *Giust. Civ.* 1999, 6, 1, 1629, con riguardo ad un processo penale, come richiamata da M. CICALA, *Rassegna sulla responsabilità disciplinare e civile dei magistrati,* in *Riv. Dir. Priv.* 1999, 3, 521.

funzione da detto ufficio esercitata. Ne consegue che l'anomalia anzidetta non ricorre ove – secondo quello che accade normalmente negli uffici giudiziari italiani - non essendo stato al principio del trimestre predisposto ai sensi degli artt. 113 e 114 disp. att. il decreto di composizione dei collegi giudicanti, questi siano formati volta per volta, alla stregua delle concrete esigenze dell'ufficio.[16] La nullità è stata perfino esclusa ove il collegio sia formato da magistrati non risultanti dalle tabelle di composizione, e se anche il presidente sia meno anziano degli altri componenti ed altresì relatore della causa, perché la sostituzione di giudici di pari funzioni e competenze, appartenenti al medesimo ufficio giudiziario, pur in assenza delle condizioni previste dagli artt. 174 c.p.c. e 79 disp. att. costituisce una mera irregolarità interna, e il cumulo delle funzioni di presidente e relatore nello stesso magistrato è privo di disposizioni processuali limitative[17].

A sua volta, l'art. 118 ultimo comma disp. att. regola la scelta dell'estensore, che è fatta dal presidente *tra i componenti il collegio che hanno espresso voto conforme alla decisione.* L'estensore deve poi consegnare la minuta della sentenza da lui redatta al presidente che, datane lettura - quando lo ritiene opportuno - al collegio, la sottoscrive insieme con l'estensore e la consegna al cancelliere, il quale scrive il testo originale o ne affida la scritturazione al dattilografo. Il giudice che ha steso la motivazione aggiunge la qualifica di estensore alla sua sottoscrizione (art. 119 disp. att.).[18]

Il predetto sistema sta peraltro venendo progressivamente soppiantato, specie negli uffici di merito, dalla trasmissione della minuta della sentenza o della sentenza stessa per via telematica, ai sensi dell'art. 17 D.P.R. 13 febbraio 2001 n. 123.

La legge sull'ordinamento giudiziario prevede solo che, con riguardo ai poteri di sorveglianza del presidente in udienza, "*In ogni collegio giudicante delle corti e dei tribunali il presidente del collegio esercita la sorveglianza durante l'udienza e le deliberazioni su tutti i magistrati che vi partecipano"* (art. 230).

[16] Cass. 27 giugno 2000 n. 8797

[17] Cass. 6 aprile 2004 n. 6756

[18] Una particolarissima ipotesi è menzionata da Cass. 8 maggio 2003 n. 7045, secondo cui, ove la sentenza risulti firmata soltanto dal presidente, senza altra specificazione a questi relativa, e nella intestazione della stessa sia apposta l'indicazione di "estensore" accanto al nome di uno degli altri componenti del collegio giudicante, possono ricavarsi due soluzioni alternative: che estensore del provvedimento sia stato il giudice indicato come "estensore", ed in tal caso la sentenza è nulla perché manca la menzione del presidente relativa all'impedimento dell'estensore a sottoscrivere, come richiesto dagli artt. 132 cod. proc. civ. e 119 disp. att. cod. proc. civ.; che estensore sia stato lo stesso presidente, ed anche in tale caso la sentenza è nulla, in quanto alla sottoscrizione del presidente non è aggiunta la qualifica di "estensore", la quale soltanto può far vincere la presunzione di coincidenza delle figure di relatore ed estensore posta dall'art. 276 cod. proc. civ. e 118 disp. att. cod. proc. civ..

Infine, può essere inquadrata nel principio di collegialità, in senso lato, anche la disposizione di cui all'art. 11 comma 2° lett. c) del D.L. n. 160 del 2006, come modificato dalla legge n. 111 del 2007, il quale – nella valutazione del criterio della diligenza, ai fini delle progressioni di carriera dei magistrati - prescrive la partecipazione alle riunioni previste dall'ordinamento giudiziario per la discussione e l'approfondimento delle innovazioni legislative nonché per la conoscenza dell'evoluzione della giurisprudenza. Tali riunioni, di carattere periodico, hanno appunto il compito di portare a conoscenza sia gli altri membri della sezione, sia i componenti delle altre sezioni su eventuali problematiche sorte in sede di discussione, anche al fine di ottenere un'uniformità di giudizio, almeno nell'ambito dello stesso ufficio giudiziario.

4. La collegialità all'interno della camera di consiglio. - Una volta preso atto della disciplina legislativa dettata dal codice di rito e dalle altre norme, è venuto il momento di indagare le dinamiche che regolano la collegialità all'interno della camera di consiglio.

Una premessa, ancorché minima, si rende necessaria: è fin troppo ovvio che, essendo i giudici uomini come gli altri, talvolta pesa sulla decisione – accanto ai profili tecnico giuridici della fattispecie – anche quel complesso sistema dato dai comportamenti, dall'affiatamento, dal dialogo leale fra i singoli componenti. Il valore della collegialità si rapporta appunto alla capacità di mettersi in discussione attraverso un confronto di idee con i colleghi, di rispettare il pensiero altrui ma anche di sostenere con convinzione le proprie ragioni.

Nel codice etico della magistratura sono delineati i comportamenti non solo estrinseci ma anche intrinseci, ai quali si deve attenere il giudice[19]. Le norme deontologiche consegnano un

[19] Cfr. Codice etico della Magistratura, approvato dal Comitato direttivo centrale dell'A.N.M. il 13 novembre 2010. Secondo l'art. 9 (*L'imparzialità del magistrato*), il magistrato rispetta la dignità di ogni persona, senza discriminazioni e pregiudizi di sesso, di cultura, di ideologia, di razza, di religione. Nell'esercizio delle funzioni opera per rendere effettivo il valore dell'imparzialità, agendo con lealtà e impegnandosi a superare i pregiudizi culturali che possono incidere sulla comprensione e valutazione dei fatti e sull'interpretazione ed applicazione delle norme.

Assicura inoltre che nell'esercizio delle funzioni la sua immagine di imparzialità sia sempre pienamente garantita. A tal fine valuta con il massimo rigore la ricorrenza di situazioni di possibile astensione per gravi ragioni di opportunità.

Secondo l'art. 11 (*La condotta nel processo*), nell'esercizio delle sue funzioni, il magistrato, consapevole del servizio da rendere alla collettività, osserva gli orari delle udienze e delle altre attività di ufficio e programma lo svolgimento delle stesse anche al fine di evitare inutili disagi ai cittadini e ai difensori e fornendo loro ogni chiarimento

magistrato che, all'esterno, deve mostrarsi soprattutto imparziale ed, all'interno, deve essere soprattutto intellettualmente onesto, ma che, con essenziale riguardo alla formazione della volontà collegiale, è tenuto ad una condotta ben precisa.

I predetti principi valgono prima di tutto per il relatore della causa portata alla camera di consiglio.

Il relatore deve arrivare preparato alla discussione, con una sufficiente conoscenza dei fascicoli. In primo grado questo significa aver letto gli atti introduttivi, le memorie ex art. 183 e le comparse conclusionali, con le memorie di replica, tanto più importanti nel predetto grado, in cui le prove costituende necessitano di una lettura critica delle parti, che si traduca, poi, in argomentazioni funzionali alle tesi sviluppate nel corso del giudizio. Nel secondo grado, in ossequio al principio di *revisio prioris instantiae* ed alle preclusioni di cui all'art. 345 c.p.c., l'attenzione deve essere essenzialmente concentrata sugli atti introduttivi e sulla sentenza gravata, sempre che un'appendice istruttoria o la possibile riconsiderazione della fattispecie alla luce di mutamenti legislativi o giurisprudenziali non impongano la lettura anche delle comparse conclusionali e delle repliche.

---

eventualmente necessario. Svolge il proprio ruolo con equilibrio e con pieno rispetto di quello altrui ed agisce riconoscendo la pari dignità delle funzioni degli altri protagonisti del processo, assicurando loro le condizioni per esplicarle al meglio.

Cura di raggiungere, nell'osservanza delle leggi, esiti di giustizia per tutte le parti, agisce con il massimo scrupolo, soprattutto quando sia in questione la libertà e la reputazione delle persone.

Fa tutto quanto e in suo potere per assicurare la ragionevole durata del processo.

Infine, secondo l'art. 12 (*La condotta del giudice*), il giudice garantisce alle parti la possibilità di svolgere pienamente il proprio ruolo, anche prendendo in considerazione le loro esigenze pratiche. Si comporta sempre con riserbo e garantisce la segretezza delle camere di consiglio, nonché l'ordinato e sereno svolgimento dei giudizi. Nell'esercizio delle sue funzioni ascolta le altrui opinioni, in modo da sottoporre a continua verifica le proprie convinzioni e da trarre dalla dialettica occasione di arricchimento professionale e personale.

Nelle motivazioni dei provvedimenti e nella conduzione dell'udienza esamina i fatti e gli argomenti prospettati dalle parti, evita di pronunciarsi su fatti o persone estranei all'oggetto della causa, di emettere giudizi o valutazioni sulla capacita professionale di altri magistrati o dei difensori, ovvero – quando non siano indispensabili ai fini della decisione – sui soggetti coinvolti nel processo.

Nel redigere la motivazione dei provvedimenti collegiali espone fedelmente le ragioni della decisione, elaborate nella camera di consiglio.

Pressoché analoga è la situazione in Cassazione, ove gli atti rilevanti sono costituiti dalla sentenza impugnata, dal ricorso e dal controricorso, fermo restando il potere delle parti di depositare memorie ex art. 378 c.p.c.

Se il relatore ha approntato una bozza del provvedimento in vista della camera di consiglio, deve essere evidentemente disposto a riconsiderare le proprie conclusioni, alla luce di un'eventuale maggioranza contraria che si possa formare su uno o più aspetti della fattispecie.

Ma anche agli altri componenti del collegio viene richiesto un comportamento doveroso.

Il giudice a *latere* – che dovrebbe essere, ma normalmente non è, al corrente degli atti processuali – deve seguire attentamente la relazione ed intervenire nella discussione solo se si prospettano questioni di diritto di cui è a conoscenza. Al di là dell'apparente banalità dell'affermazione che precede, sono più frequenti di quanto si pensi i casi di giudici che (per partito preso, per una questione di principio, per *vis polemica* o per antipatia personale) intervengono a sproposito, mettendo in difficoltà i colleghi e soprattutto allungando indebitamente i tempi della camera di consiglio.

Da parte sua, il presidente – quando ovviamente non è il relatore - deve leggere almeno gli atti introduttivi e svolgere una funzione di indirizzo, senza farsi fuorviare dalle proprie convinzioni o, peggio ancora, sensazioni.

L'uno e l'altro devono fare credito al relatore della buona fede, ossia partire dal presupposto che il contenuto della relazione corrisponda ad una completa lettura degli atti e dei documenti. Non sempre questo accade ed il comportamento del collegio, talvolta, finisce per condizionare la stessa applicazione, o almeno la misura dell'applicazione, degli istituti processuali.

5. L'applicazione dell'art. 348 bis c.p.c. - Un esempio paradigmatico del complesso funzionamento della collegialità è costituito dalle vicende dell'art. 348 *bis* c.p.c.

Come è noto, si tratta di una norma introdotta dal legislatore allo scopo precipuo di deflazionare il ruolo dei giudici di appello e, a prescindere da alcune evidenti criticità (metodologiche e sintattiche), in grado di fornire uno strumento concreto per ottenere una compressione delle pendenze[20]. Tuttavia, una serie di motivi ne ha in effetti scoraggiato e

[20]In proposito, sia consentito ricordare M. MOCCI, *Il filtro in appello, fra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione,* in *Giur. merito*, 2012, 10, pagg. 2013-2028,; Id. *Il giudice alle prese con il filtro in appello,* in *Il giusto proc. civ.* 2012, IV, pagg. 1243-1260. Più di recente, con accenti fortemente critici, A. TEDOLDI, *Il maleficio del filtro in appello,* in *Riv. Proc. Civ.* 2015, 3, 751; G. VERDE, *La riforma dell'appello civile: due anni dopo,* in *Riv. Proc. Civ.*

depotenziato l'applicazione. Intanto, lo stesso legislatore ci ha messo del suo, pretendendo una decisione in esito alla prima udienza di trattazione, senza però imporre all'appellato una costituzione preventiva, anche in mancanza di un gravame incidentale: in tal modo, la posizione del relatore (che dovesse reputare applicabile il filtro) ne risulta fortemente indebolita, perché il presidente e l'altro componente del collegio finiscono per ascoltare solo "la campana" dell'appellante. Nelle cause possessorie o di diritti reali, e più in generale, in tutte le cause ove si discute di questioni di fatto, l'importanza della comparsa di risposta è decisiva.

Altre difficoltà sono derivate dalla mancata consegna anticipata, da parte della Cancelleria (almeno quindici giorni prima), al relatore del fascicolo d'ufficio e del fascicolo di primo grado, che rende incompleta la conoscenza approfondita del ruolo di udienza e, soprattutto, preclude l'indispensabile scrematura fra le cause.

Ma, nell'esperienza reale, il vero problema è costituito dall'atteggiamento dei magistrati.

Spesso è mancata una condotta rispettosa della vincolatività della norma, che avrebbe consigliato – di fronte al pressoché totale assoggettamento delle impugnazioni al filtro – una costante riserva sulle decisioni, in sede di prima udienza, oltre che la menzione della discussione del filtro sul verbale di causa o comunque la tenuta di una specie di brogliaccio, idoneo a registrare la sorte di ciascuna delle cause valutate.

Ci sono coloro che hanno considerato l'art. 348 *bis* c.p.c. come un affronto al principio di difesa, mentre altri hanno ritenuto che dovesse riguardare solo ipotesi di valore bagatellare o gravami di poche pagine. Taluni presidenti hanno visto con malcelato fastidio l'incremento dei fascicoli da controllare (quelli di prima udienza, che si aggiungono a quelli già spediti a sentenza) e, pensando di esercitare le proprie prerogative, hanno finito per fare del *mobbing* nei confronti dei consiglieri più volenterosi. In questo modo, però, l'intento dell*a* disposizione ed il suo carattere deflattivo ne sono usciti totalmente ridimensionati. Meglio sarebbe stato allora prevedere – analogamente a quanto è stabilito per le sezioni filtro presso la Corte di Cassazione – la relazione scritta, da depositare e da comunicare alle parti: probabilmente, tutti sarebbero più consapevoli

2014, 3, 971; M. BOVE, *La pronunzia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli artt.348 bois e 348 ter c.p.c.*, in *Riv. Proc. Civ.*, 2013, 2, 389; P. SANDULLI, *Processo civile (lavori in corso): le nuove impugnazioni civili*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2013, 1, 137; R. POLI, *Il nuovo giudizio di appello,* in *Riv. Proc. Civ*. 2013, 1, 120.
;

dell'oggetto della discussione e giudizi a volte affrettati e superficiali lascerebbero il posto a decisioni maggiormente meditate.

Nell'attuale sistema, al relatore – ancorché consapevole della correttezza delle proprie ragioni – non conviene mai insistere, sia perché indugiare su una singola causa lo costringe a ritardare lo studio delle altre, sia perché radicalizzarsi su un punto può significare anche contrapporsi al presidente, il quale ne può trarre materia di giudizio in sede di valutazione professionale (sia di carriera, sia per gli incarichi direttivi e semidirettivi). Né ha un qualche senso – trattandosi oltre tutto di una procedura incidentale, che solo eventualmente può condurre alla declaratoria di inammissibilità – ricorrere allo strumento del plico sigillato, di cui all'art. 131 c.p.c., già così poco utilizzato anche per le sentenze.

I problemi legati al dissenso del relatore non finiscono qui. Infatti, oltre all'aspetto psicologico, si determina oggettivamente anche un allungamento del processo, perché l'estensore in minoranza impiega più tempo a costruire una sentenza che non condivide, proprio quando tutto l'attuale sistema è volto a comprimere i periodi temporali di stesura delle sentenze (le statistiche inviate periodicamente dagli uffici giudiziari sono ripartire secondo le varie scadenze, trenta giorni, sessanta giorni, centoventi giorni, oltre).

Nell'ipotesi di persistenza del contrasto è dunque consigliabile il trasferimento immediato dell'onere della motivazione su altro componente[21].

6. Collegialità e rimessione in istruttoria. - Una materia in cui il retto esercizio del principio della collegialità può produrre risultati virtuosi è quella della rimessione in istruttoria della causa posta in decisione.

Il problema non riguarda evidentemente quelle ipotesi fisiologiche – come le sentenze non definitive, perché riferite a questioni pregiudiziali o preliminari non risolutive o perché relative solo ad alcune delle domande proposte – in cui il tempo impiegato per pervenire alla precisazione delle conclusioni, per predisporre le comparse conclusionali e le memorie di replica ha comunque una

[21] In proposito, giova ricordare come, prevedendo il codice processuale che la motivazione della sentenza sia stesa dal relatore, a meno che il presidente non creda di stenderla egli stesso o affidarla all'altro giudice, sussista una presunzione - ribadita dall'art. 119, secondo comma, disp. att. c.p.c, che indica come sottoscrittori il presidente ed il relatore - di coincidenza delle figure del relatore e dell'estensore della sentenza. Tale presunzione può essere vinta solo dalla dimostrazione, in base alla documentale formulazione della stessa sentenza, dell'avvenuta sostituzione, nella posizione di estensore, del giudice autore della relazione con il presidente o con l'altro giudice. Così Cass. 5 luglio 2013 n. 16843.

sua giustificazione processuale e logica, giacché la domanda o l'eccezione delibata non costituisce più, in quel grado, oggetto di discussione[22]. Neppure possono essere considerati indicativi i casi, invero stavolta patologici e rari, nei quali la rimessione in istruttoria è utilizzata al fine di non caricarsi di una sentenza in più da parte di chi sta per lasciare l'ufficio.

Occorre invece esaminare le fattispecie in cui, pervenuto in sede di decisione dopo un giudizio caratterizzato dall'assenza o anche dallo svolgimento di una fase istruttoria, il giudice si rende conto di non poter concludere la causa perché l'istruttoria doveva essere svolta, oppure è incompleta, oppure non è univoca[23].

Sotto un profilo ordinamentale, va intanto premesso che, essendo la composizione dei collegi giudicanti disposta dal Presidente dell'ufficio giudiziario secondo le esigenze dell'ufficio stesso, la circostanza che il collegio cui venga rimessa la causa per la decisione sia composto in modo diverso da quello che, in precedente occasione, aveva preso in decisione la causa rimettendola sul ruolo per adempimenti istruttori, non importa alcuna nullità della sentenza emessa, perché non vi è alcun vizio di costituzione del giudice[24].

La decisione di rimettere il processo in istruttoria, *re melius perpensa*, se è pienamente legittima e costituisce una delle previsioni di cui all'attuale art. 279 comma 1° ("Il collegio pronuncia ordinanza quando provvede soltanto su questioni relative all'istruzione della causa, senza definire il giudizio") e comma 2° n. 4 e 5 c.p.c., per le sentenze non definitive, pur tuttavia rappresenta anche il sintomo di qualcosa che non ha funzionato per il verso giusto nella fase precedente alla decisione: una sottovalutazione dei mezzi dedotti dalle parti, una carenza di coordinamento fra giudici che si sono succeduti nel governo della causa, una mancanza di dialogo fra l'istruttore ed il collegio. In genere, dall'ordinanza non traspare alcunché di diverso da una eventuale giustificazione in punto di diritto, ma può essere indicativa della sfiducia nei confronti del

[22] Tanto è vero che, qualora il giudice di primo grado, separando due cause connesse, ne decida una soltanto e rimetta, con separata ordinanza, l'altra in istruttoria, l'appello è proponibile soltanto contro la sentenza relativa alla causa decisa, non potendo il giudice di appello, per il principio del doppio grado di giurisdizione, esaminare l'altra causa rimessa in istruttoria e non ancora decisa; ne consegue che, qualora si impugni la disposta separazione dei processi, non può essere censurata l'ordinanza con la quale il giudice provvede per l'istruttoria della causa separata, bensì il provvedimento della sentenza con il quale è stata posta in essere la separazione delle cause (Cass. 30 marzo 2009 n. 7626)

[23] Nel senso che, di fronte a risultanze contrastanti, ritiene di ripetere il mezzo istruttorio e di non applicare la regola giurisprudenziale, secondo cui, nell'ipotesi di un'insanabile divergenza oggettiva tra le deposizioni testimoniali non superabile sulla scorta delle ulteriori risultanze istruttorie, l'insufficienza della prova si riverbera in danno della parte sulla quale grava l'onere della prova, comportando, conseguentemente, il rigetto della domanda da questa proposta (Cass. 10 marzo 2015 n. 4773; Cass. 15 febbraio 2010 n. 3478).

[24] Cass. 4 novembre 2014 n. 23423.

relatore la decisione del collegio di riassumere davanti a sé uno o più mezzi di prova (art. 281 c.p.c.), normalmente rimessi all'istruttore della causa. Nell'ottica della ragionevole durata del processo, in ogni caso, la rimessione in istruttoria – provvedimento che ha natura ordinatoria, e quindi non è autonomamente impugnabile - dilata i tempi della decisione e costringe sia le parti sia il giudice ad un doppio lavoro[25].

Appare allora opportuno – pur dopo che, con la riforma del 1990, è stato abolito l'istituto del reclamo al collegio – che l'istruttore di primo grado, nelle cause collegiali, ma anche ove egli funge da giudice monocratico, tutte le volte che ha dei dubbi in ordine alla conduzione della causa, si consulti con i colleghi, per trarne utili indicazioni.

Non bisogna in proposito dimenticare la centralità del giudizio di primo grado, come luogo eletto e deputato alla formazione della prova, che lo stesso legislatore del 2012 ha voluto rimarcare attraverso l'introduzione del filtro in appello ed, ancor più attraverso la soppressione della possibilità – originariamente prevista dall'art. 345 comma 3° c.p.c. – per il collegio di ritenere indispensabile per la decisione della causa la produzione di documenti in secondo grado, relegando il giudice dell'appello a mero controllore della regolarità, in fatto ed in diritto, del provvedimento impugnato[26].

Ma è soprattutto nel secondo grado di merito, ad assoluta vocazione collegiale, che il valore del tempo rende imprescindibile una ponderazione delle ipotesi in cui la causa va rimessa in istruttoria. Per limitare al massimo il ricorso alla rimessione occorre allora una sinergia fra il relatore, il collegio e la cancelleria, tanto più opportuna adesso che, attraverso l'introduzione dell'art. 183 bis c.p.c.[27], è stata sostanzialmente incentivata, in primo grado, la diffusione del procedimento sommario di cognizione, il che implica, com'è ovvio, un ridimensionamento dell'attività probatoria consentita alla parte[28].

---

[25] Tanto più che l'ordinanza collegiale che rimette la causa dinnanzi all'istruttore determina la riapertura della fase istruttoria nella quale, essendo restituiti al giudice istruttore tutti i poteri per l'ulteriore trattazione della causa (art. 280 cod. proc. civ.), anche le parti debbono essere necessariamente investite, senza limitazioni di sorta, di tutte le facoltà che esse possono normalmente esercitare in tale fase, se non decadute. Ad esempio, una volta che la causa sia stata trattenuta in decisione, la rimessione sul ruolo istruttorio non può far rivivere una domanda alla quale la parte abbia, espressamente o implicitamente, rinunciato (Cass. 7 marzo 2007 n. 5215).

[26] E' molto critico sul punto G. IMPAGNATIELLO, *Il "filtro" di ammissibilità dell'appello*, in *Foro it.*, 2012, 10, 5, 295;Id., *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in Cassazione*, in *Il giusto proc. civ.* 2012, 3, 735. Per una panoramica del sistema probatorio in appello prima della riforma del 2009, cfr. R. DANOVI, *Note sull'effetto sostitutivo dell'appello*, in *Riv. Proc. Civ.* 2009, 6, 1466.

[27] Ad opera del D.L. 12 settembre 2014 n. 132, convertito nella legge 10 novembre 2014 n. 162

[28] In termini accentuatamente critici cfr. A. TEDOLDI, *La conversione del rito ordinario nel rito sommario ad nutum iudicis, (art. 183 bis c.p.c.)*, in *Riv. Proc. Civ.* 2015, 2, 490.

Il relatore, una volta ricevuto (tempestivamente, ossia con almeno dieci giorni di anticipo rispetto alla data di prima udienza) il fascicolo d'ufficio, completo del giudizio di primo grado, deve procedere ad una lettura approfondita e non superficiale degli atti.

E' necessario che possa conoscere la conduzione dell'istruttoria della prima fase, perché potrebbe essere già nelle condizioni di apprezzarne eventuali lacune o contraddizioni. Tuttavia, solo la valutazione della sentenza impugnata e dei motivi di appello può consentire un'appropriata focalizzazione delle attività consentite dal principio della *revisio prioris instantiae*, cui il giudice d'appello è tenuto: in altri termini, occorre che il supplemento istruttorio sia sollecitato esplicitamente dalla parte che se lo era visto respingere in primo grado e che lo ha riproposto anche in sede di precisazione delle conclusioni, risultandone altrimenti una rinuncia tacita (con riguardo ai capitoli di prova), oppure che appaia necessario comunque dal complesso dei motivi di gravame dedotti (con riguardo ad una consulenza tecnica d'ufficio o ad un ordine di esibizione).

L'onere di reiterare le richieste istruttorie respinte al momento della precisazione delle conclusioni - poiché, diversamente, le stesse dovranno ritenersi abbandonate e non potranno essere riproposte in appello - costituisce un'elaborazione giurisprudenziale, ricavata dal sistema delle impugnazioni, sulla scorta degli artt. 189, 345 e 346 c.p.c.[29], che peraltro impegna fatalmente anche il difensore ad un notevole livello di attenzione. La rinuncia tacita è infatti reputata a prescindere da ogni indagine sulla volontà della parte interessata, così da esonerare il giudice del gravame dalla valutazione sulla relativa ammissione o dalla motivazione in ordine alla mancata ammissione[30]. La suddetta interpretazione non contrasta del resto neppure con gli artt. 47 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, né con gli artt. 2 e 6 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (ratificato con legge 2 agosto 2008, n. 130), né con gli artt. 24 e 111 Cost., non determinando alcuna compromissione dei diritti fondamentali di difesa e del diritto ad un giusto processo, poiché dette norme processuali, per come valutate, senza escludere né rendere disagevole il diritto di "difendersi provando", subordinano, piuttosto, lo stesso ad una domanda della parte che, se rigettata dal giudice dell'istruttoria, va rivolta

[29] Cass. 14 ottobre 2008 n. 25157.

[30] Così Cass. 27 aprile 2011 n. 9410, in *Guida dir.* 2011, 26, 61, con nota di M. PISELLI, *La Corte privilegia l'interpretazione restrittiva a tutela di contraddittorio e giusto processo.*

al giudice che decide la causa, così garantendosi anche il diritto di difesa della controparte, la quale non deve controdedurre su quanto non espressamente richiamato[31].

In sostanza, ad un magistrato scrupoloso, ed intellettualmente onesto, dotato di preparazione giuridica e costante aggiornamento, occorre affiancare un appellante in grado di individuare le anomalie della sentenza impugnata e di condurre il giudice ad indagare su di esse, altrimenti la sentenza va confermata, ancorché erronea.

Se ritiene che possa o debba essere disposto il supplemento istruttorio, il relatore deve avvisare gli altri componenti del collegio, magari sottoponendo il problema nel corso di una camera di consiglio, sempre antecedentemente alla prima udienza. Qualora l'orientamento dei membri sia favorevole, in sede di prima udienza la Corte può assumere la causa in riserva (anche per poter valutare la comparsa eventualmente depositata dall'appellato, se costituitosi quel giorno), oppure può dettare le disposizioni del caso direttamente a verbale. In tal modo si può evitare tutto il tempo necessario per la spedizione a sentenza, per la camera di consiglio e per la nuova udienza di precisazione delle conclusioni, in esito all'espletamento dell'incombente istruttorio.

Anche il presidente di sezione può svolgere un ruolo attivo a monte, attraverso una lettura sia pur sommaria delle impugnazioni attribuite alla sezione, però in grado di cogliere almeno le falle istruttorie più evidenti del provvedimento gravato. Infatti, diversamente dal primo grado – in cui dall'atto di citazione non è dato comprendere quale sarà lo sviluppo istruttorio del giudizio – il principio di *revisio prioris instantiae* fa in modo che l'atto introduttivo di appello sia già particolarmente indicativo della materia del contendere in secondo grado, tanto è vero che la quasi totalità delle cause che vi pervengono è matura per la decisione sin dalla prima udienza[32]. Così, un controllo pregnante da parte del presidente, prima dell'assegnazione ai consiglieri, oltre che indicare l'approssimativo grado di difficoltà degli appelli, può servire anche a "calmierare" il peso dei ruoli fra i componenti di una stessa sezione ed ad individuare subito anomalie eclatanti nell'impostazione del giudice di primo grado. Non per niente, le tabelle degli uffici giudiziari prevedono uno sgravio del carico del presidente, anche in funzione di un'attività di previo controllo sommario delle cause assegnate.

[31] Cass. 27 giugno 2012 n. 10748. Fanno eccezione le controversie soggette al rito del lavoro, ove non vi sono udienze di mero rinvio o di precisazione delle conclusioni, ogni udienza è destinata alla decisione e, pertanto, qualora le parti abbiano tempestivamente articolati mezzi di prova nei rispettivi atti introduttivi, il giudice non può desumere l'abbandono delle istanze istruttorie dalla mancanza di un'ulteriore richiesta di ammissione nelle udienze successive alla prima (Cass. 27 febbraio 2014 n. 4717).

[32] C. CEA, *L'organizzazione dell'ufficio del giudice civile di appello,* in *Foro It.,* 2010, V, 169 e ss.

Non può poi essere sminuita, e men che meno dimenticata, la necessaria e fattiva collaborazione del personale ausiliario di cancelleria, chiamato a portare a termine una serie di adempimenti (fra cui, innanzi tutto, il reperimento tempestivo e la consegna dei fascicoli di primo grado nella fase antecedente la prima udienza, e le comunicazioni dell'ordinanza alle parti, nella fase successiva).

7. Problematiche in tema di decisione collegiale. - Il voto sull'esito finale della discussione non sempre esaurisce l'ambito delle questioni sottoposte al collegio, perché può essere necessaria una pronunzia anche sui passaggi logici che hanno condotto alla decisione ultima. Fermo restando che il problema non può essere circoscritto ad un puro problema di stile (posto che ciascun estensore ha il suo), la soluzione dovrebbe essere quella indicata dall'art. 276 comma 3° c.p.c., a proposito delle questioni pregiudiziali: il presidente mette ai voti due delle soluzioni per escluderne una, quindi mette ai voti la non esclusa e quella eventualmente restante, e così successivamente finché le soluzioni siano ridotte a due, sulle quali avviene la votazione definitiva[33].

E' poi possibile che il relatore – estensore sia convocato dal presidente, per procedere a modifiche sul percorso logico seguito nella stesura della minuta: in tal caso, la discussione finisce per essere bifasica e pone problemi di compatibilità con il principio collegiale, perché il terzo componente non viene solitamente chiamato a partecipare a questa appendice. Se dovesse essere presente effettivamente, inoltre, la maggioranza iniziale potrebbe essere modificata e ciò determinerebbe un'ulteriore complicazione.

8. Collegialità e responsabilità civile dei magistrati. - Il principio di collegialità ha tratto ancor maggiore importanza dalla modifica della normativa in tema di responsabilità civile dei magistrati, che, oltre ad aver abolito il filtro preliminare di ammissibilità dell'azione (di cui all'art. 5 della legge 13 aprile 1988 n. 117), ha altresì inserito, fra le ipotesi di colpa grave – oltre alla violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea – anche e soprattutto il

[33] Va peraltro segnalato come la più recente giurisprudenza abbia ripetutamente applicato il principio della "ragione più liquida", il quale, imponendo un approccio interpretativo con la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo, piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica, consente di sostituire il profilo di evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare, in una prospettiva aderente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, costituzionalizzata dall'art. 111 Cost., con la conseguenza che la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione - anche se logicamente subordinata - senza che sia necessario esaminare previamente le altre. (Cass. Sez. Un. 8 maggio 2014 n. 9936; Cass. 28 maggio 2014 n. 12002).

travisamento del fatto e delle prove, accanto ai casi riproposti dell'affermazione di un fatto, la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento, o la negazione di un fatto, la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento. Travisamento del fatto e delle prove che, nello stesso intendimento del legislatore, è cosa diversa dall'attività di interpretazione di norme di diritto o da quella di valutazione del fatto e delle prove (art. 2). Poiché anche chi non è relatore – e dunque ignora normalmente le circostanze fattuali e le prove della causa affidata alla cura altrui – concorre a formare la volontà dell'organo collegiale, resta parimenti soggetto all'azione di rivalsa dello Stato (art. 7): ciò si desume agevolmente dalla circostanza che il comma 3° della stessa norma prevede la responsabilità anche dei giudici popolari (ma soltanto in caso di dolo) nonché dei "cittadini estranei alla magistratura" che concorrono a formare o formano organi giudiziari collegiali e che rispondono altresì per dolo o negligenza inescusabile per travisamento del fatto o delle prove[34]. A maggior ragione, sono dunque coinvolti gli altri giudici togati, diversi dal relatore.

È evidente come la nuova legislazione, generalizzando sostanzialmente il sistema della responsabilità, metta tutti i componenti del collegio nelle condizioni o di fare un atto di fede oppure di doversi riguardare (se giudici di merito) i fascicoli di parte ed il verbale di causa, con un conseguente insostenibile aggravamento del lavoro ed allungamento dei tempi processuali, in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.).

9. Conclusioni. - Si può, a questo punto, tentare di rispondere alla domanda formulata in apertura, e cioè se il principio di collegialità costituisca ancora un valore attuale per l'ordinamento giuridico e per la stessa magistratura, soprattutto in tempi di pandemia e distanziamento sociale.

Ciò che appare all'esterno come il risultato di una volontà unica (ossia la riduzione ad unità delle distinte opinioni dei partecipanti), porta talvolta con sé qualche distorsione interna, dovuta ad atteggiamenti autoreferenziali o al cattivo uso dei poteri presidenziali. E' perciò forte la tentazione di abdicare alle regole ed alla prassi, in favore dello *smart working* anche per i magistrati. Ma l'udienza collegiale da remoto finirebbe inevitabilmente per diminuire le garanzie di obiettività e di

[34] Fra i primi commenti alla riforma sulla responsabilità civile dei giudici, F.P. LUISO, *La responsabilità dei magistrati: qualche osservazione dopo che il Senato ha approvato la riforma,* in *www.judicium.it,* 2015; G. VERDE, *Non è questa la strada per ricomporre l'equilibrio dei poteri,* in *Guida dir.* 2015, 13, 17; P. TRIMARCHI, *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge,* in *Corr. Giur.*, 2015, 7, 893; L. ROVELLI, *Un primo inquadramento sistematico sul tema della responsabilità civile dei magistrati,* in *Giust. Civ.* 2015, 3, 433.

terzietà per i cittadini e dunque il livello di democrazia del Paese. E' quindi sommamente auspicabile che si ritorni al più presto ad una celebrazione "fisica" e non più virtuale della camera di consiglio: lo sforzo di tutti verso una leale collaborazione fra i componenti del collegio, pur nel rispetto delle singole funzioni, costituisce la migliore risposta a qualunque ipotesi di depotenziamento dell'attività giurisdizionale.

Abstract: Il principio della collegialità, ricavabile dal codice di rito e da altre disposizioni, è in crisi, tanto più in tempi di pandemia. Dal punto di vista strutturale, il collegio consegna all'esterno un prodotto apparentemente monolitico (la sentenza o l'ordinanza). Tuttavia, all'interno della camera di consiglio, possono svilupparsi dinamiche talvolta particolari ed il comportamento dei singoli componenti non sempre è in linea con il ruolo assegnato dalla legge. Esempio emblematico è costituito dall'applicazione dell'art. 348 bis c.p.c. Ed, invece, la collaborazione imposta dal principio collegiale può rivelarsi molto importante, anche ai fini del restringimento dei tempi del processo, come nelle ipotesi di rimessione in istruttoria. Fra l'altro, un rinnovato interesse verso la formazione della volontà collegiale deriva anche dalla legge sulla responsabilità civile dei magistrati.

The principle of collegiality, obtainable from the procedural code and other provisions, is in crisis, especially in times of pandemic. From a structural point of view, the college delivers outside a seemingly monolithic product (the judgement or the decree). However, inside the Council Chamber, occasionally particular dynamics may arise and behaviour of the individual components is not always compliant with the role assigned by law. An emblematic example is application of art. 348 bis c.p.c. And, on the other hand, the cooperation imposed by the principle of collegiality can prove to be very important, also including the purpose of narrowing the long duration of trial, as in the case of come back under preliminary activity. Among other things, a renewed interest in the formation of the collegiate will derives as well from the law on the civil liability of judges.

Giovanna Brunetta

La Convenzione CARD e intervento della Gestionaria nel giudizio promosso dal danneggiato nei confronti del danneggiante e della sua impresa di assicurazione

SOMMARIO: 1. La Convenzione Card e la procedura di risarcimento diretto ex art. 149 cod. ass. - 2. Natura dell'azione ex art. 149 sesto comma cod. ass. - 3. Natura e funzione della Convenzione Card nell'ambito della procedura di risarcimento diretto ex art. 149 cod. ass. - 4. Ammissibilità dell'intervento dell'impresa Gestionaria nel procedimento instaurato dal danneggiato ex art. 145 cod. ass.

1. La Convenzione CARD e la procedura di risarcimento diretto ex art. 149 cod. ass.

La convenzione CARD (Convenzione tra assicuratori per il risarcimento diretto) è un accordo stipulato tra agenzie assicuratrici al fine di gestire il sistema del risarcimento diretto del danno e trova una specifica disciplina nell'art. 13 D.P.R. 18 luglio 2006, n. 254, il quale, al comma primo, prevede che: *"Le imprese di assicurazione stipulano fra loro una convenzione ai fini della regolazione dei rapporti organizzativi ed economici per la gestione del risarcimento diretto"*.

Appare opportuno, pertanto, svolgere sul punto una brevissima digressione con riferimento al cosiddetto "codice delle assicurazioni". Il D.P.R. 254/2006, entrato in vigore il 1 gennaio 2007 e destinato a trovare applicazione con riferimento ai sinistri successivi al 1 febbraio 2007, è stato introdotto, in attuazione di quanto espressamente previsto all'art. 150 cod. ass.,[1] con lo scopo di

[1] Art. 150 cod. ass.: *"1. Con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro delle attività produttive, da emanarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice sono stabiliti:*

a) i criteri di determinazione del grado di responsabilità delle parti anche per la definizione dei rapporti interni tra le imprese di assicurazione;

b) il contenuto e le modalità di presentazione della denuncia di sinistro e gli adempimenti necessari per il risarcimento del danno;

c) le modalità, le condizioni e gli adempimenti dell'impresa di assicurazione per il risarcimento del danno;

d) i limiti e le condizioni di risarcibilità dei danni accessori;

e) i principi per la cooperazione tra le imprese di assicurazione, ivi compresi i benefici derivanti agli assicurati dal sistema di risarcimento diretto.

2. Le disposizioni relative alla procedura prevista dall'articolo 149 non si applicano alle imprese di assicurazione con sede legale in altri Stati membri che operano nel territorio della Repubblica ai sensi degli articoli 23 e 24, salvo che le medesime abbiano aderito al sistema di risarcimento diretto.

3. L'IVASS vigila sul sistema di risarcimento diretto e sui principi adottati dalle imprese per assicurare la tutela dei danneggiati, il corretto svolgimento delle operazioni di liquidazione e la stabilità delle imprese".

individuare le modalità attuative dell'istituto del risarcimento diretto così come disciplinato all'art 149 cod. ass. [2]

Tale disposizione si riferisce all'ipotesi in cui si sia verificato un sinistro che abbia coinvolto due veicoli identificati e assicurati per la R.C.A. con diverse imprese assicuratrici e siano derivati danni al veicolo, alle cose trasportate di proprietà dell'assicurato o del conducente o danni fisici alla persona del conducente non responsabile nel limite indicato all'art. 139 cod. ass. (lesioni pari od inferiori al 9%) [3]. In tal caso il dettato dell'art. 149 prevede che i danneggiati debbano rivolgere la richiesta di risarcimento direttamente all'impresa di assicurazione con la quale hanno stipulato il contratto relativo al veicolo utilizzato.

---

[2] Art. 149 cod. ass.: *"1. In caso di sinistro tra due veicoli a motore identificati ed assicurati per la responsabilità civile obbligatoria, dal quale siano derivati danni ai veicoli coinvolti o ai loro conducenti, i danneggiati devono rivolgere la richiesta di risarcimento all'impresa di assicurazione che ha stipulato il contratto relativo al veicolo utilizzato.*

2. La procedura di risarcimento diretto riguarda i danni al veicolo nonché i danni alle cose trasportate di proprietà dell'assicurato o del conducente. Essa si applica anche al danno alla persona subito dal conducente non responsabile se risulta contenuto nel limite previsto dall'articolo 139. La procedura non si applica ai sinistri che coinvolgono veicoli immatricolati all'estero ed al risarcimento del danno subito dal terzo trasportato come disciplinato dall'articolo 141.

3. L'impresa, a seguito della presentazione della richiesta di risarcimento diretto, è obbligata a provvedere alla liquidazione dei danni per conto dell'impresa di assicurazione del veicolo responsabile, ferma la successiva regolazione dei rapporti fra le imprese medesime.

4. Se il danneggiato dichiara di accettare la somma offerta, l'impresa di assicurazione provvede al pagamento entro quindici giorni dalla ricezione della comunicazione e il danneggiato è tenuto a rilasciare quietanza liberatoria valida anche nei confronti del responsabile del sinistro e della sua impresa di assicurazione.

5. L'impresa di assicurazione, entro quindici giorni, corrisponde la somma offerta al danneggiato che abbia comunicato di non accettare l'offerta o che non abbia fatto pervenire alcuna risposta. La somma in tale modo corrisposta è imputata all'eventuale liquidazione definitiva del danno.

6. In caso di comunicazione dei motivi che impediscono il risarcimento diretto ovvero nel caso di mancata comunicazione di offerta o di diniego di offerta entro i termini previsti dall'articolo 148 o di mancato accordo, il danneggiato può proporre l'azione diretta di cui all'articolo 145, comma 2, nei soli confronti della propria impresa di assicurazione. L'impresa di assicurazione del veicolo del responsabile può chiedere di intervenire nel giudizio e può estromettere l'altra impresa, riconoscendo la responsabilità del proprio assicurato ferma restando, in ogni caso, la successiva regolazione dei rapporti tra le imprese medesime secondo quanto previsto nell'ambito del sistema di risarcimento diretto".

[3] L'art. 149 al secondo comma dispone inoltre che "*la procedura non si applica ai sinistri che coinvolgono veicoli immatricolati all'estero ed al risarcimento del danno subito dal terzo trasportato come disciplinato dall'art. 141".* Il terzo trasportato, infatti, è tenuto ad agire direttamente nei confronti dell'impresa di assicurazione del veicolo sul quale era a bordo al momento del sinistro. Recentemente, la Suprema Corte ha chiarito che: *"In tema di risarcimento del danno da incidente stradale, la persona trasportata può avvalersi dell'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazioni del veicolo sul quale viaggiava al momento del sinistro anche se quest'ultimo sia stato determinato da uno scontro in cui sia rimasto coinvolto un veicolo assicurato con una compagnia che non abbia aderito alla convenzione tra assicuratori per il risarcimento diretto, c.d. CARD, atteso che l'art. 141 del d.lgs. n. 206 del 2005, di derivazione comunitaria, assegna una garanzia diretta alle vittime dei sinistri stradali in un'ottica di tutela sociale che fa traslare il "rischio di causa" dal terzo trasportato, vittima del sinistro, sulla compagnia assicuratrice del trasportante".* (Cass. civ., 18 gennaio 2019, n. 1279; nello stesso senso anche Cass. civ., 21 gennaio 2020, n. 1161).

In relazione ai requisiti necessari per l'applicazione della procedura di risarcimento diretto, il D.P.R 254/2006 specifica all'art. 1 lett. d) che per "sinistro" deve intendersi "*la collisione avvenuta nel territorio della Repubblica tra due veicoli a motore identificati e assicurati per la responsabilità civile obbligatoria*"[4]. Le condizioni di accesso alla procedura, poi, non richiedono la totale assenza di colpa in capo al richiedente; l'art. 5 del D.P.R. 254/2006 infatti prevede che possa rivolgere la richiesta di risarcimento "*il danneggiato che si ritiene non responsabile, in tutto o in parte, del sinistro*". [5]

Ciò posto, si impone una breve esegesi dei vari commi dell'art. 149 cod. ass.

In seguito alla richiesta di risarcimento formulata dal danneggiato, l'art. 149 cod. ass. al comma terzo prevede che l'impresa di assicurazione del danneggiato è obbligata a provvedere alla liquidazione dei danni per conto dell'impresa di assicurazione del veicolo responsabile, ferma restando la successiva regolazione dei rapporti tra le imprese. Poi, nell'ipotesi in cui il danneggiato dichiari di accettare l'offerta formulata dalla propria impresa di assicurazione, il comma quarto prevede che essa sia tenuta al pagamento entro quindici giorni dalla ricezione della comunicazione

[4] Dalla lettura della disposizione conseguirebbe quindi l'esclusione dall'ambito applicativo della procedura di risarcimento diretto sia dell'ipotesi in cui il sinistro stradale si sia verificato in assenza di scontro tra veicoli sia di quella in cui il sinistro stradale abbia coinvolto più di due veicoli. In merito a tale ultima ipotesi è recentemente intervenuta la Suprema Corte dichiarando che: "*La procedura dell'indennizzo diretto è ammissibile anche in caso di collisione che abbia riguardato più di due veicoli, con esclusione della sola ipotesi in cui oltre al veicolo dell'istante e a quello nei cui confronti questi rivolge le proprie pretese, siano coinvolti ulteriori veicoli (i cui conducenti siano) responsabili del danno*" (Cass. civ., 7 febbraio 2017, ord. n. 3146; cfr. *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2017, 3, p. 935). La Corte ritiene quindi applicabile la procedura di risarcimento diretto a prescindere dal numero di veicoli coinvolti, purché il numero dei responsabili non sia superiore a due. A sostegno di tale assunto, la Corte richiama l'art. 1, comma 1, lett. d) del D.P.R. 254/206 dal momento che è espressamente previsto che la procedura di risarcimento diretto sia applicabile in caso di *"collisione avvenuta nel territorio della Repubblica tra due veicoli a motore identificati ed assicurati per la responsabilità civile obbligatoria dalla quale siano derivati danni ai veicoli o lesioni di lieve entità ai loro conducenti, senza coinvolgimento di altri veicoli responsabili".* La Corte precisa poi che la conclusione a cui perviene: "*è coerente del resto con la ratio della disposizione di cui all'art. 149 del codice delle assicurazioni private, che ha introdotto la speciale procedura dell'indennizzo diretto per semplificare gli adempimenti ai fini della liquidazione del risarcimento in caso di sinistri stradali in cui si siano verificati esclusivamente danni a cose e/o danni lievi alle persone, prevedendo che i danneggiati possano rivolgersi alla propria compagnia di assicurazione, la quale gestisce la pratica per conto della compagnia del soggetto responsabile, per poi regolare i rapporti con quest'ultima attraverso una stanza di compensazione. Il meccanismo di rappresentanza e di compensazione tra le due compagnie di assicurazione interessate risulta articolato in modo tale da poter operare non solo in caso di sinistro con unico responsabile, ma anche laddove sussista la corresponsabilità del danneggiato istante, indipendentemente dall'esistenza di altri danneggiati, mentre resta escluso nel caso in cui, essendovi ulteriori soggetti responsabili, si avrebbe il coinvolgimento di una ulteriore compagnia di assicurazione".*

[5] Sul punto cfr. M. HAZAN, P. PARDOLESI, M. BONA , *La disciplina del risarcimento diretto dei danni da circolazione stradale*, in *Danno e Resp*., 2007, 3, 249 (commento alla normativa).

ed il danneggiato che abbia ricevuto tale pagamento è tenuto a rilasciare quietanza liberatoria valida anche nei confronti del responsabile del sinistro e della sua impresa di assicurazione.

Al comma quinto, invece, è disciplinata l'ipotesi in cui il danneggiato abbia dichiarato di non accettare l'offerta o non abbia fatto pervenire alcuna risposta; in tali casi l'impresa di assicurazione è tenuta comunque a corrispondere la somma offerta che verrà eventualmente imputata all'eventuale liquidazione definitiva del danno.

Il comma sesto disciplina il profilo processuale del meccanismo di risarcimento diretto; prevede infatti che, laddove vi sia stata comunicazione dei motivi che impediscono il risarcimento diretto o nel caso in cui non sia stata comunicata alcuna offerta o questa non sia stata accettata o non sia stato raggiunto alcun accordo, il danneggiato può proporre l'azione diretta ex art. 145 cod. ass. comma secondo "*nei soli confronti della propria impresa di assicurazione*". È previsto, inoltre, che l'impresa di assicurazione del responsabile civile possa chiedere di intervenire nel giudizio, riconoscendo la responsabilità del proprio assicurato, ed eventualmente estromettere l'impresa del danneggiato, salva in ogni caso la successiva regolazione del rapporto da parte dell'impresa del danneggiato e di quella del danneggiante.

2. Natura dell'azione ex art. 149, sesto comma cod. ass.

Nel corso degli anni, la disposizione in questione è stata oggetto di diverse contestazioni; vi è chi, da un lato[6], sostiene che l'espressione impiegata dall'art. 149, comma sesto, cod. ass., per cui "*Il danneggiato può proporre l'azione diretta di cui all'art. 145, secondo comma, nei soli confronti della propria impresa di assicurazione*", si riferisca ad una modalità di risarcimento che concorre con quelle già previste nei confronti del responsabile civile ex artt. 2043 e 2054 cod. civ. e della impresa assicuratrice di costui ex art. 144 cod. ass. Dall'altro[7] lato, invece, vi è chi ritiene che

[6] Cfr. A.A. ROMANO (con nota di), *Sui rapporti tra la c.d. "azione diretta" dell'art. 149 cod. ass., e le altre azioni a disposizione del soggetto in un sinistro stradale*, in *Riv. dir. proc*., 2010, 2, p. 451 ss. il quale nella nota 3 richiama: Giud. pace Trapani 16 luglio 2008, in *Arch. giur.* circ. 2009, 68; Giud. pace Pozzuoli 14 luglio 2008, in *Merito* 2008, 11, 5; Giud. pace Frosinone 11 marzo 2008, in *Arch. giur*. circ. 2008, 548;

Giud. pace Erice 25 febbraio 2008, in *Arch. giur*. circ. 2008, 1050; Giud. pace Roma 14 febbraio 2008,in *Merito* 2008, 11, 6.

Cfr. M. BONA, *La procedura di risarcimento diretto è soltanto un "ulteriore rimedio": una soluzione conforme al diritto comunitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 1768 ss.

[7] Cfr. A.A. ROMANO (con nota di), cit., il quale nelle note 4 e 5 richiama M. HAZAN, *Per forza o per scelta: l'indennizzo diretto e l'art. 141 cod. ass. dopo l'intervento della Consulta*, in *Danno e resp*., 2009, 333 ss.; Trib. Palermo 20 marzo 2008, in *Merito* 2008, 11, 7; Giud. pace Parma 8 febbraio 2008, in *Foro it.* 2008, I, 2742.

l'espressione "*nei soli confronti della propria impresa di assicurazione*" sia identificativa della volontà del legislatore di escludere l'applicabilità di qualsiasi altro rimedio.

In merito a tale questione è intervenuta la Corte Costituzionale, inizialmente con l'ordinanza interpretativa del 23 dicembre 2008, n. 441 con la quale, dichiarando la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità dell'art. 149 cod. ass. sollevate, ha chiarito che *"il codice delle assicurazioni si è limitato a rafforzare la posizione dell'assicurato rimasto danneggiato, considerato soggetto debole"* e, successivamente, con la sentenza interpretativa di rigetto del 19 giugno 2009, n. 180 ha statuito che il procedimento di cui all'art. 149 cod. ass. ha carattere *"alternativo e non esclusivo"* e quindi non preclude le azioni già previste dall'ordinamento in favore del danneggiato[8].

[8] Nel caso di specie, nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno in seguito ad un sinistro stradale formulata da Rocca Trasporti s.r.l. nei confronti di Mediterranea s.r.l. e Zurigo Assicurazioni s.p.a., rispettivamente la responsabile civile del danno, in quanto proprietaria del veicolo antagonista, e la compagnia di assicurazione della stessa, il Giudice di Pace di Palermo solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 149 cod. ass. per violazione degli artt. 3, 24, 76 e 111 Cost. Secondo il giudice rimettente, infatti, l'art. 149 cod. ass. nel prevedere l'azione diretta del danneggiato nei confronti della propria assicurazione, eliminerebbe *"il diritto, spettante a qualunque danneggiato da fatto illecito, di agire (anche) contro il responsabile del danno e sostituendo alla legittimazione passiva dell'assicuratore per la r.c.a. di quest'ultimo quella dell'assicuratore dello stesso danneggiato".*

Il giudice ritiene, inoltre, di non poter procedere ad una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, dal momento che l'espressione contenuta al comma sesto dell'articolo in questione per cui *"il danneggiato può proporre l'azione diretta nei soli confronti della propria impresa di assicurazione"* configurerebbe l'obbligo per il danneggiato di agire esclusivamente e senza alternative nei confronti della propria impresa di assicurazione.

Nell'esporre le ragioni della non manifesta infondatezza della questione sollevata, il giudice rimettente ravvisa in primo luogo una violazione dell'art. 76 Cost., ritenendo vi sia un eccesso di delega nell'introduzione della procedura di cui all'art. 149 cod. ass., in quanto l'azione diretta del danneggiato nei confronti della propria impresa di assicurazione appare quale innovazione sostanziale e significativa ed, in quanto tale, dovrebbe essere oggetto di delega specifica. L'innovazione consiste nel fatto che attraverso l'azione di cui all'art. 149 cod. ass. da un lato si elimina il diritto, spettante a qualunque danneggiato da fatto illecito, di agire anche nei confronti del responsabile del danno e dall'altro si sostituisce alla legittimazione passiva dell'assicuratore per la r.c.a. di quest'ultimo quella dell'assicuratore del danneggiato. Non sarebbe, tuttavia, rinvenibile alcuna delega specifica nella l. 229/2003, la quale, infatti, si propone semplicemente di *"realizzare una semplificazione ed un riassetto della legislazione assicurativa".*

Il vizio di eccesso di delega, poi, sarebbe rilevabile anche sotto il profilo dell'assenza del parere del Consiglio di Stato, dato che: *"le disposizioni recanti la procedura di risarcimento diretto e la relativa disciplina furono inserite da ultimo nel Codice delle assicurazioni sulla base del parere reso dalle competenti Commissioni parlamentari, ma non erano presenti nello schema di decreto legislativo sul quale il Consiglio di Stato aveva previamente espresso il proprio parere".*

In secondo luogo, il giudice rimettente ritiene che l'art. 149 cod. ass. si ponga in contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost.

In merito all'art. 3 Cost., il giudice rimettente individua una violazione del principio di uguaglianza in quanto vi sarebbe una disparità di trattamento tra le ipotesi di diversa entità dei danni. "*La procedura obbligatoria del risarcimento diretto si applica anche ove la persona del conducente (non, anche parzialmente, responsabile) abbia subito lesioni con postumi permanenti inabilitanti superiori al 9%. La diversità tra le due ipotesi (danni fisici lievi o danni al veicolo e danni alle cose trasportate, da un lato, e danni fisici gravi e perdita di un congiunto, dall'altro) incide ingiustificatamente non solo sulla procedura di liquidazione del danno e sul riferimento soggettivo passivo dell'azione risarcitoria diretta, ma anche sul piano sostanziale"*; infatti, mentre nella procedura ordinaria di

La sentenza, tuttavia, non chiarisce se il danneggiato possa eventualmente promuovere entrambe le azioni cumulativamente. E' generalmente condiviso in dottrina e giurisprudenza l'orientamento che ritiene che, in forza del principio *"electa una via, non datur recursus ad alteram"*, il danneggiato che agisca in giudizio nei confronti della propria impresa di assicurazione o di quella del responsabile civile consuma, attraverso la proposizione stessa dell'azione, il suo potere di scelta.

3. Natura e funzione della Convenzione Card nell'ambito della procedura di risarcimento diretto ex art. 149 cod. ass.

In relazione alla procedura di risarcimento diretto, la convenzione Card, redatta ai sensi dell'art. 13 D.P.R 18 luglio 2006, n. 254, riveste un ruolo rilevante; si tratta, infatti, di un accordo al quale aderiscono obbligatoriamente le imprese assicuratrici con sede legale in Italia allo scopo di *"definire le regole di cooperazione tra imprese assicuratrici in ordine alla organizzazione ed alla*

---

liquidazione il risarcimento viene regolato da un atto normativo primario, nell'ambito della procedura di risarcimento diretto, "*l'art. 150 cod. ass. demanda ad una fonte normativa secondaria di tipo regolamentare il compito il stabilire il grado di responsabilità delle parti ed i limiti di risarcibilità dei danni accessori"*.

In merito all'art. 24 Cost., il rimettente ne individua una violazione in quanto l'impresa assicuratrice del danneggiato sostituisce quale legittimata passiva dell'azione risarcitoria il responsabile civile e l'impresa assicuratrice di costui, soggetti ai quali l'art. 149 cod. ass. escluderebbe, quindi, legittimazione passiva. Di conseguenza, al contraddittore naturale del danneggiato, ovvero il responsabile civile o l'impresa di assicurazione di costui, viene sostituito un soggetto del tutto estraneo nei cui confronti il danneggiato non potrebbe, peraltro, esperire utilmente gli ordinari mezzi istruttori.

In merito poi all'art. 111 Cost., il giudice rimettente ritiene che attraverso la procedura di risarcimento diretto così come disciplinata ex art. 149 cod. ass. risulterebbe minata la parità delle armi nel processo sia con riferimento agli obblighi legali e contrattuali del danneggiato nei confronti della propria impresa di assicurazione (obbligo di denunciare il sinistro), sia con riferimento alla differenza degli strumenti processuali e dei mezzi probatori di cui disporrebbero le parti.

La Corte Costituzionale con sentenza interpretativa di rigetto dichiara manifestamente infondate le questioni sollevate. L'espressione contenuta al comma sesto dell'art. 149 cod. ass. per cui "*il danneggiato può proporre l'azione diretta di cui all'art. 145, comma 2, nei soli confronti della propria impresa di assicurazione*" non individua un obbligo in capo al danneggiato di agire esclusivamente nei confronti della propria impresa di assicurazione; infatti, la Corte chiarisce che: "*oggetto della perifrasi non è tanto il rapporto che, con riguardo alla proposizione di un'azione, il legislatore vuole instaurare nei confronti di un soggetto, quanto l'azione stessa, che è individuata nei confronti (e nei soli confronti) di un determinato soggetto. Così individuato l'oggetto dell'azione (...) il danneggiato "può" - ma non deve - esperire quell'azione. Sulla base del significato proprio delle parole (...) , l'azione diretta è configurabile come una facoltà e quindi un'alternativa all'azione tradizionale per far valere la responsabilità dell'autore del danno*". La predisposizione della procedura di risarcimento diretto è infatti finalizzata a rafforzare la tutela del danneggiato e la liquidazione dei danni da parte dell'assicurazione del danneggiato è operata per conto dell'impresa assicuratrice del veicolo responsabile, al fine di rendere più sollecito il risarcimento.

Cfr. sul punto, *ex multis*, M. FRASCHINA, *La procedura di risarcimento diretto: la sentenza della Corte Costituzionale 19 giugno 2009, n. 180*, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 2010; A. PALMIERI, *Sinistri stradali e sistema di risarcimento diretto: facoltatività (e alternatività) dell'azione giudiziaria promossa dall'assicurato contro il proprio assicuratore*, in *Foro it.* 2010, 1, c., 782 ss.; I. SABBATELLI, *Indennizzo diretto e facoltatività dell'azione*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2009, 12, 11181 (nota a sentenza).

gestione del sistema di risarcimento diretto, e ai rimborsi ed alle compensazioni conseguenti ai risarcimenti operati ai sensi degli articoli 141, 149 e 150 del Codice delle Assicurazioni e del D.P.R. n. 254 del 18 luglio 2006". (art. 1 CARD).

L'impresa assicuratrice aderente a tale convenzione assume, pertanto, una duplice veste: è definita Gestionaria, quando risarcisce il danneggiato in tutto od in parte per conto dell'impresa assicuratrice del veicolo civilmente responsabile del sinistro; è, invece, definita Debitrice nell'ipotesi in cui i danni provocati dal proprio assicurato responsabile vengono risarciti per suo conto dall'impresa del danneggiato.

L'art. 1 *bis* CARD regola i poteri di rappresentanza dell'impresa assicuratrice che assume la veste di Gestionaria, disponendo che: "*Con la sottoscrizione della presente Convenzione le imprese aderenti riconoscono e comunque dichiarano di ritenere la procedura di risarcimento diretto come obbligatoria. Alla luce di quanto sopra, ciascuna impresa, per il solo fatto di aver ricevuto la richiesta di risarcimento del proprio assicurato, ancorché inviatale soltanto per conoscenza, è obbligata, ai sensi dell'art. 149 comma 3 ed in presenza dei presupposti di applicabilità della procedura di risarcimento diretto, ad assumere la gestione stragiudiziale del sinistro in veste di Gestionaria. Specularmente ciascuna impresa assicuratrice del responsabile civile deve astenersi, in veste di Debitrice, dalla trattazione del sinistro medesimo. Anche nelle diverse ipotesi in cui il danneggiato, pur in presenza dei presupposti di applicabilità dell'art. 149, ritenga di rivolgere la propria richiesta di risarcimento alla sola impresa Debitrice, sarà la Gestionaria ad assumere la gestione stragiudiziale del sinistro, in proprio ovvero, in forza di quanto previsto dal comma seguente, in nome e per conto della Debitrice*".

In forza di un mandato irrevocabile, conferito da ciascuna impresa alle altre al momento dell'adesione alla convenzione CARD, la Gestionaria si impegna a compiere ogni attività necessaria alla gestione del sinistro ed alla liquidazione del danno. In fase stragiudiziale l'impresa assicuratrice del danneggiato, ovvero la Gestionaria, interverrà in proprio, qualora il danneggiato rivolga direttamente ad essa la richiesta di risarcimento; interverrà, invece, in nome e per conto della Debitrice nel caso in cui il danneggiato rivolga a quest'ultima la richiesta di risarcimento.

In relazione alla fase processuale, l'art. 1 *bis* chiarisce che il mandato irrevocabile conferito dalla Debitrice alla Gestionaria attribuisce a quest'ultima sia la rappresentanza sostanziale, sia quella processuale. Ne deriva quindi che la Gestionaria acquisisce il potere di rappresentare la Debitrice "*ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 77 c.p.c., in tutte le vertenze relative alla gestione*

del sinistro, in ogni grado di giudizio, con facoltà di nominare avvocati, periti ed arbitri, revocarli e sostituirli".

In relazione alla natura di tale mandato ed ai poteri che esso conferisce alla Gestionaria, in dottrina ed in giurisprudenza si sono registrati diversi orientamenti. La questione assume rilevanza nell'ipotesi in cui il danneggiato abbia deciso di agire in giudizio nei confronti del responsabile civile e dell'impresa di assicurazione di costui e l'impresa assicuratrice del danneggiato intervenga nel giudizio. Da un lato, infatti, vi è la necessità di tutelare l'interesse del danneggiato ad avere in giudizio la compagnia di assicurazione effettivamente convenuta e dall'altro quello delle compagnie di assicurazione firmatarie della convenzione CARD di vedersi riconosciuto il diritto sancito all'art. 1 *bis* di tale convenzione[9].

4. Ammissibilità dell'intervento della Gestionaria nel procedimento instaurato dal danneggiato ex art. 145 cod. ass.

Parte della Giurisprudenza esclude che la Gestionaria abbia la facoltà di intervenire nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti del responsabile civile e della sua assicurazione sulla base di considerazioni di carattere sostanziale e procedurale[10].

Dal punto di vista sostanziale, infatti, il mandato viene considerato nullo ai sensi degli artt. 1343, 1344 e 1418 cod. civ. per illiceità della causa, dal momento che con esso si priverebbe il danneggiato della facoltà di agire direttamente nei confronti dell'assicurazione del responsabile civile, facoltà espressamente ribadita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 180/2009. Tale mandato integrerebbe, quindi, un'ipotesi di negozio in frode alla legge costituente un mezzo attraverso cui eludere l'applicazione della norma imperativa di cui all'art. 144 cod. ass., che prevede l'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore del responsabile civile.

[9] Cfr. G. CASCELLA, *Ammissibilità o meno dell'intervento volontario dell'assicuratore del danneggiato nel giudizio promosso contro il danneggiante e la sua assicurazione. Brevi osservazioni a margine di Trib. T. Ann., 22 giugno 2017, n. 1837, est. dr. Ferrara*, in *La Nuova Procedura Civile*, 4, 2017.

[10] Cfr. *ex multis* Trib. Torre Annunziata, 10 novembre 2016, n. 2830 per cui: *"Stante il carattere facoltativo dell'azione di indennizzo (rectius, risarcimento) diretto di cui all'art. 149 cod. ass., quando il danneggiato agisce nei confronti del proprietario e dell'assicuratore del veicolo responsabile del sinistro, è inammissibile l'intervento volontario della compagnia di assicurazione del veicolo danneggiato, che risulta carente di interesse ad agire, non essendo stata svolta nei suoi confronti alcuna domanda"*; Trib. Bologna, 16 aprile 2014, n. 20653; Trib. Genova, 10 giugno 2011, n. 2415.

Dal punto di vista procedurale, viene rilevato il difetto di rappresentanza processuale nonché la carenza di legittimazione ed interesse ad agire con riferimento agli artt. 77, 81 e 100 cod. proc. civ. Il mandato viene, infatti, considerato nullo per contrasto con l'art. 81 cod. proc. civ., poiché attraverso tale accordo fra le imprese assicuratrici si renderebbe possibile derogare al principio di tassatività dei casi di sostituzione processuale ricavabile dal testo della disposizione menzionata.

Altra parte della Giurisprudenza e la Dottrina maggioritaria propendono, invece, per l'ammissibilità dell'intervento della Gestionaria nell'ambito di un procedimento instaurato dal danneggiato nei confronti del responsabile civile e della impresa di assicurazione di costui [11].

In primo luogo, il mandato di cui all'art. 1 *bis* della Convenzione Card non è da considerarsi nullo ex artt. 1343, 1344 e 1418 cod. civ. poiché la compagnia del danneggiato, quale mandataria di quella del danneggiante, agisce a tutela di un diritto di quest'ultima e non per far valere un diritto proprio, cosicché le conseguenze di un'eventuale sentenza di condanna si produrrebbero solo nella sfera giuridica dell'ultima. Il mandato conferito alla prima non viola alcun precetto normativo dal momento che il danneggiato continuerà a far valere il proprio diritto sempre e soltanto nei confronti della compagnia del danneggiante. [12] Tali considerazioni consentono, quindi, di ritenere ammissibile la costituzione della compagnia del danneggiato anche nei giudizi azionati ex artt. 144 e 148 cod. ass.[13]

---

[11] Cfr. *ex multis* Cass. civ., 28 agosto 2019, n. 21761; Cass. civ., 11 dicembre 2018, n. 31965; Cass. civ., 01 agosto 2018, n. 20383; Cass. civ., ord. 1 marzo 2017, n. 5267; Cass. civ., 11 ottobre 2016, n. 20408;

[12] Cfr. *ex multis* Cass. civ., 29 agosto 2019, n. 21761: *"Nell'ambito delle diverse procedure di risarcimento regolate dal D.Lgs. n. 209 del 2005, è ben possibile che la compagnia di assicurazione del danneggiato si costituisca in giudizio quale rappresentante volontaria di quella del danneggiante sulla base del mandato da quest'ultima conferitole, senza che ciò pregiudichi il diritto del danneggiato di scegliere il soggetto nei cui confronti fare valere la propria pretesa e fermo restando che gli effetti di una eventuale pronuncia si producono soltanto nella sfera giuridica della mandante. La Compagnia mandataria agisce a tutela di un diritto della mandante e non in proprio. Pertanto, le conseguenze di un'eventuale sentenza di condanna si produrranno solo nella sfera giuridica della mandante. Non si può quindi ritenere che la costituzione nel processo della mandataria, compagnia del danneggiato, pregiudichi il diritto del medesimo di scegliere il soggetto nei confronti del quale far valere la sua pretesa, in quanto la pronuncia di condanna spiega comunque i suoi effetti nei confronti del soggetto individuato dal danneggiato".*

[13] Cfr. *ex multis* Trib. di Lucca, 10 maggio 2019, n. 748: "*Con la locuzione "sinistri rientranti nell'ambito di applicazione degli articoli 141 e 149 del Codice delle Assicurazioni" di cui al mandato in atti devono evidentemente intendersi non solo quelli per i quali opera in concreto la procedura di risarcimento diretto, sulla base della scelta effettuata dal danneggiato, ma tutti quelli cui il regime di indennizzo diretto sia astrattamente applicabile, ossia qualsiasi caso in cui si sia verificato un sinistro tra due veicoli a motore identificati ed assicurati per la responsabilità civile obbligatoria (art. 149 cod. ass.)*"; Trib. di Torino, 24 novembre 2017, n. 5739: *"La formulazione del mandato in questi termini induce a ritenere che oggetto del potere di rappresentanza conferito non sia la gestione delle controversie ex art. 149 codice delle assicurazioni, quanto piuttosto la gestione dei sinistri che, qualsiasi sia l'azione scelta dal danneggiato, comunque potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 149 C.d.A".*

In secondo luogo, in merito al potere di rappresentanza processuale in capo alla Gestionaria, sulla base del presupposto per cui il potere di rappresentanza processuale può essere riconosciuto soltanto in capo a colui che sia investito del potere rappresentativo di natura sostanziale in relazione al rapporto dedotto in giudizio[14], la Corte di Cassazione ha recentemente chiarito che: *"La norma processuale in forza della quale si costituisce la compagnia gestionaria in nome e per conto della debitrice deve essere individuata nell' art. 77 cod. proc. civ"*[15].

La Convenzione Card all'art. 1 *bis*, infatti, *"prevede che ogni impresa assicuratrice, oltre alla rappresentanza sostanziale, conferisce, per tutti i casi in cui si troverà ad assumere la veste di debitrice, ad ogni altra impresa aderente, la quale verrà correlativamente ad acquisire il ruolo di gestionaria, il potere di rappresentarla in giudizio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 77 c.p.c., in tutte le vertenze relative alla gestione del sinistro, in ogni grado di giudizio, con facoltà di nominare avvocati, periti ed arbitri; inoltre con l'adesione alla convenzione, l'impresa gestionaria accetta il conferimento della rappresentanza processuale e si obbliga a costituirsi in giudizio in nome e per conto delle debitrici. In virtù dell'accordo sopra menzionato, con cui le imprese firmatarie si attribuiscono reciprocamente il potere di rappresentanza sostanziale e, quindi, legittimamente, anche quella processuale in merito ai sinistri per i quali è prevista la proceduta di indennizzo diretto, deve ritenersi che la mandataria sia legittimata a resistere all'azione proposta dall'attrice, facendo valere tutte le eccezioni relative al rapporto risarcitorio dedotto in giudizio"*[16].

Tale orientamento giurisprudenziale, oltre a riconoscere l'ammissibilità dell'intervento della Gestionaria nel procedimento instaurato dal danneggiato nei confronti del responsabile civile e della impresa di assicurazione Debitrice, chiarisce inoltre che la Gestionaria può svolgere una difesa che sia in contrasto con le pretese avanzate dal danneggiato, pur essendo essa l'impresa di assicurazione con la quale è stato stipulato il contratto di assicurazione relativo al veicolo utilizzato[17].

---

[14] Il richiamo all'articolo 149 del codice delle assicurazioni dunque non fa riferimento al tipo di azione prescelto, ma al tipo di sinistro che dovrà essere gestito. In sostanza: se un sinistro rientra nelle ipotesi di cui all'art. 149 C.d.A. e cioè se potesse anche solo astrattamente essere gestito con il risarcimento diretto, allora opera il mandato e la assicurazione mandataria può compiere ogni tipo di attività per gestire il sinistro.

[15] Cfr. Cass. civ., 14 febbraio 2019, n. 4305; Cass. civ., 28 agosto 2019, n. 21761; Cass. civ., 11 dicembre 2018, n. 31965; Cass. civ., ord. 1 marzo 2017, n. 5267; Cass. civ., 11 ottobre 2016, n. 20408.

[16] Cfr. Trib. di Milano, 13 aprile 2016 n. 4650.

[17] Cfr. Cass. civ., 1 agosto 2018, n. 20383: "*La possibilità che la società assicuratrice del danneggiato svolga una difesa in contrasto con la richiesta risarcitoria da questi proveniente non è affatto estranea al sistema; nella*

procedura di risarcimento diretto, infatti, la possibilità riconosciuta al danneggiato di promuovere il giudizio contro la propria assicurazione non significa affatto che questa sia obbligata a pagare senza contestare alcunché o che non sia immaginabile una situazione di contrasto tra le due parti".

Mia Magli e Giuseppe Spadaro

Diritti dei minori e rapporti tra le fonti del diritto internazionale[1]

Sommario: 1. L'importanza della CEDU quale fonte del diritto di famiglia e minorile italiano – 2. Il *modus operandi* della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela dei minori - 3. Corte EDU e Corte di Giustizia dell'UE: un dialogo da rafforzare o da costruire *ex novo*? - 4. L'impatto della CEDU sull'ordinamento italiano. – 5. Riflessioni conclusive.

1. L'importanza della CEDU quale fonte del diritto di famiglia e minorile italiano

I più rilevanti diritti dei minori sono diritti umani fondamentali, tutelati non solo da norme nazionali, ma anche da un ventaglio di altri strumenti normativi, adottati a livello internazionale ed europeo e come tali si collocano al massimo grado nella gerarchia delle fonti.

In tale quadro giuridico, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha da sempre rivolto un'attenzione specifica alla protezione dei diritti dei minori[2], sia in quanto componenti del nucleo familiare che in quanto singoli individui caratterizzati da una particolare fragilità[3].

Nel corso degli anni, la tutela dei diritti dei fanciulli si è rafforzata particolarmente grazie ad un'interpretazione evolutiva della CEDU ad opera della Corte europea e ad oggi, proprio la CEDU, rappresenta una delle fonti normative più rilevanti per l'evoluzione del diritto di famiglia e minorile italiano. Tale tutela ha infatti sicuramente avuto negli ultimi tempi un ulteriore impulso, ad opera della Corte costituzionale mediante la "promozione" nella gerarchia delle fonti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, a partire dal 2007, a testo normativo intermedio tra gli atti aventi forze di legge e la Costituzione[4].

Tuttavia, la CEDU non presenta, in apparenza, l'aspetto di un trattato *child-friendly* e le sue potenzialità per la tutela dei diritti dei minori non sono, pertanto, a priva vista evidenti. La

[1] Il presente lavoro costituisce la rivisitazione di un lavoro già pubblicato di M. MAGLI e G. SPADARO, *La rilevanza della CEDU sui diritti dei minori*, in *Le ricadute pratiche della CEDU nel diritto italiano*, a cura di M. Pappone, Key Editore Roma, 2019, 91 ss.

[2] La Corte europea dei diritti dell'uomo definisce "minore" ogni individuo che non abbia ancora compiuto 18 anni (si veda, ad esempio, Corte EDU, 12 ottobre 2000, *Koniarska c. Regno Unito*). Ugualmente alla Convenzione ONU sui diritti del Fanciullo (c.d. Convenzione di New York), la CEDU non affronta la questione dell'inizio della vita e, sinora, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha preferito non entrare nel merito (sul punto si veda Corte EDU, 8 luglio 2004 (GC), *Vo c. Francia*, 79 e ss).

[3] V. ZAMBRANO, "*Consiglio d'europa*" in C. CARLETTI (a cura di), *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, Giappichelli, 2009, 91.

[4] Cfr. Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007. Cfr. sul punto L. DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali della collettività, tra tutela del mercato da parte della Corte di Giustizia e dei diritti fondamentali dell'uomo da parte della Corte di Strasburgo*", in *Riv. dir. comm*., 2018, I, 174.

Convenzione, difatti, cita espressamente i minori unicamente nei suoi articoli 5 e 6 e non contiene nessun specifico riferimento al principio del superiore interesse del minore[5].

Nello specifico, l'art. 5 della CEDU sancisce un'eccezione al diritto alla libertà personale dei minori, sancendo i casi nei quali essi possono essere legittimamente privati della loro libertà[6]. L'art. 6, invece, dedicato al diritto ad un equo processo, stabilisce che l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico, durante tutto o parte del procedimento, quando lo esigono gli interessi dei minori.

In aggiunta a tali disposizioni contenute nella CEDU, un riferimento ai fanciulli si ritrova anche nell'art. 2 del 1° Protocollo addizionale alla Convenzione, nel quale viene sancito il diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni religiose e filosofiche.

Nonostante i richiami ai minori non siano numerosi, è sempre stato pacifico che tutte le disposizioni della CEDU, e dunque non solo gli articoli 5 e 6, siano applicabili anche ai fanciulli in virtù dell'art. 1 della Convenzione che afferma che gli Stati parte devono riconoscere a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nella CEDU.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha poi chiarito che la discriminazione basata sull'età ricade nell'ambito dell'art. 14 della CEDU, che sancisce il principio di non discriminazione, nonostante essa non sia ivi espressamente menzionata.

Infine, l'art. 34 della CEDU conferisce ad ogni persona fisica, che sia stata vittima della violazione dei diritti riconosciuti nella CEDU o nei suoi protocolli addizionali, la possibilità di ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte europea di Strasburgo ha costantemente esaminato ricorsi promossi in difesa dei diritti dei fanciulli nei quali figurava come ricorrente anche il fanciullo interessato assieme all'adulto (o agli adulti) di riferimento[7], a partire dal noto caso *Marckx*[8]. Proprio la possibilità di poter ottenere una

[5] D'altronde, le origini di tale principio nel diritto internazionale sono successive all'adozione della CEDU e risalgono alla Dichiarazione sui diritti del minore del 1959.

[6] Sebbene l'art. 5 della CEDU, a differenza di molte altre disposizioni dello stesso tenore contenute in altri strumenti internazionali (come, ad esempio, gli artt. 10 (2) (b) e 14 (4) del Patto Internazionale sui diritti civili e politici e gli artt. 37 e 40 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo) non faccia alcun riferimento al tipo di trattamento da riservare ai minori privati della libertà, la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha mancato di porre l'accento sui particolari bisogni e diritti di tale vulnerabile categoria di minori (si vedano, ad esempio, le seguenti pronunce: Corte EDU, 28 ottobre 1998, *Assenov e altri c. Bulgaria*, par. 137; Corte EDU, 29 febbraio 1988, *Bouamar c. Belgio*; Corte EDU, 21 febbraio 1996, *Hussain c. Regno Unito*, par. 52-54; Corte EDU, 2 marzo 1987, *Weeks c. Regno Unito*; Corte EDU, 21 febbraio 1996, *Singh c. Regno Unito*). Sul punto si veda anche G. VAN BUEREN, *Children's Rights in Europe: Convergence and Divergence in Judicial Protection*, Strasbourg, 2007,17.

[7] Come sottolinea E. LAMARQUE (E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 88), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sempre cercato di allargare

tutela giurisdizionale davanti alla Corte europea evidenzia che tutte le disposizioni della CEDU rappresentano dei diritti garantiti ai fanciulli e non solo dei semplici doveri di protezione posti a carico degli Stati parte.

Come sopra anticipato, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha tutelato i diritti dei minori interpretando in maniera estensiva alcuni articoli della CEDU in particolare, ovvero gli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (proibizione della tortura), 4 (divieto di schiavitù e lavoro forzato) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare).

L'art. 8, che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare, risulta essere la base giuridica più utilizzata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per tutelare i diritti dei minori in molteplici questioni familiari, tra le quali si annoverano, in particolare, i casi di adozione[9], sottrazione internazionale di minori, controversie sul diritto di visita dei genitori o sul diritto all'identità dei fanciulli.

Negli ultimi anni, l'Italia è stata condannata numerose volte per la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare in vicende in cui erano coinvolti dei minori, ma non solo le sentenze di condanna specificatamente rivolte all'Italia hanno influenzato le riforme del diritto

il numero dei ricorrenti che potevano legittimamente presentare un ricorso a nome di un minore. La Corte, ad esempio, ha consentito al genitore naturale che nel diritto nazionale era stato privato dei diritti parentali, e quindi della rappresentanza legale del minore, di presentare ricorso anche in nome del figlio (*Scozzari e Giunta c. Italia*, 13 luglio 2000, par. 138. Si veda anche, Corte EDU, 9 maggio 2003, *Covezzi e Morselli c. Italia,* nella quale l'Italia è stata condannata per violazione dell'art. 8 della CEDU perché non aveva consentito ai genitori ricorrenti (che agivano anche nell'interesse dei figli sui quali non avevano più la potestà genitoriale) di intervenire nella procedura di affidamento e adozione dei minori, svoltasi nelle more del procedimento penale poi conclusosi con una condanna contro i genitori e altri parenti per violenze sessuali sui minori stessi). Ugualmente legittimata a presentare ricorso venne ritenuta la zia materna di tre nipoti orfani di madre e in conflitto con il padre che poté ricorrere in rappresentanza dei tre nipoti (Corte EDU, 2 febbraio 2016, *N. Ts. c. Georgia*, par. 52-59). Inoltre, esistono casi nei quali, a seguito di un ricorso presentato insieme dai genitori e dai figli minori, la Corte europea ha tenuto distinte le due posizioni ai fini della decisione sul merito, riconoscendo la fondatezza del solo diritto vantato dai figli e non di quello reclamato dai genitori (ad esempio, si vedano le sentenze del 26 giugno 2014 *Labassee c. Francia* e *Mennesson c. Francia*).

[8] In questo primo caso storico (Corte EDU, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*) la Corte europea ha affermato che il combinato disposto degli artt. 8 (diritto alla vita privata e familiare del figlio) e 14 (principio di non discriminazione) della CEDU impone agli Stati parte di eliminare ogni residua differenza tra figli nati all'interno e fuori dal matrimonio nei loro rapporti personali, patrimoniali e successori con i genitori e con i nonni. Il ricorso nel caso Marckx era stato presentato da una madre e da sua figlia.

[9] In merito alla tematica dell'adozione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che l'obiettivo principale di questo istituto è "*to provide a child with a family and not a family with a child*" (Corte EDU, 26 febbraio 2002, *Fretté c. Francia*, par. 42); pertanto, il *focus* deve sempre essere il minore, la cui opinione, anche riguardo alla sua adozione, deve essere tenuta in considerazione nel caso in cui il fanciullo abbia la maturità necessaria per esprimersi in merito (sempre su tale argomento si veda: Corte EDU, 22 giugno 2004, *Pini e altri c. Romania*, par. 164 e ss; Corte EDU, 25 novembre 2008, *Jucius a. Juciucienė c. Lituania*, par. 31. Sul punto si veda anche BERRO-LEFÈVRE, *Adoption et filiation. Droit à l'enfant ou droits de l'enfant?, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, 2011, 25 e ss.).

minorile italiano; per tale ragione, anche alcune pronunce che hanno interessato ordinamenti simili meritano di essere citate nei prossimi paragrafi[10].

Prima di analizzare alcuni dei cambiamenti più rilevanti per l'ordinamento italiano, derivanti dall'applicazione della CEDU, è opportuno chiarire quale sia il *modus operandi* della Corte europea dei diritti dell'uomo e quale sia il suo rapporto attuale con la Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di tutela dei diritti dei minori.

2. Il modus operandi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela dei minori

La Corte europea dei diritti dell'uomo è riuscita ad avere un forte impatto sul diritto minorile italiano attraverso l'utilizzo di diverse "tecniche"; prima fra tutte, come sopra accennato, grazie ad un'interpretazione evolutiva della CEDU, le cui disposizioni sono state lette ed interpretate alla luce di altre fonti internazionali e/o europee tutelanti i diritti dei minori[11].

In particolare la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (c.d. Convenzione di New York, siglata il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176) ha influenzato (ed influenza tuttora) enormemente il ragionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'interpretazione evolutiva della CEDU[12]; ciò ha permesso di massimizzare il potenziale di entrambe le Convenzioni a vantaggio della promozione dei diritti dei fanciulli[13]. Una delle aree in cui la Corte

[10] Ad esempio, la sentenza *Odièvre c. Francia* (Corte EDU 13 febbraio 2003) ha preannunciato la condanna del nostro Paese nel caso *Godelli c. Italia* (Corte EDU, 25 settembre 2012), che verrà analizzato nel prosieguo, in materia di diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini. Nel caso Odièvre, la Corte EDU ha fatto salvo l'ordinamento francese in virtù dell'introduzione di alcuni strumenti di tutela del diritto dell'adottato, figlio biologico di madre rimasta anonima, di conoscere le sue origini familiari e genetiche, in particolare, tramite l'interpello della donna sulla persistente volontà di mantenere l'anonimato al momento della richiesta del figlio adulto di conoscerne l'identità.

[11] "*The Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day*": questo affermava la Corte EDU, per la prima volta, nel caso *Tyrer c. Regno Unit*o, sentenza del 25 aprile 1978.

[12] Già in una sentenza molto risalente (caso *Burghartz c. Svizzera* del 22 febbraio 1994), la Corte EDU, per rimediare all'assenza nell'art. 8 della CEDU di una prescrizione esplicita relativa alla protezione del diritto al nome, ha fatto appello all'art. 8 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo che assicura una tale garanzia ai minori di 18 anni (al riguardo si veda: G. MEUNIER, *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des états parties*, L'Harmattan, 2002, p. 171). Tra le sentenze più recenti nelle quali la Corte europea dei diritti dell'uomo ha richiamato la Convenzione ONU sui diritti del fanciulli vi è, ad esempio, la causa *Söderman c. Svezia* del 12 novembre 2013, emessa dalla Grande Camera della Corte.

[13] U. KILKELLY, *The impact of the Convention on the case-law of the European Court of Human Rights* in D. FOTTRELL (edited by), *Revisiting children's rights, 10 years of the UN Convention on the rights of the child*, Kluwer Law International, 2000, p. 88.

europea dei diritti dell'uomo è stata maggiormente influenzata dalla Convenzione di New York riguarda i casi di abusi e punizioni corporali nei confronti dei minori[14].

Un'altra "strategia" utilizzata di frequente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è quella di censurare le violazioni dei diritti procedurali che hanno pregiudicato la tutela effettiva dei diritti sostanziali contenuti e tutelati dalla CEDU.

In materia minorile, un tipico esempio riguarda l'adozione di sentenze nazionali che sancivano un limite al diritto al rispetto della vita privata e familiare di un minore e dei suoi genitori (ad esempio, in casi di allontanamento ed affido del minore ad una famiglia affidataria) e che sono state adottate senza porre la dovuta attenzione ai diritti procedurali delle parti in causa. Di conseguenza, in diversi casi, la Corte europea ha condannato gli Stati coinvolti per non aver garantito il diritto dei genitori di partecipare alle varie fasi giudiziarie precedenti alla decisione finale decretante l'allontanamento del minore e per non aver rispettato il diritto dello stesso minore di essere ascoltato nel corso del processo[15].

La prassi di creare obbligazioni positive in capo agli Stati parte rappresenta un'altra "tecnica" utilizzata dalla Corte europea per tutelare i diritti dei fanciulli (e non solo).

In particolare, tale meccanismo, grazie al quale vengono censurati anche comportamenti omissivi delle autorità nazionali ove pregiudizievoli per i diritti garantiti dalla CEDU, è stato molto utilizzato in casi di sottrazione internazionale di minori, diritti di custodia dei figli e abusi sui

[14] Infatti, proprio uno dei primi richiami alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo ad opera della Corte EDU risale al caso *Costello-Roberts* (Corte EDU, *Costello-Roberts c. Regno Unito*, 25 marzo 1993) che riguardava le punizioni corporali subite da un minore in una scuola privata nel Regno Unito. Sebbene la lamentata violazione, nel caso di specie, degli artt. 3 e 8 della CEDU non trovò conferma da parte della Corte europea, il caso rappresentò la prima occasione utile per chiarire che gli Stati parte sono responsabili anche per le violazioni della CEDU che avvengono nella sfera privata dei propri cittadini quando non dispongono di un'adeguata legislazione a tutela dei soggetti più deboli. Visto il contesto scolastico della vicenda, la Corte affermò, più nello specifico, che gli Stati devono assicurarsi che la disciplina scolastica sia conforme alla CEDU e soprattutto con la dignità degli alunni minori di età. Il caso *Costello-Roberts* è rilevante anche perché mostra che non sempre la volontà della Corte europea dei diritti dell'uomo di ispirarsi alla Convenzione di New York si traduce in un pieno rispetto delle opinioni del Comitato per i diritti dei fanciulli. In tale pronuncia, infatti, la Corte europea ha stabilito che gli Stati parte hanno il diritto di distinguere le forme legittime di violenza sui minori da altre forme non ammissibili, mentre il Comitato ONU ha sempre ritenuto tutte le forme di violenza sui minori inammissibili ai sensi della Convenzione sui diritti del fanciullo, sia all'interno degli istituti educativi che in famiglia. Sul punto si veda G. VAN BUEREN, *Les droits de l'enfant en Europe. Convergence et divergence dans la protection judiciaire*. Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, nota 105, p. 23.

[15] Ad esempio, si vedano le seguenti sentenze: Corte EDU 8 luglio 1987, *W c. Regno Unito; C*orte EDU, 25 febbraio 1995, *McMichael c. Regno Unito,* par. 87 e il più recente caso *Covezzi e Morselli c. Italia* del 9 maggio 2003.

minori[16] e tramite esso la Corte europea è riuscita a generare cambiamenti dirompenti negli ordinamenti nazionali, tra cui anche in quello italiano.

Nello specifico, per quanto riguarda, ad esempio, i provvedimenti in tema di rapporto genitori-figli minori, la Corte europea ha chiarito che le autorità competenti degli Stati parte non solo non devono porre in essere comportamenti arbitrari ed intrusivi nella sfera di libertà dei nuclei familiari (a meno che non siano necessari per salvaguardare lo sviluppo psicofisico dei minori coinvolti), ma devono anche attivarsi per recuperare il legame genitori-figli minori quando quest'ultimo sia stato temporaneamente interrotto. Un minore, infatti, ha sempre il diritto di preservare i rapporti con i propri genitori in assenza di condizioni per lo stesso pregiudizievoli.

Nel corso degli anni, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto ricorso allo strumento delle obbligazioni positive nei confronti dell'ordinamento italiano principalmente per denunciare e condannare le seguenti prassi: ritardi delle autorità giudiziarie nel garantire l'esecuzione del diritto di visita del genitore non coabitante; mancata proattività delle stesse autorità giudiziarie nel promuovere la cooperazione tra le parti coinvolte tramite ricorso alla mediazione familiare o a idonei specialisti in terapie di coppia e familiari; eccessiva discrezionalità lasciata ai servizi sociali dalle autorità giudiziarie nel gestire delicate situazioni familiari e assenza di responsabilità dei tribunali nel fornire limiti e direttive precise agli operatori sociali entro cui operare, nonché mancato controllo della corretta e tempestiva esecuzione dei provvedimenti giudiziari emessi[17].

Ad esempio, in una serie di pronunce[18], la Corte europea ha condannato l'Italia per aver ingiustamente interrotto i contatti tra il minore in affidamento e il genitore non convivente in quanto la *ratio* non derivava da una scrupolosa valutazione della situazione familiare che aveva evidenziato un potenziale pregiudizio per il minore nella frequentazione del genitore non coabitante, bensì da ritardi di carattere organizzativo/burocratico o da decisioni arbitrarie degli operatori dei servizi sociali non rispettose dei provvedimenti giudiziari adottati dai tribunali di competenza.

[16] Fattispecie rientranti tutte sotto la copertura degli articoli 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 3 (proibizione della tortura) della CEDU.

[17] Si vedano le seguenti sentenze della Corte EDU: 2 novembre 2010, *Piazzi c. Italia*, par. 61; 17 dicembre 2013, *Santilli c. Italia*, par. 69 e 73; 29 gennaio 2013, *Lombardo c. Italia*, par. 81 e 93; 17 novembre 2015, *Bondavalli c. Italia*, par. 80; 28 aprile 2016, *Cincimino c. Italia*, par. 73-74 e 122; 23 giugno 2016, *Strumia c. Italia*, par. 119. Si vedano anche le più recenti sentenze *Solarino c. Italia* (9 febbraio 2017), *D'Alconzo c. Italia* (23 febbraio 2017) e *Endrizzi c. Italia* (23 marzo 2017).

[18] Corte EDU, 16 novembre 1999, *E P c. Italia*; Corte EDU, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*. Corte EDU, 21 novembre 2006, *Roda e Bonfatti c. Italia;* Corte EDU, 24 febbraio 2009, *Errico c. Italia.*

In particolare, nel caso *Scozzari e Giunta c. Italia*, la Corte europea ha criticato l'eccessiva discrezionalità lasciata ai Servizi Sociali nel fissare il calendario degli incontri madre-figli. Gli incontri stabiliti, da un lato, non erano idonei a consentire la ripresa dei loro rapporti e, dall'altro, non tenevano nemmeno in considerazione le prescrizioni del magistrato. La condotta omissiva dello Stato italiano in tale vicenda, che aveva causato un deterioramento importate dei rapporti madre-figli, è stato quindi censurato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ciò premesso, nel paragrafo successivo verrà analizzato il delicato rapporto tra Corti (Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Giustizia dell'UE) e tra i rispettivi strumenti di tutela (CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'UE) alla luce della crescente interdipendenza dei due sistemi per la tutela dei diritti dei minori.

3. Corte EDU e Corte di Giustizia dell'UE: un dialogo da rafforzare o da costruire *ex novo*?

Le iniziative nel settore dell'infanzia e dell'adolescenza promosse dall'Unione europea rappresentano un *continuum* di quelle adottate dalle Nazioni Unite e dal Consiglio d'Europa.

Fino agli anni '90, le questioni riguardanti i diritti dei minori sono state poco rilevanti per l'agenda UE in quanto l'Unione europea aveva limitate competenze nel campo dei diritti fondamentali in generale[19].

In questi ultimi anni, tuttavia, il ruolo dell'UE a protezione dei diritti dei minori è cresciuto, influenzato dal ritmo dell'integrazione europea, dallo sviluppo del concetto di cittadinanza europea e dall'allargamento dell'Unione[20].

Al giorno d'oggi, infatti, l'Unione europea è sempre più emancipata dalla sua originaria dimensione economica ed è in grado di porsi sempre più come una "*global or postnational human rights organisation"*[21].

[19] Il silenzio dei Trattati istitutivi in materia di garanzie dei diritti fondamentali è stato colmato, inizialmente, dall'attività giurisprudenziale della Corte di Giustizia che si è basata sul richiamo alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, ai trattati internazionali a cui gli stessi Stati membri avevano aderito, alla CEDU e alla relativa giurisprudenza della Corte europea. E' stato il Trattato di Maastricht, nel 1992, ad introdurre l'obbligo dell'Unione di rispettare i diritti fondamentali in tutte le sue azioni e politiche (art. F, par. 2 del Trattato di Maastricht). Successivamente, nel 2000, è avvenuta la codificazione dei diritti fondamentali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla quale il Trattato di Lisbona ha poi riconosciuto "*lo stesso valore giuridico dei Trattati*" (art. 6, par. 1, TUE).

[20] *European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Eu Framework of law for children's rights*, PE462.445, Bruxelles, April 2012.

[21] Cfr. In questo senso, L. DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali della collettività, tra tutela del mercato da parte della Corte di Giustizia e dei diritti fondamentali dell'uomo da parte della Corte di Strasburgo*", in *Riv. dir. comm.*,

Il Trattato di Lisbona ha reso obbligatoria l'adesione dell'Unione europea alla CEDU[22] ed ha attribuito ai diritti fondamentali, garantiti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, il valore di principi generali dell'Unione.

Questa progressiva evoluzione verso una maggiore tutela dei diritti fondamentali, ha arricchito l'agenda UE a vantaggio anche dei diritti dei minori. Negli ultimi anni, infatti, l'UE ha adottato numerose misure legislative e sponsorizzato diverse iniziative al fine di rafforzare la tutela dei minori e monitorare l'impatto delle politiche UE sui loro diritti[23].

La proliferazione di questi strumenti è dovuta anche all'adozione, nel 2011, da parte della Commissione europea, dell'"Agenda UE per i diritti dei minori' che ha fissato una serie di priorità per le future azioni dell'Unione in questioni di interesse per i fanciulli[24].

Al giorno d'oggi, i minori rappresentano un terzo della popolazione europea e la centralità dei loro diritti ha finalmente trovato un riconoscimento importante nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Quest'ultima, adottata nel 2000 e diventata parte integrante del diritto primario dell'UE grazie al Trattato di Lisbona, dedica, infatti, ai diritti dei minori l'art. 24[25].

La presenza dell'art. 24, ovvero di un'esplicita disposizione dedicata alla tutela dei diritti dei minori, costituisce un'importante innovazione rispetto all'*acquis* comunitario[26] in quanto, prima del Trattato di Lisbona, i fanciulli venivano tutelati generalmente nell'ambito del principio del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo.

Oltre all'art. 24, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE contiene anche altre disposizioni

---

2018, I, 172 ss.; S. BESSON, *The European Union and Human Rights: Towards a post-national human rights institution? in Human Rights Law Review, 2006,* n. 6, 325.

[22] Art. 6, par. 2, TUE.

[23] Per approfondimenti si veda H. STALFORD, E. DRYWOOD, *Coming of age? Children's rights in the European Unione,* in *Common Market Law Review,* 2009.

[24] European Commission, *An EU Agenda for the Rights of the Child*, Communication COM (2011) 60 final. In tale importante documento, la Commissione ha indicato la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo come il punto di riferimento principale per formulare e mettere in pratica la strategia UE sui diritti dei minori (p. 3). Alcuni in dottrina hanno criticano l'Agenda UE per i diritti dei minori perché considererebbe questi ultimi più come vittime bisognose di protezione che come attori economici, politici e sociali da tutelare per far valere i loro diritti (H. STALFORD, N. THOMAS, E. DRYWOOD, *The European Union and Children's Rights: Editorial*, in *International Journal of Children's Rights*, 2011, p. 379.

[25] Art. 24, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: *1. I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente. 3. Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse*.

[26] A. FURIA, "*L'Unione europea*", in C. CARLETTI (a cura di), *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori. Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, Giappichelli, 2009, p. 114.

rilevanti per i diritti minori come gli artt. 7 (rispetto della vita privata e della vita familiare), 14 (diritto di accesso gratuito all'istruzione obbligatoria), 21 (divieto di ogni discriminazione sulla base dell'età), 32 (divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro) e 33 (protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale)[27].

Inoltre, dalla lettura congiunta degli artt. 20 (uguaglianza davanti alla legge) e 21 (non discriminazione)[28], emerge che anche tutti gli altri diritti contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE siano da intendersi come riconosciuti anche ai minori.

Nella prospettiva, in verità ancora lontana dal realizzarsi, della futura adesione dell'Unione europea alla CEDU, poi, gli articoli 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentali[29] assumerebbero un'importanza particolare in quanto essi garantiscono omogeneità interpretativa tra le disposizioni di quest'ultima e quelle corrispondenti della CEDU, chiarendo anche che, in caso di contrasto, prevarranno le norme della Carta solo se volte a riconoscere una tutela più estesa.

Di conseguenza, un innalzamento del livello di protezione offerto dalla CEDU, a seguito di un intervento chiarificatore della Corte europea dei diritti dell'uomo, dovrebbe determinare un obbligo di adeguamento nell'interpretazione e nell'applicazione delle corrispondenti disposizioni della Carta

[27] È interessante notare che gli articoli 24, 14 e 32 sono stati definiti come la "carta europea del fanciullo". Tale definizione si deve a A. GOUTTENOIRE, *Article II-84: Droit de l'enfant*, in Ls. Burgorgue-Larsen, Levade A., Picod F. (eds.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Brussels, Bruylant, 2005.

[28] L'art. 21 della Carta cita espressamente anche le discriminazioni sulla base dell'età.

[29] Art. 52 della Carta (Portata e interpretazione dei diritti e dei principi): *1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. 4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni. 5. Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti. 6. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta. 7. I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta.*

Art. 53 della Carta (Livello di protezione): *Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri.*

dei diritti fondamentali dell'UE. Di contro, un eventuale abbassamento dello *standard* di tutela nel quadro della CEDU non dovrebbe consentire alle istituzioni europee e agli Stati membri di abbassare lo *standard* di tutela già raggiunto a livello UE, rimanendo gli stessi obbligati ad assicurare il pieno rispetto delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Nonostante la presenza degli artt. 52 e 53 nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE sia molto positiva, vi è ancora molta incertezza in merito alla corretta applicazione di tali disposizioni da parte della Corte di Giustizia, dovuta sia a ragioni di ordine sistematico-istituzionale che si riflettono nelle differenze insite nei due ordinamenti giuridici a confronto, l'UE, da un lato, e il Consiglio d'Europa, dall'altro, sia a limiti posti dallo stesso Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE).

In particolare, se si osservano le competenze dell'UE nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, ovvero un settore nel quale l'Unione europea ha adottato negli ultimi anni numerose direttive a tutela dei diritti dei minori (autori o vittime di reato)[30], si nota che gli articoli 82 e 83 del TFUE consentono all'Unione europea di adottare direttive contenenti soltanto "norme minime" di diritto penale sostanziale e procedurale. Questo limite, sancito nel TFUE, pertanto, può finire facilmente per creare contrasti con il principio di equivalenza sancito nell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e, difatti, numerose disposizioni a tutela dei fanciulli contenute nelle recenti direttive adottate dall'UE sono state criticate in dottrina proprio per aver fissato *standard* di tutela di gran lunga inferiori a quelli già garantiti dalla CEDU[31].

Inoltre, sinora, la Corte di Giustizia si è sempre mostrata piuttosto reticente nell'ammettere che ci sia una piena coincidenza di tutela tra i due strumenti di protezione dei diritti umani (ovvero CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'UE), ma lo ha ammesso esplicitamente per quanto riguarda l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali e l'art. 8 della CEDU che tutelano entrambi il diritto al rispetto della vita privata e familiare[32].

Considerata l'ampiezza della tutela offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per il tramite dell'art. 8 della CEDU[33] e, in particolare, la sua copiosa giurisprudenza in questioni

[30] Specificatamente rivolta ai minori vittime di reato è la direttiva 2011/93/UE contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. La direttiva 2016/800/UE regola, invece, i diritti procedurali dei minori indagati o imputati nell'ambito di procedimenti penali.

[31] Per un'analisi si veda M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 febbraio 2015.

[32] Si vedano, ad esempio, le seguenti sentenze: Corte Giust. UE, 5 ottobre 2010, C-400/10, caso *McB;* Corte Giust. UE, 15 novembre 2011, C-256/11, caso *Dereci e altri.*

[33] L'art. 8 della CEDU si applica, infatti anche "*whenever there was the potential for family life to develop at a future stage*" ovvero anche quando la vita familiare è stata semplicemente "progettata" e al momento esiste solamente

riguardanti i diritti dei minori, tale affermazione della Corte di Giustizia è particolarmente rilevante e una maggiore valorizzazione del principio di equivalenza, ad opera della Corte di Giustizia, potrebbe in futuro essere fonte di grandi novità a livello UE.

Venendo all'Unione europea, il Trattato di Lisbona ha introdotto i diritti dei minori nel Trattato sull'Unione europea (TUE) e, nello specifico, nell'art. 3, ove è sancito espressamente che tra gli obiettivi generali dell'Unione vi è la promozione della "*tutela dei diritti dei fanciulli*" e che l'Unione si impegna nella tutela dei diritti umani e, in particolare, nella tutela dei diritti dei minori. Questo impegno è rafforzato anche dal paragrafo 5 dell'art. 3 del TUE che identifica la protezione dei diritti dei minori come un importante aspetto della politica estera europea.

Il Trattato di Lisbona, pertanto, includendo la tutela dei diritti dei minori tra gli obiettivi dell'Unione, ha sicuramente contribuito a convogliare l'attenzione del legislatore europeo su tali tematiche.

Nonostante ciò, occorre sottolineare che a livello UE non esiste una definizione "ufficiale" di "minore" (né nei Trattati, né nella Carta dei diritti fondamentali, né in nessuna pronuncia della Corte di Giustizia).

In difetto di indicazioni sulla definizione di "minore" e tenuto conto del richiamo effettuato nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali ai "*diritti derivanti (...) dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri*"[34], sarebbe pacifico ritenersi che, avendo tutti gli Stati membri ratificato la Convenzione di New York, per "minore" o "fanciullo" debba intendersi "*ogni essere umano avente un'età inferiore a diciotto anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile*", così come sancito dall'art. 1 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo; in realtà, nel diritto UE derivato, il concetto di "minore" può variare considerevolmente a seconda del contesto di riferimento e questo genera incoerenze nelle varie politiche UE[35].

Inoltre, né la Carta dei diritti fondamentali dell'UE con l'art. 24, né il TUE con l'art. 3 hanno conferito all'Unione europea una competenza generale che le consenta di legiferare in materia di

un legame familiare di fatto. Tale principio è stato enunciato dalla Corte EDU nella sentenza *D. e altri c. Belgium* dell'8 luglio 2014 e anche nelle più risalenti sentenze *Pini e altri c. Romania* del 22 giugno 2004 e *Nylund c. Finland* del 29 giugno 1999.

[34] Art. 6, par. 3, TUE.

[35] Ad esempio, nella Direttiva 94/33/CE relativa alla protezione dei giovani sul lavoro si opera una distinzione tre a) "giovane", ogni persona di età inferiore a 18 anni come definita all'articolo 2, paragrafo 1; b) "bambino", ogni giovane che non ha ancora compiuto 15 anni o che ha ancora obblighi scolastici a tempo pieno imposti dalla legislazione nazionale; c) "adolescente", ogni giovane di almeno 15 anni che non ha ancora compiuto 18 anni e che non ha più obblighi scolastici a tempo pieno imposti dalla legislazione nazionale.

diritti dei minori; tali disposizioni hanno unicamente sancito degli obiettivi e dei principi guida per l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni di diritto primario e derivato, nonché posto dei limiti all'adozione di politiche europee che non siano di per sé pregiudizievoli per i minori.

Non essendoci una base giuridica generale, quindi, i provvedimenti a tutela dei minori continuano ad essere fondati sul titolo V del TFUE, dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e ad essere adottati nell'ambito dei settori della cooperazione giudiziaria in materia civile e penale[36].

Appare, pertanto, evidente che l'Unione europea, nonostante le ambizioni racchiuse in alcuni strumenti programmatici importanti, come l'Agenda UE per i diritti dei minori, possegga in realtà limitati poteri legislativi che le consentano di adottare atti normativi a tutela dei minori.

A ciò si aggiunge il fatto che il Consiglio europeo ha il compito di definire "*gli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*"[37]. In pratica, quindi, sono gli Stati membri che continuano a stabilire, anche dopo Lisbona, le linee generali degli sviluppi in questo settore, nonostante lo smantellamento dei tre pilastri[38].

[36] Oltre a dover rispettare i generali principi di sussidiarietà e proporzionalità, nel complesso dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'Unione europea è tenuta a tutelare anche i diversi ordinamenti giuridici e le tradizioni giuridiche degli Stati membri e questo rappresenta, pertanto, il primo ostacolo nella costruzione di politiche unitarie UE in un settore caratterizzato, per sua natura, da una "geometria variabile" (S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Editoriale scientifica, 2015, p. 535). Tale dovere, infatti, è espressamente imposto all'Unione dall'art. 67 TFUE, disposizione inaugurale del titolo V. Gli artt. 82, par. 2, e 83 TFUE, par. 1, sono le due disposizioni che sono state utilizzate maggiormente come basi giuridiche per emanare direttive a tutela dei diritti dei fanciulli nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale (tali articoli disciplinano, rispettivamente, l'adozione di direttive volte a fissare norme comuni minime di diritto processuale penale e di diritto penale sostanziale), anche se le uniche due norme che richiamano espressamente i minori sono l'art. 83 TFUE e l'art. 79 TFUE (dedicato alla politica comune in materia di immigrazione), nel quale viene fatto un riferimento al contrasto della tratta di esseri umani, soprattutto di minori. Nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, invece, la base giuridica fondamentale per i minori è l'articolo 81 del TFUE, il cui paragrafo 3 richiede l'unanimità da parte del Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo, per emanare degli strumenti di cooperazione giudiziaria in materia familiare (ovvero quelli che normalmente vedono coinvolti anche dei minori). Unanimità che, visti i delicati interessi in gioco, non sempre viene raggiunta, potendo finire per attivare il meccanismo della cooperazione rafforzata, come è avvenuto, ad esempio, per il Regolamento Roma III, in materia di divorzio e separazione personale, e per i due Regolamenti che regolano i regimi patrimoniali tra coniugi e gli effetti patrimoniali delle unioni registrate. È, tuttavia, ammessa la possibilità che il Consiglio, su proposta della Commissione, possa adottare una decisione che determini gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. Il Consiglio deve comunque deliberare all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo (art. 81, par. 3, TFUE).

[37] Art. 68 TFUE.

[38] In linea generale, il Trattato di Lisbona ha esteso alle materie rientranti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia la regola della procedura legislativa ordinaria, eliminando la precedente distinzione tra materie "comunitarizzate" (tra le quali rientrava la cooperazione giudiziaria in materia civile) e materie "intergovernative" (nelle quali rientrava, invece, la cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia e nel quale le decisioni venivano prese all'unanimità dal Consiglio). Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia rimane un settore peculiare, caratterizzato ancora da aspetti nei quali è stata mantenuta la regola dell'unanimità o ai quali si adotta una procedura legislativa

In tal senso, si può ben comprendere poiché gli strumenti normativi a tutela dei fanciulli, adottati sinora a livello UE, siano stati di frequente criticati in dottrina poiché poco incisivi a livello nazionale a causa del basso *standard* di tutela offerto: tali normative sono sempre il frutto di difficili compromessi raggiunti tra gli Stati membri in questioni delicate di preminente interesse nazionale. Il diverso grado di ottemperanza alle normative UE in materia ad opera dei vari Stati membri, poi, ha dato vita ad un'attuazione del diritto UE a tutela dei minori "a macchia di leopardo".

Risultano, pertanto, indispensabili l'opera di vigilanza della Commissione europea assieme al ruolo della Corte di Giustizia nel guidare gli Stati membri verso la corretta interpretazione e applicazione del diritto UE al fine di ottenere quella (anche minima) armonizzazione che da soli gli strumenti normativi spesso non riescono a stabilire con chiarezza e, di conseguenza, nemmeno ad imporre agli Stati membri.

Al riguardo, è interessante analizzare ora quale sia stato sinora il ruolo della Corte di Giustizia nella tutela dei diritti dei fanciulli e confrontare il suo intervento con quello della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Innanzitutto, negli ultimi anni, la Corte di Giustizia si è occupata di pochi casi direttamente rilevanti per i diritti dei fanciulli[39], dei quali la maggioranza verteva sui diritti connessi alla cittadinanza europea e al diritto al rispetto della vita privata e familiare. Per fare un paragone, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel medesimo arco temporale, si è occupata di più di mille casi riguardanti i diritti dei fanciulli[40].

---

speciale (nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile, l'unica eccezione alla "procedura legislativa" ordinaria riguarda, come abbiamo visto, il diritto di famiglia, per il quale rimane in vigore l'unanimità in Consiglio, peraltro superabile con apposita disposizione "passerella". Gli Stati membri possono poi sempre attivare il c.d. "freno di emergenza" per portare all'attenzione del Consiglio europeo le proposte di direttive che influenzano aspetti fondamentali del loro ordinamento giuridico penale, come prevedono gli articoli 82, par. 3, TFUE e l'art. 83, par. 3, TFUE, aprendo la strada alla possibilità di attivare una cooperazione rafforzata tra gli altri Stati membri interessati ad adottare l'atto in questione). Tuttavia, il cambiamenti introdotti da Lisbona hanno avvantaggiato la tutela dei diritti dei minori, soprattutto in ambito penale, poiché il Parlamento europeo è sempre stato un grande sostenitore dell'Agenda UE sui diritti dei minori (in prima linea in tutte le iniziative *child-friendly* e fermo sostenitore di una maggiore partecipazione dei minori al processo decisionale europeo) e quindi degno "avversario" del Consiglio che, invece, rappresenta gli interessi statali dei vari Stati membri.

[39] Per maggiori dettagli, si veda http://curia.europa.eu. Di particolare rilievo è Corte Giust. UE 27 ottobre 2016 (causa C-428/15), sentenza ove è stato affermato il principio secondo cui per poter stabilire che un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con il quale il minore ha un legame particolare è più adatta, il giudice competente di uno Stato membro deve accertarsi che il trasferimento del caso a detta autorità giurisdizionale sia idoneo ad apportare un valore aggiunto reale e concreto al trattamento dello stesso, in particolare tenendo conto delle norme di procedura applicabili in detto altro Stato membro; inoltre, per poter stabilire che un siffatto trasferimento corrisponde all'interesse superiore del minore, il giudice competente di uno Stato membro deve in particolare accertarsi che tale trasferimento non rischi di ripercuotersi negativamente sulla situazione del minore.

[40] Per maggiori informazioni, si veda https://hudoc.echr.coe.int.

A differenza della Corte di Strasburgo, inoltre, i riferimenti alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo da parte della Corte di Giustizia sono estremamente rari, sebbene la Convenzione di New York abbia comunque una certa forza vincolante a livello UE.

In base all'art. 6, par. 3, del TUE, infatti, "*i diritti fondamentali (…) risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*" e tutti gli Stati membri sono vincolati al rispetto della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo. Inoltre, la stessa formulazione dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE si basa sulla Convenzione di New York[41]. La Corte di Giustizia ha anche dichiarato espressamente che la Convenzione sui diritti del fanciullo rappresenta il principale punto di riferimento per verificare la compatibilità del diritto UE con i diritti fondamentali dei minori[42], ma risale al 2006 l'unico caso in cui la Corte ha deciso una causa attribuendo un peso decisivo a detta Convenzione nel suo percorso decisionale[43].

L'analisi delle sentenze della Corte di Giustizia mostra anche che, sinora, sono ancora poco

[41] Come esplicitato nelle spiegazioni relative alla Carta "*questo articolo si basa sulla Convenzione Onu del 1989 "e, in particolare, sugli articoli 3, 9, 12, e 13 di detta Convenzione*" (2007/C 303/02, 14 febbraio 2007).

[42] Corte Giust. UE, 27 giugno 2006, C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio*. In questa pronuncia, la Corte di Giustizia, dopo aver richiamato simbolicamente la Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli, non ha poi accolto la visione del Parlamento europeo che riteneva (giustamente) illegittime alcune disposizioni contenute nella direttiva 2003/86/CE, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, per violazione del principio del superiore interesse del minore e del diritto alla vita privata e familiare. Come sottolineato da E. DRYWOOD, *Giving with one hand, taking with the other: Fundamental rights, children and the family reunification decision*, in European Law Review, 2007, p. 396 "*…practical application of relevant international legal standards to the Directive raises doubts as to the Court's capacity and expertise in pursuing a children's rights agenda….The Court never asks itself the question whether the disputed provisions ensure that the child's best interests are a primary consideration, as a faithful interpretation of the provision would require. This approach is indicative of a frequently cited problem with the best interests principle: that although the question is posed from the child's perspective it is often answered from that of the adult*". Prima di questa pronuncia l'unico riferimento alla Convenzione sui diritti del fanciullo era stato fatto nelle opinioni dell'Avvocato Generale Jacob in merito alla causa C-148/02, *Garcia Avello c. Belgio*, del 2 ottobre 2003, ma la Corte di Giustizia non aveva poi richiamato la Convenzione nella sua decisione.

[43] l riferimento è al caso *Dynamic Medien* che verteva sull'importazione dal Regno Unito di cartoni animati giapponesi da parte della società tedesca Avides Media (Corte EDU, 14 febbraio 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*). I cartoni animati giapponesi venivano sottoposti, prima di essere importati, a dei controlli inglesi. In applicazione delle disposizioni sulla tutela dei minori in vigore nel Regno Unito, essi era stati classificati nella categoria "vietato ai minori di anni quindici" e provvisti di uno specifico adesivo che indicava l'età minima per la loro visualizzazione. A parere di un'altra società tedesca, la Dynamic Medien, concorrente dell'Avides Media, la legge tedesca sulla tutela dei minori vietava la vendita per corrispondenza dei supporti video che non erano stati oggetto di controllo in Germania e che erano sprovvisti dell'indicazione relativa all'età a partire dalla quale ne era consentita la visione.Il tribunale tedesco aveva dato ragione alla Dynamic Medien, ritenendo che la vendita di quei cartoni provvisti solo dell'indicazione dell'età minima fosse contraria alla legge tedesca. La questione arrivò davanti alla Corte di Giustizia che dovette chiarire se le restrizioni della normativa tedesca erano conformi con quella UE in materia di libera circolazione delle merci. La Corte di Giustizia ritenne del tutto legittima la normativa tedesca proprio perché diretta a proteggere il benessere dei minori e quindi conforme con l'art. 17 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo che afferma che gli Stati devono promuovere l'elaborazione di principi direttivi appropriati destinati a proteggere i minori dalle informazioni e dai materiali che nuocciono al loro benessere.

numerosi i casi in cui la Corte abbia fatto riferimento all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE per supportare il proprio ragionamento o per guidare gli Stati membri verso la migliore soluzione per i diritti dei fanciulli coinvolti a seguito di un rinvio pregiudiziale[44].

In generale, infatti, l'art. 24 è stato utilizzato quando era necessario per conservare il "sistema UE", ovvero in maniera strumentale all'esigenza di non scardinare il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri (che regola il funzionamento di molti istituti legati alla circolazione delle decisioni nell'Unione europea) o in maniera subordinata alla tutela delle quattro libertà fondamentali[45]. In altri casi, la Corte di Giustizia ha citato l'art. 24, ma l'interesse superiore del minore è stato valutato meramente in astratto o oppure il principio del superiore interesse del minore è stato invocato come semplice "clausola di stile" senza che ciò influisse sul ragionamento giuridico e sulla motivazione finale della Corte[46].

Per contro, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il principio del superiore interesse del minore ha conosciuto, nel tempo, un'evoluzione importante, passando da mero criterio interpretativo a principio generale avente portata autonoma e capace, quindi, di condurre a importanti *revirement* giurisprudenziali.

Il caso *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*[47], in materia di sottrazione internazionale di minori, rappresenta il *leading case* dell'inizio di questo cambiamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (non esente, tuttavia, da critiche come si vedrà).

Prima del caso Neulinger, la Corte europea dei diritti dell'uomo riteneva in maniera presuntiva che il ritorno immediato ed automatico del minore, illegittimamente sottratto da uno dei genitori e portato in un altro Paese, rispettasse non solo la Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori e il regolamento UE n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di

[44] In alcuni casi, la Corte di Giustizia non ha citato l'art. 24 nemmeno quando i giudici remittenti nell'ambito di un rinvio pregiudiziale le avevano espressamente richiesto indicazioni su come interpretare le normative nazionali in conformità con detto articolo (si veda, ad esempio, Corte Giust. UE, *Alokpa*, 10 ottobre 2013, *Alokpa*, C-86/12).

[45] C. HONORATI (in C. HONORATI, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2013, pp. 33 e ss) sottolinea come la giurisprudenza della Corte di Giustizia sia "granitica" nella difesa del principio di mutuo riconoscimento "anche a costo di apparire poco sensibile ai diritti fondamentali". Si vedano anche le osservazioni di E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, op. cit., p. 86.

[46] Ad eccezione, ad esempio, dei seguenti casi: Corte Giust. UE, 6 giugno 2013, C-648/11, M*A and Others c. Secretary of State for the Home Departmen*t, Corte Giust. UE, 13 septembre 2016, C-304/14, S*ecretary of State for the Home Department c. CS*. e Corte Giust. UE, 13 settembre 2016, C-165/14, *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado*.

[47] Corte EDU, 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera.*

responsabilità genitoriale, ma anche l'art. 8 della CEDU che tutela il diritto del minore sottratto al rispetto della sua vita privata e familiare precedente al suo allontanamento dal Paese di origine.

Nella sentenza Neulinger, invece, la Corte europea ha affermato che la Convenzione dell'Aja è uno strumento essenzialmente procedurale e, pertanto, le sue disposizioni devono essere sempre interpretate alla luce dei principi e dei diritti garantiti ai fanciulli.

Ribaltando, quindi, la prima pronuncia resa sul caso, che era in linea con l'orientamento interpretativo tradizionale precedente[48], la Grande Camera della Corte europea ha accertato una violazione dell'art. 8 della CEDU tenendo in considerazione una serie di fattori che, nel caso di specie, rendevano maggiormente pregiudizievole il ritorno del minore nel Paese dal quale era stato sottratto dal padre (ovvero Israele)[49], considerato anche che il minore si era ormai ambientato in Svizzera da 5 anni (luogo in cui era stato condotto dalla madre).

Questa sentenza è molto rilevante perché la Corte europea dei diritti dell'uomo ha costruito il suo ragionamento basandosi sulla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo. La Corte europea, infatti, ha affermato la prevalenza della CEDU, letta alla luce della Convenzione di New York, sulla Convenzione dell'Aja, ponendo fine alla prassi di applicare quest'ultima in maniera automatica senza un'analisi del caso concreto e, soprattutto, senza una valutazione del superiore interesse dei minori coinvolti[50].

Questo approccio *case by case* è stato molto criticato in dottrina poiché in grado di sovvertire non solo il sistema della Convenzione dell'Aja del 1980, ma anche quello, più recente, messo in campo dall'Unione europea tramite il regolamento UE 2201/2003.

[48] Corte EDU, 8 gennaio 2009, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* (Neulinger I).

[49] Il caso riguardava la sottrazione internazionale del piccolo *Noam Shuruk* perpetrata dalla madre, la signora *Neulinger* di nazionalità svizzera, ai danni del padre, il signor *Shuruk*, cittadino israeliano. La signora *Neulinger*, prima che la sentenza venisse eseguita, si rivolgeva alla Corte europea dei diritti dell'uomo, a nome proprio e come tutore del piccolo Noam, ritenendo violato il loro diritto al rispetto della vita privata e famigliare, stante l'eccessiva ingerenza delle autorità elvetiche nel disporre il ritorno del bambino in Israele senza tenere in dovuta considerazione le circostanze del caso di specie che imponevano di ritenere integrata la causa ostativa di cui all'art. 13, lett. b), della Convenzione dell'Aja del 1980. Secondo la madre, infatti, il ritorno del bambino in Israele appariva controproducente per il suo benessere psicofisico stante i trascorsi violenti del padre, considerate l'inadempimento dell'obbligo di mantenimento nei confronti della prole e considerato come, nelle more del giudizio, il signor Shuruk aveva contratto un nuovo matrimonio, salvo poi separarsi avuta notizia della gravidanza della nuova moglie e il successivo inadempimento dell'onere di mantenere il neonato. Inoltre, il piccolo Noam rischiava la separazione dalla madre una volta rientrati in Israele considerato come la stessa poteva essere sottoposta all'esercizio dell'azione penale, in ragione della sottrazione del figlio in violazione del divieto di espatrio, fattispecie per la quale in Israele è prevista anche una pena detentiva.

[50] N. DI LORENZO, *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari*, disponibile al seguente indirizzo *http://www.cde.unict.it*.

Nel successivo caso *Sneersone e Campanella c. Italia*[51], infatti, la Corte europea, nel nome del principio del superiore interesse del minore, ha sostanzialmente disapplicato le disposizioni del Regolamento UE 2201/2003 che erano state introdotte dal legislatore europeo proprio per arginare le problematiche legate ad un'applicazione troppo discrezionale della Convenzione dell'Aja del 1980 e per limitare le possibilità di evitare il rientro dei minori illegittimamente sottratti invocando il principio del superiore interesse del minore[52].

Nel caso *Sneersone e Campanella c. Italia,* la Corte europea ha, infatti, accertato una violazione dell'art. 8 della CEDU ad opera dell'Italia, colpevole di aver disposto il ritorno del minore in maniera troppo automatica, senza tenere in considerazione l'interesse del fanciullo nel momento in cui lo stesso provvedimento era stato adottato.

L'interesse del minore è dunque sempre più spesso individuato dalla Corte di Strasburgo nel restare nel luogo dover ormai si sia stabilizzato ed ambientato.

Nonostante le due sentenze sopra citate possano essere discutibili sotto vari punti di vista, esse mostrano come, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il perseguimento del superiore interesse del minore sia ormai un elemento in grado di introdurre flessibilità al normale funzionamento di certi istituti giuridici, nonché una sorta di "correttivo eccezionale" in grado di frenare gli automatismi.

Al contrario, invece, la prassi della Corte di Giustizia è piuttosto quella di citare l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali per limitarne la portata.

Ad esempio, la Corte di Lussemburgo ha affermato che l'applicazione dell'art. 24 non può portare a deroghe di competenza o di altre norme contenute nei regolamenti UE (casi *Detiček* e *Povse*[53]), né essere invocato per aumentare il controllo sul rispetto dello stesso articolo ad opera del giudice dell'esecuzione (caso *Zarraga*[54]) o per limitare la libertà di scelta del giudice competente per la separazione ad opera dei genitori del minore (caso *A c. B*[55]) o ancora per limitare la discrezionalità

[51] Corte EDU, 12 luglio 2011, *Sneersone e Campanella c. Italia.*

[52] Mentre, infatti, l'art. 13 della Convenzione dell'Aja consente di non far rientrare un minore, illegittimamente sottratto da un genitore, nel caso in cui sussista un fondato rischio per lo stesso di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile nel Paese d'origine; l'art. 11 del Regolamento UE 2201/2003 statuisce che il ritorno di un minore possa essere disposto anche in caso di rischio grave per lo stesso nello Stato d'origine purché quest'ultimo sia in grado di adottare delle misure protettive per tutelarlo. Per tali ragioni, la Corte europea ha condannato l'Italia anche per la violazione dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja.

[53] Corte Giust. UE, 23 dicembre 2009, C-403/09, *Detiček.*; Corte Giust. UE, 1° luglio 2010, C-211/10, *Doris Povse c. Mauro Alpago.*

[54] Corte Giust. UE, 22 dicembre 2010, C-491/10, *Aguirre Zarraga.*

[55] Corte Giust. UE, 16 luglio 2015, C-184/14, *A c. B.*

degli Stati membri nell'esaminare le domande di ricongiungimento familiare (caso *O. e S.*[56]).

Il rafforzamento, la valorizzazione e la corretta applicazione in concreto del principio del superiore interesse del minore sono necessari per rispettare l'obbligo dell'Unione europea di promuovere e contribuire alla tutela dei diritti dei minori (ex art. 3 TUE) e allo stesso modo lo è il dialogo tra le due Corti (Corte EDU e Corte di Giustizia) che allo stato attuale appaiono ancora molto distanti l'una dall'altra.

4. L'impatto della CEDU sull'ordinamento italiano

Come più volte ribadito, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha rappresentato sinora uno stimolo importante per l'evoluzione del diritto familiare e minorile italiano e importanti riforme sono nate proprio dall'esigenza di rispettare i diritti sanciti dalla CEDU.

Alcune sentenze della Corte EDU, in particolare, hanno spinto il legislatore italiano ad intervenire a tutela dei diritti dei minori in Italia.

Un primo esempio dell'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è rappresentato dalla legge del 10 dicembre 2012 n. 219, recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali", e dal successivo decreto legislativo n. 14 del 2013[57], con i quali la disciplina italiana in materia di filiazione è stata ampiamente riformata, attraverso la consacrazione del principio di unicità dello *status* di figlio[58].

Al riguardo, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha tutelato, sin dalla fine degli anni settanta, il rapporto tra genitori e figli, anche in caso di filiazione fuori dal matrimonio, sancendo il principio di uguaglianza tra i figli e bandendo ogni forma di discriminazione

[56] Corte Giust. UE, 6 dicembre 2012, *O. e S. c. Maahanmuuttovirasto* (causa C-356/11) e *Maahanmuuttovirasto c. L.* (C-357/11).

[57] Tramite il decreto legislativo 28 dicembre 2013 n. 154 «recante revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012 n. 219, il Parlamento ha delegato il Governo a sostituire, in tutta la legislazione vigente, i riferimenti ai figli legittimi e ai figli naturali con il termine "figli", pur mantenendo la distinzione tra figli nati nel matrimonio e figli nati fuori dal matrimonio a certi specifici fini, primo tra tutti, per le modalità di acquisto dello status.

[58] L'art 315 cc prevede ora che "tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico". È così venuta meno la distinzione tra figli legittimi e figli naturali. Lo status di figlio è oggi uno solo e da esso discendono una serie di diritti ed obblighi che sono uguali per tutti. Lo *status filiationis* si sgancia così definitivamente dallo *status familiae*, perché il figlio è titolare di una posizione giuridica autonoma che prescinde da quella della propria famiglia. Che la famiglia sia o meno fondata sul matrimonio, che abbia o meno un riconoscimento dal punto di vista giuridico, è oggi irrilevante ai fini del rapporto tra genitori e figli e della sua regolamentazione giuridica (sul punto si veda, in particolare, LONG J., *Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Europa e Diritto Privato*, fasc. 4, 2016, 1059 e BIANCA M., *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*, Nuove leggi civ. comm., 2013, 507). Da notare che l'Italia è stata l'ultima tra gli Stati europei ad eliminare tale discriminazione tra figli naturali e figli legittimi in quanto tutti gli altri Stati europei vi avevano provveduto tra la fine degli anni 90 e i primi anni del nuovo millennio.

che discendesse dalla scelta dei genitori di contrarre o meno matrimonio[59].

Sin d'allora, pertanto, era pacifico che l'art. 8 della CEDU tutelasse una nozione di vita familiare che include non solo la filiazione legittima, ma anche quella naturale. L'ordinamento italiano ha finalmente recepito tale importante principio con la legge 219/2012, dopo che anche la Corte Costituzionale era intervenuta, in nome del principio di uguaglianza giuridica, eliminando alcune discriminazioni tra figli legittimi e naturali insite nell'ordinamento italiano[60].

Un altro esempio dell'importante influenza della CEDU sul diritto minorile e familiare italiano è la legge n. 173 del 2015 sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare che ha attuato i principi sanciti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Moretti e Benedetti c. Italia* del 27 aprile 2010.

In tale sentenza, la Corte europea ha condannato l'Italia poiché, nel valutare la soluzione migliore per una bambina che non era stata riconosciuta dalla madre biologica ed era stata affidata subito dopo la nascita ad una coppia di affidatari, i giudici non avevano considerato con priorità la domanda di adozione presentata nelle more dell'affidamento dagli stessi affidatari con i quali la bambina aveva instaurato uno stretto rapporto affettivo e la minore era stata adottata da un'altra famiglia. La Corte europea ha quindi ravvisato una violazione dell'art 8 della CEDU poiché lo stretto legame di fatto instauratosi tra la minore e gli affidatari andava tutelato, nonostante l'assenza di un rapporto giuridico di parentela, in quanto la coppia di affidatari aveva già vissuto con la minore le prime tappe importanti della sua vita.

La legge n. 173 del 2015 ha, pertanto, riconosciuto il diritto del minore alla continuità degli affetti con gli affidatari sia nel caso di un ritorno del minore nella famiglia di origine al termine dell'affidamento, sia in caso di affidamento del minore ad una nuova famiglia, sia quando, nelle more dell'affidamento, come nel caso Moretti, si ritenga che le difficoltà della famiglia di origine siano divenute tali da giustificare una pronuncia di adottabilità del minore.

Un altro caso che merita di essere menzionato per l'effetto che ha avuto sull'ordinamento italiano è la vicenda *Godelli c. Italia*[61] nella quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha

[59] Si veda, ad esempio, il già citato caso della Corte EDU, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*. Sul punto si veda CAMPIGLIO C., *L'accertamento dello stato di figlio: criteri sovranazionali e norme italiane*, Famiglia e diritto, 3, 2016, 313 e ss.

[60] In particolare, in materia di dichiarazione giudiziale di paternità dei figli incestuosi e disciplina della prova nell'azione di disconoscimento della paternità (si veda Corte Cost., 28 novembre 2002, n. 494 e Corte Cost. 17 febbraio 2006, n. 266).

[61] Corte EDU, 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*.

condannato l'Italia poiché la normativa in materia di adozione tutelava in maniera eccessivamente sproporzionata il diritto della madre biologica all'anonimato, impedendo una valutazione degli altri interessi in gioco, tra cui, primo tra tutti, il diritto del minore abbandonato a conoscere la propria identità.

Gli automatismi del sistema italiano sono stati considerati contrari alla CEDU e, in particolare, all'art. 8, potendo il mancato soddisfacimento del desiderio di conoscere la propria identità e storia personale procurare sofferenze psicologiche e fisiche sull'individuo adottato[62].

Tale sentenza ha posto le basi per la riforma in materia di tutela giurisdizionale del diritto all'accesso alle origini da parte del figlio nato da madre che al momento del parto aveva dichiarato di voler rimanere anonima.

A seguito della sentenza Godelli, infatti, è intervenuta la Corte Costituzionale con sentenza n. 278 del 2013[63], dalla quale è sorto un vivace dibattito in seno alla giurisprudenza di merito che è stato risolto con l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione con sentenza n. 1946 del 25 gennaio 2017.

Tale pronuncia ha riequilibrato nell'ordinamento italiano il rapporto tra due interessi contrapposti, quello del figlio ad accedere alle proprie origini e quello della madre al mantenimento dell'anonimato (in precedenza sbilanciato a favore di quest'ultima), riportando la tematica del diritto a conoscere le proprie origini nel perimetro della tutela offerta dall'art. 8 della CEDU.

Le Sezioni Unite hanno, infatti, chiarito che i giudici sono tenuti ad accertare, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini, la persistente volontà della madre biologica di mantenere il segreto sulla sua identità, interpellando la donna ai fini di un eventuale revoca di tale dichiarazione e ciò con modalità idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della sua dignità; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché, anche in seguito all'interpello, persista il diniego della madre di svelare la propria identità.

In seguito, la Cassazione si è pronunciata anche in merito al diritto del figlio ad accedere alle

[62] Si vedano, ad esempio, tali pronunce: Corte EDU, 7 luglio 1989, *Gaskin c. Regno Unito* e Corte EDU, 7 febbraio 2002, *Mikulic c. Croazia*.

[63] In tale pronuncia, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 28 comma 7, della l.184/1983 "*nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127) – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione*".

proprie origini in caso di morte della madre biologica[64].

Ancora più recentemente, la Corte di Cassazione, prima sezione civile, con la sentenza n. 6963 del 20 marzo 2018, ha esteso, richiamando la sentenza Godelli della Corte EDU, il diritto di accesso dell'adottato non solo a conoscere i propri genitori, ma anche gli stretti congiunti, come fratelli e sorelle biologici ormai adulti[65], sempre previo interpello e *"con procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza e il rispetto della dignità delle persone interessate*".

Infine, di grande rilevanza per il diritto familiare e minorile italiano, è stata la legge n. 76 del 20 maggio 2016 (entrata in vigore il 5 giugno 2016, cd. legge Cirinnà) che ha regolamentato le unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplinato le convivenze.

Tale legge ha colmato le lacune dell'ordinamento italiano individuate dalla sentenza *Oliari e altri c. Italia* del 21 luglio 2015 nella quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per l'ingiustificabile ritardo nel legiferare in materia di riconoscimento e tutela delle unioni omosessuali e, di conseguenza, per la violazione dell'art. 8 della CEDU.

La legge Cirinnà non estende ai *partners* uniti da unioni civili la possibilità di adottare un minore.

Mentre in materia di adozione di minori in stato di abbandono da parte di coppie omosessuali, sono ancora numerose le differenze tra gli Stati parte della CEDU[66], per quanto riguarda la *stepchild adoption* (ovvero l'adozione del figlio del *partner)*, la compatibilità della legge Cirinnà con la CEDU, ove prevede di non estendere alle unioni civili l'istituto dell'adozione del figlio del coniuge, di cui all'art. 44, lett. *b*, legge n. 184/1983, ha sempre fatto discutere.

Tale incompatibilità, infatti, è evidente sia alla luce della prassi della Corte europea dei diritti

[64] Cassazione civile, sez. VI, ord. 7 febbraio 2018 n° 3004. Sussiste il diritto del figlio di conoscere le proprie origini anche dopo la morte della madre biologica, mediante accesso alle informazioni relative all'identità personale della stessa, non potendosi considerare operativo, oltre il limite della vita della madre, il termine di cento anni, dalla formazione del certificato di nascita con "parto anonimo", per il rilascio della copia integrale del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica, comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata (previsto dall'art. 93, co. 2, del D. Lgs. n. 196 del 2003).

[65] Questi ultimi, infatti, non sono menzionati espressamente nell'articolo 28, comma 5 della legge n. 184/1983.

[66] Al riguardo la stessa Corte EDU ha affermato nella sentenza *Hämäläinen c. Finlandia*, del 16 luglio 2014 che differenze minori tra matrimonio e unioni civili, quali l'esclusione dell'unione civile dall'adozione del minore abbandonato, sono conformi alla CEDU (par. 83).

Sia la giurisprudenza di merito che la Cassazione, tuttavia, hanno in diverse pronunce dichiarato la compatibilità con l'ordine pubblico della sentenza straniera di adozione, in favore di coppie omosessuali italiane, di minori che versavano in stato di abbandono all'estero, ordinandone la trascrizione nei registri italiani (il primo caso è del Tribunale per i Minorenni di Firenze, decreto 07/03/2017 e riguardava la vicenda di due fratellini, adottati da due uomini, cittadini italiani, residenti da tempo nel Regno Unito). Sul punto si veda anche la più recente sentenza della Corte di Cassazione, I sez. civ., ordinanza n. 14007 del 31/05/2018.

dell'uomo che tutela i rapporti affettivi esistenti e consolidatisi *de facto* tra adulti e minori, sia per la crescita in Europa di una tendenza favorevole alla sua ammissibilità.

In linea con tali osservazioni, la Corte di Cassazione ha avallato l'uso dell'adozione in casi particolari (ex. art. 44 e ss. l. n. 184/1983) per riconoscere il vincolo di filiazione tra un minore e il convivente omosessuale del genitore biologico (c.d. *stepchild adoption*).

Nella sentenza del 22 giugno 2016 n. 12962, la Suprema Corte ha, infatti, ufficialmente sancito l'ingresso della *stepchild adoption* nell'ordinamento italiano[67], richiamando la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *X & altri c. Austria*[68].

In tale pronuncia, la Corte europea, dopo aver ribadito che anche le unioni omosessuali godono del diritto alla vita familiare (ex art. 8 CEDU) e che, pertanto, tali coppie non possono essere ritenute a priori inidonee a crescere un figlio, aveva condannato l'Austria per non aver garantito alle coppie omosessuali non coniugate la medesima possibilità di accedere alla *stepchild adoption* così come riconosciuto alle coppie non coniugate eterosessuali.

Dopo la Corte di Cassazione, anche la Corte costituzionale si è pronunciata in materia di *stepchild adoption* su un caso riguardante una coppia italiana che aveva fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero rientrando poi in Italia con un minore che risultava avere legami biologici solo col padre[69].

In tale occasione, la Consulta ha affermato un importante principio ovvero che in tali casi la madre non biologica[70] non può mai essere disconosciuta (né riconosciuta) in automatico. La Corte Costituzionale ha chiarito, infatti, che il giudice competente è sempre tenuto a confrontare l'interesse alla verità con l'interesse del minore. A parere della Corte Costituzionale, tra le variabili di cui tener conto, "*oltre alla durata del rapporto con il minore e, quindi, alla condizione identitaria già acquisita, oggi assumono particolare rilevanza le modalità del concepimento e della gestazione e la possibilità per il genitore sociale di statuire, mediante l'adozione in casi particolari, una relazione*

[67] Tale interpretazione era stata inaugurata la prima volta dal Tribunale per i Minorenni di Roma, nell'ordinanza del 30 luglio 2014 (poi confermata dalla Corte d'Appello di Roma con sentenza del 23 dicembre 2015). Dopo la sentenza della Corte di Cassazione, si sono pronunciate a favore anche la Corte d'Appello di Milano (9 febbraio 2017) e il Tribunale per i minorenni di Bologna (ordinanze del 6 luglio 2017 e del 31 agosto 2017- Pres., est. Giuseppe Spadaro).

[68] Corte EDU, 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria.*

[69] Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272. Il caso riguardava una coppia eterosessuale italiana in cui la donna aveva avuto un tumore e si era dovuta sottoporre ad una chemioterapia che le impediva sia di concepire figli che di portare avanti una gravidanza. La coppia aveva quindi cercato una madre surrogata che portasse avanti la gestazione in India e il bambino era stato concepito con il seme del futuro padre e l'ovulo di una donatrice.

[70] Viene spesso definito genitore "d'intenzione", "legale" o "sociale, colui che non è genitore biologico o genetico, ovverosia quel genitore che non ha partorito il minore o non gli/le ha trasmesso il suo DNA.

giuridica che assicuri al minore un'adeguata tutela. Nella stima comparativa in questione, rientra pure la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento collega alla surrogazione di maternità, la quale offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane".

Proprio al fine di operare un distinguo tra i due istituti, la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 12962 del 2016 sopra citata, ha espressamente chiarito che la *stepchild adoption* non inquadra un'ipotesi di maternità surrogata, essendo quest'ultima vietata nel nostro ordinamento ai sensi dell'articolo 12 della legge n. 40 del 2004.

La tematica della maternità surrogata è stata oggetto di uno dei più celebri *revirement* giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha riguardato proprio l'Italia nel noto caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*[71].

Dopo una prima sentenza[72], infatti, nella quale la Corte europea aveva ritenuto contraria all'art. 8 della CEDU una misura di allontanamento e affidamento ai Servizi Sociali di un minore nato da una coppia italiana che aveva fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero ed era poi tornata in Italia, la Grande Camera della Corte europea ha successivamente escluso la presenza di detta violazione[73].

Tale sentenza presenta un interesse particolare poiché il minore, nato dalla maternità surrogata, non aveva nessun legame biologico con i due genitori italiani.

Nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, le autorità italiane si erano rifiutate di trascrivere l'atto di nascita del bambino, nato in Russia da madre surrogata, e avevano disposto il suo collocamento presso i Servizi Sociali dopo che il neonato aveva trascorso i primi sei mesi di vita con la coppia. Il bimbo, per un certo periodo di tempo, era stato privato della sua identità e della cittadinanza e, in assenza di documenti, non aveva potuto frequentare una scuola. Alla fine il minore era stato dato in adozione ad un'altra famiglia.

[71] La Corte europea dei diritti dell'uomo aveva già affrontato il delicato argomento della maternità surrogata in due sentenze precedenti al caso *Paradiso e Campanelli*, ovvero nei casi *Mennesson c. Francia (*sentenza del 26 giugno 2014*)* e *Labassee c. Francia (*sentenza del 26 giugno 2014*)*, che hanno costituito il primo intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di procreazione assistita mediante surrogazione di maternità. A rivolgersi alla Corte erano state due coppie francesi che avevano fatto ricorso negli Stati Uniti ad una tecnica di procreazione medicalmente assistita che non poteva essere praticata in Francia. In tali casi, la Corte europea ritenne che, sebbene non vi fosse stata una violazione del diritto alla vita familiare dei genitori (in entrambi i casi il padre era l'unico ad avere legami biologici con i minori nati dalla surrogazione di maternità), la Francia aveva oltrepassato il margine di apprezzamento consentito per quanto riguardava il diritto alla vita privata dei figli minori delle due coppie. Gli Stati, infatti, anche quando stabiliscono legittimamente norme interne che vietano forme di maternità surrogata, non possono mai trascurare, come nei due casi di specie, l'interesse superiore dei minori coinvolti.

[72] Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

[73] Corte EDU (Grande sezione), 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

Nel 2015, la II sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo aveva ritenuto le autorità italiane colpevoli di non aver effettuato un corretto bilanciamento tra i diversi interessi in gioco. La preoccupazione del Governo italiano in merito alla salvaguardia dell'ordine pubblico, minacciato dalla condotta della coppia che era contraria alla normativa in materia di adozione internazionale e al divieto (sussistente all'epoca) di fecondazione eterologa, venne ritenuta secondaria rispetto alla tutela della vita privata e familiare del minore coinvolto. A detta della Corte europea, infatti, in base ad un concetto esteso di "vita familiare", pur in assenza di legami biologici con i coniugi Campanelli, il minore aveva trascorso con questi ultimi un periodo di tempo significativo nelle sue prime fondamentali tappe di vita tale da potersi parlare di "vita familiare".

La prima sentenza nel caso Campanelli è stata molto criticata in dottrina in quanto, pur essendo l'argomentazione della Corte EDU in linea con il suo consueto approccio casistico e con il suo *focus* (nella determinazione della nozione di famiglia) sulle relazioni fattuali, essa rischiava di legittimare il c.d. "turismo procreativo", avvallando sostanzialmente la violazione delle garanzie sostanziali e processuali poste dal diritto italiano nelle discipline in materia di procreazione medicalmente assistita e adozioni internazionali[74].

Successivamente tale pronuncia è stata ribaltata dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, partendo dall'assunto per cui, in questioni ancora così dibattute e delicate, gli Stati parte hanno il diritto di mantenere un ampio margine di discrezionalità.

Il caso Campanelli, inoltre, era particolarmente delicato perché in tutte le precedenti sentenze decise dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di maternità surrogata vi era almeno un legame biologico del minore con uno dei due genitori.

La Grande Camera della Corte europea ha quindi affermato che l'art. 8 della CEDU, pur potendo arrivare a tutelare un concetto di vita familiare molto esteso, non garantisce comunque il diritto di adottare, né tantomeno tutela il desiderio di creare una famiglia soprattutto quando sono gli stessi genitori ad agire *contra legem*, compromettendo le prospettive di instaurare un rapporto stabile, attualmente o potenzialmente, con il minore.

Anche dal punto di vista del principio del superiore interesse del minore, a parere della Grande Camera, è proprio nell'interesse del minore consolidare un rapporto familiare con i propri genitori che sia basato sulla legalità. Inoltre, secondo la Grande Camera e contrariamente a quanto affermato nella

[74] Sul punto si veda LONG J., *Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cit.*, e L. LENTI, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, Quad. cost., 2015, 472.

precedente sentenza Campanelli dalla II sezione della Corte europea, il lasso di tempo che il minore aveva trascorso insieme ai coniugi Campanelli (sei mesi di permanenza del minore con la coppia in Italia, preceduti da un periodo di circa due mesi in cui la Sig.ra Paradiso era stata con il bambino in Russia) era troppo breve per consolidare qualsiasi tipo di relazione familiare[75].

Per tutte queste ragioni, la Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto giustificate le ragioni del Governo italiano, nonché le misure adottate nel caso di specie, poiché consentivano di tutelare non solo il minore coinvolto, ma più in generale tutti i minori rispetto a pratiche illecite che la maternità surrogata potrebbe finire per incoraggiare, come la tratta di esseri umani.

È evidente che l'assenza di legami biologici tra i genitori "committenti" e il minore abbia inciso sulla decisione della Grande Camera della Corte europea nel caso Campanelli, non essendo ravvisabile la possibilità di ricorrere alla *stepchild adoption* per tutelare la relazione familiare di fatto che si era in ogni caso instaurata.

Al riguardo, è interessante notare che la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha recentemente adottato il primo parere consultivo in attuazione del Protocollo addizionale n. 16 (in vigore dal 1° agosto 2018 per 10 Paesi del Consiglio d'Europa)[76] proprio in materia di *stepchild adoption*.

Il parere è particolarmente rilevante poiché, pur non essendo vincolante e non interessando direttamente l'Italia, fornisce comunque chiarimenti sull'attuale indirizzo ermeneutico della Corte europea in materia di *stepchild adoption,* essendo il parere stato adottato all'unanimità.

La Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo è stata, infatti, consultata dalla Corte di Cassazione francese in merito al caso di due bambini nati in California tramite maternità surrogata[77]. Il padre aveva donato il suo seme, una donatrice l'ovulo e la gravidanza era stata portata

[75] Si vedano, al riguardo, le perplessità espresse da L. POLI, *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli*, 21 febbraio 2017, su *www.sidiblog.org*.

[76] Il Protocollo n. 16 permette alle più alte giurisdizioni nazionali di rivolgersi alla Grande Camera della Corte europea per un parere su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione della CEDU e dei suoi protocolli. Un meccanismo che si avvicina al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, pur se con delle differenze. In particolare, il parere fornito dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo non è vincolante a differenze delle sentenze della Corte di Giustizia in risposta a un rinvio pregiudiziale. I Paesi che hanno già ratificato il Protocollo n. 16 sono: Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina, per l'Italia il processo di ratifica è in corso.

[77] Cour de cassation, Assemblée plénière, arrêt n° 638 du 5 octobre 2018. Con tale sentenza, la Cassazione francese ha sospeso il procedimento nazionale nella famosa vicenda *Mennesson* (citata anche sopra, si veda la nota n. 49) per chiedere un parere alla Grande Camera della Corte EDU in merito a come procedere a seguito della precedente condanna subita sempre ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo.

avanti da una terza donna. I bambini, pertanto, non avevano alcun legame, né biologico né genetico, con la loro madre "d'intenzione" (moglie del padre) in Francia, mentre negli Stati Uniti la donna era stata riconosciuta come genitore a tutti gli effetti. La Francia aveva inizialmente negato il riconoscimento di entrambi i genitori, ma, in seguito, dopo una prima condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo[78], aveva provveduto a registrare i minori come figli del solo padre biologico.

La Cassazione francese ha, quindi, chiesto alla Corte europea di chiarire se rientri nell'ambito del margine di apprezzamento concesso agli Stati, ai sensi dell'art. 8 CEDU, la possibilità di rifiutare la trascrizione di un atto di nascita di un minore nato all'estero da maternità surrogata per quanto riguarda la madre committente non biologica, accettando, però, la trascrizione per il padre biologico. In caso di risposta affermativa, il giudice francese ha chiesto, altresì, di chiarire se la possibilità per la madre non biologica di adottare il figlio del proprio coniuge (padre biologico del minore) consenta allo Stato di rispettare l'art. 8 della CEDU.

Nel suo parere consultivo, la Grande Camera della Corte europea ha affermato che il diritto del bambino al rispetto della vita privata, ai sensi dell'articolo 8 della CEDU, richiede che la legislazione nazionale preveda la possibilità di riconoscere una relazione genitore-figlio anche con la madre non biologica indicata nel certificato di nascita legalmente emesso all'estero.

A parere della Grande Camera, infatti, un "no assoluto" al riconoscimento della madre non biologica sarebbe incompatibile con l'interesse superiore del minore a godere di entrambi i genitori e ciò deve prevalere sulle preoccupazioni d'ordine pubblico legate ai rischi connessi alla maternità surrogata.

Secondo la Corte EDU, gli Stati mantengono un certo margine di apprezzamento solo in merito alle modalità con cui riconoscere il legame familiare attestato da un certificato di nascita acquisito legalmente all'estero. Ove non si voglia procedere alla trascrizione immediata del certificato di nascita, gli Stati possono ricorrere ad altre procedure, come ad esempio, all'adozione del figlio del *partner* (o coniuge) ad opera del genitore non biologico. Tale procedura, tuttavia, a detta della Grande Camera, deve essere rapida[79] e "a pieno titolo".

Di conseguenza, appare evidente che l'istituto della *stepchild adoption*, per come è disciplinato attualmente nell'ordinamento italiano, non rappresenti lo strumento più adeguato per tutelare il diritto

[78] Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia* (si veda sopra nota n. 49).

[79] La Corte europea dei diritti dell'uomo ha precisato che l'adozione deve consentire di «*prendere rapidamente una decisione, in modo che il minore non sia trattenuto per un lungo periodo in una situazione di incertezza giuridica*».

del minore al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 CEDU, non trattandosi di un'adozione piena e legittimamente[80].

In Italia, la differenza tra la trascrizione all'anagrafe dell'atto di filiazione emesso all'estero e l'adozione in casi particolari è enorme: nel primo caso, entrambe le figure genitoriali risultano genitori a "pieno titolo" e il figlio è considerato tale a tutti gli effetti, mentre nel secondo si hanno delle limitazioni in termini di rapporti di parentela e diritti successori. La differenza, pertanto, non è solo formale, ma soprattutto sostanziale.

In Italia, la trascrizione di entrambi i genitori sul certificato di nascita di un minore nato all'estero da maternità surrogata e avente un legame biologico con uno solo dei due, era stata ammessa, per la prima volta, da un'ordinanza favorevole della Corte d'Appello di Trento[81].

L'ordinanza della Corte d'Appello di Trento era quindi in linea con il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma la vicenda di Trento è stata recentemente rivista dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, dando vita a un esito diverso[82].

La Cassazione, infatti, nella sentenza n. 12193 dell'8 maggio 2019 ha affermato che "*a tutela della dignità gestante e dell'istituto dell'adozione*", le coppie che hanno avuto un figlio all'estero nato con la maternità surrogata non possono ottenere in Italia la trascrizione all'anagrafe dell'atto di nascita e filiazione del bambino, riconosciuto nel paese straniero, rimanendo, invece, aperta la strada dell' "adozione particolare".

Al momento, pertanto, nell'ordinamento italiano la tutela dell'ordine pubblico, connessa al divieto di maternità surrogata, prevale sull'interesse del minore[83].

Ove il caso dei gemellini di Trento venisse portato davanti alla Corte europea dei diritti

[80] Per rispondere ai quesiti sottopostole, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha effettuato un'indagine comparativa su 43 Stati parte della CEDU, escludendo la Francia. Da tale indagine è emerso che la maternità surrogata è consentita in 9 Stati, tollerata in 10 e esplicitamente o implicitamente vietata in 24 Stati. In 31 di tali Stati (ivi compresi 12 in cui tale pratica è vietata) è possibile che il legame di filiazione con il padre venga riconosciuto quando sia stato utilizzato il suo materiale biologico. In 24 Stati (ivi compresi 9 che vietano la maternità surrogata) è possibile riconoscere lo *status* di filiazione con la madre anche se non vi è alcun legame genetico. La procedura per stabilire tale *status* varia a seconda degli ordinamenti.

[81] Corte d'Appello di Trento, sezione prima, ordinanza del 23 febbraio 2017 (Pres./Rel. Maria Grazia Zattoni). Il caso riguardava una coppia omosessuale di Trento, sposata secondo la legge canadese, che aveva chiesto la trascrizione del nome del secondo papà sull'atto di nascita di due gemelli partoriti in Canada. I bambini erano stati concepiti con la collaborazione di due donne: la prima aveva messo a disposizione gli ovociti, la seconda aveva portato avanti la gravidanza. Uno dei padri aveva fornito i suoi gameti. La paternità di entrambi i coniugi era stata riconosciuta in Canada ove la maternità surrogata è consentita, ma solo a titolo gratuito.

[82] Cass., Sez. Unite, 8 maggio 2019, n. 12193.

[83] La Corte di Cassazione afferma, infatti, che "*i valori tutelati dal predetto divieto, ritenuti dal legislatore prevalenti sull'interesse del minore, non escludono la possibilità di attribuire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari*".

dell'uomo, sarà interessante osservare se la Corte EDU manterrà il suo orientamento, espresso con forza dalla Grande Camera nel primo parere consultivo che è stato approvato all'unanimità proprio su tale ancora tanto discussa tematica.

5. Riflessioni conclusive

Sembra dunque possibile affermare che il principio del superiore interesse del minore, pur non essendo espressamente menzionato nella CEDU, rappresenti ormai un criterio interpretativo autonomo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in grado di comprimere sia i diritti dei genitori che le pretese nazionali ove questi ultimi siano pregiudizievoli per lo sviluppo psico-fisico dei minori interessati[84].

"*There is currently a broad consensus (..) in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interest must be paramount*"[85], così affermava la Corte EDU nel sopra citato caso *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*.

L'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela dei diritti dei minori è innegabile e meritevole, ma presenta comunque delle criticità.

Innanzitutto, il principio del superiore interesse del minore sta assumendo sempre più i connotati di una sorta di "formula magica"[86] nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e le conseguenze legate alla sua applicazione possono, pertanto, diventare imprevedibili. A volte la Corte EDU afferma che il principio del superiore interesse del minore "*must be paramount*"[87] o "*must be assessed and taken into account as a primary consideration*"[88], ma anche che esso "*must come before any other consideration*"[89] in tutte le azioni e decisioni pubbliche e private che lo riguardino.

Oltre alle ambiguità connesse al peso effettivo di tale principio nel bilanciamento effettuato dalla Corte EDU tra i diversi, e spesso contrastanti, interessi in gioco, è opportuno tenere a mente che la quasi totalità dei ricorsi presentati alla Corte europea dei diritti dell'uomo vedono come ricorrenti degli adulti che agiscono sia in nome proprio che dei minori interessati. Ciò ha portato in alcuni casi

[84] M. C. RUO, "*The best interest of the child" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Minori giustizia*, fasc. 3, 2011, p. 54.

[85] Corte EDU, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, op. cit., par. 135.

[86] La definizione del superiore interesse del minore come "formula magica" si deve a J. CARBONNIER, *Droit Civil, I.2, La famille, les incapacité*, Presses Universitaires de France, 1969.

[87] Corte EDU, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, op. cit. nota n. 85.

[88] Ad esempio, tra le tante, Corte EDU (Grande camera), 26 novembre 2013, *X c. Lettonia*.

[89] Tale affermazione, in particolare, risale a Corte EDU, 19 settembre 2000, *Gnahore c. Francia*, par. 59.

ad una strumentalizzazione molto evidente del principio del superiore interesse del minore a vantaggio degli interessi degli adulti[90].

Inoltre, la tutela del "fatto (illecito) compiuto" nel nome del superiore interesse del minore, finisce per legittimare la violazione di norme nazionali, europee ed internazionali poste proprio a garanzia della sicurezza dei gruppi più vulnerabili, come i minori vittime di tratta di essere umani o i minori illegittimamente sottratti da uno dei genitori, problematiche emerse particolarmente nei casi Paradiso e *Campanelli c. Italia* e *Neulinger* e *Shruruk c. Svizzera*[91].

La proliferazione di strumenti a tutela dei diritti dei minori a più livelli, ovvero nazionale, UE ed internazionale (c.d. tutela multilivello), può condurre a situazioni nelle quali uno Stato si ritrova vincolato contemporaneamente a normative che promuovono una diverso utilizzo del principio del superiore interesse del minore. Si è avuto modo di notare, infatti, quanto siano diversi gli approcci della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia in merito. Queste incompatibilità possono finire per rendere difficile il dialogo fra le due Corti, aprendo la strada ad una tutela sempre più differenziata dei diritti dei minori.

Per arginare tale rischio e salvaguardare il rapporto tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia, l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, i cui negoziati sono attualmente in stallo dopo il parere negativo della Corte di Giustizia sul progetto di adesione[92], è assolutamente auspicabile. L'adesione dell'Unione europea alla CEDU, infatti, influenzerebbe positivamente le iniziative e le politiche dell'UE a tutela dei fanciulli in quanto il controllo giurisdizionale esterno della Corte europea dei diritti dell'uomo servirebbe da sprone affinché l'Unione non scenda al di sotto del livello minimo di tutela offerto ai fanciulli dall'interpretazione vivente della CEDU, la quale, come abbiamo visto, è stata sinora un importate canale per rendere vivente anche la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo.

Al fine di tutelare i minori e i loro diritti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha portato avanti una vera e propria battaglia contro tutti gli "automatismi" che non permettono di compiere un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco alla luce del superiore interesse del minore.

---

[90] Si vedano le osservazioni critiche di J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Questione e Giustizia*, speciale aprile 2019, p. 418 e E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, op. cit., p. 100 e ss. Uno dei rari casi di ricorso presentato direttamente da un minore risale al 2001 (Corte EDU, 10 maggio 2001, *Z. e altri c. Regno Unito*).

[91] Per un approfondimento sul punto si veda J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, op. cit., p. 417 e ss.

[92] Parere della Corte Giust. UE n. 2/13 del 18 dicembre 2014 sul progetto di accordo presentato a Strasburgo il 10 giugno 2013, par. 191 e ss.

Un altro elemento caratteristico della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è il continuo allargamento del concetto di "vita privata e familiare" e, di conseguenza, anche della nozione di "famiglia", ovvero il fondamento della società e il primo luogo in cui i minori devono sentirsi (ed essere) protetti.

Inoltre, la Corte europea, in ossequio al principio del superiore interesse del minore, tutela le relazioni di fatto instaurate dal minore anche con soggetti diversi dai genitori o dai parenti, valorizzando l'intensità del rapporto affettivo di fatto esistente e non la sua rilevanza giuridica.

Tuttavia, proprio l'applicazione costante di uno dei maggiori "mantra" della Corte europea dei diritti dell'uomo, ovvero l'interesse del minore a mantenere i legami con la sua famiglia, ha dato vita a pronunce che hanno ridimensionato il ruolo della Corte nel combattere gli automatismi[93].

Secondo la Corte europea, infatti, la privazione di assistenza materiale e la negligenza nelle cure da parte dei genitori non possono essere, da sole, causa di allontanamento dei minori dal nucleo familiare. "Solo" violenze, maltrattamenti e abusi sessuali possono legittimarne un allontanamento[94]. Tale *focus*, posto essenzialmente sulle fragilità genitoriali che le autorità nazionali sono (giustamente) tenute a sostenere, appare in alcune pronunce eccessivamente sbilanciato dalla parte degli interessi dei genitori, perdendo così di vista l'interesse superiore del minore nel caso di specie, il cui benessere psico-fisico può essere gravemente ed irrimediabilmente pregiudicato anche "solo" in presenza di gravi negligenze nelle cure e nell'accudimento[95].

Tutto ciò premesso, l'aumento costante del numero di ricorsi fondati, in cui sono coinvolti minori, davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a svolgere un ruolo sussidiario rispetto a quello delle autorità nazionali, è indubbiamente sintomatico di un funzionamento insoddisfacente dei meccanismi di tutela dei diritti dei fanciulli in Europa.

Sembra, infatti, che quanto più solennemente i diritti dei minori sono riconosciuti e proclamati a più livelli, tanto più gli stessi sono messi in discussione nella realtà giudiziaria quotidiana, oggetto

[93] Per una lettura critica sul punto si veda E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, op. cit., p. 100 e ss e L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur.civ.comm*, 2016, vol. 32, n. 1/2016, 150.

[94] Tra le tante si vedano le seguenti sentenze, riguardanti specificatamente l'Italia: Corte EDU, 13 ottobre 2015, *S.H. c. Italia* e Corte EDU, 22 giugno 2017, *Barnea e Caldararu c. Italia*, par. 74. Altre pronunce in materia sono, ad esempio, Corte EDU, 26 ottobre 2006, *Wallova e Walla c. Repubblica Ceca* e Corte EDU, 18 giugno 2013, *R.M.S. c. Spagna*.

[95] J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, p. 418. Tale lettura è stata recentemente avvallata, a stretta maggioranza, dalla Corte EDU, V sezione, il 30 novembre 2017, nel caso *Strand Lobben c. Norvegia* che è attualmente all'esame della Grande Camera (ricorso n. 37283/13).

di processi che ne riducono o ignorano la portata[96].

Ecco perché il ruolo della giurisprudenza di merito nel comprendere le potenzialità del richiamo alla CEDU si rivela spesso fondamentale per colmare le lacune delle leggi, nonché i silenzi e le omissioni del legislatore.

Negli anni l'ordinamento italiano è stato oggetto di numerose condanne ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo e col tempo è riuscito ad evolversi, diventando più *child-friendly* ed in linea con la CEDU. Le sfide all'orizzonte, tuttavia, sono ancora numerose e il rapporto con la Corte europea dei diritti dell'uomo è "vivente" e in evoluzione proprio come la CEDU.

[96] Cfr. in questo senso L. DELLI PRISCOLI, *Famiglia e principio di uguaglianza*, Napoli Edizioni Scientifiche, 2018, 123 ss.

Paolo Bruno

La sottrazione internazionale dei minori: verso una loro protezione anche preventiva

SOMMARIO: 1. Lo status quo in materia di segnalazione di minori scomparsi – 2. Il vuoto normativo per le situazioni di (mero) pericolo – 3. La revisione del Reg. SIS II ed il nuovo sistema di tutela anticipata – 4. La competenza nazionale – 5. La competenza internazionale – 6. I presupposti per la segnalazione – 7. Possibili difficoltà applicative nel raccordo con altri strumenti – 8. Conclusioni

_____

1. Lo status quo in materia di segnalazione di minori scomparsi

Tra i tanti strumenti, legislativi e non, di cui l'Unione europea si è dotata per contrastare il fenomeno delle sottrazioni internazionali di minori, merita di essere segnalato – per il contributo che ha dato alla costruzione di una rete di sicurezza attorno ai soggetti più vulnerabili – il sistema d'informazione Schengen (SIS),[1] creato dapprima nel 1995 nel contesto dell'abolizione dei controlli alle frontiere interne nell'UE e revisionato nel corso degli anni.

Si tratta di una banca dati su larga scala a sostegno del controllo delle frontiere esterne e della cooperazione in materia giudiziaria tra gli Stati membri dell'accordo di Schengen, che si compone oggi di due distinte basi giuridiche: il Reg. (CE) n.1987/2006 sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II) e la Decisione 2007/533/GAI sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II).

Benché il SIS II abbia due diverse basi legislative esso funziona come un unico sistema di informazione che si compone di **un sistema centrale** (C-SIS) con una funzione di supporto tecnico e amministrativo ed un'interfaccia nazionale uniforme; **un sistema nazionale** (N.SIS) in ciascuno Stato membro dello spazio Schengen in cui i dati vengono inseriti, aggiornati, cancellati e ricercati e

[1] Per un'analisi di aspetti internazional-privatistici dell'applicazione dei regolamenti Schengen cfr. I. OTTAVIANO, *Il controllo delle segnalazioni nello Schengen Information System II: alcune questioni in relazione alla collaborazione fra giudici di Stati diversi*, 2018, Atti XXII Convegno SIDI; E. BROWER, *The other side of the moon. The Schengen information systema and human rights: a task for national courts*, CEPS Working Document n.288/April 2008.

che comunica con il SIS II centrale; **un'infrastruttura di comunicazione** fra il CS-SIS e l'NI-SIS dotata di una rete virtuale cifrata.

Orbene, mentre il Reg. (CE) n.1987/2006 riguarda le segnalazioni sui cittadini di paesi terzi ai fini del rifiuto di ingresso o di soggiorno per motivi che costituiscono una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, la Decisione 2007/533/GAI stabilisce le segnalazioni utilizzate per sostenere la cooperazione operativa tra la polizia e le autorità giudiziarie in materia penale e le relative procedure per presentarle e agire in merito.

Tra tali segnalazioni[2] vi sono quelle relative alle persone scomparse (art.32, comma 2) che devono essere poste sotto protezione (ai fini della loro tutela o per prevenire minacce) oppure che non devono essere tutelate, e che – tramite il rinvio di cui al comma 4 – si applicano "in particolare ai minori".

Questo genere di segnalazioni è utile nel caso di sottrazione internazionale di un minore, giacchè consente un rapido inserimento dell'*alert* nel sistema che viene consultato dalle autorità nazionali responsabili di controlli di frontiera, di polizia e doganali nonché dalle agenzie EUROPOL e EUROJUST.

Il 19 novembre 2018 il Consiglio dell'Unione europea ha adottato un nuovo quadro legislativo composto da tre nuovi regolamenti sull'uso del sistema d'informazione Schengen che sostituiranno gradualmente l'attuale regolamento e la decisione al fine di colmarne delle lacune e introdurre diverse modifiche essenziali sulle tipologie di segnalazioni inserite: si tratta di testi rispettivamente operanti nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale (n.2018/1862), nel settore delle verifiche di frontiera (n.2018/1861) e per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (n.2018/1860) sebbene ai fini di quanto ci occupa sia rilevante il solo Reg. (UE) n.1862/2018.

2. Il vuoto normativo per le situazioni di (mero) pericolo

Orbene, come si anticipava sopra, sino alla recente novità di cui tratteremo oltre, l'attenzione del legislatore è sempre stata attirata dal **soggetto già scomparso o sottratto**, sebbene l'esperienza

[2] Il regolamento definisce la segnalazione come un insieme di dati inseriti nel SIS che permette alle autorità competenti di identificare una persona o un oggetto al fine di intraprendere un'azione specifica (cfr. art.3, n.1)

delle vicende legate alla sottrazione internazionale di un minore, in qualunque contesto essa sia maturata, ha dimostrato come sovente l'attraversamento della frontiera corrisponda all'ottenimento di un risultato pratico difficile da sovvertire.

Fino ad ora, in sostanza, la sottrazione del minore è stata affrontata dal punto di vista normativo come un **fatto ineluttabile** a cui porre rimedio a posteriori con una intensa attività investigativa transfrontaliera.

Il tema è peraltro trasversale a differenti ambiti di interesse, adattandosi a riflessioni tanto con riguardo ai minori non accompagnati che sbarcano sul nostro territorio (da considerarsi tra i più a rischio di scomparsa, anche se spesso per loro scelta finalizzata al raggiungimento di un altro Stato ove ricongiungersi a familiari o conoscenti) quanto con riguardo a coloro che cadono vittime di tratta a fini di sfruttamento, ma anche di rapimenti nazionali per motivi sessuali o economici.

Limitando tuttavia la presente analisi al particolare campo del **diritto di famiglia**, ed alle sottrazioni internazionali[3] che in detto contesto maturano, non può non osservarsi che i punti di vulnerabilità delle regolamentazioni europee ed internazionali in materia si rinvengono soprattutto

[3] Sulla sottrazione internazionale di minori, senza pretesa di esaustività, tra i tanti cfr. C. HONORATI, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, in RDIPP, 1/2013, pag.5 ss.; S. TONOLO, *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il regolamento Bruxelles II-bis e la Convenzione dell'Aja del 1980 a confronto*, in RDIPP., 1/2011, p. 81 ss; M.A. LUPOI, *La sottrazione internazionale di minori: gli aspetti processuali*, in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1/2014, pag.111 ss.; A. CARRATTA, *Provvedimenti urgenti a tutela dei minori e sottrazione internazionale* in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 4/2017, pag.1257 ss.; C. PESCE, *Sottrazione internazionale di minori nell'Unione europea: il coordinamento tra il regolamento (CE) n. 2201/2003 e la convenzione dell'Aja del 1980*, in Cuad. der. trans., 2011, p. 237 SS.; M.C. BARUFFI, *Discrezionalità del giudice e rimpatrio del minore in caso di legal kidnapping*, in Int'l lis, 2005, fasc. 2, p. 84 ss.; M.C. BARUFFI, *Osservazioni sul regolamento Bruxelles II* bis, in BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, pp. 175-223; G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Riv. dir. int.*, 2004, pp. 991 ss.; R. DI CHIO, *La Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in CARELLA (a cura di), La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato, Torino, 2009, p. 91 ss.; A. SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milano, 1995 (Il diritto di famiglia e delle persone); L. CARPANETO, *Reciproca fiducia e sottrazione internazionale di minori nello spazio giudiziario europeo*, in RDIPP n. 2/2011, p. 361 ss.; F. UCCELLA, *La Convenzione dell'Aja del 1980 come possibile risposta al "sequestro" dei minori sottratti ad uno dei genitori*, in Vita notarile, 2012, pp. 19 ss.; F. CORBETTA, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli effetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in Famiglia, persone e successioni, 2008, p.715 ss.

nel coordinamento tra le disposizioni che approntano strumenti di reazione immediata alla sottrazione e quelle che riguardano la loro esecuzione all'estero[4].

A ciò si aggiunga che una certa, pur condivisibile, evoluzione interpretativa del concetto di **migliore interesse del minore** in chiave espansiva, ha finito tuttavia per affievolire i pari diritti del genitore privato dei suoi affetti più cari – quello che non a caso si definisce "genitore lasciato indietro" (*left behind parent*) – rendendo nei fatti più redditizio il ricorso alla sottrazione internazionale rispetto alla mediazione o alla decisione giurisdizionale.

Nel corso del negoziato sulla revisione del Reg. SIS II, sfociato nel testo di cui oltre, si è dunque deciso di colmare il vuoto normativo **ampliando le fattispecie** che possono dare luogo all'inserimento di **segnalazioni** (*alerts*) fino a ricomprendervi i minori "a rischio di sottrazione da parte di uno dei genitori" al ricorrere di determinate circostanze.

Lo scopo della nuova segnalazione è quindi primariamente quello di impedire che il minore lasci il territorio nazionale.

3. La revisione del Reg. SIS II ed il nuovo sistema di tutela anticipata

Il Reg. (UE) n.1862 del 28.11.2018 è stato pubblicato nella GU dell'UE L312/56 del 7.12.2018 ed è entrato in vigore venti giorni dopo, ma la sua **applicazione** nelle fattispecie di cui ci occupiamo in questa sede è **sospesa** in attesa dell'adozione degli atti di esecuzione necessari e della successiva verifica dell'adempimento – da parte degli Stati membri e dell'Agenzia eu-LISA – degli incombenti previsti a loro carico[5] (rispettivamente: adozione delle disposizioni tecniche e giuridiche necessarie per trattare i dati SIS e scambiare le informazioni supplementari previste dalla revisione del regolamento, per i primi, e collaudo dei sistemi da parte della seconda).

[4] Numerose sono le pronunce della Corte di Giustizia sul tema: tra le tante, cfr. sez. III, 1.07.2010, *Povse*, C-211/10 PPU in Famiglia e minori, 2010, n. 8; *Inga Rinau*, C-195/08 PPU, in Guida dir., 2008, fasc. 31, p. 110; sez. III, 9.10.2014, *C. contro M.*, C-376/14 PPU; sez. IV, 9.01.2015, *David Bradbrooke*, C-498/14 PPU; sez. I. 22.12.2010, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU; sez. III, 11.07.2008, tutte in www.curia.europa.eu.

[5] Da espletarsi non più tardi del 28.12.2021 secondo quanto stabilito dall'art.79, par.1

Come sopra anticipato, la Commissione europea nel **dicembre 2016** aveva presentato una **proposta**[6] **di revisione** del Reg. istitutivo del SIS II, la quale faceva seguito ad una valutazione del funzionamento di tale strumento da cui era emerso come la sottrazione di minori da parte di uno dei genitori avvenga spesso in **circostanze accuratamente pianificate**, con l'intenzione di lasciare rapidamente lo Stato membro in cui è stato stabilito il regime di affidamento, ed aveva proposto delle modifiche per colmare "una potenziale lacuna dell'attuale legislazione, in cui le segnalazioni relative ai minori possono essere effettuate soltanto quando i minori sono scomparsi, e permetteranno alle autorità degli Stati membri di segnalare i minori soggetti a rischi particolarmente gravi".

Grazie a queste modifiche, laddove si configurasse un **alto rischio di sottrazione imminente** di un minore da parte di uno dei genitori, le guardie di frontiera e le autorità di contrasto ne saranno informate e potranno esaminare più attentamente le circostanze in cui il minore in questione sta viaggiando, sottoponendolo se necessario a custodia protettiva.

Ciò posto, sotto il Capo VII rubricato "Segnalazione di persone scomparse o persone vulnerabili a cui deve essere impedito di viaggiare" il nuovo art. 32 dal titolo "Obiettivi e condizioni per l'inserimento delle segnalazioni" prevede dunque al primo comma che "*Su richiesta dell'autorità competente dello Stato membro segnalante, sono inserite nel SIS segnalazioni sulle seguenti categorie di persone: (...) c) minori a rischio di sottrazione da parte di un genitore, un familiare o un tutore a cui deve essere impedito di viaggiare*".

Il terzo comma specifica che "*La segnalazione di un minore di cui al paragrafo 1, lettera c), è inserita in seguito a una decisione delle autorità competenti, incluse le autorità giudiziarie degli Stati membri competenti in materia di responsabilità genitoriale, in caso di rischio concreto ed evidente che il minore possa essere fatto uscire in modo illecito e imminente dallo Stato membro in cui hanno sede le autorità competenti*".

Dal punto di vista temporale, inoltre, l'art.53 dispone che dette **segnalazioni** sono **mantenute per la durata di un anno**, durante il quale lo Stato membro segnalante deve riesaminare la necessità che esse siano mantenute, e che in difetto di proroga le stesse sono cancellate automaticamente allo scadere del periodo.

[6] COM (2016) 883 final del 21.12.2016

L'art.55 chiarisce infine che le segnalazioni di cui trattasi sono cancellate "*i) alla risoluzione del caso, ad esempio se il minore è stato reperito o rimpatriato o le autorità competenti dello Stato membro di esecuzione prendono una decisione sull'affidamento del minore; ii) allo scadere del termine di validità della segnalazione conformemente all'articolo 53; o iii) su decisione dell'autorità competente dello Stato membro segnalante*".

4. La competenza nazionale

Mentre è chiara la **competenza a inserire la segnalazione** nel SIS, dal momento che nulla è innovato sul punto ed a ciò resta preposto l'ufficio nazionale SIRENE, tra le definizioni di cui all'art.3 del regolamento non vi è quella di autorità **competente a disporre la segnalazione**; in proposito è il Considerando 32 a chiarire che le segnalazioni di minori a rischio di sottrazione da parte di uno dei genitori dovrebbero essere inserite nel SIS su richiesta delle "*autorità competenti, incluse le autorità giudiziarie competenti in materia di responsabilità genitoriale conformemente al diritto nazionale*" con ciò lasciando agli Stati membri il compito di individuarle.

La scelta di non addivenire ad una definizione autonoma di autorità competente è da un lato comprensibile, dato il **variegato panorama** di entità ed organismi pubblici e privati coinvolti nella tutela dei minori **negli Stati membri**, e purtuttavia non è stata in tal caso scelta la strada – praticata invece nella maggior parte degli strumenti di cooperazione giudiziaria in materia civile – di obbligare i medesimi a comunicare alla Commissione successivamente all'entrata in vigore del regolamento quali siano tali autorità[7].

La **comunicazione** avrebbe consentito non solo una adeguata pubblicità ma anche un controllo di legittimità a posteriori, non potendosi escludere – come preciseremo oltre – che una segnalazione sia inserita in modo impreciso su richiesta di una autorità la cui competenza alla stregua della normativa dello Stato membro considerato sia dubbia o contestabile.

Quanto alla **natura giuridica della segnalazione**, si tratta indubbiamente di un atto amministrativo di cui il regolamento impone il riconoscimento all'interno dell'area Schengen a tutte le autorità competenti.

[7] Questa soluzione comporta di solito la pubblicazione delle comunicazioni nazionali nel Portale europeo della giustizia elettronica.

Tuttavia, merita di essere segnalato che mentre tutte le altre segnalazioni di cui al primo comma dell'art.32 possono essere inserite su richiesta diretta di una **autorità amministrativa**, quella relativa ai minori a rischio di sottrazione (terzo comma) è invece inserita "*in seguito a una decisione*".

Ciò sembrerebbe implicare una **riserva di competenza** all'autorità giurisdizionale, sebbene la lettera della norma lasci spazio ad interpretazioni diverse e di fatto consegni nelle mani del legislatore nazionale la decisione sull'individuazione del tipo di autorità competente a richiedere questo peculiare tipo di segnalazione.

In Italia è allora lecito domandarsi a chi debba appartenere tale competenza, tanto più che la segnalazione potrebbe essere richiesta in pendenza di un giudizio ma anche al di fuori dello stesso.

Salva diversa decisione del legislatore nazionale, potrebbe ipotizzarsi quanto segue.

Nel caso di **giudizio in corso** (anche) sulla responsabilità genitoriale dovrebbe ritenersi competente il **Tribunale ordinario**, che la disporrebbe tanto d'ufficio quanto su richiesta di uno dei genitori, a seconda dei casi durante l'udienza presidenziale, oppure davanti al collegio o al giudice istruttore laddove la relativa richiesta sia avanzata durante la fase istruttoria.

Prima del giudizio, gli stessi provvedimenti – adottabili d'ufficio o su istanza dei medesimi soggetti sopra indicati – dovrebbero invece essere richiesti al **Tribunale per i minorenni** territorialmente competente; non va infatti sottaciuto che la materia della sottrazione internazionale di minori è stata devoluta alla competenza del giudice minorile dall'art.7 della L. 15.01.1994 n.64 di ratifica della Convenzione dell'Aia del 1980. Non sarebbe dunque incoerente, a parere di chi scrive, che di un'istanza strettamente collegata ad una (paventata) sottrazione internazionale si occupi il giudice specializzato in tale materia mentre, laddove un giudizio sulla responsabilità genitoriale sia già in corso e la stessa emerga quale novità che arricchisce il merito della causa, non vi sarebbero ragioni per sottrarne la decisione al Tribunale ordinario già investito dell'esame (art.38 disp. att. c.c.).

Non pare invece di potersi ravvisare al riguardo una competenza del **Giudice tutelare** ai sensi dell'art.337 c.c., alla stregua del chiaro orientamento giurisprudenziale[8] che tende ad inquadrarne il raggio di azione nella vigilanza attiva sull'adempimento delle disposizioni impartite dal Tribunale senza modificarne il regime né adottare provvedimenti di tipo integrativo.

[8] Cfr. Cass. Civ., sez. VI, 12.08.2014 n.17876; sez. I, 3.11.2000 n.14360, tutte in www.italgiure.giustizia.it

Quanto alla **legittimazione** a chiedere un provvedimento che disponga la segnalazione, pare anche qui evidente che – a prescindere dal regime di affidamento che regola il caso di specie – entrambi i genitori possano esercitare tale prerogativa.

Ma vi è di più, perché ragionando sulla **finalità della norma**, che è quella di prevenire una sottrazione che con tutta probabilità si sta per verificare, della stessa dovrebbe essere data una **lettura quanto più ampia possibile**, al fine di legittimare tanto un provvedimento d'ufficio che su istanza di parte.

Tali e tante sono le ipotesi nelle quali il sentore di una possibile sottrazione può emergere, che non è incongruo ritenere che i relativi indizi possano affiorare – ad es. – dalla relazione del CTU incaricato di sentire il minore, oppure da una segnalazione dei servizi sociali, o della Polizia al Pubblico Ministero intervenuto.

Certo è che la complessità del tema meriterebbe un atto normativo di **attuazione** del regolamento[9].

Non si può infine escludere, visto il tenore letterale della norma, che in alcuni Stati anche la **Polizia** sia legittimata ad inserire una segnalazione autonomamente; ed invero il regolamento non vincola l'inserimento di una segnalazione ad un ordine dell'autorità giudiziaria, cosicché se in uno Stato tale facoltà è riconosciuta alle autorità di Polizia è evidente che un genitore potrebbe maliziosamente rivolgersi a quest'ultima adducendo ragioni di urgenza e di sospetto inesistenti per ottenere di fatto un blocco alla libertà di movimento del minore bypassando il vaglio giurisdizionale.

Chi scrive vedrebbe con favore la possibilità che in Italia questa nuova ipotesi di segnalazione sia inserita nel SIS solo ed **esclusivamente** a seguito di un **provvedimento dell'autorità giudiziaria**, militando in tal senso non tanto il dato letterale (che già abbiamo rilevato essere ambiguo) quanto la necessità che un atto amministrativo dall'impatto potenzialmente dirompente

[9] È appena il caso di rilevare che l'immediata e diretta applicabilità dei regolamenti europei non osta, ed anzi talvolta impone, il loro recepimento (da intendersi non già nel senso proprio del termine, riferito all'assimilazione delle Direttive nel sistema giuridico degli Stati membri, ma nel senso di necessaria integrazione del testo regolamentare con disposizioni di diritto interno che armonizzino il primo al *corpus* normativo nel quale si innesta). Si tratta, tuttavia, di attività che il legislatore italiano non ha mai praticato con entusiasmo, nel nome di una malintesa prevalenza della norma sovranazionale su quella interna, lasciando il più delle volte all'interprete i difetti di coordinamento tra la stesse.

sulla libertà di movimento di un soggetto, e dunque su un diritto fondamentale di valenza costituzionale e sovranazionale, non sfugga alla verifica del giudice[10].

5. La competenza internazionale

Dal punto di vista della determinazione della giurisdizione la versione finale dell'art.32 – che rispetto alla proposta originaria[11] ha perso il riferimento espresso al Reg. Bruxelles II-*bis* ed alla Convenzione dell'Aia del 1996[12] conservando il solo richiamo alla **competenza** "*in materia di responsabilità genitoriale conformemente al diritto nazionale"* – radica la competenza nelle autorità dello Stato di **residenza abituale del minore**.

Tuttavia i due testi normativi prevedono anche **criteri alternativi**, al ricorrere dei quali sussiste la competenza del giudice di uno Stato diverso; in particolare, il regolamento annovera tra i medesimi la competenza dello Stato nel quale il minore si trova (a prescindere dalla sua residenza, art.13) o l'ultrattività trimestrale del giudice della precedente residenza in caso di trasferimento lecito (art.9), una proroga della competenza legata al procedimento sullo status dei genitori (art.12) come pure la possibilità di trasferire la competenza (art.15).

La Convenzione dal canto suo prevede una competenza per i casi in cui la residenza del minore non possa essere accertata (art.6), o sia opportuno trasferire la competenza (art.8 e 9), o debbano essere adottate misure di protezione nell'ambito di un procedimento sullo status dei genitori (art.10) o in caso di urgenza (art.11) e provvisoriamente nei confronti di un minore che si trova nello Stato del foro (art.12).

Se, dunque, la determinazione della competenza dopo l'introduzione della causa non è attività di per sé agevole, l'esercizio può essere ancora più complicato nel caso in cui al giudice sia

[10] Come, peraltro, già accade in tema di rilascio del passaporto ai sensi dell'art.3 L. 21.11.1967 n.1185, laddove è previsto un vaglio del giudice tutelare sul suo rilascio al genitore in presenza di prole di minore età ed in assenza di consenso dell'altro genitore.

[11] Nella proposta della Commissione l'art.32, par.4, recitava "La segnalazione di un minore di cui al paragrafo 2, lettera c), è effettuata su richiesta dell'autorità giudiziaria competente dello Stato membro competente in materia di responsabilità genitoriale conformemente al regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio74, in caso di rischio concreto ed evidente che un minore possa essere fatto uscire in modo illecito e imminente dallo Stato membro in cui ha sede l'autorità giudiziaria competente. Negli Stati membri che sono parte della convenzione dell'Aia, del 19 ottobre 1996, sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori e in cui non si applica il regolamento (CE) n.2201/2003 del Consiglio, sono di applicazione le disposizioni della convenzione dell'Aia".

[12] Su questa convenzione v., in termini generali, M.C. BARUFFI, *La Convenzione dell'Aja del 1996 sulla tutela dei minori nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2016, p. 977 ss.

avanzata un'istanza volta all'adozione di una segnalazione nel SIS senza che un giudizio sia pendente.

In una fattispecie per certi aspetti simile – domanda di **rilascio del passaporto** presentata da un coniuge per sopperire alla mancanza di consenso dell'altro – la Corte di Giustizia dell'UE ha infatti stabilito che l'istanza *de qua* ricade nel campo di applicazione del Reg. Bruxelles II-*bis*, e che pertanto anche in tal caso l'autorità adita deve verificare la propria competenza alla stregua dei criteri di collegamento ivi indicati[13].

Orbene, pur considerate le differenze tra domanda di rilascio del passaporto e domanda di segnalazione, pare comunque legittimo chiedersi, ad esempio, se l'autorità giudiziaria adita possa disporre la segnalazione prima ancora di essersi pronunciata sulla sua competenza laddove sia stata informata della simultanea pendenza in un altro Stato di un procedimento avente ad oggetto la responsabilità genitoriale.

Quale che sia la soluzione, è certo che trascorrerebbe comunque del tempo prezioso prima che l'eventuale segnalazione sia cancellata, ed è noto come il fattore tempo nei procedimenti di famiglia possa determinare inesorabilmente il successo o l'insuccesso della procedura che coinvolge il minore.

Ma i dubbi in materia di coordinamento tra le norme di competenza e le attività richieste alle autorità adite sono alimentati anche dalla lettura dell'art.55 a mente del quale le segnalazioni di cui trattasi sono **cancellate** "*i) alla risoluzione del caso, ad esempio se (…) le autorità competenti dello Stato membro di* ***esecuzione***[14] *prendono una decisione sull'affidamento del minore*".

Parrebbe dunque possibile, almeno teoricamente, per un'autorità dello Stato ove il minore è stato individuato, adottare una decisione (anche provvisoria) sul suo affido in violazione delle regole di competenza internazionale e per tale via legittimare la parte interessata a chiedere successivamente la cancellazione della segnalazione[15].

6. I presupposti per la segnalazione

[13] Cfr. Corte di Giustizia dell'UE, sez. IV, 21.10.2015, *Gogova*, C-215/15 in www.curia.europa.eu, laddove i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che detta richiesta va configurata (a prescindere dalle peculiarità del procedimento amministrativo di rilascio del documento nello Stato membro considerato) quale atto di esercizio della responsabilità genitoriale e come tale ricade nell'ambito di applicazione del Reg. (CE) n.2201/2003.

[14] A norma dell'art.3, n.10, per Stato membro di esecuzione si intende lo Stato membro che intraprende o ha intrapreso l'azione richiesta in seguito a un riscontro positivo (*hit*);

[15] Che a questo punto, se anche mantenuta, avrebbe un'utilità relativa, limitata all'improbabile caso di rientro nello Stato segnalante.

L'art.32, terzo comma, fotografa i presupposti necessari per l'inserimento della segnalazione, prescrivendo che alla stessa possa farsi ricorso "*in caso di rischio concreto ed evidente che il minore possa essere fatto uscire in modo illecito e imminente dallo Stato membro in cui hanno sede le autorità competenti*".

Non basterà, dunque, l'acrimonia tipica delle cause di separazione e divorzio, né il fatto che uno dei genitori abbia una cittadinanza diversa, né che mantenga la disponibilità di una casa all'estero ove rifugiarsi.

Le perplessità espresse durante il negoziato, allorquando varie delegazioni evidenziarono il rischio di distorsioni applicative, sono riflesse nel testo finale della disposizione ed hanno portato alla configurazione di **tre condizioni concomitanti** al cui ricorrere può procedersi alla segnalazione.

Occorre innanzitutto un **rischio concreto ed evidente** di sottrazione: starà al richiedente fornire al giudice gli elementi su cui si basa la richiesta (se di parte) ma nulla vieta che sia lo stesso giudice a rilevare d'ufficio l'esistenza dei presupposti.

Ad ogni modo, è appena il caso di rilevare che su una decisione di tale portata sarebbe sempre opportuno stimolare un **contraddittorio tra le parti**, considerati gli effetti pratici della segnalazione nel SIS II e le possibili conseguenze per il genitore che fosse bloccato alla frontiera nell'atto di lasciare il Paese, quantomeno **laddove** tale contraddittorio possa realizzarsi in uno spazio di tempo **compatibile** con le esigenze di rapido intervento alla base della richiesta di segnalazione.

Il secondo requisito è quello dell'**uscita in modo illecito** dallo Stato membro in cui hanno sede le autorità competenti: non ogni viaggio all'estero può dare luogo a segnalazione, richiedendosi l'illiceità non solo nelle **modalità concrete** con cui ciò si verifichi ma anche nei **presupposti**.

Ed invero, è pacifico che il genitore che esercita la potestà genitoriale abbia il diritto di viaggiare con il figlio minore laddove sia in possesso dei documenti necessari all'espatrio ed abbia il consenso – anche presunto – dell'altro genitore; tuttavia, è altrettanto noto che l'espatrio nel corso di una crisi coniugale tra cittadini di Stati diversi può dar luogo a mancato rientro contro la volontà del genitore lasciato indietro.

Il terzo requisito è quello dell'**imminenza della partenza**, il che non significa che la segnalazione possa essere richiesta solo nel giorno ipotizzato di partenza, ma che dagli elementi portati all'attenzione dell'autorità competente emerga in tutta evidenza che il coniuge ha una reale intenzione di uscire dal Paese e si sta organizzando perché ciò accada.

Qui l'esperienza del contenzioso familiare insegna che in una elevata percentuale di casi nei quali uno dei genitori è straniero, l'altro coniuge avrà ragione di temere che il primo voglia fare ritorno al Paese di cui è cittadino. Con l'eccezione dei casi in cui il genitore straniero ha uno stabile lavoro in Italia e non ha altre valide ragioni per espatriare, la tendenza al rientro nello Stato da cui si proveniva prima di creare il vincolo familiare è, infatti, un dato che può darsi per acquisito.

Selezionare dunque **le situazioni** che si distinguono dalle altre sarà un compito, non facile, dell'autorità competente che dovrà tenere in considerazione non solo le conseguenze pratiche della segnalazione, ma anche il dato di comune esperienza per cui una volta che l'espatrio si è realizzato vi sono elevate probabilità che la nuova situazione si consolidi a tutto detrimento del genitore lasciato indietro.

Tenta di soccorre l'interprete il Considerando 32, laddove afferma che questo tipo di iscrizioni dovrebbero essere disposte "*in limitate circostanze*" e prevedendo "*garanzie rigorose e adeguate*". A tal fine, "*nel verificare se sussista un rischio concreto ed evidente che un minore possa essere fatto uscire in modo illecito e imminente da uno Stato membro, l'autorità competente dovrebbe tenere conto della situazione personale del minore e dell'ambiente a cui è esposto*".

7. Possibili difficoltà applicative nel raccordo con altri strumenti

In attesa dell'effettivo inizio di applicazione del regolamento, e dei possibili interventi di adattamento del legislatore nazionale, qui di seguito possono tuttavia immaginarsi alcune **possibili incongruenze** o **difficoltà applicative** del nuovo strumento.

Il primo dubbio riguarda i **rimedi interni** avverso la segnalazione.

L'art.68 prevede infatti che "*chiunque può adire qualsiasi autorità competente, tra cui l'autorità giudiziaria, in base al diritto di qualsiasi Stato membro, per accedere, rettificare, cancellare, ottenere informazioni (...) relativamente a una segnalazione che lo riguarda*".

Salvo che il legislatore nazionale non disponga diversamente, **contro il provvedimento che dispone o nega la segnalazione** dovrebbe ricorrersi allora, a seconda dei casi: a) alla Corte

d'appello se adottato dal Presidente nell'udienza presidenziale, ex art.708, quarto comma, c.p.c.; b) allo stesso giudice istruttore che lo ha emesso, chiedendone la modifica ex art.709, quarto comma, c.p.c.; c) alla Corte d'appello ex artt.38 disp. att. c.c. e 739 c.p.c. se adottato dal Tribunale ordinario o per i minorenni in formazione collegiale; ciò, beninteso, nel caso in cui il provvedimento sia ritenuto avere **natura contenziosa**.

Ma se lo si configurasse come atto di **volontaria giurisdizione**, esclusa come anticipato al par.4 la competenza del Giudice tutelare, l'unico rimedio sarebbe il reclamo alla Corte d'appello che dovrebbe decidere in camera di consiglio ex art.739, primo comma, c.p.c.

Inoltre, è interessante immaginare come potrà conciliarsi il ruolo di **rappresentante legale del minore** – come tale titolato a chiedere la rimozione della segnalazione per conto del figlio – con quello di genitore "sospettato" di sottrazione; ed invero, questi avrebbe titolo a chiedere la cancellazione dell'*alert* che in ipotesi proprio la sua condotta ha legittimato.

In secondo luogo, la **richiesta di rettifica o cancellazione** può avvenire **in base al diritto di qualsiasi Stato membro**: il testo dell'art.68 sembrerebbe lasciar presagire che, ad esempio, un genitore di nazionalità tedesca convivente – ma non sposato – con uno di nazionalità italiana possa chiedere al giudice italiano sulla base del diritto tedesco (e non in base alla legge del foro) la rimozione della segnalazione in quanto come è noto in Germania la legge prevede che in caso di coppie non sposate la madre è titolare dell'affidamento esclusivo e come tale ha tutto il diritto di cambiare residenza contro il volere del padre[16].

In un caso simile, quale diritto applicabile governerà la cancellazione della segnalazione, considerato che a mente dell'art.59, terzo comma, solo lo Stato membro segnalante può cancellare una segnalazione dal medesimo inserita?

Altro tema da esplorare sarà quello del possibile **concorso** o **contrasto** tra una **segnalazione** ed un eventuale **provvedimento cautelare**: il regolamento tace sul punto, per cui teoricamente tutti gli strumenti a tutela del minore saranno attivabili allo stesso tempo ed occorrerà pertanto vigilare

[16] Il diritto di affidamento concesso ai padri non sposati varia in funzione degli Stati membri. La Corte di giustizia dell'UE, nella sentenza della sez. III, 5.10.2010, *J. McB. contro L. E.*, C-400/10 PPU, ha statuito che nonostante esista una definizione autonoma di cosa sia il diritto di affidamento, è la legge nazionale a determinare chi ne è titolare. Il fatto che alcuni ordinamenti giuridici nazionali impongano ai padri non sposati di intraprendere determinate azioni giudiziarie o amministrative al fine di ottenere il diritto di affidamento, non viola il diritto al rispetto della vita familiare (art. 7 della Carta dei diritti fondamentali).

affinché una eventuale sovrapposizione di misure amministrative e/o giurisdizionali non porti a risultati pratici non voluti.

Si consideri, ad esempio, il **rapporto con il Reg. (UE) n.1111/2019** – ovvero il nuovo Reg. Bruxelles II-*bis* – che diverrà applicabile in data 1.08.2022.

L'art.27 di tale Regolamento, inserito nel Capo III relativo alla sottrazione internazionale di minori, prevede infatti che "*nel disporre il ritorno del minore, l'autorità giurisdizionale può, se del caso, adottare provvedimenti provvisori, inclusi i provvedimenti cautelari, ai sensi dell'articolo 15 del presente regolamento al fine di proteggere il minore dal grave rischio di cui all'articolo 13, primo comma, lettera b), della convenzione dell'Aia del 1980, purché l'esame e l'adozione di tali provvedimenti non ritardino indebitamente il procedimento di ritorno*".

Quanto alla **tipologia di provvedimenti adottabili** nel contesto di un procedimento di sottrazione internazionale, il Regolamento chiarisce che potrebbe trattarsi – ad esempio – di quelli volti a consentire che un minore continui a risiedere con l'effettivo affidatario, oppure che stabiliscono **modalità** di intrattenimento **dei rapporti** tra minore e genitore non affidatario dopo il suo ritorno e fino a che il giudice della residenza abituale del minore non abbia adottato i provvedimenti appropriati.

Supponiamo allora che nell'ambito di un procedimento per sottrazione internazionale di un minore portato illecitamente dalla madre in Slovenia, a fronte di un ordine di rientro in Italia il Giudice sloveno emetta un provvedimento cautelare che condiziona il rientro al fatto che il minore ogni mese possa tornare in Slovenia con la madre per mantenere vivi i contatti con i nonni materni e con gli amici di infanzia.

Se, una volta rientrati in Italia, il padre ottenesse l'inserimento di una segnalazione nel SIS, sulla base del comprensibile timore di reiterazione della condotta da parte della madre, il minore potrebbe essere bloccato alla frontiera sebbene vi stia transitando con la "copertura" (ed in adempimento) di un provvedimento cautelare legittimamente emesso dal giudice dello Stato membro in cui si sta recando.

In un caso di conflitto tra provvedimento cautelare e segnalazione nel SIS dovrebbe, ovviamente, prevalere il primo; nondimeno, è agevole prevedere incertezze applicative.

A parziale discolpa del legislatore europeo va detto che quando il negoziato sulla revisione del Reg. SIS II si stava concludendo, la norma sui provvedimenti cautelari emessi dal giudice incompetente per il merito (il giudice sloveno, nel nostro esempio) era ancora in discussione nel

gruppo di lavoro che contestualmente si occupava della revisione del Reg. Bruxelles II-*bis*, per cui il coordinamento tra i due negoziati era obiettivamente difficile.

8. Conclusioni

L'estensione degli *alerts* nel SIS II ad una nuova categoria di soggetti vulnerabili ed a rischio di sottrazione non può che essere salutata, ad avviso di chi scrive, come una **novità positiva**, anche alla luce dell'importanza che il fenomeno della sottrazione internazionale di minori ha assunto in un'età contraddistinta da un'elevata mobilità delle famiglie[17].

Ogni qualvolta si incrementano gli strumenti di tutela dei soggetti meritevoli di attenzione e protezione, ed in particolare dei minori, occorre valutare i benefici che detto incremento è capace di apportare al loro benessere ed in definitiva alla salvaguardia del loro interesse superiore.

La novità della quale si è trattato nel presente contributo andrà comunque valutata non solo alla luce degli atti di esecuzione che le daranno forma compiuta, attraverso la categorizzazione delle segnalazioni, e dell'auspicato intervento armonizzatore del legislatore nazionale, ma anche dal punto di vista dell'utilizzo pratico che ne sarà fatto.

Ed invero, l'utilità dello strumento sarà direttamente proporzionale al numero di **controlli** che saranno svolti alla frontiera.

Ora, mentre questo genere di verifiche sono fatte regolarmente in caso di viaggi in **aereo, nave e treno**, esse sono invece randomizzate nel trasporto su strada all'interno della c.d. zona Schengen, per cui è altrettanto verosimile che i casi in cui il nuovo strumento sarà in grado di prevenire una sottrazione realizzata da un genitore che si imbarca con il figlio su un **pullman** o che attraversa l'Europa in **auto** saranno meno di quanto si possa sperare.

Ad ogni modo, seppure dal punto di vista strutturale la norma sconti una certa genericità che – in ragione delle questioni di competenza che possono insorgere e dei possibili contrasti con altri strumenti nazionali o sovranazionali – potrebbe condizionarne l'operatività, si tratta tuttavia di una apprezzabile iniziativa del legislatore europeo, che nel prendere atto della gravità del fenomeno delle sottrazioni internazionali di minori ha offerto alle autorità giudiziarie e di polizia un ulteriore

[17] Gli ultimi dati disponibili sul sito del Ministero della Giustizia sono relativi al 2017 e registrano un elevato numero di sottrazioni internazionali che coinvolgono il nostro Paese: nel solo anno di riferimento sono stati registrati un totale di 241 casi, di cui 144 attivi (minori sottratti in Italia e condotti all'estero) e 97 casi passivi (minori sottratti all'estero e portati in Italia).

strumento che va ad aggiungersi ad un già corposo arsenale di iniziative legislative, dotazioni tecniche e strutture di coordinamento attualmente disponibili.

Alessandro Centonze

Gli incerti confini tra dolo eventuale e colpa cosciente e le applicazioni giurisprudenziali della "Formula di Frank"*

SOMMARIO: 1. Gli incerti confini tra dolo eventuale e colpa cosciente: le oscillazioni giurisprudenziali e l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato. – 2. Il superamento delle formule giurisprudenziali e l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato nelle ipotesi di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente. – 3. L'indagine sull'atteggiamento psicologico del soggetto attivo del reato e la ricognizione degli elementi sintomatici del suo comportamento. – 4. Il ricorso integrativo alla "Formula di Frank" nelle ipotesi di insufficienza degli indicatori comportamentali elaborati dalla giurisprudenza di legittimità.

1. Gli incerti confini tra dolo eventuale e colpa cosciente: le oscillazioni giurisprudenziali e l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato.

Il tema della delimitazione del confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, da sempre, è stato al centro del dibattito interno alla scienza penalistica, che è intervenuta sull'argomento con opzioni dogmatiche non sempre riconducibili a una linea interpretativa unitaria[1].

Il clima di incertezza è ulteriormente accentuato dal fatto che la distinzione tra le due categorie dogmatiche postula un accertamento dell'atteggiamento psicologico dell'agente, che deve essere compiuto dall'autorità giudiziaria, che necessita di una piattaforma scientifica condivisa sulle connotazioni di tale comportamento, che non sempre è riscontrabile nell'esperienza giurisprudenziale.

---

* Questo contributo riproduce, con alcune modifiche, il mio saggio *I confini tra dolo eventuale e colpa cosciente, l'atteggiamento psicologico dell'agente e l'applicazione della "Formula di Frank"*, in AA.VV., *I criteri di verificabilità empirica dei giudizi di colpa, con particolare riferimento all'ambito sanitario*, a cura di S. Aleo, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, pp. 569-573. Le modifiche sono state apportate al testo originario allo scopo di sintetizzare alcune parti dell'esposizione, giustificate dal contesto accademico al quale l'opera collettanea era destinata, rendendo più scorrevole la lettura dell'intervento.

[1] Non è possibile dare conto in termini esaustivi del dibattito che si è sviluppato in dottrina sugli istituti del dolo eventuale e della colpa cosciente; con questa indispensabile precisazione, ci si permette di richiamare gli studi di: S. ALEO, *Il disvalore e le forme generali della responsabilità penale: prospettive di teoria e riforma del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989; G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 113 ss.; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 3 ss.

In questa cornice, volendo sintetizzare i termini del dibattito giurisprudenziale, occorre anzitutto richiamare l'orientamento ermeneutico che ha individuato la linea di confine tra il dolo eventuale e la colpa cosciente nel diverso atteggiamento psicologico assunto dal soggetto attivo del reato rispetto agli effetti della sua azione criminosa e alla concretizzazione dell'evento illecito, su cui si concentra la rappresentazione volitiva.

Secondo questo orientamento, nel dolo eventuale, l'agente accetta il rischio che si realizzi un evento diverso da quello che rappresenta l'oggetto della programmazione, che non è voluto ma è comunque accettato; mentre, nella colpa cosciente, nonostante l'identica rappresentazione dei fatti delittuosi, il soggetto attivo del reato non accetta il rischio di verificazione dell'evento e confida nella sua capacità di controllare gli effetti della sua azione, con la conseguenza che gli accadimenti non sono né voluti né accettati[2].

In questo contesto, assume rilievo decisivo la ricostruzione dell'atteggiamento psicologico sotteso all'azione criminosa, attraverso un'operazione ermeneutica fondata sull'individuazione degli elementi sintomatici riconducibili al comportamento del soggetto attivo del reato, che accetta consapevolmente la possibilità di verificazione dell'evento, che si rappresenta come prevedibile e possibile[3].

A questa impostazione ermeneutica se ne contrappone un'altra, sostanzialmente superata, nel contesto della quale il confine tra il dolo eventuale e la colpa cosciente è orientato verso la condotta dell'agente, su cui si concentra la sua rappresentazione[4].

Secondo questo orientamento, nel dolo eventuale, l'agente concentra la sua rappresentazione volitiva sull'azione e l'evento si presenta come una conseguenza collaterale, ancorché accettata, della sua condotta; mentre, nella colpa cosciente, la verificabilità dell'evento rimane un'ipotesi astratta, che nella coscienza dell'agente non viene concepita come concretamente realizzabile.

---

[2] Per inquadrare l'opzione ermeneutica richiamata nel testo, tra le tante pronunzie di legittimità, si rinvia a Cass. pen., Sez. IV, 20 giugno 2018, Carmignani, n. 32221, in *C.E.D. Cass.*¸ n. 273460; Cass. pen., Sez. IV, 3 luglio 2012, Giacalone, n. 39898, in *C.E.D. Cass.*¸ n. 254673; Cass. pen., Sez. IV, 10 febbraio 2009, Bodac, n. 13083, in *C.E.D. Cass.*, n. 242979.

[3] Si veda Cass. pen., Sez. IV, 10 ottobre 1996, Boni, n. 11024, in *C.E.D. Cass.*, n. 207333.

[4] Per inquadrare l'opzione ermeneutica richiamata nel testo si rinvia a Cass. pen., Sez. I, 24 febbraio 1994, Giordano, n. 4583, in *C.E.D. Cass.*, n. 198272; Cass. pen., Sez. I, 3 giugno 1993, Piga, n. 7382, in *C.E.D. Cass.*, n. 195270.

Si tratta, a ben vedere, della riproposizione giurisprudenziale del dualismo dogmatico che contrappone la previsione astratta della colpa cosciente e la previsione concreta del dolo eventuale[5].

Seguendo questa opzione ermeneutica, risalente alla prima metà degli anni Ottanta, nelle ipotesi di colpa cosciente è riscontrabile una volontà oppositiva, riconducibile alla sfera interiore del soggetto attivo del reato, che non è presente nel dolo eventuale, che si configura quando gli esiti previsti sono probabili o anche solo possibili e, pur avendo maturato tale consapevolezza, l'agente ne accetta le conseguenze. In questo contesto, il dolo eventuale non postula alcuna finzione giuridica, ma presuppone l'accertamento della condizione psicologica dell'agente, che agisce accettando il rischio della verificazione dell'evento, trasferendo nel suo ambito volitivo l'oggetto della sua rappresentazione[6].

A fronte di tali contrasti ermeneutici, analoga incertezza si riscontra nell'attribuire una precisa connotazione psichica, scientificamente condivisibile, all'atteggiamento interiore assunto dal soggetto attivo del reato rispetto all'accettazione o al rifiuto delle conseguenze del suo comportamento, dal cui accertamento dipende la qualificazione della sua condotta come lecita o illecita. Tale accertamento, infatti, postula il riferimento a concetti, dai contorni neuro-scientifici controversi, come la speranza, il desiderio o la paura; speranza, desiderio, paura che l'evento illecito, prefigurato dal soggetto attivo del reato, si verifichi o non si verifichi[7].

Ancora una volta il riferimento alla giurisprudenza di legittimità intervenuta sul punto, non appare risolutivo, com'è evidente dalle pronunzie che si sono concentrate sulla nozione di speranza, da intendere come sfondo emotivo dell'atteggiamento interiore dell'agente, su cui sono rinvenibili alcune isolate ma significative decisioni della Corte di cassazione.

In tali ipotesi, alla speranza come categoria della volizione dell'agente viene attribuito rilievo meramente valutativo, consistente nella rappresentazione delle conseguenze delle azioni probabili o

[5] Sul dualismo dogmatico richiamato nel testo si vedano gli interventi di G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., pp. 113 ss.; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., pp. 3 ss.

[6] Si vedano Cass. pen., Sez. I, 17 marzo 1980, Siniscalchi, n. 5786, in *C.E.D. Cass.*, n. 145219; Cass. pen., Sez. I, n. 9699 del 30 maggio 1980, Milan, n. 9699, in *C.E.D. Cass.*, n. 146043.

[7] Sul problema della delimitazione degli spazi applicativi tra dolo eventuale e colpa cosciente, alla luce del rapporto tra psicologia scientifica e accertamento giurisdizionale, si rinvia a O. DI GIOVINE, *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 30 gennaio 2017, pp. 1 ss.; F. BASILE - F. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *dir. pen. contemp.*, 2017, 4, pp. 270 ss.

solo possibili dell'agente, idonea a configurare la colpa cosciente, ritenendosi che, in questi casi, il soggetto ha agito nel ragionevole convincimento – o appunto nella speranza – che l'evento illecito oggetto della sua elaborazione psichica non si realizzi[8].

Questa nozione è richiamata anche dalla risalente giurisprudenza, già citata[9], che, l'ha ritenuta rilevante quando presenti il carattere della ragionevolezza. Si è, in particolare, affermato che sussiste il dolo eventuale e non la colpa cosciente se il soggetto attivo del reato, pur non volendo l'evento, ne accetta il rischio di verificazione come conseguenza della sua azione, sulla quale si concentra la sua rappresentazione volitiva[10].

Per converso, il soggetto attivo del reato risponde a titolo di colpa cosciente quando, pur rappresentandosi l'evento che si è prefigurato come possibile risultato della sua azione criminosa, agisce nella speranza, valutabile in termini di ragionevolezza, che lo stesso non si verifichi[11].

In questo stratificato contesto ermeneutico, occorre prendere atto conclusivamente che le formule giurisprudenziali, alle quali si è fatto riferimento, possono risultare poco utili nella loro astrattezza, con la conseguenza che, per avere un quadro attendibile del panorama ermeneutico nostrano, è probabilmente più conducente il riferimento ai casi più problematici o comunque emblematici per la loro risonanza mediatica e alle soluzioni concretamente adottate nelle sedi giudiziarie di merito e di legittimità.

2. Il superamento delle formule giurisprudenziali e l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato nelle ipotesi di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente.

Le considerazioni esposte nel paragrafo precedente ci fanno comprendere la ragione per cui nelle ipotesi di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente la giurisprudenza di legittimità, quando

[8] Si vedano Cass. pen., Sez. I, 24 maggio 1984, Albergo, n. 1264, in *C.E.D. Cass.*, n. 165106; Cass. pen., Sez. IV, 8 gennaio 1988, Margheri, n. 27, in *C.E.D. Cass.*, n. 177326.

[9] Si vedano Cass. pen., Sez. I, 17 marzo 1980, Siniscalchi, n. 5786, cit.; Cass. pen., Sez. I, n. 9699 del 30 maggio 1980, Milan, n. 9699, cit.

[10] Si veda S. ALEO, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 199 ss.; ID., *Il dolo eventuale, le figure delittuose aggravate dall'evento e i diversi piani possibili di imputazione soggettiva del comportamento*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 199 ss.

[11] Si vedano Cass. pen., Sez. I, 7 aprile 1989, Calò, n. 4912, in *C.E.D. Cass.*, n. 180978; Cass. pen., Sez. V, 17 ottobre 1986, Asquino, n. 13274, in *C.E.D. Cass.*, n. 174418.

il contesto è particolarmente controverso, tende a privilegiare una lettura eminentemente fattuale della vicenda criminosa, dedicandosi «con grande attenzione alla lettura dei dettagli fattuali che possono orientare alla lettura del moto interiore che sorregge la condotta»[12].

Del resto, ogni altra soluzione finisce per essere inquinata dall'approccio ermeneutico prescelto dall'autorità giudiziaria, la cui decisione, nell'incertezza dei parametri neuro-scientifici di riferimento, può risultare connotata da un'ingiustificata arbitrarietà valutativa[13]. In questo contesto, estremamente stratificato e condizionato da elevati margini di incertezza, appaiono condivisibili le considerazioni espresse dalle Sezioni unite, che, nella nota sentenza sul "Caso Thyssenkrupp", hanno affermato: «Noi non sappiamo esattamente cosa sia la volontà: la psicologia e le neuroscienze hanno fino ad ora fornito informazioni e valutazioni incerte, discusse, allusive. Tuttavia, la comune esperienza interiore ci indica in modo sicuro che nella nostra vita quotidiana sviluppiamo continuamente processi decisionali, spesso essenziali per la soluzione di cruciali contingenze esistenziali: il pensiero elaborante, motivato da un obiettivo, che si risolve in intenzione, volontà»[14].

Tale problematicità, che riflette il rapporto ambiguo tra diritto penale e accertamento neuro-scientifico[15], appare accentuata nelle ipotesi in cui dolo eventuale e colpa cosciente, sul piano della ricostruzione processuale, si lambiscono, rischiando di sovrapporsi e ponendo il problema – difficilmente risolvibile sul piano scientifico – dell'individuazione dei parametri psicologici sulla base dei quali affermare che l'agente ha agito accettando le conseguenze, dirette e indirette, della sua condotta illecita. Occorre, del resto, prendere atto del fatto che spesso la rappresentazione volitiva degli accadimenti criminosi riguarda un evento illecito il cui coefficiente probabilistico non

[12] Si tratta di una posizione espressa nella nota pronuncia di legittimità Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, *C.E.D. Cass.*, n. 261104; su questa pronuncia si vedano gli interventi dottrinari di G. FIANDACA, *Le Sezioni unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1938 ss.; M. RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1953 ss.

[13] È questo, ad esempio, il punto di vista espresso in dottrina da O. DI GIOVINE, *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, cit., pp. 4-6.

[14] Si veda Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, cit., p. 176.

[15] Si rinvia, sul punto, a F. BASILE - F. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale*, cit., pp. 275-276.

permette di risolvere in termini soddisfacenti il dubbio sulla natura colposa o dolosa dell'azione criminosa[16].

Frequente, invero, è il caso in cui, pur in presenza di accertamenti processuali particolarmente accurati, non vi sono elementi di giudizio che consentano di ricostruire in termini certi quali siano la direzione della volontà del soggetto attivo del reato e il suo atteggiamento psicologico rispetto all'evento illecito, non direttamente voluto ma costituente una conseguenza della sua condotta. In queste ipotesi, il contesto processuale è aperto all'incertezza e impone, allo scopo di affermare o escludere la colpevolezza del soggetto attivo del reato, di accertare quale sia l'atteggiamento psichico rispetto all'evento delittuoso collaterale sul quale si sia formato il processo volitivo sottostante all'azione criminosa[17].

Queste conclusioni, naturalmente, non possono comportare alcun arretramento sul piano della differenziazione ermeneutica tra dolo eventuale e colpa cosciente, dovendosi rimarcare che la linea di confine tra i due istituti è inequivocabile, con la conseguenza che le incertezze di cui stiamo parlando riguardano unicamente le modalità di accertamento processuale dell'atteggiamento psicologico del soggetto attivo del reato in ciascuna delle due figure, che sono e devono continuare a rimanere distinte.

Invero, dolo e colpa, a prescindere dalle difficoltà connesse all'accertamento processuale, continuano a essere forme di colpevolezza radicalmente diverse ed è alla luce di tale diversità che deve essere individuata, nei casi più problematici, la linea di demarcazione tra dolo eventuale e colpa cosciente. Si deve, dunque, prendere atto che queste figure appartengono a due ambiti dogmatici eterogenei e tale diversità è resa evidente dagli elementi che caratterizzano i due istituti; diversi, difatti, sono la struttura del reato, l'evento previsto dall'agente, l'*animus* che caratterizza ciascuno dei due comportamenti criminosi.

Occorre, pertanto, ribadire la diversità delle due figure, che prescinde dalla difficoltà di accertare l'atteggiamento psicologico del soggetto attivo del reato nelle ipotesi di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, il cui discrimine, nelle ipotesi più controverse, è rappresentato dall'individuazione di elementi sintomatici del comportamento dell'agente, che consentano di

[16] Su questi temi, si rinvia a Cass. pen., Sez. I, 11 marzo 2015, Beti, n. 18220, in *C.E.D. Cass.*, n. 263856.

[17] Si veda Cass. pen., Sez. I, 11 marzo 2015, Beti, n. 18220, cit.

affermare la sua adesione interiore all'evento per il caso che lo stesso si verifichi quale conseguenza non direttamente voluta della propria condotta, ma semplicemente accettata.

In questa cornice, occorre precisare ulteriormente che nel dolo eventuale e nella colpa cosciente la previsione dell'evento da parte del soggetto attivo del resto si connota diversamente, essendo differente la piattaforma cognitiva sottostante alla colpevolezza dolosa e alla colpevolezza colposa.

Infatti solo nelle ipotesi di comportamenti dolosi ci si trova di fronte ad azioni organizzate e orientate finalisticamente, attraverso un processo intellettuale che, pur con tempi di sedimentazione variabili, sfocia pur sempre in una decisione pienamente consapevole che determina la concretizzazione di una condotta antigiuridica[18]. Soltanto il dolo, del resto, esprime la più intensa adesione interiore al fatto illecito, tanto da rappresentare la forma fondamentale e generale della colpevolezza, conseguente alla contrapposizione diretta dell'individuo alla norma penale[19].

Ed è proprio questo atteggiamento di radicale contrapposizione alla legge a giustificare un trattamento sanzionatorio più severo di quello riservato ai comportamenti illeciti di natura colposa nei quali si censura l'inosservanza di prescrizioni cautelari.

Ne discende ulteriormente che nel dolo non può mancare la conoscenza di tutti gli elementi della fattispecie descritta dalla norma incriminatrice, come conseguenza del fatto che le istanze di garanzia sottese alla censura caratteristica della colpevolezza dolosa richiedono che l'evento oggetto della rappresentazione costituisca il frutto di una rappresentazione volitiva sufficientemente concreta e sia caratterizzato da una concreta possibilità di verificazione. Infatti, solo in riferimento a una rappresentazione volitiva che si presenti con queste caratteristiche è possibile istituire la relazione di adesione interiore del soggetto attivo del reato che consenta di configurare l'imputazione soggettiva a titolo di dolo[20].

[18] Sulla concezione finalistica del dolo, tra gli altri, si vedano C. ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 16 ss.; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e teoria della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 798 ss.

[19] Si veda Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, cit., p. 176; sul punto, si veda anche l'intervento di T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e teoria della pena*, cit., pp. 810-803.

[20] Si vedano Cass. pen., Sez. I, 7 aprile 1989, Calò, n. 4912, cit.; Cass. pen., Sez. V, 17 ottobre 1986, Asquino, n. 13274, cit.

Viceversa, la colpevolezza colposa ha una matrice dogmatica differente, essendosi affermata nel mondo governato dal principio di colpevolezza da un tempo relativamente breve, quale frutto di una elaborata speculazione teorica, alla quale la giurisprudenza di legittimità ha aderito[21].

La colpevolezza colposa, al contempo, rimane una figura di matrice eminentemente normativa[22] e di difficile inquadramento sistematico, com'è testimoniato dal fallimento dei periodici tentativi di configurare un concetto unitario di colpevolezza su una base psicologica scientificamente condivisa[23].

Queste differenze, pertanto, giustificano, nelle ipotesi di colpevolezza colposa, la diversa descrizione dell'evento illecito e comportano forme di consapevolezza della sfera fattuale diverse e più sfumate rispetto a quella propria della responsabilità dolosa. Nelle ipotesi di colpevolezza colposa, infatti, è sufficiente che l'evento esprima la concretizzazione del rischio tutelato dalla norma cautelare, rispetto alla quale la rappresentazione dell'agente è più sfumata, pur preservando i tratti essenziali che connettono causalmente la violazione cautelare con l'evento delittuoso.

Appare evidente che l'opzione ermeneutica[24] che punta alla valorizzazione della rilevanza della volontà del soggetto attivo del reato anche nell'ambito delle fattispecie colpose è l'unica pienamente rispettosa del contesto sistematico che si è descritto, che il momento dell'accertamento processuale dell'atteggiamento psicologico assume un ruolo decisivo ai fini della formulazione del giudizio di colpevolezza sia nelle ipotesi di dolo eventuale sia nelle ipotesi di colpa cosciente, ferme restando le differenze strutturali esistenti tra i due istituti[25].

Si tratta, allora, pur con i limiti propri dell'accertamento giurisdizionale, di ricostruire gli accadimenti criminosi, spiegando il percorso decisionale seguito dal soggetto attivo del reato, allo scopo di comprendere le ragioni che lo hanno indotto ad agire in una determinata direzione e di enucleare i fattori del suo processo volitivo. In altre parole, utilizzando gli strumenti propri del

[21] Nel contesto ermeneutico richiamato nel testo ci si permette di rinviare ad alcune pronunzie delle Sezioni unite, tra cui Cass. pen., Sez. un., 22 gennaio 2009, Ronci, n. 2276, in *C.E.D. Cass.*, n. 243381; Cass. pen., Sez. un., 23 novembre 1990, Tescaro, n. 1003, in *C.E.D. Cass.*, n. 186372.

[22] Su questi temi, si rinvia a F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 86 ss.

[23] Su questi temi, si rinvia a M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, Milano, 1951.

[24] Si veda Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, cit.

[25] Si veda Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, cit.

processo penale, occorre comprendere «se l'agente si sia lucidamente raffigurata la realistica prospettiva della possibile verificazione dell'evento concreto costituente effetto collaterale della sua condotta, si sia per così dire confrontato con esso e infine, dopo aver tutto soppesato, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia consapevolmente determinato ad agire comunque, ad accettare l'eventualità della causazione dell'offesa»[26].

Quello che, allora, assume rilievo decisivo è l'accertamento dell'atteggiamento psicologico dell'agente, che postula una comprensione della base fattuale su cui il suo percorso decisionale si è consolidato, alla luce di un percorso razionale rapportato all'evento illecito considerato, che dovrà essere valutato nella sua concretezza.

Non possono, infine, rilevare gli atteggiamenti della sfera emotiva, come l'ottimismo e il pessimismo, che non hanno un ruolo decisivo nell'indagine sul comportamento interiore del soggetto attivo del reato, che, oltre a risultare scarsamente decifrabili, non assumono un rilievo sintomatico decisivo rispetto all'offesa del bene giuridico provocata dalla condotta illecita.

3. L'indagine sull'atteggiamento psicologico del soggetto attivo del reato e la ricognizione degli elementi sintomatici del suo comportamento.

Sulla scorta di quanto si è affermato nei paragrafi precedenti diventa necessario individuare gli elementi sintomatici su cui incentrare, con gli strumenti propri del processo penale, l'indagine sull'atteggiamento psicologico dell'agente, indispensabile per stabilire se la condotta illecita debba essere ricondotta al dolo eventuale o alla colpa cosciente.

Occorre anzitutto sgomberare il campo da un equivoco, precisando che tali indicatori comportamentali non sono decisivi per inquadrare la colpevolezza dell'agente, ma servono a ricostruire, su un piano sintomatico, il processo decisionale e le ragioni che hanno spinto il soggetto attivo del reato ad agire, sulla base di una ponderata valutazione della possibilità che l'evento collaterale e non voluto si potesse realizzare. Ne consegue che tali indicatori comportamentali sono privi di esaustività e non devono essere valutati astrattamente, risultando strumentali alla formulazione del giudizio di colpevolezza che deve essere espresso nei confronti dell'imputato, per

[26] Si veda Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, cit.

affermare il quale è indispensabile risolvere il problema preliminare della riconducibilità della condotta illecita al dolo eventuale o alla colpa cosciente[27].

Questa operazione ermeneutica, al contempo, deve essere sottratta al rischio di pericolose astrazioni, dovendosi ribadire che gli indicatori comportamentali su cui ci si soffermerà nel corso di questo paragrafo hanno, quale funzione preminente, quella di essere utilizzati in ambito giurisdizionale, attraverso l'accertamento processuale, decisivo per ricostruire il processo volitivo dell'agente.

In questa cornice, cominciamo con l'osservare che la condotta materiale dell'agente, quale elemento sintomatico del suo atteggiamento psicologico, assume una rilevanza generalmente decisiva nei delitti di evento, il più paradigmatico dei quali è quello dell'omicidio, nelle sue molteplici varianti tipologiche, dolose, colpose e preterintenzionali.

Rilevano in questa direzione, a titolo meramente esemplificativo, nell'ipotesi dell'omicidio doloso, la sussistenza di una preordinazione criminosa; le caratteristiche dell'arma utilizzata per uccidere la vittima; il numero dei colpi esplosi all'indirizzo della persona offesa se si utilizza un'arma da fuoco o il numero dei fendenti se si utilizza un'arma da taglio; le aree corporee prese di mira dall'agente e quelle effettivamente attinte.

Esemplare, sotto questo profilo, è il dibattito giurisprudenziale sviluppatosi nell'ultimo decennio sulla configurazione dell'aggravante dell'art. 61, comma primo, n. 4, cod. pen., da ultimo risolto dalle Sezioni unite, che hanno affermato il seguente principio di diritto: «La circostanza aggravante dell'avere agito con crudeltà, di cui all'art. 61, primo comma, n. 4, cod. pen., è di natura soggettiva ed è caratterizzata da una condotta eccedente rispetto alla normalità causale, che determina sofferenze aggiuntive ed esprime un atteggiamento interiore specialmente riprovevole»[28].

Considerazioni differenti, invece, valgono per le fattispecie colpose, governate dall'applicazione di regole cautelari, rispetto alle quali, ai fini della formulazione del giudizio di responsabilità, assume un rilievo decisivo la divaricazione della condotta illecita tenuta dall'agente dai modelli comportamentali prefigurati dalla fattispecie di considerata. Ne consegue che quanto

[27] In questa direzione, si vedano G. FIANDACA, *Le Sezioni unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, cit., pp. 1938 ss.; M. RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*, cit., pp. 1953 ss..

[28] Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto dalla massima riportata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione con riferimento a Cass. pen., Sez. un. 23 giugno 2016, n. 40516, in *C.E.D. Cass.*, n. 267629.

più grave o addirittura estremo è l'atteggiamento assunto dall'agente, come conseguenza della distanza del suo comportamento dai parametri cautelari presupposti, tanto maggiore è la possibilità che la sua condotta sfoci in una valutazione in chiave dolosa del suo operato.

Da questo punto di vista, appaiono emblematiche le ipotesi di reati collegati alla circolazione stradale dei veicoli, nei quali il giudizio di responsabilità a titolo di colpa cosciente costituisce la regola, la cui eccezione – nella direzione del dolo eventuale – è rappresentata da quei casi emblematici in cui l'agente ha mostrato una determinazione criminosa sedimentata e persistente, manifestando la volontà di correre rischi altissimi senza porre in essere alcuna misura per governare l'eventualità del sinistro. Sotto questo profilo, appare utile richiamare la giurisprudenza della Suprema corte, che, in materia di omicidio plurimo commesso da un soggetto postosi alla guida di un veicolo in condizioni di ubriachezza, ha affermato il seguente principio di diritto: «In tema di elemento soggettivo, sussiste il dolo eventuale e non la colpa cosciente, quando l'agente si sia rappresentato la significativa possibilità di verificazione dell'evento e si sia determinato ad agire comunque, anche a costo di cagionarlo come sviluppo collaterale o accidentale, ma comunque preventivamente accettato, della propria azione, in modo tale che, sul piano del giudizio controfattuale, possa concludersi che egli non si sarebbe trattenuto dal porre in essere la condotta illecita, neppure se avesse avuto contezza della sicura verificazione dell'evento medesimo»[29].

Occorre, al contempo, rifuggire dalla tentazione di ricondurre nell'ambito del dolo eventuale ogni comportamento improntato a gravi violazioni delle regole cautelari, quasi che la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente fosse fondata su dati quantitativi collegati alle modalità di guida del veicolo, piuttosto che su un esame delle specificità del caso concreto, attraverso cui attribuire un atteggiamento di volizione dell'evento lesivo, comprensivo della possibilità di verificazione del sinistro stradale[30].

[29] Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto dalla massima riportata dall'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione con riferimento a Cass. pen., Sez. I, 11 marzo 2015, Beti, n. 18220, cit., che deve essere valutato in stretta correlazione all'ulteriore principio affermato nella stessa pronuncia, massimato con il n. 263857, secondo cui: «La regola secondo cui l'imputabilità non è esclusa né diminuita dall'ubriachezza o dall'assunzione di sostanze stupefacenti, a meno che esse non siano conseguenza di caso fortuito o forza maggiore, non esime dal dovere di accertamento della colpevolezza attraverso l'indagine sull'atteggiamento psicologico tenuto dall'agente al momento della commissione del fatto ascrittogli».

[30] Si veda Cass. pen., Sez. I, 11 marzo 2015, Beti, n. 18220, cit.

Un rilievo differente ulteriore deve essere attribuito alla personalità dell'agente, al suo vissuto criminale e alle sue esperienze umane, collegati, direttamente o indirettamente, alla commissione del reato, di volta in volta considerato, che spesso risultano decisivi per ricondurre la condotta illecita al dolo eventuale o alla colpa cosciente.

Non v'è dubbio, infatti, che tali fattori anagrafici costituiscono un indice sintomatico di particolare rilievo per accertare l'atteggiamento psicologico con cui il soggetto si è determinato ad agire, atteso che tale indicatore comportamentale – pur con i pericoli di giudizi inquinati dalla "colpa d'autore"[31] – se applicato senza pregiudizi soggettivi, può «mostrare le caratteristiche dell'agente, la sua cultura, l'intelligenza, la conoscenza del contesto nel quale sono maturati i fatti; e quindi l'acquisita consapevolezza degli esiti collaterali possibili. Insomma, essa ha un peso indiscutibile, soprattutto nell'ambito del profilo conoscitivo del dolo»[32].

Né potrebbe essere diversamente, atteso che, a differenza di altri ordinamenti giuridici, nel sistema penale italiano la graduazione della responsabilità, nelle ipotesi di confine di cui ci si sta occupando, si colloca in un'area individuabile attraverso le sfumature dell'interpretazione della sfera volitiva dell'agente, rispetto alla quale un peso decisivo è certamente assunto dalla personalità dell'agente e dalle sue esperienze, umane e criminali[33].

Rilevano, ancora, la durata e la ripetizione della condotta illecita, essendo evidente che un comportamento connotato da un'azione repentina e impulsiva accredita l'ipotesi di un'insufficiente ponderazione delle possibili conseguenze illecite. Né è dubitabile che l'atto compiuto impulsivamente, in uno stato di alterazione emotiva, costituisce un indicatore altamente sintomatico di una condotta imprudente piuttosto che la dimostrazione dell'accettazione della possibilità che si verifichino eventi illeciti.

Per contro, una condotta illecita lungamente ponderata, frutto di sedimentazione psichica, induce a ipotizzare che vi sia stata una previsione dell'evento illecito, con la conseguente accettazione degli effetti lesivi dell'azione criminosa.

---

[31] Sulla "colpa d'autore" e sui pericoli che vi sono connessi, si vedano G. BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva oggi*, in *Gli ultimi scritti e la lezione di congedo*, CEDAM, Padova, 1984, pp. 105 ss.; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato* (voce), in *Noviss. dig. it.*, UTET, 1977, pp. 26 ss.

[32] Si veda Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, cit.

[33] Si veda Cass. pen., Sez. IV, 8 marzo 2018, A., n. 14663, in *C.E.D. Cass.*, n. 273014.

Proseguendo nella panoramica degli indicatori comportamentali utili a ricondurre la condotta del soggetto attivo del reato nell'alveo del dolo eventuale ovvero della colpa cosciente, occorre richiamare quelli concernenti la condotta successiva al fatto di reato oggetto di vaglio e le conseguenze lesive del comportamento criminoso.

Quanto, in particolare, alla condotta successiva al fatto di reato deve rilevarsi che la fattiva e spontanea opera di soccorso prestata dall'agente alla vittima può assumere un rilievo significativo nell'accreditare un atteggiamento riconducibile alla colpa cosciente e non al dolo eventuale[34].

Per converso, l'estremo tentativo di fuga dell'autore di un reato, pur dopo un incidente stradale dagli esiti lesivi, generalmente dimostra l'estrema determinazione dell'agente di sottrarsi all'intervento di polizia, anche a costo di provocare la morte degli individui che si trovano a intralciare occasionalmente il suo percorso automobilistico, attestando l'adesione dolosa dell'agente alla prospettiva criminosa realizzatasi[35].

Quanto, infine, alle conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verificazione dell'evento, deve rilevarsi che si tratta di un indicatore comportamentale utile nell'infortunistica stradale, che generalmente accredita l'ipotesi colposa[36].

Questo indicatore soggettivo, naturalmente, comporta, nelle ipotesi di reati collegati alla circolazione stradale, che non si verta nell'ambito applicativo dell'art. 189, comma 7, cod. strada, la cui configurazione «presuppone quale antefatto non punibile un incidente stradale da cui sorge l'obbligo di assistenza anche nel caso di assenza di ferite in senso tecnico, essendo sufficiente lo stato di difficoltà indicativo del pericolo che dal ritardato soccorso può derivare per la vita o l'integrità fisica della persona»[37].

4. Il ricorso integrativo alla "Formula di Frank" nelle ipotesi di insufficienza degli indicatori comportamentali elaborati dalla giurisprudenza di legittimità.

[34] Si veda Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, cit.

[35] Si veda Cass. pen., Sez. I, 18 maggio 2017, H., n. 29165, in *C.E.D. Cass.*, n. 270280.

[36] Si veda Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, cit.

[37] Si veda Cass. pen., Sez. IV, 6 aprile 2018, Barbieri, n. 21049, in *C.E.D. Cass.*, n. 273255.

Dopo avere passato in rassegna i parametri giurisprudenziali utili ad accertare quale sia l'atteggiamento psicologico del soggetto attivo del reato, allo scopo di distinguere il dolo eventuale dalla colpa cosciente, occorre soffermarsi conclusivamente sulla "Formula di Frank"[38], che è certamente il «più importante e discusso indicatore del dolo eventuale che si configura quando, alla stregua delle concrete acquisizioni probatorie, è possibile ritenere che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verificazione dell'evento»[39].

Occorre premettere che si è ritenuto di esaminare autonomamente l'applicazione giurisprudenziale della "Formula di Frank" per la ragione che tale modello di analisi dell'atteggiamento psicologico dell'agente si differenzia da quelli esaminati nel paragrafo precedente per la sua natura di strumento epistemologico ed extragiudiziario. La "Formula di Frank", infatti, costituisce un modello di analisi dell'elemento soggettivo al contempo integrativo e surrogatorio rispetto agli altri indicatori comportamentali, ricavabili dal compendio probatorio acquisito nei giudizi di merito.

Con questa indispensabile premessa, cominciamo con l'osservare che, secondo l'impostazione teorica sottesa alla "Formula di Frank", che ha avuto origine nella dottrina tedesca di fine Ottocento[40], la colpa cosciente è una categoria dogmatica confinante con quella del dolo eventuale, che rappresenta la condizione del soggetto che agisce con la consapevolezza della possibilità di verificazione di un evento delittuoso, di cui accetta il rischio.

Occorre, invece, precisare che la "Formula di Frank" veniva inizialmente recepita dalla giurisprudenza nostrana con riferimento al rapporto tra le fattispecie della ricettazione e dell'incauto acquisto. In tale ambito, la necessità di un approccio rigoroso nell'accertamento dell'elemento

[38] Con tale espressione è passata alla storia del diritto penale moderno l'elaborazione dogmatica del dolo eventuale di Reinhard Frank, per inquadrare la quale si rinvia a R. FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *ZStW*, 1890, pp. 170 ss.; deve però precisarsi che il primo Autore a utilizzare l'espressione "Formula di Frank" fu R. VON HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Eine dogmatische Studie*, Hirzel, Leipzig, 1903, pp. 52 ss.

[39] Il passaggio motivazionale richiamato nel testo è estrapolato da Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, cit., p. 187.

[40] Per una ricostruzione del dibattito, dottrinario e giurisprudenziale, che ha accompagnato l'elaborazione e l'applicazione della "Formula di Frank", si rinvia a G. GENTILE, *Se avessi previsto tutto questo…*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 30 ottobre 2013, pp. 1 ss.

soggettivo – secondo quanto affermato nella sentenza "Nocera", che per prima canonizzava la possibilità di ricorrere alla "Formula di Frank" – era funzionale a delimitare l'ambito di applicazione del reato di ricettazione rispetto a quello di incauto acquisto, allo scopo di evitare che, attraverso il dolo eventuale, le condotte incaute venissero ricondotte surrettiziamente alla fattispecie di cui all'art. 648 cod. pen.[41]

In questo contesto, occorre richiamare il passaggio motivazionale contenuto nella sentenza "Nocera", in cui le Sezioni unite precisavano che «perché possa ravvisarsi il dolo eventuale si richiede più di un semplice motivo di sospetto, rispetto al quale l'agente potrebbe avere un atteggiamento psicologico di disattenzione, di noncuranza o di mero disinteresse […]»[42]. Occorreva, pertanto, una «situazione fattuale di significato inequivoco, che impone all'agente una scelta consapevole tra l'agire, accettando l'eventualità di commettere una ricettazione, e il non agire, perciò, richiamando un criterio elaborato in dottrina per descrivere il dolo eventuale, può ragionevolmente concludersi che questo rispetto alla ricettazione è ravvisabile quando l'agente, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuta la certezza»[43].

Il richiamo testuale di tali passaggi motivazionali rende evidente che questo modello di analisi dell'elemento soggettivo del reato, al contrario degli indicatori comportamentali esaminati nel paragrafo precedente, non è empiricamente verificabile, costituendo una piattaforma epistemologica che, in quanto tale, non rappresenta un criterio di controllo fattuale del dolo eventuale, necessitando di una verifica giurisdizionale funzionale a correlare l'evento delittuoso con l'azione criminosa, alla luce della rappresentazione volitiva dell'agente[44].

A distanza di anni, le Sezioni unite, con la sentenza "Espenhahn"[45] tornavano a occuparsi della "Formula di Frank", nell'ampio contesto ermeneutico esaminato nei paragrafi precedenti, allo scopo di chiarire i confini distintivi tra dolo eventuale e colpa cosciente, elaborando un modello di

[41] Si veda Cass. pen., Sez. un., 26 novembre 2009, Nocera n. 12433, in *C.E.D. Cass.*, n. 246324.

[42] Si veda Cass. pen., Sez. un., 26 novembre 2009, Nocera n. 12433, cit., p. 10.

[43] Il passaggio motivazionale richiamato nel testo è estrapolato da Cass. pen., Sez. un., 26 novembre 2009, Nocera n. 12433, cit., pp. 10-11.

[44] Si veda Cass. pen., Sez. un., 26 novembre 2009, Nocera n. 12433, cit.

[45] Ci si riferisce, naturalmente, a Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, cit.

analisi dell'elemento soggettivo del reato eminentemente incentrato sull'accertamento processuale dell'atteggiamento psicologico dell'agente.

Le Sezioni unite, innanzitutto, ribadivano la necessità di distinguere, sul piano dogmatico, le figure del dolo eventuale e della colpa cosciente, affermando il seguente principio di diritto: «In tema di elemento soggettivo del reato, il dolo eventuale ricorre quando l'agente si sia chiaramente rappresentata la significativa possibilità di verificazione dell'evento concreto e ciò nonostante, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia determinato ad agire comunque, anche a costo di causare l'evento lesivo, aderendo ad esso, per il caso in cui si verifichi; ricorre invece la colpa cosciente quando la volontà dell'agente non è diretta verso l'evento ed egli, pur avendo concretamente presente la connessione causale tra la violazione delle norme cautelari e l'evento illecito, si astiene dall'agire doveroso per trascuratezza, imperizia, insipienza, irragionevolezza o altro biasimevole motivo»[46].

Le Sezioni unite, al contempo, richiamando espressamente la "Formula di Frank", indicavano, sia pure in termini semplificativi, gli elementi comportamentali utili a distinguere il dolo eventuale dalla colpa cosciente, affermando il seguente principio di diritto: «In tema di elemento soggettivo del reato, per la configurabilità del dolo eventuale, anche ai fini della distinzione rispetto alla colpa cosciente, occorre la rigorosa dimostrazione che l'agente si sia confrontato con la specifica categoria di evento che si è verificata nella fattispecie concreta aderendo psicologicamente ad essa e a tal fine l'indagine giudiziaria, volta a ricostruire l'"iter" e l'esito del processo decisionale, può fondarsi su una serie di indicatori quali: a) la lontananza della condotta tenuta da quella doverosa; b) la personalità e le pregresse esperienze dell'agente; c) la durata e la ripetizione dell'azione; d) il comportamento successivo al fatto; e) il fine della condotta e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali; f) la probabilità di verificazione dell'evento; g) le conseguenze negative anche per l'autore in caso di sua verificazione; h) il contesto lecito o illecito in cui si è svolta l'azione nonché la possibilità di ritenere, alla stregua delle concrete acquisizioni probatorie, che

[46] Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto dalla massima, recante numero 261104, riportata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione con riferimento a Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, cit.

l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avuto contezza della sicura verificazione dell'evento»[47].

In questa cornice ermeneutica, le categorie del dolo eventuale e della colpa cosciente venivano concepite dalle Sezioni unite come figure contigue e speculari, nel cui contesto la "Formula di Frank" veniva richiamata paradigmaticamente quale modello di analisi dell'elemento soggettivo del reato utile a risolvere i casi di confine tra le due figure. Tuttavia, è proprio questa contiguità ermeneutica a imporre al giudice del merito, secondo quanto affermato dalle stesse Sezioni unite, di compiere una verifica rigorosa del compendio probatorio, il cui vaglio non deve lasciare spazio a presunzioni o a semplificazioni processuali[48].

La "Formula di Frank", pertanto, è un modello di analisi dell'elemento soggettivo incentrato su un giudizio ipotetico, che, del resto, non è estraneo alla scienza penalistica che da valutazioni congetturali e controfattuali è pervasa. L'importante è, come hanno sottolineato le Sezioni unite, che «si sia in possesso di informazioni altamente affidabili che consentano di esperire il controfattuale e di rispondere con sicurezza alla domanda su ciò che l'agente avrebbe fatto se avesse conseguito la previsione della sicura verificazione dell'evento illecito collaterale»[49].

Occorre aggiungere che tale situazione processuale non sempre si verifica, atteso che spesso il dubbio rimane irrisolto, in quanto vi sono casi in cui neppure l'interessato sarebbe in grado di chiarire con quale atteggiamento psicologico si è determinato ad agire. Ne consegue che il modello di analisi in esame costituisce un modello di analisi certamente risolutivo, ma il cui utilizzo presuppone che si riesca a esperire in modo affidabile e concludente un giudizio controfattuale sul comportamento criminoso.

Per queste ragioni, l'accertamento del dolo eventuale non può essere affidato, almeno tendenzialmente, solo al modello di analisi incentrato sulla "Formula di Frank", essendo opportuno, come affermato dalle Sezioni unite, che il giudice, nel compiere una tale valutazione processuale, si

[47] Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto dalla massima, recante numero 261105, riportata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione con riferimento a Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, cit.

[48] Si veda Cass. pen., Sez. un., 26 novembre 2009, Nocera n. 12433, cit.

[49] Si veda Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, cit.

avvalga «di tutti i possibili, alternativi strumenti d'indagine»[50], a condizione, naturalmente che gli stessi siano utilizzabili e affidabili.

Ne discende che l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato, nelle ipotesi di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, laddove possibile, non deve essere affidato solo a tale strumento epistemologico, dovendo il giudice avvalersi di tutti gli strumenti d'indagine di cui dispone.

A ben vedere, il tema dell'accertamento del dolo eventuale pone al centro della riflessione – al contempo culturale ed ermeneutica – la figura del giudice, che potrà affrontare un'indagine tanto delicata e complessa come quella alla quale ci si è riferiti «solo se abbia matura consapevolezza del proprio ruolo di professionista della decisione; e sia determinato a coltivare ed esercitare i talenti che tale ruolo richiedono: assiduo impegno a ricercare, con le parti, i fatti fin nei più minuti dettagli; e ad analizzarli, soprattutto, con un atteggiamento di disinteresse, cioè di purezza intellettuale che consenta di accogliere, accettare senza pregiudizi il senso delle cose; di rifuggire da interpretazioni precostituite, di maniera; di vagliare e ponderare tutte le acquisizioni con equanimità»[51].

[50] Si veda Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, cit.

[51] La frase richiamata nel testo è estrapolata da Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn, n. 38343, cit.

Davide Pretti

Osservazioni critiche al disegno di legge di riforma del processo penale

Il presente contributo propone un'analisi sistematica delle disposizioni del disegno di legge, licenziato dal Consiglio dei Ministri il 13 febbraio 2020 e recante deleghe al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corte d'appello, nel tentativo di evidenziare, anche alla luce delle più recenti elaborazioni giurisprudenziali e delle prassi diffuse negli uffici giudiziari, le sensibili criticità delle disposizioni normative di nuovo conio, in parte superflue (specialmente laddove ci si limita a riproporre soluzioni pretorie già ampiamente acquisite), talora dannose per il sistema processuale vigente, specialmente quelle relative alla fase delle indagini preliminari ed al potere del giudice di retrodatazione del termine delle indagini, e in alcuni casi addirittura in controtendenza rispetto alle finalità di speditezza del processo che la delega si prefigge. Accanto alle misure straordinarie per la definizione dell'arretrato penale, si analizzano le numerose disposizioni normative che interessano, trasversalmente, l'intero processo penale, dalle indagini preliminari sino al giudizio di appello, non senza concludere con specifici riferimenti ai più modesti – ma non per questo meno dibattuti – interventi sul diritto sostanziale, tra cui *in primis* la disciplina della prescrizione del reato, articolata in un testo destinato a far discutere.

SOMMARIO: *1. Premessa – 2. Processo penale telematico e notificazioni – 3. Indagini e udienza preliminare – 4. Procedimenti speciali – 5. Modifiche al giudizio dibattimentale – 6. Interventi in materia di appello delle sentenze di primo grado e di introduzione dei termini di durata del processo – 7. Modifiche al codice penale, anche in tema di prescrizione – 8. Conclusioni*

1. Premessa.

Il Consiglio dei Ministri ha licenziato, nel corso della seduta n. 29 del 13 febbraio 2020, uno **schema di disegno di legge** recante deleghe al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello, che, all'art. 1, delega appunto il Governo ad adottare, nel termine di un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la modifica del codice di procedura

penale, del codice penale e della collegata legislazione speciale e per la revisione del regime sanzionatorio delle contravvenzioni con finalità di **semplificazione, speditezza e razionalizzazione** del processo penale, nel rispetto delle garanzie difensive e secondo i principi e criteri direttivi previsti dalle disposizioni del testo in commento, nonché ulteriori decreti legislativi recanti le norme di attuazione delle nuove disposizioni e di coordinamento delle stesse con altre leggi dello Stato, anche modificando la formulazione e la collocazione delle norme del codice penale, del codice di procedura penale e delle disposizioni contenute in leggi speciali non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega, in modo da renderle ad essi conformi, operando le necessarie abrogazioni e adottando le opportune disposizioni transitorie[52].

La normativa, in corso di esame parlamentare, prevede, agli **artt. 15 e 16**, **misure straordinarie per la definizione dell'arretrato penale** presso le corti d'appello e per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti, che consistono nella possibilità di utilizzare anche nel settore penale i giudici ausiliari, nel numero massimo di 850 unità per i due settori, civile e penale, e nell'assunzione di personale amministrativo non dirigenziale, nel numero massimo di 1.000 unità, a tempo determinato, pari a 24 mesi.

Accanto alle misure straordinarie si interviene con una non trascurabile serie di disposizioni atte a modificare principalmente il codice di rito ma anche quello di diritto sostanziale. Il presente commento si propone, nell'esposizione delle novità normative proposte nell'iniziativa legislativa in analisi, di evidenziare pregi e difetti delle numerose tematiche interessate dall'intervento di riforma, secondo una trattazione che, per agevolare il lettore, segue il più possibile la successione degli articoli del testo in esame.

2. Processo penale telematico e notificazioni.

L'**art. 2** detta le disposizioni per l'efficienza dei procedimenti penali in materia di informatizzazione degli uffici giudiziari e notificazioni. Le lettere dalla *a)* alla *i)* stabiliscono i punti sui quali è necessario intervenire nel tortuoso cammino che porterà alla piena realizzazione del **processo penale telematico**: deposito di atti e documenti *anche*, per il momento, con modalità telematiche, con possibilità – per determinati uffici giudiziari e limitate categorie di atti – del

[52] Per una nota a margine della bozza, si veda G. SPANGHER, *La riforma del processo penale: un compromesso al ribasso*, in *Giust. insieme*, 26 luglio 2019.

deposito telematico obbligatorio; regole per ovviare alle situazioni in cui non siano temporaneamente funzionanti i sistemi informatici del dominio giustizia; previsioni finalizzate a garantire la generazione da parte del sistema di messaggi di avvenuto perfezionamento del deposito, il quale segnerà anche il momento in cui si intenderà per avvenuto il deposito stesso; nuove soluzioni volte a consentire le comunicazioni anche mediante soluzioni tecnologiche diverse dalla posta certificata, pur con messaggio di conferma del completamento della trasmissione[53].

Sul fronte delle **notificazioni** le novità sono più rilevanti. Si sono infatti sollevate, da tempo, numerose critiche all'attuale disciplina del microsistema delle notificazioni che non risulta più adeguato al progresso tecnologico e che, specialmente nel consentire la dichiarazione o elezione di domicilio presso l'abitazione o altro luogo prescelto dall'imputato, legittima un ingiustificabile impegno della macchina giudiziaria a recapitare in quel luogo tutti gli atti che debbano essere portati all'attenzione della parte[54].

Com'è noto, infatti, salvo che l'imputato (o indagato ai sensi dell'art. 61, comma 1, c.p.p.) risulti detenuto, anche per altra causa, e che pertanto le notificazioni si debbano eseguire – ai sensi dell'art. 156 c.p.p. – presso il luogo di detenzione mediante consegna di copia dell'atto alla persona, la prima notificazione avviene in uno dei modi disciplinati dall'art. 157 c.p.p., che privilegia innanzitutto forme più garantite, *in primis* la consegna di copia alla persona, per poi spingersi via via verso soluzioni più formali, quale il deposito nella casa comunale ai sensi del comma 8, che – pur garantendo il perfezionamento della notificazione, non assicurano con certezza che l'imputato abbia effettivamente ricevuto l'atto e che sia, conseguentemente, a conoscenza del procedimento, tanto che – fuori dei casi indicati dall'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p. – il giudice è tenuto appunto a sospendere il procedimento per assenza dell'imputato stesso. In ogni caso, è anzitutto frequente l'ipotesi che l'indagato, ricevuta una prima notificazione e appresa l'esistenza del procedimento, faccia pervenire un atto di nomina di un difensore di fiducia, nel qual caso è applicabile, in difetto di dichiarazione o elezione di domicilio, la più agevole forma di notificazione – di tutti gli atti successivi al primo – mediante consegna al difensore ai sensi del comma 8-*bis* dell'art. 157 c.p.p., purché ovviamente questi non abbia dichiarato di non accettare le notifiche. Ma è altrettanto frequente che l'autorità giudiziaria o la polizia giudiziaria, al primo atto compiuto con l'intervento

[53] Per un'analisi puntuale in tema di processo penale telematico si veda la *Relazione sullo stato della giustizia penale telematica 2018* adottata con Delibera del C.S.M. del 9 gennaio 2019, in *www.csm.it*.

[54] Per le novità in tema di dichiarazione o elezione di domicilio per le notificazioni al querelante, si veda il par. 7.

della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, procedano ai sensi dell'art. 161 c.p.p., invitandolo a dichiarare o eleggere un domicilio per le notificazioni successive, circostanza che determina, a seconda della scelta dell'interessato, la più agevole notificazione presso il difensore domiciliatario oppure quella presso un altro luogo da questi indicato (abitazione, luogo di lavoro, etc.), laddove però – nel caso in cui l'interessato non venga poi rinvenuto[55] – è comunque consentito procedere mediante consegna dell'atto al difensore ai sensi dell'art. 161, comma 4, c.p.p. In definitiva, oltre al caso in cui l'indagato non abbia nel corso del procedimento né dichiarato o eletto domicilio né nominato un difensore di fiducia, le notificazioni gli devono costantemente essere recapitate anche tutte le volte che sia stato dichiarato o eletto domicilio in luogo diverso dallo studio del difensore di fiducia o d'ufficio[56].

È in tale quadro che, molto lodevolmente, il disegno di legge intende intervenire per rendere maggiormente efficiente il sistema delle notificazioni, sulla base del principio per cui, una volta perfezionata la prima notifica all'indagato, quelle successive possono essere **validamente compiute presso il difensore**[57], sulla base del principio di autoresponsabilizzazione dell'imputato: d'altra parte, un sistema processuale moderno non può evidentemente farsi carico dei maggiori costi determinati dal disinteresse che l'imputato possa manifestare rispetto al procedimento che lo vede, suo malgrado, coinvolto. In tale ottica si prevede ora che il primo atto notificato all'imputato dovrà contenere anche l'espresso **avviso** che le successive notifiche saranno effettuate mediante consegna al difensore e che l'imputato avrà l'onere di indicare al difensore medesimo un recapito idoneo ove effettuare le comunicazioni, nonché ogni mutamento dello stesso. Così si dovrà anche prevedere che non costituirà inadempimento degli obblighi derivanti dal mandato professionale del difensore l'omessa o ritardata comunicazione all'assistito imputabile al fatto di quest'ultimo, poiché correttamente si ribadisce il principio che l'imputato non può dogliarsi, nemmeno in sede civile, delle conseguenze negative del procedimento qualora se ne sia completamente disinteressato.

[55] Sul punto sussisteva un contrasto giurisprudenziale che è stato composto da Cass., sez. un., 22 giugno 2017, n. 58120, Rv. 271772 che hanno affermato che l'impossibilità della notificazione al domicilio dichiarato o eletto, che ne legittima l'esecuzione presso il difensore secondo la procedura prevista dall'art. 161, comma 4, c.p.p., può essere integrata anche dalla temporanea assenza dell'imputato al momento dell'accesso dell'ufficiale notificatore, senza che sia necessario procedere ad una verifica di vera e propria irreperibilità.

[56] In tale ultimo caso bisogna comunque rammentare che, ai sensi dell'art. 162, comma 4-*bis*, c.p.p., l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio non ha effetto se l'autorità che procede non riceve, unitamente alla dichiarazione di elezione, l'assenso del difensore domiciliatario.

[57] Ai sensi della lett. *p)*, anche quelle in caso di impugnazione dell'imputato o di opposizione al decreto penale di condanna.

Ma se questo è il principio cardine che il legislatore pone alla base della delega, il raccordo di tale novità normativa con le altre disposizioni vigenti, e sopra sinteticamente richiamate, non pare del tutto agevole. Anzitutto, la notificazione degli atti successivi al primo al difensore, indipendentemente dal fatto che la nomina sia fiduciaria o meno, potrà avvenire anche con soluzioni tecnologiche diverse dalla posta elettronica certificata, purché diano garanzia dell'avvenuta ricezione: tuttavia, non sarà comunque possibile procedere mediante consegna di copia al difensore sia nel caso in cui l'imputato risulti detenuto sia qualora, come si è anticipato, non si possiedano sufficienti **garanzie circa l'effettivo recapito della prima notificazione all'interessato**, alla stregua di quanto accade per la dichiarazione di assenza nel processo. Infatti, nel caso in cui ricorrano congiuntamente tre condizioni, ovvero la prima notifica non sia stata eseguita mediante consegna dell'atto personalmente all'imputato (o a persona che con lui conviva anche temporaneamente o al portiere o a chi ne fa le veci), l'imputato sia assistito da un difensore d'ufficio e non via sia stata una dichiarazione o elezione di domicilio, non sarà comunque possibile procedere mediante notificazione degli atti successivi con consegna al difensore.

Ma, come si diceva, gli aspetti più insidiosi paiono proprio i **rapporti con le disposizioni degli artt. 161 e 162 c.p.p.** che il disegno di legge delega a disciplinare pur senza indicare alcun criterio direttivo: in primo luogo si deve rilevare come, con il nuovo congegno normativo, andrà anzitutto a perdere di significato la disposizione del comma 8-*bis* dell'art. 157 c.p.p., laddove si prevede un meccanismo analogo a quello di nuovo conio limitatamente però al difensore di fiducia, con la conseguenza che dovrà anche essere espunta dal sistema – in quanto non indicata nella delega – l'attuale previsione della facoltà per il difensore di dichiarare di non accettare le notificazioni; allo stesso modo, però, pare che il legislatore dovrà intervenire energicamente anche sull'istituto della dichiarazione ed elezione di domicilio[58], ovviando alla facoltà dell'imputato o indagato di indicare il luogo presso il quale intenda ricevere le carte del processo: per quanto infatti, come detto, la norma non tracci la strada per il legislatore delegato e sembri presupporre la sopravvivenza dell'istituto[59], svanirebbe l'utilità pratica delle notificazioni, successive alla prima, al

[58] E conseguentemente anche sull'art. 162 c.p.p. e sul comma 4-*bis* di tale disposizione.

[59] Laddove, come si è detto, alla lett. *l)* si prevede che «*al di fuori dei casi previsti dagli articoli 161 e 162 del codice di procedura penale*» si devono stabilire opportune deroghe alla notificazione degli atti mediante consegna di copia al difensore: la norma però, a parere di chi scrive, dev'essere intesa non nel senso che l'eventuale dichiarazione o elezione di domicilio prevalga sulla regola generale della consegna degli atti successivi al difensore ma che, in caso di dichiarazione o elezione di domicilio, non si deroghi alla predetta regola generale in quanto la redazione del verbale di cui all'art. 161 c.p.p. costituisce prova del fatto che l'imputato è a conoscenza del procedimento a suo carico.

difensore qualora si continuasse a consentire all'interessato di indicare o eleggere un domicilio diverso e prevalente su quello normativo. Invero, pare che la forzosa elezione di domicilio presso il difensore debba costituire la strada maestra della riforma, come peraltro è testimoniato anche dallo stesso *incipit* della lett. *l)* della delega che sottolinea come *tutte* le notificazioni all'imputato successive alla prima debbano essere effettuate nei termini di cui si è detto.

3. Indagini e udienza preliminare.

L'**art. 3** della delega disciplina le novità da introdurre nell'ambito delle indagini e dell'udienza preliminare. Sicuramente si pone in linea con l'obiettivo di rendere maggiormente efficienti le disposizioni processuali nell'ottica di assicurare la celere definizione dei procedimenti giudiziari la previsione, di cui alla lett. *h)*, che introduce l'individuazione – da parte degli uffici del pubblico ministero – di **criteri di priorità**, trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre. Si tratta, com'è evidente, di una peculiare declinazione, non certo inedita[60], del principio di obbligatorietà dell'azione penale che, molto opportunamente, assegna delle corsie preferenziali alla trattazione di determinati reati rispetto ad altri: l'abdicazione del legislatore in favore degli stessi uffici giudiziari nell'individuare le notizie di reato prioritarie – e qui la marcata distinzione rispetto ai già richiamati criteri di formazione dei ruoli di udienza – è certamente funzionale alla tempestività dell'intervento che talora si richiede più agli uffici di procura che a quelli giudicanti[61], ma la parcellizzazione dei singoli interventi, demandati al capo dell'ufficio seppur nel proficuo confronto con il procuratore generale e con gli altri procuratori del distretto, oltre che con il presidente del tribunale, potrebbe determinare interventi disomogenei tra le diverse realtà locali che, per quanto foriere delle diverse specificità criminali del territorio, richiederanno un'attenta valutazione da parte dell'organo di governo autonomo della magistratura, cui compete il sapiente vaglio dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica.

Sempre nell'ottica di alleggerimento degli incombenti processuali superflui, si interviene, alla lett. *b)*, ad escludere l'obbligo di notificazione dell'**avviso della richiesta di archiviazione**, di cui

[60] Il riferimento è all'art. 132-*bis* disp. att. c.p.p.

[61] Si pensi, proprio in questi giorni drammatici, all'emergenze dettate dalla diffusione dell'epidemia da Covid-19 ed alla organizzazione degli uffici di procura rispetto alla trattazione delle migliaia di notizie di reato (anche se poi, in parte, depenalizzate) connesse al mancato rispetto delle disposizioni emergenziali emanate dal Governo.

all'art. 408, comma 2, c.p.p., alla persona offesa che abbia rimesso la querela, soluzione cui in realtà alcuni uffici sono già da tempo pervenuti valorizzando il manifestato disinteresse della vittima che abbia rimesso la querela rispetto alla sorte del procedimento, inevitabilmente destinato, quantomeno rispetto ai reati procedibili a querela, all'archiviazione.

Altra valida intenzione del legislatore è poi quella di modificare la regola di giudizio per la presentazione, da parte del pubblico ministero, della **richiesta di archiviazione**[62]: la scelta, di cui alla lett. *a)*, è quella di intervenire sul testo dell'art. 125 disp. att. c.p.p. prevedendo che l'inquirente chieda l'archiviazione anche quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari risultino insufficienti, contraddittori o comunque non consentano una ragionevole previsione di accoglimento della prospettazione accusatoria in giudizio. Invero, non rappresenta certo una novità il dibattito circa la corretta perimetrazione del concetto di idoneità degli atti acquisiti nel corso delle indagini a sostenere l'accusa in giudizio, di cui all'attuale formulazione dell'art. 125 disp. att. c.p.p. che si vorrebbe innovare. Se già l'art. 115 prog. prel. disp. att. prevedeva l'archiviazione nel caso in cui non fossero stati acquisiti all'esito delle indagini elementi *sufficienti* per condannare l'imputato, il testo attualmente vigente non pare poi discostarsi molto dalla bozza inizialmente elaborata. D'altra parte, a fronte di un indirizzo dottrinale che afferma che non si possa ritenere infondata la notizia di reato qualora gli elementi a disposizione dell'accusa siano insufficienti[63], con la conseguenza dunque che anche nei casi dubbi sarebbe obbligatorio l'esercizio dell'azione penale, la quale può essere paralizzata soltanto qualora risulti evidente l'innocenza dell'indagato, l'orientamento maggioritario[64] – e decisamente più condivisibile – afferma invece che, valorizzando anche le indiscutibili esigenze di efficienza processuale pur nel dovuto rispetto dell'art. 112 Cost., il pubblico ministero debba richiedere l'archiviazione anche quando vi sia carenza assoluta di prova e soprattutto nei casi di insufficienza o contraddittorietà della medesima, sulla falsariga, secondo alcuni[65], della verifica circa la sussistenza della c.d. *probable cause* del sistema statunitense o in accordo, comunque, ad un giudizio analogo a quello stabilito dall'art. 530 c.p.p. per la sentenza di

[62] Intervento prossimo all'inutilità secondo R. BRICCHETTI, *Prime considerazioni sul disegno di legge per la riforma del processo penale*, in *ilPenalista.it*, 24 febbraio 2020.

[63] Tra gli altri si veda E. FORTUNA, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1991, XXV, p. 3.

[64] Cfr., per tutti, F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 1992, p. 488. Si veda anche Cass. 12 gennaio 1993, n. 50, Rv. 193352. Non prende invece posizione netta, ma sembra propendere in tale direzione, Corte cost. 28 gennaio 1991, n. 88.

[65] Si veda V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Introduzione al progetto preliminare del 1988*, in G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il nuovo Codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1989, IV, p. 64.

proscioglimento nel merito[66]. In tale contesto, appare allora – per quanto apprezzabile – **non dirimente** l'intervento normativo proposto dalla delega, in quanto già oggi è possibile, e così spesso avviene, archiviare il procedimento proprio per insufficienza o contraddittorietà delle prove in quanto circostanze atte a tradursi nell'inidoneità degli elementi acquisiti ai fini della sostenibilità dell'accusa in giudizio[67], proprio in quanto l'insanabile contrasto tra gli elementi acquisiti o la loro carenza dimostrativa rispetto all'imputazione contestata determinerebbero insindacabilmente il giudice, secondo un giudizio prognostico, ad assolvere l'imputato dal reato ascrittogli.

Sulla falsariga di quanto indicato, si interviene alla lett. *i)* a modificare anche la regola di giudizio di cui all'art. 425, comma 3, c.p.p. al fine di **escludere il rinvio a giudizio** nei casi in cui gli elementi acquisiti risultino insufficienti, contraddittori o comunque non consentano una ragionevole previsione di accoglimento della prospettazione accusatoria in giudizio, così da pervenire ad una inedita perfetta sovrapponibilità dei casi di archiviazione rispetto a quelli di emissione della sentenza di non luogo a procedere. Il contributo deflattivo dell'udienza preliminare è da tempo oggetto di serrate critiche proprio da parte di chi sostiene che gli scarsi poteri riservati al giudice di quella fase non gli consentano di assolvere adeguatamente al ruolo di filtro che la legge gli riserverebbe, tanto che proprio l'art. 425 c.p.p. è stato oggetto di numerosi interventi di riforma nel tempo[68], i quali però hanno sempre visto sopravvivere, nonostante tutto, i due contrapposti indirizzi di coloro che avallano il ricorso alla sentenza di non luogo a procedere anche in quei casi in cui la condanna in dibattimento appaia improbabile[69] e di quelli che invece – tra cui anche la giurisprudenza dominante – ne limitano l'operatività soltanto nelle ipotesi in cui il dubbio non appaia superabile nemmeno per il tramite del vaglio dibattimentale[70]. Così, pur a fronte della norma

[66] Così M. BILANCETTI, *Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari,* in *Giust. pen.,* 1989, III, p. 309 ss.

[67] Esemplificando, si pensi al caso, non infrequente, di una denuncia per maltrattamenti a carico del convivente, rispetto alla quale non siano stati acquisiti altri elementi probatori di autonoma dimostratività oltre alle dichiarazioni testimoniali della vittima che, peraltro, sia ritornata in un secondo tempo dagli inquirenti per ridimensionare il quadro delle accuse inizialmente verbalizzate, dando anche prova, così, di una non completa affidabilità della fonte dichiarativa medesima.

[68] L'art. 425 c.p.p., prima di essere interamente riscritto dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, era già stato modificato dalla l. 8 aprile 1993, n. 105 che aveva soppresso il riferimento al requisito dell'evidenza dell'insussistenza del fatto e delle altre formule propedeutiche alla sentenza di non luogo a procedere.

[69] Per questa tesi si vedano L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato ed alternative al silenzio*, Torino, 2000, p. 276; F. CASSIBBA, *L'udienza preliminare*, Milano, 2007, p. 89; N. GALATINI, *La nuova udienza preliminare*, in E. AMODIO - N. GALANTINI, *Giudice unico e garanzie difensive*, Milano, 2000, p. 110.

[70] Così, tra i tanti, R. BRICCHETTI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico. Legge 16 dicembre 1999 n. 479*, Milano, 2000, p. 143; E. M. CATALANO, *Udienza preliminare: conclusione e formazione dei fascicoli*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER,

che già autorizza il giudice per l'udienza preliminare a pronunciare sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultino insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio, si assiste, talvolta, ad una **neutralizzazione della fase dell'udienza preliminare** che viene così, frequentemente, ad atteggiarsi quale un superfluo fardello processuale. Ora, fatte queste premesse, resta da chiedersi se la nuova formulazione del 3° comma dell'art. 425 c.p.p. possa incidere sul ruolo dell'udienza preliminare: sembrerebbe di no, se si considera che la giurisprudenza ritiene già ora che il g.u.p. debba valutare, sotto il solo profilo processuale, se gli elementi probatori acquisiti risultino insufficienti, contraddittori o comunque inidonei a sostenere l'accusa in giudizio, esprimendo un giudizio prognostico circa l'inutilità del dibattimento, pur senza poter formulare un giudizio sulla colpevolezza dell'imputato[71], cosicché pare proprio che l'unico dato differenziale rispetto al passato – ovvero il nuovo parametro della ragionevole previsione di accoglimento della prospettazione accusatoria in giudizio – **non possa portare con sé alcuna concreta valenza innovativa**, essendo già approdo ampiamente sviscerato quello secondo cui il giudice dell'udienza preliminare è chiamato ad una rigorosa valutazione di effettiva consistenza del materiale probatorio posto a fondamento dell'accusa, ovvero a verificare se gli elementi a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio siano idonei a dimostrare la sussistenza di una minima probabilità che, all'esito del dibattimento, possa essere affermata la colpevolezza dell'imputato[72]. In quest'ottica sarebbe allora forse stato più coraggioso, e più utile, rimeditare completamente il ruolo dell'udienza preliminare, prevedendo quale ordinaria forma di esercizio dell'azione penale quello che ora avviene con il giudizio immediato, sì da assicurare – a differenza dei procedimenti in cui l'esercizio dell'azione penale innanzi al giudice monocratico si manifesta con citazione diretta a giudizio – che il giudice degli eventuali riti alternativi non sia il giudice del dibattimento, ma al contempo di superare una fase che oggi importa più costi che benefici, bilanciando al contempo le garanzie difensive mediante un ampliamento dei poteri di proscioglimento prima del dibattimento, ai sensi dell'art. 469 c.p.p., prevedendone però anche adeguate forme di impugnazione da parte del pubblico ministero.

III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. GARUTI, Torino, 2009, p. 962; R. E. KOSTORIS, *Udienza preliminare e giudizio abbreviato, snodi problematici della riforma*, in S. NOSENGO (a cura di), *Nuovi scenari del processo penale alla luce del giudice unico*, Milano, 2002, p. 43.

[71] Tra le tante, si vedano Cass. 26 ottobre 2016-dep. 5 gennaio 2017, n. 565, Rv. 269014; *id.* 12 luglio 2016, n. 32574, Rv. 267457 e *id.* 7 aprile 2016, n. 15942, Rv. 266443.

[72] Così, Cass. 14 settembre 2016-dep. 18 gennaio 2017, n. 2516, Rv. 269009.

Le lett. *c), d), e), f)* e *g)* intervengono invece sul **termine di durata delle indagini preliminari.** Com'è noto, l'attuale microsistema delineato dagli artt. 405-407 c.p.p. stabilisce che il termine delle indagini è pari a sei mesi, ad eccezione dei reati richiamati dall'art. 407, comma 2, lett. *a)*, c.p.p., per i quali è invece pari ad un anno. Prima della scadenza del termine il pubblico ministero può richiederne al giudice la proroga, per un tempo non superiore a sei mesi, secondo una procedura che di norma[73] impone la *discovery* del procedimento (ma non degli atti[74]) e che può reiterarsi più volte[75] purché nel rispetto dei termini massimi, stabiliti dall'art. 407 c.p.p., di diciotto mesi oppure, per tutti i casi di cui all'art. 407, comma 2, c.p.p., di due anni.

Ora, l'idea del legislatore è quella di modificare tali termini prevedendo, anziché due, **tre classi di reati** in relazione alla rispettiva gravità, cosicché il termine ordinario d'indagine sarebbe ora fissato in sei mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale il reato è attribuito è iscritto nel registro delle notizie di reato per i reati puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni sola o congiunta alla pena pecuniaria; in un anno e sei mesi dalla stessa data quando si procede per taluno dei delitti indicati nell'art. 407, comma 2, c.p.p.; in un anno dalla stessa data in tutti gli altri casi. Il meccanismo delle proroghe resterebbe identico e si prevede la facoltà del pubblico ministero di chiedere al giudice la **proroga del termine una sola volta**, prima della scadenza, per un tempo non superiore a sei mesi. La nuova formulazione che, ad una prima lettura, potrebbe far ritenere che vi sia stata una contrazione dei tempi per le indagini preliminari, in realtà non incide sui termini massimi se non nel caso dei reati di minore gravità, per i quali il termine di durata massima si riduce ad un anno[76]. Infatti, se per i reati di media gravità il termine resta di diciotto mesi (un anno + sei mesi, anziché sei mesi + sei mesi + sei mesi[77]), anche per quelli di cui all'art. 407, comma 2, c.p.p. resta di due anni (un anno e sei mesi + sei mesi, anziché un anno + sei mesi + sei mesi). Ne consegue che da tale disciplina non emerge alcun *vulnus* alle indagini, quanto, al contrario, si assiste all'**importante beneficio**

[73] Ad eccezione dei casi in cui il giudice provvede *de plano* ai sensi dell'art. 406, comma 5-*bis*, c.p.p.

[74] È infatti giurisprudenza costante quella secondo cui l'indagato avvisato della richiesta di proroga delle indagini preliminari non ha diritto a prendere visione degli atti di indagine e del fascicolo del pubblico ministero; così, Cass. 21 marzo 2013, n. 20648, non massimata e *id.* 5 novembre 2010, n. 43002, Rv. 248669.

[75] La prima proroga può essere concessa per giusta causa, mentre quelle successive nei casi di particolare complessità delle indagini ovvero di oggettiva impossibilità di concluderle entro il termine prorogato (cfr. art. 406, commi 1 e 2, c.p.p.).

[76] La delega non prevede espressamente anche la modifica del testo dell'art. 407 c.p.p. che pare però opportuna nei termini sopra descritti.

[77] Non è specificato cosa avverrà per i reati di cui all'art. 406, comma 2-*ter*, c.p.p. per i quali la proroga è concessa per non più di una volta.

determinato dall'aumento del termine ordinario delle indagini – investigativamente parlando, il più prezioso – che non dovranno più essere intermezzate dalla richiesta di proroga e dalla connessa *discovery* del procedimento, che avverrà soltanto a sei mesi dalla scadenza del termine di durata massima.

Ulteriori interventi sono previsti, nell'ottica di rendere più celere il procedimento ed ovviare a quella stasi che talora si genera all'esito delle indagini, per sollecitare il pubblico ministero, che ometta di **determinarsi tra esercizio dell'azione penale ed archiviazione**, ad assumere tempestivamente quella scelta che viene delineata dall'art. 405 c.p.p. Se è ben vero che l'intervento si è reso necessario, come indicato da taluni, per superare una stortura del sistema che non prevede ad oggi, in casi patologici, di superare l'*impasse* che si determina qualora l'inquirente ometta, magari anche per anni, di assumere alcuna determinazione, è altrettanto vero che – se talora la patologia non è tanto dovuta alla mancanza di solerzia del pubblico ministero quanto piuttosto ad un carico di affari eccessivo ed incompatibile con le energie del singolo magistrato e dell'ufficio di riferimento – tale meccanismo può portare ad un concreto, ed altrettanto irreparabile, *vulnus* per le indagini[78]. Se infatti i tempi delle investigazioni, fissati nel limite massimo di diciotto mesi o di due anni, non sempre sono funzionali e sufficienti rispetto a complesse ed articolate attività investigative, ora il nuovo congegno normativo, nel tentativo di curare un male, rischia invero di crearne un altro. Ma, procedendo con ordine, va anzitutto detto che la delega stabilisce di prevedere che il pubblico ministero, se entro tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini preliminari o nei diversi termini di sei e dodici mesi dalla stessa scadenza nei casi, rispettivamente, dell'art. 407, comma 2, lett. *b)*, e comma 2, lett. *a)*, nn. 1), 3) e 4), c.p.p. non abbia notificato l'avviso della conclusione delle indagini previsto dall'art. 415-*bis* c.p.p. o non abbia richiesto l'archiviazione, notifichi senza ritardo alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa dal reato che, nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, abbia dichiarato di volere esserne informata, **avviso del deposito** della documentazione relativa alle indagini espletate presso la segreteria del pubblico ministero e della facoltà della persona sottoposta alle indagini e del suo difensore o della persona offesa dal reato di prenderne visione ed estrarne copia: la notifica del predetto avviso – che costituisce un vero e proprio obbligo sanzionato in via

[78] Condivisibile R. BRICCHETTI, *Prime considerazioni sul disegno di legge per la riforma del processo penale*, in *ilPenalista.it*, 24 febbraio 2020, secondo cui il problema non si risolve incutendo la "paura" della persecuzione disciplinare ma mettendo il pubblico ministero nelle condizioni di gestire, in modo serio e accurato, le notizie di reato e i procedimenti che gli vengono assegnati.

disciplinare[79] – può comunque essere **ritardata**, per un limitato periodo di tempo e con provvedimento motivato, nei procedimenti di cui all'art. 407, comma 2, lett. *a)*, nn. 1), 3) e 4), c.p.p.

Il congegno normativo di nuovo conio prevede quindi una **sanzione processuale**, ricollegata ad una **sanzione disciplinare**, per assistere il caso in cui, decorso il termine massimo di durata delle indagini aumentato di un ulteriore lasso temporale – per certi versi non dissimile dalla clausola di *stand still* tipica della contrattualistica pubblica – variabile in funzione dei reati per cui si procede[80], il pubblico ministero non abbia notificato l'avviso di conclusione delle indagini o non abbia richiesto l'archiviazione: la sanzione processuale è rappresentata quindi dalla *discovery* del procedimento e della documentazione relativa alle indagini espletate cui parti e difensori possono accedere per prenderne visione ed estrarne copia, analogamente a quanto avviene con la notificazione dell'avviso *ex* art. 415-*bis* c.p.p. La norma non potrà quindi che avere un **fortissimo impatto** sul lavoro degli uffici di procura che, oltre a dover modulare le investigazioni nella consapevolezza della **tagliola processuale** di nuova introduzione, dovranno anche riorganizzare il lavoro – con conseguenze sicuramente devastanti per gli uffici più oberati – in modo da rispettare le strette nuove cadenze processuali, così da esitare il fascicolo entro il termine, a vario titolo, previsto

[79] Si stabilisce infatti di prevedere che la violazione da parte del pubblico ministero delle prescrizioni relative all'avviso di deposito degli atti integri un **illecito disciplinare** quando il fatto sia dovuto a negligenza inescusabile. Allo stesso tempo si prevede che, dopo la notifica dell'avviso di deposito, l'omesso deposito della richiesta di archiviazione o il mancato esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero entro il termine di trenta giorni dalla presentazione della richiesta del difensore della persona sottoposta alle indagini o della parte offesa integri un ulteriore illecito disciplinare quando il fatto sia dovuto a negligenza inescusabile.

[80] La sanzione scatta dunque una volta che sia decorso il termine *massimo* delle indagini, **indipendentemente dal fatto che il pubblico ministero abbia o meno richiesto la proroga del termine ordinario**.

Si può quindi delineare il seguente **schema**:

1) nel caso di reati puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni sola o congiunta alla pena pecuniaria, la sanzione scatta una volta che siano decorsi **quindici mesi** dall'iscrizione (termine massimo d'indagine di sei mesi + sei mesi, cui si sommano gli ulteriori tre mesi di latenza);

2) nel caso di tutti gli altri reati, ad eccezione di tutti i reati indicati dall'art. 407, comma 2, c.p.p., la sanzione scatta una volta che siano decorsi **ventuno mesi** dall'iscrizione (termine massimo d'indagine di un anno + sei mesi, cui si sommano gli ulteriori tre mesi di latenza);

3) nel caso in cui si si proceda per taluno dei delitti indicati nell'art. 407, comma 2, lett. *a)*, nn. 2), 5), 6), 7), 7-*bis*) e lett. *c)* e *d)*, c.p.p., la sanzione scatta una volta che siano decorsi **ventisette mesi** dall'iscrizione (termine massimo d'indagine di un anno e sei mesi + sei mesi, cui si sommano gli ulteriori tre mesi di latenza);

4) nel caso in cui si si proceda per taluno dei delitti indicati nell'art. 407, comma 2, lett. *b)*, c.p.p., la sanzione scatta una volta che siano decorsi **trenta mesi** dall'iscrizione (termine massimo d'indagine di un anno e sei mesi + sei mesi, cui si sommano gli ulteriori sei mesi di latenza);

5) nel caso in cui si si proceda per taluno dei delitti indicati nell'art. 407, comma 2, lett. *a)*, nn. 1), 3) e 4), c.p.p., la sanzione scatta una volta che siano decorsi **trentasei mesi** dall'iscrizione (termine massimo d'indagine di un anno e sei mesi + sei mesi, cui si sommano gli ulteriori dodici mesi di latenza). In tale caso, peraltro, l'avviso può essere **ritardato** per un limitato – ma indefinito – periodo di tempo con provvedimento motivato del pubblico ministero.

per il deposito forzoso degli atti e, comunque, entro il termine degli ulteriori trenta giorni a pena di sanzione disciplinare: sul punto, pare evidente che sarà ancor più necessario pervenire ad una soluzione condivisa ed affidabile, da parte del Consiglio superiore della magistratura, circa i c.d. **carichi esigibili** per ciascun magistrato, sì da calibrare adeguatamente – anche avanti alla sezione disciplinare – l'inescusabilità della negligenza del pubblico ministero che la norma correttamente contempla quale limite al potere sanzionatorio del giudice disciplinare.

Se la norma, infatti, come si diceva, potrà essere utile ad arginare fenomeni di patologico disinteresse nelle indagini, al contempo però sarà foriera di altrettante difficoltà dal punto di vista prettamente investigativo, e non soltanto negli uffici maggiormente oberati dal carico giudiziario: importanti indagini di criminalità economico-finanziaria o in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, notoriamente complesse ed articolate, dovranno chiudersi necessariamente nel termine di due anni e mezzo (a voler considerare operante l'ipotesi di cui all'art. 407, comma 2, lett. *b)*, c.p.p.), non di rado insufficiente se si considera il tempo necessario per le operazioni propriamente investigative (quali, ad esempio le intercettazioni che a volte si protraggono molto a lungo, ad esempio in funzione della durata della procedura ad evidenza pubblica oggetto d'indagine), unitamente a quello per la predisposizione – da parte del pubblico ministero prima e del giudice per le indagini preliminari dopo – di articolate misure cautelari. A questo si aggiunge che – se è ben vero che al termine massimo si somma quello eventualmente richiesto ai fini dell'esecuzione dell'incidente probatorio[81], che non di rado viene attivato per l'esame delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. – altrettanto vero è che, terminato tale incombente, gli inquirenti devono avere il tempo per porre in essere le eventuali ulteriori attività investigative che si siano rese necessarie alla luce delle dichiarazioni acquisite ai sensi dell'art. 392 c.p.p. e per predisporre l'avviso di conclusione delle indagini preliminari e gli atti propedeutici all'esercizio dell'azione penale. Allora, sarebbe auspicabile, pur nel mantenimento della nuova disciplina, una **dilatazione dei tempi di durata massima delle indagini preliminari**, consentendo, mediante il meccanismo delle proroghe, di evitare brusche e premature cesure alle investigazioni, aumentando – quantomeno per i reati di più difficile accertamento – il termine massimo d'indagine di almeno ulteriori dodici mesi. In caso contrario, volendo mantenere fermi i termini d'indagine così come indicati dal disegno di legge, sarebbe allora indispensabile l'introduzione di un meccanismo tale per cui il giudice per le indagini preliminari – e non il pubblico ministero come previsto per i reati di

[81] Ai sensi del combinato disposto degli artt. 407, comma 1, e 393, comma 4, c.p.p.

criminalità organizzata di stampo mafioso e di terrorismo – possa comunque autorizzare una dilazione del termine del deposito qualora il pubblico ministero ne faccia richiesta, rappresentando specifiche esigenze investigative che risulterebbero irrimediabilmente sacrificate in ipotesi di prematura *discovery* del procedimento e degli atti allo stesso relativi. Accanto a questo sarebbe auspicabile il ripensamento del meccanismo delle proroghe che, per come attualmente strutturato, se non assicura certamente alcuna garanzia all'indagato – il quale riceve la notificazione della richiesta del pubblico ministero ma non può accedere agli atti d'indagine ed è chiamato ad interloquire al buio, tramite il difensore, sulla concedibilità della proroga che è pressoché sempre scontata – determina talora un grave pregiudizio alle indagini, posto che gli inquirenti sono costretti ad effettuare una insensata *discovery* delle attività in corso: sarebbe allora auspicabile un intervento che trasformi l'eccezione in regola, prevedendo appunto che sulla richiesta di proroga il giudice per le indagini preliminari provveda sempre – e non soltanto nei casi di cui al comma 5-*bis* dell'art. 406 c.p.p. – *de plano* con ordinanza: un evidente risparmio di energie (venendo meno le procedure di notificazione) e un importante contributo alle investigazioni, pur mantenendo il vaglio giudiziale che comunque anche ad oggi, nella prassi, non si avvale quasi mai di memorie difensive che non disporrebbero nemmeno degli strumenti per poter contrastare la richiesta depositata dal pubblico ministero.

Ma se le perplessità sul piano investigativo non mancano di certo, anche dal punto di vista strettamente tecnico-normativo emergono non pochi dubbi interpretativi. Anzitutto, è evidente come la disposizione dovrà essere calibrata sulla base di quanto prevede il **comma 3-*bis***[82] dell'art. 407 c.p.p. che già ora stabilisce che il pubblico ministero sia tenuto ad esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro il termine di tre mesi[83] dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'art. 415-*bis* c.p.p., essendo comunque consentita – nel caso di cui all'art. 407, comma 2, lett. *b)*, c.p.p. e su richiesta presentata dal pubblico ministero prima della scadenza – una proroga disposta con decreto motivato e per non più di tre mesi da parte del procuratore generale presso la corte d'appello. La nuova disciplina pare superare quanto introdotto dalla riforma Orlando e verosimilmente andrà proprio a sostituirsi all'attuale disciplina del comma 3-*bis*, anche se come si diceva sarebbe auspicabile introdurre, o

[82] Introdotto dalla l. 23 giugno 2017, n. 103.
[83] Il termine è di quindici mesi per i reati di cui all'art. 407, comma 2, lett. *a)*, nn. 1), 3) e 4), c.p.p.

mantenere, una qualche sorta di strumento di proroga dei termini per il deposito forzoso degli atti, eventualmente anche mantenendo il potere di proroga in capo al procuratore generale.

Altra questione di non secondaria importanza è rappresentata dall'eventualità, non certo infrequente e con cui la norma non si confronta, in cui **nello stesso procedimento coesistano numerose iscrizioni**, in quanto più d'uno sono gli autori dei fatti connessi o collegati per cui si procede, ciascuno dei quali sia chiamato peraltro a rispondere di più reati: si pensi al caso di complesse indagini in materia di reati contro la pubblica amministrazione in cui i vari pubblici ufficiali corrotti nonché i privati corruttori siano chiamati a rispondere di diverse ipotesi di reato, mano a mano iscritte nel registro delle notizie di reato in base alle emergenze, non certo contestuali, delle investigazioni. In tali ipotesi, com'è noto, il termine per le indagini preliminari decorre in modo autonomo per ciascun indagato dal momento dell'iscrizione del suo nominativo nel registro delle notizie di reato e, per la persona originariamente sottoposta ad indagini, da ciascuna successiva iscrizione[84], con la conseguenza che non è individuabile un unico termine massimo di durata delle indagini ma tanti termini diversificati in relazione a ciascun indagato ed a ciascuna ipotesi iscritta. Se ne deduce che, laddove la nuova normativa imponga la sanzione del deposito forzoso degli atti allo scadere del termine massimo di durata delle indagini preliminari, questo non potrà che avvenire **in relazione all'ultima, e più recente, delle iscrizione effettuate dal pubblico ministero**, questo in quanto sarebbe anzitutto inconcepibile un obbligo frazionato, tale da fondare il dovere di procedere all'avviso di deposito tante volte quante siano le iscrizioni nel procedimento (che potrebbero essere anche centinaia), e comunque non potendosi nemmeno ritenere di riconnettere tale obbligo alla prima delle iscrizioni in quanto questo determinerebbe un gravissimo pregiudizio per le iscrizioni successive che, pur legittimamente operate, assisterebbero impassibili ad una indebita ed ingiustificabile dimidiazione di fatto del relativo termine d'indagine, con un *vulnus* ancora superiore a quello che già determinerà la disciplina al vaglio del parlamento.

L'avviso, che viene notificato soltanto alla persona sottoposta alle indagini – che in effetti potrebbe non aver ancora beneficiato della nomina di un difensore d'ufficio – e alla persona offesa che, nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, abbia dichiarato di volerne essere informata[85], non dovrà contenere, in quanto non si tratta di atto cui il difensore ha diritto di assistere, né l'informazione di garanzia né quella sul diritto di difesa, di cui rispettivamente agli artt.

[84] Tra le tante, si vedano Cass. 6 marzo 2019, n. 22016, Rv. 276965 e *id.* 18 marzo 2015, n. 32998, Rv. 264191.

[85] Si introduce quindi una nuova ipotesi di richiesta della persona offesa di ricevere informazioni, simile a quella già prevista per la richiesta di archiviazione ed a quella per la richiesta di proroga del termine delle indagini preliminari.

369 e 369-*bis* c.p.p., pur potendosi trattare del primo atto con il quale l'indagato venga a contatto con l'autorità giudiziaria; parallelamente, l'atto non dovrà contenere la formulazione di alcun addebito provvisorio, a differenza di quanto invece previsto dall'art. 415-*bis*, comma 2, c.p.p. che comunque – salvo che si proceda all'archiviazione – seguirà l'avviso di deposito a stretto giro. Sul punto va peraltro rilevato come le norme siano, come purtroppo troppo spesso accade, mal congegnate in quanto, come si è già detto, la lett. *g)* dell'art. 3 della delega, nel prevedere che costituisce illecito disciplinare il mancato esercizio dell'azione penale (quale alternativa all'archiviazione) entro il termine di trenta giorni dalla notifica dell'avviso di deposito degli atti d'indagine per omessa determinazione del pubblico ministero ai sensi dell'art. 405 c.p.p., non tiene conto del fatto che, pur ipotizzando che l'inquirente, nella migliore delle ipotesi, licenzi l'avviso *ex* art. 415-*bis* c.p.p. nei giorni immediatamente successivi all'avviso di deposito, sarà comunque necessario attendere, prima di poter esercitare l'azione penale ed assolvere dunque all'obbligo di legge, i tempi di notificazione dell'avviso a tutte le parti (che, in casi di difficile reperimento degli interessati da parte degli organi preposti alle notificazioni possono richiedere anche parecchi mesi) nonché, a partire dal perfezionamento dell'ultima notifica, il periodo di ulteriori venti giorni previsto dallo stesso art. 415-*bis* c.p.p. come termine dilatorio rispetto all'esercizio dell'azione penale[86]. Ne consegue che il rispetto del termine di trenta giorni previsto dalla legge appare, francamente, di **difficile attuazione** e, per questo, terreno fertile per l'apertura di numerose indagini disciplinari che, pur destinate all'archiviazione per mancata integrazione del presupposto della negligenza inescusabile, appaiono davvero poco opportune e giustificabili, con la conseguenza che, a giudizio di chi scrive, la fissazione di un termine tanto stringente ed incompatibile con la realtà processuale pare fortemente illegittimo.

Un'ultima questione rilevante è quella relativa alla decrittazione dell'espressione – cui è direttamente ricollegato l'obbligo per il pubblico ministero di dare avviso di deposito alle parti – «*se … non ha notificato l'avviso della conclusione delle indagini*»: non è quindi sufficiente che il pubblico ministero abbia redatto l'atto e lo abbia depositato presso la sua segreteria ma è necessaria la notificazione dell'atto. Sul punto deve però osservarsi che l'obbligo imposto si considererà

[86] È noto infatti che la proposizione della richiesta di rinvio a giudizio prima del decorso del termine di venti giorni, previsto dall'art. 415-*bis* c.p.p., integra una nullità di ordine generale a regime intermedio, che, ove tempestivamente dedotta, determina la nullità della richiesta di rinvio a giudizio e di tutti gli atti consecutivi che da esso dipendono, senza alcun onere di specifica allegazione, a carico dell'imputato, circa il proprio interesse ad eseguire la predetta nullità (cfr. Cass. 4 giugno 2015, n. 24998, Rv. 264285).

assolto nel momento in cui la segreteria avrà trasmesso l'atto agli organi preposti alle notificazioni, indipendentemente dal fatto che, allo scadere del termine di legge, tali notificazioni si siano tutte perfezionate o meno, anche in quanto non avrebbe alcun senso prevedere, nelle more delle notificazioni, l'obbligo di procedere ad ulteriori notificazioni agli stessi soggetti e preposte a consentire alle parti le medesime facoltà – l'accesso agli atti – cui proprio l'avviso *ex* art. 415-*bis* c.p.p. già assolve.

In ultimo, la lett. *l)* intende innovare la disciplina vigente prevedendo che il giudice, su istanza dell'interessato e con onere di indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono la richiesta, **accerti** – fino a che le parti non abbiano formulato le conclusioni nell'udienza preliminare o, se questa manchi, subito dopo il compimento per la prima volta delle formalità di accertamento della costituzione delle parti in giudizio – **la data di effettiva acquisizione della notizia di reato**, ai fini della valutazione di inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine di durata massima delle indagini preliminari[87]. Il potere del giudice di **retrodatazione** delle iscrizioni è stato oggetto di un articolato dibattito in passato, rispetto al quale la giurisprudenza ha sempre affermato che il termine di durata delle indagini preliminari decorre dalla data in cui il pubblico ministero ha iscritto, nel registro delle notizie di reato, il nome della persona cui il reato è attribuito, senza che al giudice per le indagini preliminari sia consentito stabilire una diversa decorrenza, sicché gli eventuali ritardi indebiti nella iscrizione, tanto della notizia di reato che del nome della persona cui il reato è attribuito, pur se abnormi, sono privi di conseguenze agli effetti di quanto previsto dall'art. 407, comma 3, c.p.p., fermi restando gli eventuali profili di responsabilità disciplinare o penale del magistrato del pubblico ministero che abbia ritardato l'iscrizione[88]. La novità, che mira evidentemente a rafforzare la disciplina dei termini delle indagini, introducendo – accanto all'obbligo di forzata *discovery* del procedimento e degli atti – una **ulteriore sanzione processuale**, per il pubblico ministero che ritardi l'iscrizione, determinata dall'anticipazione della decorrenza del termine massimo d'indagine, pone **seri problemi di tenuta del sistema**: evidente sintomo non soltanto di un legislatore poco attento alle ragioni sottese all'elaborazione giurisprudenziale in materia ma soprattutto incurante della realtà

[87] Per la ricognizione degli effetti e della portata della sanzione di inutilizzabilità degli atti compiuti oltre la scadenza del termine delle indagini preliminari, si veda, volendo, D. PRETTI, *La chiusura delle indagini preliminari*, in F. ALVINO – D. PRETTI, *Le indagini preliminari. Tra fonti disciplinari e prassi applicative*, Torino, 2017, p. 369 ss.

[88] Si veda Cass., sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, Rv. 244376 e, più di recente, Cass. 14 novembre 2018-dep. 30 gennaio 2019, n. 4844, Rv. 275046.

operativa degli uffici giudiziari e delle gravissime ricadute che una disciplina tanto subdola potrà avere sul sistema, il potere di retrodatazione delle iscrizioni si professa ad impatto potenzialmente devastante in quanto impone sostanzialmente al pubblico ministero un'affannosa rincorsa alle iscrizioni che appare francamente inattuabile. Fermo il numero impressionante di affari che ciascun pubblico ministero è chiamato a trattare, i quali paiono incompatibili con una disciplina come quella di prossima introduzione, vi è comunque da rilevare come alla tagliola della retrodatazione non possa sfuggire nemmeno l'inquirente più solerte: si immagini, infatti, una complessa attività d'indagine nell'ambito della quale la polizia giudiziaria depositi al pubblico ministero un'articolata informativa interlocutoria, nel corpo della quale provveda a denunciare alcuni autori di reato. Ora, è fisiologico che il pubblico ministero, prima di procedere all'iscrizione, sia chiamato a dare lettura dell'informativa ed a verificare che sussistano appunto i requisiti per procedere ad una corretta iscrizione, anche qualificando, nei termini più pertinenti, i fatti per cui si procede: ciò comporterà necessariamente che il pubblico ministero – peraltro contemporaneamente impegnato su molti altri fronti (studio di altre notizie di reato e predisposizione dei relativi atti, turni di reperibilità, udienze e così via) – ci impieghi del tempo, pervenendo all'iscrizione, per esemplificare, soltanto ad un mese di distanza dal deposito dell'informativa. Questo, secondo la nuova disciplina, determinerà la possibilità per la difesa dell'indagato di far valere innanzi al giudice il ritardo dell'iscrizione, ottenendo la retrodatazione del termine di decorrenza delle indagini al momento del deposito dell'informativa anziché dell'effettiva iscrizione disposta dal pubblico ministero, con una duplice paradossale conseguenza: che, in ipotesi di indagini particolarmente articolate e in cui si contino decine o centinaia di iscrizioni con decorrenze tutte diversificate le une dalle altre, diventerà estremamente complesso per gli inquirenti poter riconteggiare quantomeno informalmente, nel mentre delle indagini, i termini di decorrenza in un'ottica quanto più prudenziale possibile per evitare di compiere attività poi destinate ad essere travolte dalla sanzione dell'inutilizzabilità; ma, cosa ancor più grave, risulterà ontologicamente impossibile per il pubblico ministero – salvo che per le notizie di reato più semplici – assolvere adeguatamente al compito che gli affida la legge, ovvero, come si diceva, aggiornare in tempo reale le iscrizioni, essendo fisiologico al sistema un apprezzabile (seppur non eccessivo) scostamento tra acquisizione della notizia di reato e relativa iscrizione[89]. Queste considerazioni evidenziano la drastica inopportunità di una previsione del tipo

[89] Si assisterà così al paradosso per cui il tempo di studio ed approfondimento da parte del pubblico ministero della comunicazione della notizia di reato sarà direttamente proporzionale all'entità della possibile sanzione

di quella in commento che renderebbe l'intera fase delle indagini preliminari fortemente **instabile ed inaffidabile per gli stessi inquirenti**: e queste considerazioni valgono ancor di più se si considera che ad essere travolti dalla sanzione di inutilizzabilità conseguente alla retrodatazione del termine di indagine potrebbero essere, potenzialmente, non soltanto incombenti svolti unilateralmente dal pubblico ministero ma anche parentesi processuali, come l'incidente probatorio, cui prendono parte gli stessi difensori che, in un secondo momento e avanti ad un altro giudice, potrebbero eccepire la questione[90]. È evidente allora come – qualora si optasse, malauguratamente, per l'introduzione di tale disciplina – la giurisprudenza dovrebbe orientarsi a **parametrare con adeguate cautele** gli ambiti operativi della nuova disposizione: escludendo anzitutto la facoltà del difensore, che non lo abbia rilevato prima del compimento dell'atto, di eccepire in seconda battuta l'inutilizzabilità di quei risultati probatori[91], interpretando la nozione di «*effettiva acquisizione della notizia di reato*» in termini sufficientemente elastici per tollerare quel fisiologico scostamento tra deposito dell'informativa (di non pronta lettura) ed iscrizione nonché, pure, il tempo normalmente necessario per provvedere alla materiale iscrizione della notizia di reato nei registri informatici dell'ufficio ad opera del personale amministrativo, richiedendo che l'istanza dell'interessato indichi in modo rigoroso l'utilità processuale che ne deriverebbe dall'accoglimento della richiesta[92], valorizzando, non da ultimo, il fatto che l'istanza può essere fatta valere, come prevede il disegno di legge, soltanto per retrodatare il termine di durata massima delle indagini preliminari e non gli eventuali termini ordinari.

Resta, in ultimo, da chiedersi in che termini debba essere interpretato lo **sbarramento temporale**, fissato per proporre l'eccezione di inutilizzabilità degli atti compiuti oltre la scadenza

processuale.

[90] Sul punto va osservato che, per quanto una certa giurisprudenza affermi che la sanzione dell'inutilizzabilità per le acquisizioni tardive riguardi **solo gli atti di indagine del pubblico ministero** e non gli elementi di prova acquisibili indipendentemente da qualsivoglia impulso della pubblica accusa, con la conseguenza che detta sanzione non riguarda l'incidente probatorio, il quale non è atto di indagine ma mezzo di acquisizione anticipata della prova (così Cass. 8 maggio 2018, n. 36793, non massimata e *id.* 5 febbraio 2013, n. 15844, Rv. 255505), è altrettanto vero che l'art. 393, comma 1, c.p.p. prevede che la richiesta di incidente probatorio sia formulata entro i termini di scadenza delle indagini preliminari e non pare che Corte cost. 10 marzo 1994, n. 77, che ha avallato l'esperibilità dell'incombente anche nel corso dell'udienza preliminare, possa ovviare alla problematica illustrata, motivo per cui il richiamato indirizzo giurisprudenziale potrebbe anche esporsi a pericolosi ripensamenti.

[91] Già l'attuale orientamento giurisprudenziale maggioritario afferma che l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti dopo la scadenza dei termini non è rilevabile d'ufficio, ma soltanto su eccezione di parte immediatamente dopo il compimento dell'atto o nella prima occasione utile (tra le tante, cfr. Cass. 18 febbraio 2019, n. 11168, Rv. 274996).

[92] Nonché indichi lo specifico atto asseritamente inutilizzabile (sul punto, si veda Cass. 27 giugno 2018, n. 35659, Rv. 273602).

del termine massimo delle indagini, così come da retrodatazione dell'iscrizione, che il disegno di legge àncora all'atto della presentazione delle conclusioni delle parti al termine dell'udienza preliminare o, se questa manchi, subito dopo il compimento per la prima volta delle formalità di accertamento della costituzione delle parti in giudizio: essendo una questione rilevabile soltanto su eccezione di parte, è da escludere anzitutto che il giudice per le indagini preliminari la possa far valere officiosamente per rigettare specifiche richieste del pubblico ministero, quali ad esempio le richieste di intercettazione telefonica o tra presenti; al contrario, in ipotesi di attività processuali in contraddittorio tra le parti, sarà specifico onere del difensore farla valere, come si è detto, prima del compimento dell'atto, ad esempio – nel caso di incidente probatorio richiesto dal pubblico ministero – formulando apposite deduzioni ai sensi dell'art. 396 c.p.p. Va da sé che in tali casi la pronuncia del giudice per le indagini preliminari produrrà effetti limitatamente all'atto richiesto. Non è chiarita invece dalla delega quale efficacia sortirà l'eventuale pronuncia di retrodatazione operata dal giudice per l'udienza preliminare – e conseguente declaratoria di inutilizzabilità di determinati atti d'indagine – nel caso in cui l'imputato sia rinviato a giudizio. Se infatti è pacifico che la scelta del giudizio abbreviato preclude all'imputato la possibilità di eccepire l'inutilizzabilità degli atti d'indagine compiuti fuori dai termini ordinari di inizio e fine delle indagini preliminari, in quanto non equiparabile all'inutilizzabilità delle prove vietate dalla legge[93], andrà però chiarito dal decreto delegato in che termini il giudice del dibattimento sarà vincolato dall'accertamento operato in udienza preliminare: e, se come accade, il dibattimento conserva sempre un potere di autonoma valutazione del fatto e delle prove, si dovrà rivalutare la necessità di anticipare una pronuncia sul punto già in sede di udienza preliminare, che deve costituire soltanto il termine per la proposizione della relativa eccezione di parte.

L'**art. 11** delega il Governo a modificare il codice di procedura penale in materia di controllo giurisdizionale della **legittimità della perquisizione** prevedendo uno strumento di impugnazione del decreto di perquisizione o di convalida della perquisizione, anche quando ad essa non consegua un provvedimento di sequestro.

[93] Come ora previsto dall'art. 438, comma 6-*bis*, c.p.p. Si vedano anche Cass. 24 ottobre 2017-dep. 31 gennaio 2018, n. 4694, Rv. 272196 e *id.* 19 dicembre 2011-dep. 30 marzo 2012, n. 12085, Rv. 252580.

Una simile previsione lascia, francamente, interdetti[94]: introdurre un inutile appesantimento della procedura in seno ad una delega volta a realizzare, per sua stessa vocazione, la celere definizione dei procedimenti giudiziari, appare non soltanto irragionevole ma anche del tutto incomprensibile, specialmente se si riflette sul fatto che l'eventuale declaratoria dell'illegittimità dell'attività perquisitiva risulterebbe **priva di alcuna concreta utilità**, sia processuale che extraprocessuale. Infatti, già la legislazione vigente consente l'impugnazione di ogni attività di ricerca di prove che si traduca in un vincolo ablatorio esercitato sui beni rinvenuti all'esito delle operazioni, ai sensi dell'art. 252 c.p.p., e contro il decreto di sequestro è sempre esperibile il procedimento di riesame ai sensi dell'art. 257 c.p.p., anche qualora sia eseguito d'iniziativa dalla polizia giudiziaria e successivamente convalidato dal pubblico ministero[95]. La norma, dunque, come peraltro espressamente puntualizzato, mira ad introdurre un meccanismo di doglianza giudiziale rispetto alle sole perquisizioni negative: e, si badi, si tratterebbe nel caso di perquisizione disposta con decreto del pubblico ministero, di un controllo sulla legittimità del decreto medesimo e sulla sua esecuzione ma, in caso di perquisizione d'iniziativa della polizia giudiziaria, di un controllo del controllo, posto che già il pubblico ministero è chiamato a convalidare l'operato delle forze dell'ordine. *Cui prodest?* Trattandosi per definizione di una attività materiale che non comporta alcuna conseguenza negativa sulla persona o sui beni del destinatario, al di là della temporanea restrizione della libertà personale per come presidiata dall'art. 13 Cost., pare macroscopica l'inutilità processuale di una eventuale declaratoria giudiziale dell'illegittimità dell'attività perquisitiva, in difetto di alcun elemento probatorio favorevole all'accusa di cui si pretenda di far valere l'inutilizzabilità processuale[96]. La clamorosa superfluità dell'introducendo meccanismo di impugnazione della perquisizione negativa è ancor più evidente se si considera che, in ambito strettamente processuale, persino il sequestro di beni che si fondi su di una perquisizione illegittima non è aggredibile, in quanto si esclude la propagazione del vizio di un atto probatorio su quello successivo, non sussistendo tra questi alcun vincolo di dipendenza giuridica (teoria del *male captum, bene retentum*). Ma se non si rinviene un valido motivo per cui debba essere assicurata all'interessato (il quale può essere evidentemente anche un terzo non sottoposto ad indagini) la possibilità di reclamare la legittimità della perquisizione disposta a suo carico, si deve sottolineare

[94] La definisce eccentrica R. BRICCHETTI, *op. cit.*

[95] Cfr. art. 355, comma 3, c.p.p.

[96] Nel caso di perquisizione negativa il pubblico ministero, di norma, non ha interesse alla produzione del verbale o all'audizione testimoniale dell'operante che l'ha eseguita.

come tale strumento possa risultare fortemente attrattivo agli occhi di chi, sottoposto ad indagine, voglia farne uso strumentale, come già oggi accade, talvolta, con la richiesta di riesame del sequestro, al fine di portare il pubblico ministero a depositare gli atti d'indagine presso la cancelleria del giudice dell'impugnazione, che ne abbia fatto richiesta perché investito del gravame, al fine di beneficiare di una preventiva, e talora prematura, *discovery* degli atti d'indagine sino a quel momento compiuti. E, se ci si riflette, dovendo l'organo requirente selezionare quali, tra gli atti d'indagine sino a quel momento compiuti, debbano essere trasmessi in copia al giudice del riesame, in modo da contemperare le esigenze di segretezza e la salvaguardia dell'attività portata al vaglio del collegio[97], ben potrà accadere in ipotesi di impugnazione di una perquisizione negativa che il pubblico ministero trasmetterà al tribunale, non nutrendo alcun interesse rispetto alla decisione e ritenendo di dover privilegiare la segretezza dell'attività d'indagine e il buon esito della stessa, soltanto quel minimo di atti tale da assolvere al dovere di trasmissione e da consentire al giudice una pronuncia nel merito. D'altra parte, una previsione legislativa di senso contrario, che dovesse invece imporre un deposito indistinto degli atti compiuti, risulterebbe tanto più ingiustificata[98] – e potenzialmente devastante per la fruttuosità delle indagini – ancor più se si consideri che, proprio nel caso di perquisizione negativa, non è consentito al pubblico ministero, cosa che invece può accedere in caso di impugnazione del sequestro, di optare per la restituzione del bene sul quale insista il vincolo di indisponibilità pur di non operare una prematura *discovery* delle carte processuali.

Ciò detto, non resta, nell'affannosa ricerca di una valida ragione giustificatrice della novella, che spingere lo sguardo oltre al settore strettamente processuale, per interrogarsi se la valutazione dell'illegittimità possa incidere sull'eventuale procedimento penale[99] o disciplinare[100] a carico di chi abbia disposto o eseguito l'atto *contra legem*; ma, a ben vedere, ancora una volta l'accertamento risulta superfluo posto che il giudice penale o disciplinare non risulterebbe in alcun modo vincolato dall'accertamento interno al procedimento nel quale è stata eseguita la perquisizione. Ne consegue

[97] Infatti, qualora sia impugnato il provvedimento di sequestro, il pubblico ministero – che ha interesse ad ottenere la conferma del vincolo ablatorio – tende a trasmettere al tribunale copia di quei soli atti indispensabili a sostegno del proprio provvedimento, ad esempio la comunicazione della notizia di reato ma non gli atti relativi alle eventuali operazioni di intercettazione, magari ancora in corso di esecuzione.

[98] Un'ipotesi del genere non è prevista nemmeno per tutti i casi di incidente probatorio ma soltanto nelle ipotesi di cui al comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., come stabilito dall'art. 393, comma 2-*bis*, c.p.p.

[99] Si pensi, a titolo di esempio, al procedimento per perquisizione arbitraria (art. 609 c.p.) o per abuso d'ufficio (art. 323 c.p.).

[100] Per il magistrato del pubblico ministero, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. n. 109/2006.

che, alla luce di tali premesse, la novità normativa di prossima introduzione non può che essere ritenuta come contraria rispetto ad un obiettivo di maggiore efficienza processuale, tanto da auspicare che il legislatore possa rimeditarne l'opportunità.

Valutando ora, nei limiti di quanto sia già possibile fare, competenza, forme e contenuto dell'atto di impugnazione, si può osservare come il legislatore delegato potrà optare per attribuire la cognizione dell'impugnazione al giudice che procede (e quindi, in fase d'indagine, al giudice per le indagini preliminari) o, più verosimilmente, seguendo lo schema processuale già collaudato per l'affine figura processuale, al **tribunale** competente per il riesame avverso il provvedimento di sequestro probatorio, seguendo pertanto anche le forme di proposizione di tale gravame.

Quanto ai **motivi di impugnazione**, potranno essere fatti valere, senza dubbio, la carenza dell'individuazione quantomeno embrionale degli estremi essenziali del fatto e delle norme di legge che si assumono violate[101] nonché la violazione delle forme e dei modi che legittimano il ricorso al mezzo di ricerca della prova[102], ma non certamente la funzione probatoria di ciò che viene ricercato, posto che diversamente si andrebbe ad attribuire all'organo giudicante la sindacabilità delle scelte investigative che competono, in via esclusiva, al pubblico ministero[103] nonché la carenza di specificità nell'indicazione dei beni ricercandi nel decreto emesso dal pubblico ministero[104], non potendosi pretendere una analitica indicazione di ciò che dev'essere ricercato, tanto più alla luce della giurisprudenza che impone – e con ciò legittima – la successiva convalida del pubblico ministero rispetto ai sequestri pur operati non d'iniziativa della polizia giudiziaria ma sulla base di un decreto con cui il pubblico ministero abbia ordinato la perquisizione e il sequestro delle cose pertinenti al reato senza alcun'altra specificazione[105].

[101] In assenza dei quali lo strumento si trasformerebbe, evidentemente, in un mezzo di ricerca della *notitia criminis*, in aperto contrasto con la prevista funzione probatoria.

[102] Si pensi alla non pertinenzialità dei beni sequestrati rispetto al reato, all'assenza di motivazione del decreto del pubblico ministero, all'omissione degli avvisi di cui agli artt. 249 e 250 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p., al mancato rispetto della dignità e del pudore di chi è sottoposto all'atto, alla violazione dei limiti orari dell'art. 251 c.p.p. in assenza di autorizzazione specifica, al difetto dei presupposti che legittimano la perquisizione d'iniziativa da parte della polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 352 c.p.p. nonché alla violazione dei termini per la convalida della perquisizione d'iniziativa da parte del pubblico ministero ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 352 c.p.p.

[103] A titolo di esempio, non sarà sindacabile la scelta del pubblico ministero di disporre una perquisizione – nell'ambito di un procedimento in tema di violenza sessuale su minore – finalizzata alla ricerca di materiale pedopornografico che, se non è prova della commissione del fatto, è indizio ad elevata valenza dimostrativa degli interessi deviati dell'autore del fatto per cui si procede.

[104] Si pensi al caso, ad esempio in materia di reati di criminalità economica, in cui il pubblico ministero disponga la perquisizione finalizzata alla ricerca di documentazione genericamente utile ai fini delle indagini.

[105] Cfr, tra le tante, Cass. 28 gennaio 2016, n. 5494, Rv. 266306 e *id.* 9 giugno 2010, n. 35138, Rv. 248337.

4. Procedimenti speciali.

L'**art. 4** della delega interviene in tema di procedimenti speciali, dettando disposizioni per ciascun rito alternativo ad eccezione di quello direttissimo.

In tema di **applicazione della pena su richiesta delle parti** si interviene, per incentivare l'uso dello strumento altamente deflattivo[106], prevendo di portare a **otto anni** di reclusione, sola o congiunta a pena pecuniaria, il limite di pena applicabile su richiesta dalle parti a norma dell'art. 444, comma 1, c.p.p., contemporaneamente ampliando però il novero delle preclusioni di cui all'art. 444, comma 1-*bis*, c.p.p., al fine di escludere l'ammissibilità del rito, quando l'accordo abbia ad oggetto l'applicazione di una pena superiore a cinque anni di reclusione, nei procedimenti per i delitti di cui agli artt. 422; 558-*bis*; 572; 575; 578, comma 2; 579, comma 3; 580, comma 2; 582 e 583-*quinquies*, nelle ipotesi in cui ricorre taluna delle aggravanti di cui agli artt. 576, comma 1, nn. 2), 5) e 5.1), e 577, comma 1, n. 1), e comma 2; 609-*quinquies*; 612-*bis*; 612-*ter* c.p.

In tal modo si introduce una terza fascia di reati rispetto alla tradizionale dicotomia tra patteggiamento tradizionale e patteggiamento allargato: verosimilmente il legislatore interverrà sul testo del 1° comma dell'art. 444 c.p.p. per innalzare a otto anni il limite massimo dall'accordo sulla pena, il che consentirà di rendere negoziabili, grazie al gioco delle attenuanti, reati puniti in via edittale con pene estremamente severe. Al contempo si introdurrà una ulteriore disposizione, analoga a quella del comma 1-*bis*, che escluderà appunto il catalogo dei reati sopra indicati dal **nuovo patteggiamento allargatissimo**. Così, come si diceva, conviveranno, a regime, il patteggiamento tradizionale, aperto a qualsiasi reato, quello allargato, che risulterà esperibile anche per i delitti indicati dalla nuova classe di preclusioni (purché i limiti di pena in concreto lo consentano) ma non per i reati di cui all'attuale art. 444, comma 1-*bis*, c.p.p., ed infine il patteggiamento allargatissimo che – per la fascia dai cinque agli otto anni di reclusione – sarà invece precluso sia ai delitti di cui all'art. 444, comma 1-*bis*, c.p.p. che a quelli della nuova classe di preclusioni specificamente prevista per tale ipotesi.

[106] Scettico R. BRICCHETTI, *op. cit.*, secondo cui si ripercuoterà anche sul patteggiamento *extra large* la scarsa fortuna del patteggiamento allargato, che non ha dato l'esito sperato in quanto non si vede per quale ragione l'imputato debba chiedere l'applicazione di una consistente pena detentiva (da più di due a cinque anni), che sarebbe in breve tempo chiamato a scontare, senza, tra l'altro, poter accedere agli altri benefici tradizionali del rito, riservati esclusivamente al patteggiamento *minor*.

Quanto al **giudizio abbreviato**, si propone di modificare le condizioni per l'accoglimento della richiesta subordinata ad una integrazione probatoria, ai sensi dell'art. 438, comma 5, c.p.p., prevedendo l'ammissione del giudizio abbreviato se l'integrazione risulti necessaria ai fini della decisione e se il procedimento speciale produca un'economia processuale in rapporto ai tempi di svolgimento del giudizio dibattimentale: in tal modo, si supera la formula della *compatibilità* con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, andando – apparentemente – ad allargare le maglie dell'ammissione del rito. In realtà, la modifica non pare affatto foriera di alcuna concreta novità posto che, nell'articolato dibattito dottrinale sul punto[107], è lo stesso giudice delle leggi[108] che ha eletto, circa un ventennio orsono, l'ordinario giudizio dibattimentale proprio a termine di raffronto per la valutazione in ordine all'economia processuale del rito a forme contratte. Ne consegue che, pur a fronte di una formulazione più esplicita circa il giudizio che il giudice per l'udienza preliminare è chiamato ad operare, continuerà, così come avviene ora, a demandarsi alla totale ed incontrollabile discrezionalità dei giudicanti di primo grado la valutazione prognostica dei tempi necessari ad assumere le prove richieste nell'insanabile discrasia prospettica tra giudizio abbreviato e dibattimento.

Con specifico riferimento al **giudizio immediato**, si indica di prevedere che, a seguito di notifica del decreto di giudizio immediato, nel caso di rigetto da parte del giudice delle indagini preliminari della richiesta di giudizio abbreviato subordinata a una integrazione probatoria, l'imputato possa proporre la richiesta di giudizio abbreviato di cui all'art. 438, comma 1, c.p.p. oppure la richiesta di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. Analogamente, si prevede che, a seguito di notifica del decreto di giudizio immediato, nel caso di dissenso del pubblico ministero o di rigetto da parte del giudice per le indagini preliminari della richiesta di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., l'imputato possa proporre la richiesta di giudizio abbreviato.

Il tema della fruibilità alternativa dei riti speciali è da sempre oggetto di dibattito che ha portato di recente[109] all'introduzione di un nuovo comma 5-*bis* all'art. 438 c.p.p. che consente ora che con la richiesta di giudizio abbreviato subordinato ad una integrazione probatoria possa essere proposta, subordinatamente al suo rigetto, anche quella di giudizio abbreviato semplice o di

[107] Per il dibattito, si consenta il rimando a D. PRETTI, *Il giudizio abbreviato*, in F. ALVINO – D. PRETTI, *Udienza preliminare e procedimenti speciali. Legislazione e giurisprudenza all'indomani della riforma Orlando e dei decreti attuativi*, Torino, 2019, p. 168.

[108] Cfr. Corte cost. 7 maggio 2001, n. 115.

[109] Ad opera della riforma Orlando, di cui alla l. 23 giugno 2017, n. 103.

applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. La novella, che interverrà verosimilmente sul testo dell'art. 458 c.p.p., vuole quindi adeguare anche la disciplina del giudizio immediato a quanto già previsto per il giudizio abbreviato instaurato a seguito di richiesta di rinvio a giudizio. Invero, anche in questo caso **non si ravvisa una reale portata innovativa** delle disposizioni in commento: se infatti la riproposizione della domanda di giudizio abbreviato semplice a seguito di rigetto di quello condizionato era già ammessa, posto che le due tipologie di giudizio abbreviato non indicano due diversi riti alternativi ma modalità differenziate del medesimo tipo di giudizio[110], la giurisprudenza è analogamente propensa a consentire – qualora la richiesta di patteggiamento, proposta a seguito della notifica del decreto di giudizio immediato, venga rigettata – la possibilità di richiedere che si proceda con giudizio abbreviato, purché tale istanza sia stata formulata in via subordinata, unitamente a quella di patteggiamento, nei termini di legge[111], questo in quanto il principio di alternatività tra i riti speciali[112], che prevede che una volta formalizzata la richiesta di accesso ad un rito non sia consentito richiederne un altro, è cosa diversa rispetto alla contestuale richiesta, in via subordinata, di fruizione di più riti speciali. Tali disposizioni paiono quindi più un adeguamento tecnico della normativa piuttosto che un reale cambio di rotta della disciplina processuale: e tali disposizioni non paiono potersi intendere nel senso di consentire richieste subordinate formulate soltanto all'esito della decisione di ammissibilità della domanda precedentemente verbalizzata in quanto ciò determinerebbe una disciplina dei riti speciali innestati su quello immediato diversa e totalmente disomogenea rispetto a quella prevista invece dall'art. 438, comma 5-*bis*, c.p.p. – e dalla giurisprudenza – che, come detto, richiedono invece che tutte le subordinate siano comunque esplicitate già all'atto della prima richiesta.

Infine, sul versante del **procedimento per decreto**, si vuole anzitutto modificare, evidentemente per agevolare il ricorso al rito deflattivo, il **termine** entro il quale il pubblico ministero possa presentare al giudice per le indagini preliminari la richiesta di emissione del decreto penale[113], consentendo così di formalizzare l'istanza entro il limite massimo, anziché di sei mesi[114], di un anno dall'iscrizione ai sensi dell'art. 335 c.p.p.[115]

[110] Cfr. Cass. 10 marzo 2017, n. 16649, non massimata; *id.* 7 giugno 2016, n. 29912, Rv. 268019 e *id.* 18 novembre 2015-dep. 22 febbraio 2016, n. 6784, Rv. 266271.

[111] Cfr. Cass. 18 novembre 2014-dep. 2 marzo 2015, n. 8997, Rv. 263228 e *id.* 22 dicembre 2009-dep. 21 gennaio 2010, n. 2765, Rv. 246378. Si veda anche Cass. 29 gennaio 2015, n. 21456, Rv. 263747.

[112] Sul punto cfr. Cass. 27 aprile 2017, n. 42260, Rv. 270881.

[113] Termine che, pur meramente ordinatorio (cfr. Cass. 4 febbraio 2004, n. 27514, Rv. 228700), consente legittimamente al giudice per le indagini preliminari, in caso di sua inosservanza, di rigettare la richiesta di emissione

La seconda novità attiene all'introduzione nell'ambito del procedimento per decreto del **pagamento in misura ridotta**, tipico delle sanzioni pecuniarie amministrative[116], che consentirà di assegnare un termine di dieci giorni, a decorrere dalla notificazione del decreto penale di condanna, entro il quale il condannato possa, rinunciando a proporre opposizione, pagare la pena pecuniaria in misura ridotta di un quinto. Si prevede così, per rendere ancor più seduttivo il decreto penale, un **beneficio nel beneficio**: accanto agli importanti privilegi connessi al procedimento per decreto, di cui non soltanto all'art. 460, comma 5, c.p.p. ma anche, in punto pena, ai commi 1-*bis* e 2 dell'art. 459 c.p.p., si istituisce ora, per scongiurare il più possibile l'opposizione da parte dell'imputato, la facoltà di provvedere immediatamente al pagamento della sanzione in termini quasi irrisori, posto che – grazie al favorevole tasso di conversione tra pena detentiva e pecuniaria, alla verosimile concessione delle attenuanti generiche, alla riduzione premiale propria del rito speciale e all'ulteriore sconto del quinto della pena inflitta – sarà possibile pervenire, non di rado, a pene prossime ai minimi non tanto edittali quanto addirittura legali (artt. 24 e 25 c.p.)[117]. Si pensi, a titolo di esempio, alle contravvenzioni di cui agli artt. 650 e 651 c.p. che – nel prevedere la pena pecuniaria, alternativa a quella detentiva, fino ad un massimo di euro 206,oo – si prestano a pagamenti in misura ridotta anche irrisori, pari persino a soli 20,oo euro, e in tali termini forse eccessivamente miti; ma si pensi anche alle stesse contravvenzioni stradali per guida sotto l'influenza dell'alcool o in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti per le quali potrebbe persino divenire più conveniente pagare la pena pecuniaria piuttosto che optare per i lavori di pubblica utilità.

Dal punto di vista strettamente procedurale, con la nuova disciplina l'imputato, una volta perfezionata la notificazione del decreto penale, disporrà quindi – fermo il termine di quindici giorni per proporre opposizione ed adire eventualmente anche ad un diverso rito alternativo – di un termine di dieci giorni per perfezionare il versamento del quinto della pena irrogata nel decreto, cui

---

del decreto penale di condanna, disponendo la restituzione degli atti al pubblico ministero richiedente (cfr. Cass. 7 marzo 2019, n. 21485, Rv. 275587 e *id.* 18 marzo 2014, n. 14764, Rv. 261473). In proposito si rimanda a D. PRETTI, *Il procedimento per decreto*, in F. ALVINO – D. PRETTI, *op. cit.*, p. 411.

[114] Cfr. art. 459, comma 1, c.p.p.

[115] Il termine stabilito in mesi deve considerarsi scaduto, ai sensi dell'art. 172 c.p.p., nel giorno del mese corrispondente a quello del suo inizio.

[116] Si veda l'art. 16 l. 24 novembre 1981, n. 689 nonché l'art. 202 d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (codice della strada).

[117] Che sono minimi inderogabili anche quando il giudice applica le riduzioni di pena per le attenuanti e per il rito speciale (cfr. Cass. 16 ottobre 2013-dep. 17 febbraio 2014, n. 7453, Rv. 259530 e *id.* 5 febbraio 2013, n. 25588, Rv. 256807).

conseguiranno comunque anche i benefici di cui all'art. 460, comma 5, c.p.p., con la conseguenza che le ipotesi di inerzia – e di conseguente esecutività del decreto ai sensi dell'art. 461, comma 5, c.p.p. – subiranno certamente una consistente riduzione statistica, in quanto non residuerà alcuna concreta utilità per l'imputato nel preferire l'esecutività rispetto al pagamento in misura ridotta.

Infine si stabilisce di prevedere che, nei casi previsti dall'art. 460, comma 5, c.p.p., quale beneficio proprio del rito deflattivo, ai fini dell'estinzione del reato sia comunque necessario il **pagamento** della pena pecuniaria. Verosimilmente, già nell'ottica del legislatore[118], i benefici conseguenti all'esecutività dei decreti penali di condanna sarebbero spettati in conseguenza dell'esazione erariale delle sanzioni inflitte ma l'immensa mole di lavoro degli uffici giudiziari e di quelli preposti al recupero forzose delle somme non riscosse ha chiamato i giudici dell'esecuzione[119], specie per le contravvenzioni, rispetto alle quali è sufficiente il decorso di due soli anni, a pronunciarsi sulla richiesta di declaratoria dell'estinzione del reato in assenza dell'avvenuto pagamento della pena pecuniaria che, non costituendo, sino ad ora, presupposto per l'estinzione, non rientra tra le verifiche preliminari operate dal giudice prima di provvedere in merito all'istanza. Si intende ora intervenire sul punto per ancorare il beneficio dell'estinzione del reato all'effettivo versamento della somma, così da allineare il procedimento per decreto a quello di oblazione che prevede appunto che sia il pagamento a determinare l'effettivo estintivo del reato[120].

5. Modifiche al giudizio dibattimentale.

Con gli **artt. 5 e 6** del disegno di legge delega, si interviene, rispettivamente, sul giudizio dibattimentale e sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica.

Anzitutto, il giudizio viene innovato in sei aspetti, i quali tuttavia appaiono – tutti – decisamente **poco incisivi** se valutati nella prospettiva di una maggiore funzionalità del processo penale, andando in larga parte ad incidere su aspetti marginali o comunque già ammessi nella prassi delle aule giudiziarie. Per contro, gli interventi sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica appaiono francamente non solo di scarso impatto ma, al contrario, in forte controtendenza rispetto all'obiettivo che il disegno di legge si prefigura.

[118] Il 5° comma dell'art. 460 c.p.p. è stato così innovato ad opera della l. 16 dicembre 1999, n. 479.

[119] Competenti ai sensi dell'art. 676 c.p.p.

[120] Si vedano l'art. 162, comma 2, e 162-*bis*, comma 6, c.p.p. nonché l'art. 141, comma 4, disp. att. c.p.p. che stabilisce che il giudice provvede una volta che sia avvenuto il versamento della somma.

Ma procedendo con ordine, si prevede anzitutto l'introduzione del **calendario del processo**[121], adempimento, finalizzato a contrastare gli eventuali futuri concomitanti impegni professionali del difensore, ormai ampiamente sviscerato nella prassi delle aule giudiziarie anche per il settore penale: si stabilisce in particolare che, quando non sia possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza, dopo la lettura dell'ordinanza con cui provvede all'ammissione delle prove, il giudice comunichi alle parti il calendario delle udienze per l'istruzione dibattimentale e per lo svolgimento della discussione.

Allo stesso tempo si prevede che, dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento, le parti si cimentino nella **relazione illustrativa sulla richiesta di prove**: adempimento che, nell'ottica del legislatore, dovrebbe consentire una più consapevole decisione del tribunale nell'ammissione delle sole prove che non siano vietate dalla legge, superflue o irrilevanti. In realtà, se già oggi le parti, nel corso della prima udienza, interloquiscono – qualora ve ne sia reale necessità – in ordine all'ammissibilità di specifici elementi di prova dei quali sia eccepita la violazione dei parametri indicati dagli artt. 190 e 495 c.p.p., una previsione che introduca il generico adempimento della relazione illustrativa, oltre a tradursi in una duplicazione dell'indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame dei testi in lista ai sensi dell'art. 468 c.p.p., rischia di trasformarsi in un onere meramente formale e di scarsa utilità orientativa per il giudicante che difficilmente potrà formarsi un valido convincimento senza avere contezza degli atti d'indagine, tanto più se si considera che il tribunale ha sempre il potere di revocare prove già ammesse, ai sensi dell'art. 495, comma 4, c.p.p., qualora risultino superflue alla luce dell'istruttoria già svolta.

Il terzo aspetto sul quale si interviene è la facoltà – prevista dall'art. 495, comma 4-*bis*, c.p.p. – di **rinuncia di una parte all'assunzione delle prove** ammesse a sua richiesta, la quale è attualmente consentita soltanto, per espressa previsione normativa, con il consenso dell'altra parte (o meglio, delle altre parti)[122]: la riforma intende ora, più che condivisibilmente, espungere dal sistema la necessità del consenso delle altre parti processuali che, se non hanno richiesto l'assunzione di quella prova, non l'hanno evidentemente ritenuta di loro interesse, motivo per cui, si osserva, non sussiste alcuna valida ragione per condizionarne la revoca al consenso di chi non

[121] Già introdotto nel rito civile dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 mediante l'inserimento dell'art. 81-*bis* alle disposizioni di attuazione del c.p.c.

[122] Si veda P. FELICIONI, *La rinuncia alla assunzione della prova*, in AA. VV. (a cura di L. FILIPPI), *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, Padova, 2001, p. 464.

l'abbia indicata nella propria lista testimoniale[123]. Se è pacifico che il consenso delle altre parti sia necessario soltanto dopo che la fonte di prova sia stata ammessa con ordinanza, essendo i testimoni indicati in lista sempre unilateralmente rinunciabili sino alla loro ammissione ai sensi del 1° comma dell'art. 495 c.p.p., è altrettanto vero che dopo l'ordinanza di ammissione della prova, in difetto di un provvedimento di revoca o della rinuncia di parte *ex* art. 495, commi 4 e 4-*bis*, c.p.p., la mancata assunzione della stessa prova è causa di nullità a regime intermedio della sentenza, a norma degli artt. 178, comma 1, lett. *b)* e *c)*, e 180 c.p.p., poiché incide sul diritto di partecipazione al procedimento del pubblico ministero o di intervento delle parti private[124]. L'insofferenza della giurisprudenza ad una norma poco condivisibile aveva però già iniziato a farsi sentire, laddove si evidenzia l'indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato sul punto che è pervenuto, da molti anni, ad affermare che quando una parte rinunci all'esame di un proprio testimone, le altre hanno diritto a procedervi solo se questo sia inserito nella loro **lista testimoniale**, valendo altrimenti la loro richiesta come mera sollecitazione all'esercizio dei poteri officiosi del giudice *ex* art. 507 c.p.p.[125] Ora il legislatore, facendo proprie tali prese di posizione, interviene quindi nei termini anzidetti, ed al fine di alleggerire il carico giudiziario e rendere più efficiente il processo, in termini meramente conformativi – e per questo di scarso impatto sul sistema – di una giurisprudenza ormai già granitica.

Anche il quarto aspetto su cui interviene la delega non pare certo innovativo, trattandosi di una prassi invalsa in molti uffici giudiziari: si prevede, in proposito, che il **deposito delle consulenze tecniche e della perizia** debba avvenire entro un termine congruo precedente l'udienza fissata per l'esame del consulente o del perito, ferma restando la disciplina delle letture e dell'indicazione degli atti utilizzabili ai fini della decisione: è infatti noto che l'acquisizione nel giudizio dibattimentale della relazione peritale, da effettuarsi mediante lettura ovvero specifica

[123] La questione è stata oggetto di un risalente dibattito, prima dell'introduzione del citato comma 4-*bis* da parte della l. 7 dicembre 2000, n. 397, tra i sostenitori del principio dispositivo (tra cui si vedano G. AMBROSINI, sub *art. 495*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1991, V, p. 192 e P. RIVELLO, *Limiti al diritto alla prova*, in E. MARZADURI (coordinato da), *Le prove*, Torino, 1999, I, p. 32) e coloro che invece consideravano la prova ammessa a disposizione del contraddittorio (tra cui A. AVANZINI, *L'esame dibattimentale delle fonti di prova personali*, in AA. VV. (a cura di G. UBERTIS), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, p. 55).

[124] La quale è però da considerarsi sanata ove non eccepita subito dopo la chiusura del dibattimento (cfr. Cass. 3 novembre 2011-dep. 11 gennaio 2012, n. 434, Rv. 252122 e *id.* 24 gennaio 2008, n. 9135, Rv. 239054).

[125] Così *ex plurimis* Cass. 9 ottobre 2019-dep. 6 marzo 2020, n. 9041, non massimata; *id.* 19 dicembre 2019-dep. 3 febbraio 2020, n. 4370, non massimata; *id.* 14 novembre 2019, n. 47851, non massimata; *id.* 29 maggio 2017, n. 39764, Rv. 271848; *id.* 4 marzo 2015, n. 13338, Rv. 263095; *id.* 23 maggio 2007, n. 35372, Rv. 237411 e *id.* 9 febbraio 2004, n. 23025, Rv. 229915.

indicazione di utilizzabilità, deve essere preceduta, a mente dell'art. 511, comma 3, c.p.p., dall'esame del perito con la conseguenza che l'eventuale inosservanza di tale disposizione, incidendo sull'esercizio del diritto di difesa, integra una nullità di ordine generale a regime intermedio, *ex* art. 178, comma 1, lett. *c)*, c.p.p., soggetta ai limiti di deducibilità di cui all'art. 182 c.p.p. e comunque alla sanatoria di cui all'art. 183, comma 1, lett. *a)*, c.p.p.[126] Ora, né l'art. 227 c.p.p. né l'art. 501 c.p.p., determinano le cadenze secondo cui debba raccordarsi l'escussione del perito o del consulente rispetto al deposito dei loro elaborati, con la conseguenza che la giurisprudenza ritiene legittimo, in quanto non lesivo dell'esercizio del diritto di difesa, il diniego del rinvio dell'udienza dibattimentale chiesto dal difensore per l'esame della perizia[127], né comunque stabilisce il principio secondo cui le parti abbiano diritto ad un termine – tra il deposito della relazione scritta e l'escussione del tecnico – utile allo studio dell'analisi scientifica e delle conclusioni cui il relativo autore sia pervenuto[128]. Posto che, in realtà, la previsione di un congruo termine per il deposito dell'elaborato in anticipo rispetto all'udienza fissata per l'esame del perito è certamente apprezzabile, in quanto consente a tutte le parti una più consapevole interlocuzione ed un esame più puntuale, come si diceva tale prassi è in realtà avallata da molti uffici giudiziari di merito che correttamente calendarizzano già oggi, all'atto del conferimento dell'incarico, due termini differenti, l'uno per il deposito in cancelleria della relazione scritta ed il secondo per l'esame del tecnico.

La lett. *e)* dell'art. 5 delega il Governo a prevedere che la regola di cui all'art. 190-*bis*, comma 1, c.p.p. sia estesa, nei procedimenti di competenza del tribunale, anche ai casi nei quali, a seguito del **mutamento della persona fisica di uno dei componenti del collegio**, è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. e queste hanno già reso dichiarazioni nel dibattimento svolto innanzi al collegio diversamente composto, nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate[129]. Com'è noto, la disposizione in oggetto stabilisce che – nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. – quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in

[126] Così Cass. 10 maggio 2016, n. 35497, Rv. 267637 e *id.* 14 marzo 2014, n. 25807, Rv. 259200.

[127] Sul punto, Cass. 19 settembre 2016, n. 51589, Rv. 268820.

[128] Si veda Cass. 3 ottobre 2013, n. 47036, Rv. 257500.

[129] In termini critici si veda M. BARGIS, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo*, in *Sist. pen.*, 4/2020, p. 60 ss.

dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p., l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze: la norma[130], che risponde, evidentemente, alla necessità di evitare l'usura delle fonti ed il pericolo della loro intimidazione[131], è da sempre stata estesa dalla giurisprudenza anche alle ipotesi in cui debba procedersi a rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per sopravvenuto mutamento della persona del giudice[132], motivo per cui, per l'ennesima volta, si perde l'occasione per novellare in senso innovativo le disposizioni di legge – ad esempio intervenendo sul testo dell'art. 190-*bis* c.p.p. per estenderne la disciplina non solo ai reati di criminalità organizzata di stampo mafioso ma anche a quelli, affini, di terrorismo – e limitarsi a riprodurre pedissequamente gli approdi giurisprudenziali già pacifici, peraltro non senza inconvenienti, quale ad esempio quello di limitare la disposizione ai casi di competenza del solo tribunale e non anche della corte d'assise.

In ultimo si prevede che nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi, ai sensi dell'art. 132-*bis* disp. att. c.p.p., sia assicurata la priorità assoluta anche ai **processi relativi ai delitti colposi di comune pericolo**.

Se, come si è detto, gli interventi sul giudizio dibattimentale paiono di modesto impatto ai fini di una maggiore efficienza del processo penale, quelli previsti dall'art. 6 per il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica appaiono invece deleteri e destano preoccupazione. Non soltanto non si interviene infatti per accelerare le cadenze del procedimento monocratico che, tradizionalmente, è quello che sconta i maggiori tempi di attesa[133], ma si prevede, al contrario, un inutile appesantimento della procedura che va in totale controtendenza con gli obiettivi che il legislatore si è prefissato, introducendo una **sorta di udienza preliminare posticcia**

[130] Che si applica a tutti i reati oggetto del medesimo procedimento, anche se alcuni di essi siano diversi da quelli previsti dall'art. 51 c.p.p. (cfr. Cass. 3 ottobre 2018-dep. 24 gennaio 2019, n. 3609, Rv. 275880).

[131] Così Cass. 12 giugno 2001, n. 29826, Rv. 219626.

[132] Cfr. Cass. 10 aprile 2018, n. 29660, Rv. 273443; *id.* 31 gennaio 2018-dep. 28 gennaio 2019, n. 4059, Rv. 276396; *id.* 14 giugno 2016, n. 48710, Rv. 268455; *id.* 12 maggio 2010, n. 20810, Rv. 247395; *id.* 20 aprile 2005-dep. 16 febbraio 2006, n. 6221, Rv. 233087; *id.* 15 dicembre 2004-dep. 2 febbraio 2005, n. 3406, Rv. 231413; *id.* 9 maggio 2003, n. 26119, Rv. 228300. Peraltro, ora la disposizione va letta anche alla luce degli approdi giurisprudenziali cui è pervenuta Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, Rv. 276754-02.

[133] In alcune realtà giudiziarie il decreto di citazione diretta a giudizio emesso dal pubblico ministero indica date di prima udienza a distanza di anni, denotando una drastica inefficienza dell'attuale sistema giudiziario.

nonostante la prassi abbia dimostrato il drastico fallimento dell'udienza preliminare rispetto al suo ruolo di filtro, serio ed accurato, tra indagini e processo.

In particolare, si stabilisce che, nei procedimenti a citazione diretta di cui all'art. 550 c.p.p., si debba prevedere un'udienza innanzi al tribunale in composizione monocratica nella quale il giudice, diverso da quello davanti al quale, eventualmente, dovrà celebrarsi il giudizio, sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, pronunci sentenza di non luogo a procedere[134] – salvo nel caso in cui debba conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca – qualora sussista una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato, se risulta che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa o se gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non consentono, quand'anche confermati in giudizio, l'accoglimento della prospettazione accusatoria, prevedendo inoltre, nella stessa udienza, il termine, a pena di decadenza, per la richiesta del giudizio abbreviato o di applicazione della pena su richiesta o per la domanda di oblazione.

Si tratta quindi di un nuovo meccanismo, inedito all'attuale sistema processuale, sulla base del quale il pubblico ministero continuerà a citare a giudizio l'imputato all'udienza fissata ai sensi dell'art. 160 disp. att. c.p.p., che sarà però preposta non più agli incombenti tipici della prima udienza dibattimentale, quanto invece, a quegli adempimenti propri dell'udienza preliminare, ovvero la trattazione e la conseguente decisione dei riti alternativi eventualmente richiesti dall'imputato oppure il vaglio disciplinato dall'art. 425 c.p.p. che, se superato, darà avvio – soltanto in questo momento e secondo la disciplina che la nuova normativa delegata dovrà definire nel dettaglio – al vero e proprio giudizio dibattimentale, secondo gli schemi dettati dagli artt. 484 segg. c.p.p. Per come congegnata, la nuova udienza preliminare mascherata sarà quindi celebrata da un giudice, evidentemente in forze alla sezione dibattimentale, che sarà ovviamente persona diversa da quella chiamata a celebrare il giudizio, sulla scorta di quanto già indicato dall'art. 34, comma 2, c.p.p., con la conseguenza che, oltre ad un sensibile aumento della durata media dei procedimenti, gli uffici giudiziari saranno anche gravati dalla predisposizione di apposite previsioni tabellari per soddisfare il gravoso dettato normativo: la nuova disciplina, lungi dal rendere più celere o più efficiente il processo, sarà inevitabilmente destinata, pur nella nuova conformazione del rivisitato

[134] Cui si dovranno estendere le disposizioni dettate dagli artt. 426, 427 e 428 c.p.p.

vaglio giudiziale sulla sostenibilità dell'accusa in giudizio[135], a **produrre ulteriore arretrato** e ad incidere assai negativamente sulla (già irragionevole) durata dei processi, motivo per cui si auspica che il parlamento si orienti per non conferire tale delega al Governo.

6. Interventi in materia di appello delle sentenze di primo grado e di introduzione dei termini di durata del processo.

L'**art. 7** del disegno di legge delega interviene sul giudizio di appello anche con modifiche ordinamentali. La lett. *f)* infatti prevede la competenza della **corte di appello in composizione monocratica** nei procedimenti a citazione diretta di cui all'art. 550 c.p.p., norma che richiederà l'intervento sulla disposizione dell'art. 56 r.d. 30 gennaio 1941, n, 12 (ord. giud.), secondo cui attualmente la corte d'appello giudica con il numero invariabile di tre votanti. La disposizione, volta evidentemente ad alleggerire il carico delle corti e ad accelerarne la produttività, è apparentemente funzionale ad assicurare tempi più rapidi alle decisioni giudiziarie nel momento in cui i consiglieri potranno meglio investire il tempo che ora dedicano alle udienze nelle quali non sono relatori. In realtà, va osservato come, al di là delle difficoltà strettamente logistiche cui le Corti andrebbero incontro[136], resta fermo il fatto che la produttività di un magistrato difficilmente può variare a seconda del rito, monocratico o collegiale che sia.

Si interviene poi a prevedere tre casi ulteriori di **inappellabilità delle sentenze** rispetto al quadro generale dei casi di appello, già profondamente innovato dal d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11. Attualmente, infatti, ai sensi dell'art. 593 c.p.p., salvo quanto previsto dagli artt. 443, comma 3, 448, comma 2, 579 e 680 c.p.p., l'imputato può appellare contro le sentenze di condanna mentre il pubblico ministero può appellare contro le medesime sentenze solo quando modifichino il titolo del reato o escludano la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabiliscano una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato, pur essendo in ogni caso inappellabili le sentenze di condanna per le quali è stata applicata la sola pena dell'ammenda. Parallelamente, il pubblico ministero può appellare contro le sentenze di proscioglimento, mentre l'imputato può

[135] Così come si è già indicato nel par. 3.

[136] Critico invece R. BRICCHETTI, *op. cit.*, secondo cui improponibile, allo stato, è l'idea del giudice monocratico in appello in quanto non muterebbe il numero delle sentenze che il giudice riesce a scrivere o, comunque, che sia possibile esigere che scriva; in compenso, si moltiplicherebbero il numero delle aule da utilizzare (e che non ci sono) e il numero del personale amministrativo per le udienze (che non c'è).

appellare contro le sentenze di proscioglimento emesse al termine del dibattimento, salvo che si tratti di sentenze di assoluzione perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso. Sono in ogni caso inappellabili le sentenze di proscioglimento relative a contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa.

La disciplina, tradizionalmente travagliata[137], delle impugnazioni, così come attualmente configurata alla luce delle recenti riforme, restituisce l'immagine di un pubblico ministero sensibilmente compresso, per non dire compromesso, nell'esercizio dei suoi poteri di sollecitazione di un secondo e nuovo giudizio, con particolare riferimento alle doglianze relative alla corretta dosimetria della pena. Se si è obiettato che il pubblico ministero soddisfa le proprie aspettative sanzionatorie con la condanna dell'imputato, si osserva invece che anche il controllo della quantità di pena nel concreto irrogata contribuisce ad assicurare quelle attribuzioni che l'ordinamento giudiziario affida alla parte pubblica che è chiamata a vegliare all'osservanza delle leggi ed alla pronta e regolare amministrazione della giustizia[138]. È stata quindi, di recente, sollevata **questione di legittimità costituzionale** della disposizione di nuova introduzione, facendo leva sul contrasto della norma con il principio di parità delle parti, ed in particolare con l'irragionevole delimitazione del potere di impugnazione del pubblico ministero che non gli consentirebbe di stigmatizzare l'irrogazione di sanzioni inadeguate rispetto alla gravità del fatto e alla personalità del soggetto, nonché pure con il principio di efficienza dell'amministrazione della giustizia, questo in quanto la medesima disposizione non sarebbe certamente idonea a deflazionare il numero dei gravami, che sul versante accusatorio appaiono già poco rilevanti, e infine con la finalità rieducativa della pena in quanto eliderebbe qualsiasi possibilità di verifica della sanzione irrogata in primo grado. Si aggiunge, condividendo tali assunti, che la norma determina altresì una irragionevole assimilazione (meglio, quasi un'equiparazione[139]) tra i casi di inappellabilità delle sentenze di condanna emesse all'esito del dibattimento con quelle pronunciate nel giudizio abbreviato, di cui all'art. 443, comma 3, c.p.p., la quale appare poco giustificata anche in ragione del fatto che, tradizionalmente, la

[137] La l. 20 febbraio 2006, n. 46, che aveva fortemente inciso sulle facoltà del pubblico ministero di proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento, è stata interessata da ben tre sentenze che ne hanno riconosciuto l'illegittimità costituzionale (si vedano Corte cost. 6 febbraio 2007, n. 26; *id.* 20 luglio 2007, n. 320 e *id.* 4 aprile 2008, n. 85).

[138] Cfr. art. 73 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12.

[139] L'unico tratto distintivo è rappresentato dal fatto che rispetto alle sole sentenze emesse all'esito del giudizio dibattimentale il pubblico ministero può appellare le condanne che escludano la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabiliscano una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato, ipotesi evidentemente di scarsa rilevanza percentuale.

giurisprudenza costituzionale àncora la legittimità dell'esclusione del potere di impugnazione in punto pena, del pubblico ministero, delle sentenze di condanna emesse all'esito del giudizio abbreviato proprio in ragione di quell'obbiettivo primario di una rapida e completa definizione dei processi svoltisi in primo grado secondo le forme del rito contratto[140] che ovviamente difetta nel giudizio dibattimentale. Tuttavia, con una recentissima pronuncia[141], il giudice delle leggi ha dichiarato non fondate le **questioni di legittimità costituzionale** dell'art. 593 c.p.p., come sostituito dall'art. 2, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. n. 11/2018, sollevate in riferimento agli artt. 3, 27, 97 e 111 Cost., indicando che il principio di parità tra accusa e difesa non comporta necessariamente l'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e dell'imputato, potendo una disparità di trattamento risultare giustificata, nei limiti della ragionevolezza, dalla posizione istituzionale e dalla funzione del pubblico ministero oltre che da esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia, con la conseguenza che la contrazione del potere di impugnazione del pubblico ministero non risulta irragionevole nel momento in cui è riferita alle sole pronunce che presentano lo scarto meno significativo rispetto alle richieste dell'accusa, senza tuttavia impedire a quest'ultima di porre comunque rimedio a ipotesi di eclatante incongruenza del dosaggio sanzionatorio mediante ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. *e)*, c.p.p., avverso la motivazione che sorregga la quantificazione della pena[142].

In tale quadro si innesta ora il nuovo disegno di legge delega che, come di consueto, pare intervenire in punta di piedi, prevedendo **limitazioni marginali** alle facoltà di impugnazione delle parti che produrranno dunque un modesto impatto sull'efficienza degli uffici giudiziari: stabilendo anzitutto l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, nonché delle sentenze di non luogo a procedere, relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa, salvo che per i delitti di cui agli artt. 590, comma 2 e 3, 590-*sexies* e 604-*bis*, comma 1, c.p., nonché prevedendo l'inappellabilità delle sentenze di condanna a pena sostituita con il lavoro di pubblica utilità.

[140] Cfr. Corte cost. 11 luglio 1991, n. 363.

[141] Corte cost. 4 dicembre 2019-dep. 26 febbraio 2020, n. 34.

[142] La Corte ha altresì escluso la violazione del principio del buon andamento dell'amministrazione della giustizia indicando che lo stesso è riferibile soltanto all'organizzazione ed al funzionamento degli uffici giudiziari e non anche all'attività giurisdizionale e ha parimenti censurato la supposta violazione dell'art. 27 Cost. argomentando che la funzione rieducativa non presuppone in maniera imprescindibile che sia assicurato un controllo di merito sulla quantificazione della sanzione operata dal giudice di primo grado.

Molto più incisiva appare invece la previsione della lett. *a)* secondo cui si stabilisce – riesumando una disposizione per certi versi affine[143] – di introdurre apposita disposizione secondo cui il difensore possa impugnare la sentenza solo se munito di **specifico mandato ad impugnare**, rilasciato successivamente alla pronunzia della sentenza medesima. La norma, che finalmente appare proclive ad una reale attenuazione del carico di lavoro, sceglie opportunamente di intervenire non tanto sulla limitazione delle possibilità di impugnazione delle sentenze di condanna da parte dell'imputato, al quale deve essere assicurato il massimo esercizio dei diritti di difesa anche nei gradi di giudizio successivi al primo, ma sulle impugnazioni proposte dai difensori per mero scrupolo difensivo, nel più diligente adempimento del mandato professionale, in assenza però della condivisione dell'esercizio del diritto all'impugnazione con la parte assistita: in questo modo, senza incidere negativamente sulla posizione degli irreperibili nei cui confronti il processo deve essere evidentemente sospeso, si interverrà in termini di maggiore responsabilizzazione dell'imputato, a conoscenza del procedimento a suo carico, il cui eventuale disinteresse[144] rispetto al processo sarà correttamente sanzionato dalla preclusione al giudizio di secondo grado che non può – e non deve – più essere inteso come un **automatismo** alla condanna anche rispetto a quegli imputati che abbiano eliso ogni forma di relazione o contatto con il proprio difensore, spesso non fiduciario.

Per concludere sul fronte delle novità inerenti i casi, i presupposti e le forme introduttive del giudizio di appello, va infine evidenziata l'intenzione di intervenire a modificare le **modalità di presentazione** dell'impugnazione **e di spedizione** dell'atto di impugnazione con l'abrogazione dell'art. 582, comma 2, c.p.p. e dell'art. 583 c.p.p. nonché la previsione della possibilità di deposito dell'atto di impugnazione con modalità telematiche: la novità, che va letta in parallelo alle disposizioni dettate dall'art. 2 del disegno di legge delega e di cui si è già detto, mira a sostituire le arcaiche forme di presentazione e spedizione dell'atto di impugnazione, non più adeguate al progresso tecnologico in quanto ancora ricollegate a forme di trasmissione degli atti, quale il telegramma, ormai pressoché superate, con la presentazione dell'atto in via telematica ed esclusiva presso la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato che, adempiuti gli incombenti di cui agli artt. 164 segg. disp. att. c.p.p., provvede alla trasmissione al giudice dell'impugnazione del provvedimento impugnato, dell'atto di impugnazione e degli atti del

[143] Il riferimento è all'ultimo periodo del 3° comma dell'art. 571 c.p.p., abrogato dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479.

[144] *Critico rispetto all'idea che sia possibile presentare impugnazioni senza il volere dell'interessato anche* R. BRICCHETTI, *op. cit.*

procedimento[145], incombenti che, si auspica, possano, del pari, essere informatizzati nel momento in cui si perverrà finalmente alla completa digitalizzazione degli atti del procedimento penale.

Di nuovo parzialmente in controtendenza rispetto ad un alleggerimento delle procedure si collocano le disposizioni delle lett. *g)* e *h)* che prevedono la forma del **rito camerale non partecipato** nei procedimenti di impugnazione innanzi alla corte d'appello in composizione monocratica nonché nei casi in cui si proceda con udienza in camera di consiglio ai sensi dell'art. 599 c.p.p., qualora ne facciano richiesta l'imputato o il suo difensore e non vi sia la necessità di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. Se infatti per i reati da citazione diretta a giudizio è una novità quella di prevederne la trattazione con la forma camerale, ciò che renderà però marginale il ricorso al rito non partecipato è la previsione per cui sarà necessaria, anche per i casi indicati dall'art. 599 c.p.p.[146], la richiesta dell'imputato o del suo difensore, secondo uno schema per certi versi non dissimile da quello richiamato dal concordato in appello di cui all'art. 599-*bis* c.p.p. La *ratio* della norma resta oscura, soprattutto nel momento in cui la più recente giurisprudenza assicura ormai le più ampie garanzie partecipative anche al rito camerale in appello[147], posto che non è chiaro perché mai un difensore dovrebbe, di sua iniziativa, richiedere la trattazione secondo lo schema non partecipato, ovvero in sua assenza, con conseguente **frustrazione di ogni economia processuale** connessa all'odierno rito in camera di consiglio nel momento in cui pressoché tutti i riti camerali diverranno partecipati.

Novità assoluta è rappresentata dall'introduzione dei **termini di durata del processo,** di cui all'**art. 12** del disegno di legge delega. In proposito si stabilisce che i magistrati, nell'esercizio delle rispettive funzioni, adottino misure organizzative[148] volte ad assicurare la definizione dei processi penali, ad eccezione dei processi relativi ai reati previsti dall'art. 407, comma 2, lett. *a)*, nn. 1), 3) e 4), e comma 2, lett. *b)*, c.p.p., nel rispetto dei seguenti termini:

[145] Cfr. art. 590 c.p.p.

[146] Non evidentemente invece nei casi di cui agli artt. 600 e 443, comma 4, c.p.p.

[147] Il riferimento è, per tutti, a Cass., sez. un., 21 luglio 2016, n. 41432, Rv. 267748 secondo cui nel giudizio camerale di appello, a seguito di processo di primo grado celebrato con rito abbreviato, è applicabile l'art. 420-*ter*, comma 5, c.p.p. ed è, pertanto, rilevante l'impedimento del difensore determinato da serie, imprevedibili e attuali ragioni di salute, debitamente documentate e tempestivamente comunicate.

[148] La cui omessa adozione sarà sanzionata a livello disciplinare qualora imputabile a negligenza inescusabile.

1) quelli previsti dall'art. 2, comma 2-*bis*, l. 24 marzo 2001, n. 89 (tre anni per il primo grado, due anni per il secondo grado, un anno per il giudizio di legittimità) nei procedimenti per i più gravi reati contro la pubblica amministrazione e l'economia;

2) due anni per il primo grado, due anni per il secondo grado, un anno per il giudizio di legittimità nei procedimenti per i reati di cui all'art. 33-*bis* c.p.p. ovvero attribuiti al tribunale in composizione collegiale;

3) un anno per il primo grado, due anni per il secondo grado, un anno per il giudizio di legittimità, nei procedimenti per i reati di cui all'art. 33-*ter* c.p.p. ovvero attribuiti al tribunale in composizione monocratica.

Tali termini potranno comunque essere **determinati in misura diversa** dal Consiglio superiore della magistratura in relazione a ciascun ufficio, con cadenza biennale, sentito il Ministro della giustizia, tenuto conto delle pendenze, delle sopravvenienze, della natura dei procedimenti e della loro complessità, delle risorse disponibili e degli ulteriori dati risultanti dai programmi di gestione redatti dai capi degli uffici giudiziari.

Va da sé rilevare come la norma, lodevole nel farsi carico per la prima volta di una previsione generale dei tempi di durata dei procedimenti, presenti comunque alcune criticità: la mancata previsione di alcun termine, pur adeguato alla complessità di tali procedimenti, per i reati di cui all'art. 407 c.p.p. nei casi indicati; la previsione, per i reati attribuiti alla cognizione del tribunale in composizione monocratica, di un termine per l'appello pari al doppio di quello per il primo grado, ovvero quello preposto all'attività – l'assunzione delle prove – tradizionalmente più onerosa, soltanto perché nel presente momento storico le corti di appello risultano maggiormente in affanno rispetto agli uffici di primo grado; la previsione, comunque, specialmente per i reati da citazione diretta, di un termine per il primo grado di giudizio eccessivamente esiguo, se si considera che detto termine, stando alla regola dettata dalla legge Pinto[149], decorre dal momento in cui l'interessato assume la qualità di imputato e dunque dal decreto di citazione diretta a giudizio che non di rado fissa la prima udienza – peraltro ora deputata al vaglio preliminare mascherato – già a distanza superiore di un anno; la permeabilità di tali termini, pur adeguata nel momento in cui non si può far ricadere sui magistrati il peso delle disfunzioni addebitabili al sistema, rispetto alle valutazioni del Consiglio superiore che potranno portare alla legittimazione di una ingiustificata differenziazione,

[149] Che al momento rappresenta, in assenza della normativa delegata, il principale termine di raffronto (cfr. art. 2, comma 2-*bis*, l. 24 marzo 2001, n. 89).

in termini di efficienza, degli uffici giudiziari a seconda della diversa realtà locale e a disincentivare i dovuti investimenti rispetto alle situazioni in maggiore sofferenza.

Il successivo **art. 13** prevede le disposizioni per la trattazione dei giudizi di impugnazione delle sentenze di condanna in relazione alle tempistiche stabilite dalla norma precedente per la trattazione dei processi. Si stabilisce in particolare il diritto delle parti o dei loro difensori di presentare **istanza di immediata definizione del processo** – sulla falsariga del rimedio preventivo già previsto dall'art. 1-*ter*, comma 2, legge Pinto – decorsi i termini di durata dei giudizi in grado di appello e in cassazione, così come determinati ai sensi dell'art. 12, a seguito della quale si dovrà prevedere – con misure organizzative idonee dettate dal dirigente dell'ufficio – che il processo sia definito entro sei mesi[150] dal deposito dell'istanza medesima[151].

7. Modifiche al codice penale, anche in tema di prescrizione.

All'**art. 8** si innovano le **condizioni di procedibilità** in un triplice intervento finalizzato ad alleggerire il carico giudiziario. In primo luogo, per il rilevante impatto dei procedimenti, talora non giustificato di fronte al disinteresse alla relativa prosecuzione da parte della persona offesa, che talvolta può ritenersi soddisfatta dal solo risarcimento elargito dalle compagnie assicuratrici, si intende intervenire per prevedere la procedibilità a querela della persona offesa del reato di lesioni personali stradali gravi previsto dall'**art. 590-*bis* c.p.**, limitatamente ai casi di cui al 1° comma ovvero in assenza, tra gli altri, dello stato di ebbrezza o di alterazione psico-fisica del conducente, conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope. Probabilmente sarebbe stato più opportuno, ma anche più coraggioso, intervenire in termini più energici in tema di condizioni di procedibilità, nella direzione di elidere la procedibilità officiosa rispetto ad una moltitudine di ipotesi di reato di modesta o contenuta portata offensiva, quali – per mera esemplificazione – alcune

[150] Sia i termini di durata del processo che il termine ulteriore di sei mesi decorrenti dal deposito dell'istanza di definizione saranno comunque sospesi nei casi di cui all'art. 159, comma 1, c.p. e, nel giudizio d'appello, anche per il tempo occorrente per la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

[151] E la violazione dell'obbligo di adozione da parte del dirigente di misure organizzative idonee nonché il mancato rispetto del termine di definizione del processo entro sei mesi dalla presentazione dell'istanza dovranno integrare un illecito disciplinare, qualora il fatto sia dovuto a negligenza inescusabile. Tali disposizioni entreranno comunque in vigore in data non anteriore al 1° gennaio 2024, al fine di consentire la preventiva valutazione d'impatto delle modifiche introdotte con i decreti adottati in attuazione della delega e con le disposizioni concernenti l'arretrato penale presso le Corti d'appello, nonché l'adozione dei conseguenti atti di competenza del Consiglio superiore della magistratura e delle necessarie misure organizzative da parte dei dirigenti degli uffici.

ipotesi di danneggiamento, piuttosto che di furto anche aggravato, il delitto di sostituzione di persona nonché quello di indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento, quantomeno nei casi di cui all'art. 62, comma 1, n. 4), c.p.

In secondo luogo, si propone l'inserimento della previsione obbligatoria, limitatamente ai reati perseguibili a querela, della **dichiarazione o elezione di domicilio per le notificazioni** da effettuarsi all'atto del deposito della querela, con annessa possibilità di indicazione, a tal fine, dell'indirizzo di posta elettronica certificata. La novità è evidentemente finalizzata a rendere più agevole – sotto il duplice profilo della ricerca della persona offesa e delle forme di comunicazione con la stessa – l'interlocuzione tra l'autorità giudiziaria ed il querelante che ha evidentemente tutto l'interesse ad essere prontamente reperito: in tal modo si dovrà intervenire sul testo dell'art. 154 c.p.p., prevedendo che in tali casi, in luogo delle ordinarie notificazioni ai sensi dell'art. 157 c.p.p., si proceda presso il domicilio dichiarato o eletto e che, in caso di sopravvenuta impossibilità senza che sia stato comunicato un mutamento, si proceda comunque mediante deposito dell'atto nella cancelleria, non potendosi ovviamente procedere ai sensi dell'art. 161, comma 4, c.p.p. quantomeno in tutti i casi in cui il querelante non abbia nominato un difensore[152]. Certo è però che la delega non chiarisce se potrà essere accostata una sanzione processuale per il querelante che non dovesse assolvere all'obbligo di dichiarare o eleggere il domicilio, il che potrebbe tradursi, in caso appunto di mancata indicazione, nell'automatico accesso alla forma semplificata (ma per nulla garantita) della notificazione mediante deposito nella cancelleria.

Terza e ultima novità sul tema è rappresentata dalla volontà di prevedere, quale ipotesi di **remissione tacita della querela,** la ingiustificata mancata comparizione del querelante all'udienza dibattimentale alla quale sia stato citato in qualità di testimone. La disposizione si pone in linea con la giurisprudenza ad oggi dominante[153] che ha appunto stabilito, da tempo, che l'eventuale assenza del querelante può essere interpretata come fatto incompatibile con la volontà di persistere nella querela quando questi non sia comparso all'udienza pur previamente ed espressamente avvertito che la sua assenza sarebbe stata interpretata in tal senso. Se il nuovo intento legislativo si pone quindi in linea con la giurisprudenza di legittimità, si deve però rilevare come lo stesso non si traduca in una

[152] In proposito va osservato che, salvo che il legislatore intenda intervenire anche sul testo dell'art. 33 disp. att. c.p.p., non sarà comunque necessario introdurre un meccanismo analogo a quello dell'art. 161, comma 4, c.p.p. nemmeno nel caso in cui il querelante abbia nominato un difensore, posto che in ipotesi di sopravvenuta impossibilità si potrà procedere a notificazione presso il difensore che si intende domiciliatario.

[153] Si veda Cass., sez. un., 23 giugno 2016, n. 31668, Rv. 267239, la quale, pur trattando di un procedimento di competenza del giudice di pace, afferma principi di portata generale.

bieca positivizzazione dell'elaborazione giurisprudenziale: infatti, se la giurisprudenza legittima – ed anzi ritiene auspicabile – una prassi alla stregua della quale il giudice, nel disporre la citazione delle parti, abbia cura di inserire un **avvertimento** alla persona offesa e al querelato circa la valutazione in termini di remissione della querela della mancata comparizione del querelante, il disegno di legge delega non ritiene più necessario, quale presupposto integrante l'ipotesi di cui all'art. 152, comma 2, terzo periodo, c.p., la preventiva informazione del querelante, questo in quanto sarà lo stesso dato normativo ad assolvere alla funzione informativa preventiva. Allo stesso tempo, ed anche questo rappresenta un elemento di novità, la mancata comparizione rilevante – che è soltanto quella ingiustificata – viene ora limitata, a differenza della prassi in voga in molti uffici giudiziari di valorizzarla già in prima udienza, alla sola udienza dibattimentale alla quale il querelante sia stato citato in qualità di testimone.

L'**art. 9**, di modesto interesse e di scarso impatto pratico, ritorna nuovamente sul criterio di **ragguaglio fra pene pecuniarie e pene detentive**, delegando il Governo a rideterminare l'ammontare di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva, rispetto all'attuale importo fissato dall'art. 135 c.p. in euro 250,oo[154], in un importo non superiore ad euro 180,oo, intervento che non incide, comunque, sul più vantaggioso criterio di ragguaglio stabilito dall'art. 459, comma 1-*bis*, c.p.p.[155] in ipotesi di emissione di decreto penale di condanna.

L'**art. 10** ipotizza l'introduzione di una **nuova causa di estinzione delle contravvenzioni** destinata a operare nella fase delle indagini preliminari: fermo, infatti, l'obbligo di riferire la notizia di reato da parte della polizia giudiziaria, si vuole prevedere che – in relazione alle contravvenzioni, da individuare da parte della normativa delegata, suscettibili di **elisione del danno o del pericolo** mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie e salvo che le stesse concorrano con delitti – la sospensione del procedimento penale dal momento dell'iscrizione della notizia di reato fino al momento in cui il pubblico ministero riceva, entro un termine massimo prestabilito, comunicazione dell'adempimento o dell'inadempimento delle prescrizioni e del pagamento della somma di denaro. Nelle more del termine l'organo accertatore dovrà impartire apposite **prescrizioni** appunto volte all'elisione del danno o del pericolo mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie cui l'indagato

[154] Così come modificato dalla l. 15 luglio 2009, n. 94 che, a sua volta, aveva superato il precedente ammontare di euro 38,oo.

[155] Come modificato dalla l. 23 giugno 2017, n. 103.

dovrà adempiere, provvedendo contestualmente anche al pagamento di una somma di denaro determinata in una frazione del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa o, in alternativa, alla prestazione di lavoro di pubblica utilità. Rispetto ai duplici obblighi imposti, l'indagato potrà adempiere tempestivamente ed in tal caso troverà applicazione la causa estintiva del reato che porterà il pubblico ministero ad avanzare richiesta di archiviazione del procedimento. In caso di mancato adempimento o di adempimento soltanto parziale (ad esempio ad uno solo dei due obblighi di legge), il pubblico ministero dovrà esercitare l'azione penale, così come nel caso in cui l'adempimento, pur completo, dovesse risultare tardivo, evenienza che comunque la delega contempla quale circostanza di attenuazione della pena.

L'impressione è che il legislatore non sappia davvero più cosa escogitare per ridurre il carico giudiziario, tanto da prevedere ora un'autonoma causa estintiva delle contravvenzioni che appare il frutto della **combinazione di altre due diverse cause estintive già operative**, peraltro affini a livello sistematico: si tratta dell'oblazione nelle contravvenzioni (artt. 162 e 162-*bis* c.p.) e della limitrofa e recente[156] causa di estinzione per condotte riparatorie (art. 162-*ter* c.p.), l'una – specifica per le sole contravvenzioni e destinata ad operare prima dell'apertura del dibattimento o del decreto di condanna – che si focalizza proprio sul presupposto del pagamento di una somma di denaro determinata in una frazione del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa e l'altra – che al momento opera, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento, soltanto con riferimento ai reati procedibili a querela soggetta a remissione – che invece àncora l'effetto estintivo alla riparazione integrale del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, nonché all'eliminazione, laddove possibile, delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Ne consegue che la normativa delegata potrà optare tanto per introdurre una terza causa estintiva, formalmente distinta da quelle già vigenti, oppure per rimodulare le predette cause estintive nei termini anzidetti.

E veniamo ora alla tanto dibattuta[157] disciplina della **prescrizione del reato**, novellata dall'**art. 14** del disegno di legge delega. È noto che la prescrizione, nel testo introdotto dalla l. 5

[156] La norma è stata introdotta dalla l. n. 103/2017, cit.

[157] Non è questa la sede per ripercorre o per prendere posizione sul dibattito che vede fronteggiarsi la tesi sostanzialistico-garantista e quella processualistico-statalista (per un'attenta disamina si veda R. BARTOLI, *Il nuovo volto della prescrizione: dalle concezioni garantiste alle concezioni stataliste*, in *Sist. pen.*, 4/2020, p. 65 ss.). Per citare alcuni dei più recenti interventi, si vedano D. PULITANÒ, *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e*

dicembre 2005, n. 251, estingue il reato, salvo specifiche eccezioni, una volta che sia decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria; il decorso del termine di prescrizione può peraltro subire sospensioni o interruzioni, a norma rispettivamente degli artt. 159 e 160 c.p., ed è proprio sulla sospensione che si incentra l'attuale dibattito.

La disciplina introdotta dalla legge ex Cirielli lasciava infatti ampiamente insoddisfatte le pretese di punizione di gravi reati che talora, all'esito del percorso giudiziario che riconosceva la colpevolezza dei relativi autori, portava alla declaratoria di estinzione dei reati stessi per intervenuta prescrizione. Così, il legislatore del 2017 si è fatto carico di intervenire con una prima serie di modifiche atte a dilatare le ipotesi di sospensione del corso della prescrizione: infatti, oltre ad altri interventi sui quali non ci si sofferma in questa sede, la l. 23 giugno 2017, n. 103 aveva interpolato l'art. 159 c.p. prevedendo due ulteriori ipotesi di sospensione, cumulabili tra loro, pari al tempo – comunque non superiore ad un anno e sei mesi – decorrente dal termine per il deposito della motivazione della sentenza di condanna, in primo ed in secondo grado, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza, purché confermativa, che definisce, rispettivamente, il grado successivo di giudizio o il processo.

---

ragioni di giustizia, in *Sist. pen.*, 26 febbraio 2020; F. MORELLI, *Brevi spunti su talune questioni controverse in materia di prescrizione*, in *Sist. pen.*, 26 febbraio 2020; R. RORDORF, *Notarella in tema di prescrizione penale*, in *Quest. giust.*, 19 febbraio 2020; G.L. GATTA – G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in *Sist. pen.*, 11 febbraio 2020; O. MAZZA, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in *Sist. pen.*, 21 gennaio 2020; G. GIOSTRA, *Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione*, in *Sist. pen.*, 13 gennaio 2020; A. DE CARO, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo*, in *Arch. pen.*, 2020, 1; G. LOSAPPIO, *La riforma della prescrizione nel tempo della passione (triste) per la punizione*, in *Sist. pen.*, 23 dicembre 2019; R. CANTONE, *Riformare la prescrizione del reato garantendo la ragionevole durata del processo: un'occasione da non perdere*, in *Sist. pen.*, 18 dicembre 2019; G.L. GATTA, *Prescrizione del reato e lentezza del processo: male non cura male*, in *Sist. pen.*, 9 dicembre 2019; R. BARTOLI, *Prescrizione: soltanto un equilibrio ci può salvare*, in *Sist. pen.*, 9 dicembre 2019; D. PULITANÒ, *Osservazioni sulla proposta di bloccare il corso della prescrizione*, in *Sist. pen.*, 9 dicembre 2019; L. PONIZ, *Il "nodo della prescrizione", Estratto della relazione del Presidente della A.N.M. al XXXIV Congresso nazionale*, in *Sist. pen.*, 2 dicembre 2019; F. MORELLI, *La prescrizione del reato, i tempi del processo, l'autorità senza tempo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, III, p. 1599; R. BARTOLI, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, VII, p. 900 ss.; V. MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, I, p. 557 ss.; G.L. GATTA, *Sulla riforma della prescrizione del reato, bloccata dopo il giudizio di primo grado*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, IV, p. 2345 ss.

Su tale disciplina si è però ben presto innestata la recente riforma operata dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3 che stabilisce, con un inedito rigore, che il corso della prescrizione rimanga sospeso dalla pronunzia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna. La nuova disciplina, attualmente vigente e fortemente osteggiata da coloro che vi intravedono il rischio di una ulteriore ed eccessiva dilatazione dei tempi dei processi[158], è quindi stata oggetto di un ulteriore ripensamento delle attuali forze di Governo, alla ricerca di una equilibrata soluzione di compromesso.

Il citato art. 14 del disegno di legge delega prevede quindi, con una disposizione che **non passa per la delega** ma interviene direttamente sull'art. 159 c.p., che il corso della prescrizione rimanga sospeso dalla pronunzia della sentenza di primo grado (verosimilmente dal dispositivo letto in udienza) fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio purché la sentenza di primo grado sia di condanna: soltanto in tal caso, infatti, la prescrizione cessa di correre mentre in caso di sentenza di proscioglimento non si produce alcun effetto sospensivo. Se poi la sentenza di condanna è confermata anche in secondo grado il corso della prescrizione resta ancora sospeso; se invece la sentenza di secondo grado proscioglie l'imputato (o annulla la sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità o ne dichiara la nullità ai sensi dell'art. 604, commi 1, 4 e 5-*bis*, c.p.p.) allora la prescrizione riprende il suo corso e il periodo di sospensione che aveva operato tra la sentenza di primo grado e quella, di riforma, di secondo grado è computato ai fini del tempo necessario al maturare della prescrizione.

I commi successivi si interessano però di mitigare il rigore dell'ipotesi di proscioglimento dell'imputato, che come si è detto, di regola, non produce alcun effetto sul corso della prescrizione. Si stabilisce allora che quando viene proposta impugnazione[159] avverso la sentenza di proscioglimento e almeno uno dei reati per cui si procede si prescrive entro l'anno successivo al termine previsto dall'art. 544 c.p.p. per il deposito della motivazione, il corso della prescrizione è altresì sospeso[160]: 1) per un periodo massimo di un anno e sei mesi dalla scadenza del termine per il deposito della motivazione della sentenza di primo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino

[158] Con il connesso rischio di tenere gli imputati sotto processo per troppi anni; sono stati espressi altresì i timori di un ulteriore impatto negativo sul sistema nel momento in cui viene meno l'unico vero strumento deflattivo (cfr. R. BRICCHETTI, *op. cit.*).

[159] Sottolinea che non è chiarito se dal solo pubblico ministero o anche dalla parte civile R. BRICCHETTI, *op. cit.*

[160] Per tutti i reati, sembra di capire (cfr. R. BRICCHETTI, *op. cit.*).

alla pronuncia del dispositivo della sentenza che definisce il giudizio di appello; 2) per un periodo massimo di sei mesi dalla scadenza del termine previsto per il deposito della motivazione della sentenza di secondo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza definitiva. Tuttavia, quando la sentenza che definisce il giudizio in grado d'appello, anche se emessa in sede di rinvio, conferma il proscioglimento, allora questi periodi di sospensione sono computati ai fini della determinazione del tempo necessario al maturare della prescrizione. In ogni caso, se si verifica un'ulteriore causa di sospensione, i termini sono prolungati per il periodo corrispondente.

Detta così la disciplina sembrerebbe coerente ma in realtà non è così. In disparte, infatti, l'errore di strutturazione dell'innesto normativo, che prevede l'inserimento nell'art. 159 c.p., dopo il secondo comma, di altri quattro commi quando in realtà la norma di riferimento prevede già un sesto comma, attualmente vigente, le **difficoltà interpretative** appaiono non secondarie. Ipotizziamo anzitutto che l'esito del giudizio di primo grado sia stato sfavorevole per l'imputato, circostanza che rende operativo il blocco della prescrizione dettato dal secondo comma; qualora poi anche l'esito del secondo giudizio sia conforme al primo, il corso della prescrizione continuerà a restare sospeso anche durante il giudizio di legittimità, ma potrebbe però verificarsi l'ipotesi che la corte di cassazione annulli la condanna di secondo grado con rinvio per un nuovo giudizio. In tal caso pare potersi escludere, con margini di certezza, che l'esito parzialmente fausto, per l'imputato, dell'ultimo giudizio sortisca alcun effetto sul blocco del corso della prescrizione, posto che non è prevista alcuna disposizione, per il giudizio di legittimità, analoga a quella del terzo comma, dettato soltanto per l'appello. Le incertezze maggiori derivano, però, dalla bizzarra formulazione del nuovo quarto comma che prevede, secondo quanto si è detto, delle ulteriori finestre sospensive qualora sia impugnata la sentenza di proscioglimento e qualora almeno uno dei reati per cui si procede si prescriva entro l'anno successivo al termine per il deposito della motivazione. La prima osservazione riguarda la seconda delle due condizioni indicate che lascia aperto il dubbio se l'espressione «*entro l'anno successivo*» vada intesa, più coerentemente, entro il termine di un anno dal deposito della motivazione piuttosto che, letteralmente, entro l'intero anno solare successivo dal deposito medesimo. E va aggiunto, in ogni caso, che la rigida individuazione di un termine di questo tipo potrà portare ad esiti totalmente diversificati a seconda del casuale decorso della prescrizione nel singolo caso, determinando disparità irragionevoli tra un caso e l'altro. Ma non è tutto: perché infatti anche il riferimento, quale prima delle due condizioni, all'impugnazione

avverso la sentenza di proscioglimento, non chiarisce se il riferimento sia alla sola sentenza assolutoria di primo grado oppure anche a quella d'appello. Queste circostanze determinano, come si diceva, non poche difficoltà esegetiche. In caso di condanna in appello in riforma della sentenza assolutoria di primo grado, se all'atto dell'impugnazione lo spirare della prescrizione era imminente, opera la finestra sospensiva di un anno e sei mesi e nel corso del giudizio di legittimità opera la seconda finestra sospensiva di sei mesi purché però, anche quanto a quest'ultima, il presupposto dell'impugnazione della sentenza di proscioglimento richiesto dalla legge si intenda riferito alla sentenza di primo di grado, perché nel caso in esame il giudizio in cassazione origina evidentemente dall'impugnazione dell'imputato della sentenza di *condanna* e non di proscioglimento. Al contrario, in caso di impugnazione dell'assoluzione in appello a fronte di una condanna nel primo giudizio – circostanza che determina la ripresa del corso della prescrizione a mente del terzo comma – si potrebbe ritenere attivabile (trattandosi di impugnazione avverso sentenza di proscioglimento) la (sola) finestra sospensiva di sei mesi per il giudizio di legittimità, però in questo caso sul diverso presupposto che il riferimento normativo all'impugnazione della sentenza di proscioglimento non sia, come si è detto prima, da valutare sempre e solo rispetto all'esito del giudizio di primo grado ma, al contrario, all'atto dell'effettiva presentazione dell'impugnazione, di primo o secondo grado che sia. Ma è evidente che tali due interpretazioni risultano mal conciliabili tra di loro. In ogni caso, se così fosse, nel caso che si è appena illustrato, i sei mesi coprirebbero l'arco temporale che va dal termine dell'impugnazione sino alla pronuncia della sentenza di legittimità, la quale potrebbe annullare l'assoluzione di secondo grado con rinvio ad altra sezione per un nuovo giudizio. In tale ipotesi è evidente che una sospensione di soli sei mesi non sarebbe certamente adeguata, salvo voler ritenere che l'annullamento del proscioglimento di secondo grado da parte della corte di cassazione sortisca anche l'effetto di neutralizzare la ripresa del corso della prescrizione di cui al terzo comma, con conseguente rioperatività del secondo comma. Tale effetto non potrà però verificarsi in caso di annullamento dell'assoluzione di secondo grado, conforme rispetto ad una assoluzione di primo grado, posto che in tale caso la regola generale del secondo comma non è mai stata operativa.

Come si vede, le difficoltà interpretative che traspaiono dalla disciplina di nuovo conio sono numerose e, se si considerano i palesi errori di formulazione normativa e le ingiustificate disparità operative che ne deriverebbero, pare ragionevole ritenere che la norma dovrà necessariamente essere quantomeno rimodulata nel corso dei lavori parlamentari.

8. Conclusioni.

Come si è avuto modo di analizzare in queste pagine, il giudizio complessivo sul disegno di legge delega in commento non può che essere fortemente negativo. Questo non soltanto perché le pur numerose disposizioni in tema di processo penale appaiono deludenti, laddove in larga parte, come si è detto, si limitano a riproporre soluzioni pretorie già ampiamente acquisite dalla prassi, ma specialmente perché talora si interviene, al fine di assicurare una maggiore efficienza al processo penale, in termini troppo incisivi, e superficialmente, senza preoccuparsi delle ricadute negative che tali novità andrebbero a determinare sul sistema nonché in quanto, in altri casi, si procede invece palesemente in controtendenza con lo spirito che anima la riforma.

Si è detto, anzitutto, che numerosi sono gli **interventi superflui**, perché meramente ricognitivi di approdi giurisprudenziali in gran parte già pacifici: si pensi alla fruibilità alternativa dei riti speciali a seguito del decreto che dispone il giudizio immediato, alle disposizioni in tema di remissione tacita della querela per ingiustificata mancata comparizione del querelante all'udienza dibattimentale alla quale sia stato citato in qualità di testimone, nonché alla quasi totalità delle disposizioni dettate in tema di giudizio dibattimentale, tra cui, il calendario del processo, la relazione illustrativa delle parti sulle richieste di prova, la rinuncia all'assunzione delle prove, le regole sul deposito delle perizie in vista dell'audizione dell'esperto e l'intervento sull'art. 190-*bis* c.p.p.

A queste si affiancano le consistenti ipotesi di interventi, pur innovativi, ma che produrranno, verosimilmente, un **modesto impatto** sul sistema. Tra questi, *in primis,* la blanda modifica della regola di giudizio per l'archiviazione e per il rinvio a giudizio nonché per l'ammissione del giudizio abbreviato condizionato, le quali, com'è già avvenuto in passato, non produrranno effetti se non sulla carta. Ma ancora, si pensi alla nuova causa estintiva per le contravvenzioni, che, proprio perché costituisce un incrocio tra altre cause estintive già codificate, non avrà l'impatto sperato sul sistema; si pensi ancora al patteggiamento allargatissimo o al pagamento in misura ridotta della pena comminata con il decreto penale di condanna, così come pure all'esclusione dell'obbligo di notificazione dell'avviso della richiesta di archiviazione alla persona offesa che abbia rimesso la querela o le modifiche in tema di procedibilità a querela di alcuni reati, tutte innovazioni sicuramente positive ma egualmente confinate ad un numero statisticamente poco significativo di casi. Sulla stessa linea si pongono anche la previsione del giudice monocratico in appello e le

limitazioni alle impugnazioni che appaiono, da un lato, poco determinanti in tema di maggiore produttività dei magistrati e dall'altro poco coraggiose.

Purtroppo però non mancano anche disposizioni, come si è già indicato, che – pur nel tentativo di un innalzamento dell'efficienza del sistema giudiziario – appaiono decisamente **dannose** per le indagini o per il processo penale perché, nel tentativo di curare un male, ne producono un altro. Il riferimento è alle modifiche in tema di durata delle indagini preliminari e al connesso potere del giudice di retrodatazione delle iscrizioni che rischiano, come si è detto, di determinare un impatto fortemente negativo sulle indagini nel momento in cui non consentono, da un lato, di modulare le nuove sanzioni processuali in ragione delle concrete complessità delle investigazioni e costringono, dall'altro, gli inquirenti ad una affannosa rincorsa all'iscrizione della notizia di reato, determinando un inevitabile ed altrettanto consapevole sfalsamento tra termine formale e termine reale. Ma interventi che possono avere un impatto potenzialmente devastante sul sistema sono anche quelli relativi alle previsioni di termini rigidi per la definizione dei processi, ancorati alle istanze di immediata definizione che le parti potranno presentare e che costringeranno gli uffici giudiziari, a pena di sanzioni disciplinari, a correre ai ripari per evitare, specialmente qualora si dovesse diffondere l'abitudine di presentare l'istanza, un cortocircuito del sistema, con il rischio conseguente di decisioni frettolose e poco attente alle doglianze prospettate dalle difese.

Ma non è tutto. Non si può infatti sottacere come emergano istituti che appaiono in una vera e propria **controtendenza** rispetto all'obiettivo prefissato dal disegno di legge e che non trovano, a parere di chi scrive, alcuna valida giustificazione. Il riferimento è in primo luogo all'impugnazione della perquisizione negativa che, come si è detto, non apporterebbe alcuna utilità concreta al sistema e appesantirebbe, del tutto ingiustificatamente, il carico di lavoro delle sezioni dibattimentali. Anche la previsione di un'udienza preliminare mascherata in esordio al dibattimento monocratico appare snaturare la stessa fisionomia del più snello giudizio preposto al sindacato sulle ipotesi di reato a citazione diretta che vuole sdoganare il vaglio tipico dell'udienza preliminare – che ha dato prova di una scarsa effettività negli anni e che non muterebbe certo le proprie sembianze alla luce delle modeste modifiche che la delega vuole introdurre – dilatando oltremodo i tempi, già improponibili, di quel dibattimento che, contemporaneamente, si dice che dovrebbe avere durata massima di un anno. Infine, la previsione di un rito camerale in appello non partecipato, a condizione della richiesta che l'imputato o il suo difensore non hanno alcun interesse a presentare,

trasforma un rito più snello, che al contrario dovrebbe essere potenziato dal legislatore, in un più pesante procedimento partecipato senza arrecare alcun beneficio concreto al sistema.

Resta quindi da chiedersi se ci sia **qualcosa di realmente utile** in questa riforma all'insegna della semplificazione, della speditezza e della razionalizzazione del processo penale: il giudizio non può che essere negativo posto che, pur rinvenendosi alcune buone intenzioni – specialmente con riferimento alla semplificazione delle regole delle notificazioni e della previsione delle impugnazioni previo specifico mandato ad impugnare da parte dell'interessato – la maggior parte degli interventi risultano poco incisivi o addirittura pericolosi, per come si è evidenziato.

Sarebbe stato allora auspicabile un intervento più coraggioso e di più ampio respiro: per avanzare soltanto qualche suggerimento, senza nessuna pretesa di esaustività, sul piano sostanziale sarebbe stato opportuno, come si è già osservato, prevedere un più corposo ripensamento dei reati procedibili a querela di parte (rimandando, quindi, alla volontà persecutoria privata alcune ipotesi di danneggiamento, piuttosto che di furto anche aggravato, il delitto di sostituzione di persona nonché quello di indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento, quantomeno nei casi di cui all'art. 62, comma 1, n. 4), c.p.), in una ad un intervento di depenalizzazione di fattispecie di modesta portata offensiva, più opportunamente, e talvolta più efficacemente, tutelabili in sede amministrativa (si pensi, tra le tante, alle contravvenzioni di cui agi artt. 651, 659, 677, comma 3, 707 c.p. e così via). Sul versante più propriamente processuale, sarebbe stato opportuno intervenire più drasticamente nei confronti di quegli istituti che, nel tempo, si sono rivelati poco efficaci e talora poco giustificabili nell'ottica di una deformalizzazione del processo penale. Si pensi all'attuale disciplina della competenza per territorio determinata dalla connessione che, nel combinato disposto degli artt. 12 e 16 c.p.p., per come interpretati da una giurisprudenza di legittimità poco attenta alle ricadute sul sistema laddove si richiede, quale presupposto di operatività, l'identità soggettiva dei compartecipi alle varie ipotesi di reato[161], comporta – in ipotesi

[161] La giurisprudenza afferma infatti che, in tema di competenza determinata dall'ipotesi di connessione oggettiva fondata sull'astratta configurabilità del vincolo della continuazione fra le analoghe, ma distinte, fattispecie di reato ascritte ai diversi imputati, l'identità del disegno criminoso perseguito è idonea a determinare lo spostamento della competenza per connessione, sia per materia sia per territorio, solo se l'episodio o gli episodi in continuazione riguardino lo stesso o – se sono più di uno – gli stessi imputati, giacché l'interesse di un imputato alla trattazione unitaria dei fatti in continuazione non può pregiudicare quello del coimputato in uno di quei fatti a non essere sottratto al giudice naturale secondo le regole ordinarie della competenza. Pertanto, al di fuori delle ipotesi di continuazione riferibili a una fattispecie monosoggettiva o a una fattispecie concorsuale, in cui l'identità del disegno criminoso sia però comune a tutti i compartecipi, il vincolo della continuazione non è in grado di determinare alcuna attribuzione e conseguente spostamento di competenza (così Cass. 20 novembre 2018, n. 57927, Rv. 275519; *id.* 28 febbraio 2017, n. 17090, Rv. 269960; *id.* 9 gennaio 2013, n. 8526, Rv. 254924; *id.* 28 maggio 2009, n. 24583, Rv. 243821; *id.* 22

di articolate attività d'indagine nei confronti, ad esempio, di "batterie criminali" che operino su di un vasto territorio, non riconducibile al solo ufficio giudiziario che conduce l'indagine – lo "spacchettamento" per competenza territoriale delle diverse ipotesi di reato per cui si procede, con evidente ed altrettanto ingiustificata duplicazione del carico di lavoro degli uffici giudiziari e delle cancellerie. Sul versante della composizione del giudice sarebbe poi opportuno un intervento finalizzato a rivedere la necessità di trattazione collegiale di alcune fattispecie di reato non particolarmente complesse (si pensi, per fare un esempio, al rifiuto e all'omissione di atti d'ufficio di cui all'art. 328 c.p.) nonché delle numerose ipotesi di maltrattamenti commesse in presenza o in danno di persone offese minori degli anni diciotto che, a seguito della recente riformulazione dell'art. 572 c.p. ad opera della l. 19 luglio 2019, n. 69, sono ora attribuite alla cognizione del giudice collegiale. Come si è già indicato, anziché inserire un'udienza preliminare mascherata per i reati da citazione diretta, sul falso presupposto di un cambio di rotta alla luce della modifica delle regole di giudizio proprie di quella fase, avrebbe avuto più senso rimeditare completamente il ruolo dell'udienza preliminare stessa, prevedendo quale ordinaria forma di esercizio dell'azione penale quello che ora avviene con il giudizio immediato, sì da assicurare – a differenza dei procedimenti in cui l'esercizio dell'azione penale innanzi al giudice monocratico avviene con citazione diretta a giudizio – che il giudice degli eventuali riti alternativi non sia il giudice del dibattimento, ma al contempo di superare una fase che oggi importa più costi che benefici, bilanciando al contempo le garanzie difensive mediante un ampliamento dei poteri di proscioglimento prima del dibattimento, ai sensi degli artt. 129 e 469 c.p.p., prevedendone però anche adeguate forme di impugnazione da parte del pubblico ministero. Nel giudizio dibattimentale, oltre a rivedere, anche alla luce della recente giurisprudenza, il principio di immutabilità del giudice in relazione ai criteri di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, si sarebbe potuto intervenire sulle regole di redazione delle sentenze, incentivando tecniche di redazione di differente portata sia in relazione alla complessità del caso che delle argomentazioni difensive ma anche in ragione dell'eventuale istanza di immediata definizione del processo, avallando in tal caso motivi estremamente sintetici soprattutto in ipotesi di conferma del giudizio di primo grado. Sul versante più strettamente probatorio, oltre ad assicurare una portata di più ampio respiro alla disposizione dell'art. 190-*bis* c.p.p. estendendola a tutti i casi di incidente probatorio, sarebbe opportuno rimeditare – e la novità produrrebbe ricadute di

maggio 2008, n. 24718, Rv. 240806; *id.* 10 giugno 2004, n. 37156, Rv. 229533; *id.* 2 ottobre 2003, n. 42989, Rv. 226940 e *id.* 12 novembre 1999, n. 6226, Rv. 214834).

eccezionale importanza sia nell'ottica di agevolare il ricorso ai riti alternativi sia rispetto a quella di contenere la durata dell'istruttoria, non senza dimenticare i benefici che ne deriverebbero in termini di corretta amministrazione della giustizia, evitando di esporre i testimoni a sollecitazioni o condizionamenti esterni – le regole che limitano l'utilizzo delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero alle sole contestazioni ai fini della credibilità: infatti, adottando opportune cautele atte a garantire l'escussione genuina e non condizionata dei testimoni in fase d'indagine, ad esempio prevedendo a tal fine l'obbligo di videoregistrazione integrale e continuativa della deposizione del testimone e la successiva trascrizione integrale di tali dichiarazioni, sarebbe possibile ipotizzare la piena utilizzabilità, e dunque la lettura, di tali dichiarazioni senza la necessità di dover escutere, su quegli aspetti, il testimone in dibattimento, ovviamente ferma la facoltà dei difensori di citare gli stessi testimoni in dibattimento per il controesame. In appello, senza voler tornare sull'annosa questione dell'opportunità di rivedere il divieto di *reformatio in pejus*, potrebbe avere senso, così come si sostiene in alcune Corti, introdurre un rito, ordinario, meramente cartolare con interlocuzione scritta delle parti non appellanti: d'altra parte, ad eccezione dei casi in cui sia necessaria la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, la parte appellante non di rado si limita a riproporre verbalmente i motivi già ampiamente illustrati per iscritto nell'atto di impugnazione e questa soluzione determinerebbe certamente un importante effetto deflattivo in quanto non andrebbe soltanto ad incidere direttamente sui tempi impiegati per lo svolgimento delle udienze da parte dei consiglieri e dei procuratori generali ma produrrebbe un impatto importante sulle notificazioni – e sui frequenti problemi ad esse collegati – e sui rinvii delle udienze necessitati dagli impedimenti, pur legittimi, di parti e difensori. Ancora, anche il giudizio di legittimità andrebbe in parte ripensato per produrre quantomeno una attenuazione degli obblighi di annullamento con rinvio, estendendo i poteri della Corte quantomeno in termini di rimodulazione della pena.

In definitiva, tante possono essere le idee utili a portare un efficace contributo alla semplificazione del processo penale ma è chiaro che per non limitarsi ad interventi di facciata o di modesto impatto innovativo, come la maggior parte di quelli dello schema di riforma in commento, è necessario affrontare il tema con maggiore coraggio e intervenire sugli istituti che, nel tempo, hanno dato prova di scarsa coerenza o di modesta efficienza, sempre con la consapevolezza che è possibile migliorare realmente il sistema pur senza ledere le garanzie difensive di tutte le parti del

processo, le quali devono essere correttamente modulate ed articolate in modo da evitare abusi sia da parte dell'organo d'accusa che dai difensori delle parti private.

Cesare Parodi

Scelte investigative e responsabilita' del p.m.:molti sconfitti e nessun vincitore

1. Premessa: medicina difensiva e indagini difensive

"*A pensar male del prossimo si fa peccato ma si indovina":* la celebre espressione – riferibile a Papa Pio XI e non, in realtà, a un noto politico italiano, che si è limitato a farne uso – è verosimilmente calzante per la delicata problematica che dobbiamo (è il caso di dirlo) affrontare.

Con la sentenza n. 7760 del 8 aprile 2020, la terza sezione civile della S.C. ha cassato la sentenza d'appello di rigetto della domanda di risarcimento dei danni proposta, nei confronti dell'autorità giudiziaria requirente, dai figli minori per l'uccisione della propria madre da parte del padre, avvenuta dopo la presentazione di reiterate denunce di minacce rivolte verso la vittima. Una vicenda tristemente nota, i cui particolari sono stati ampiamente trattati dalla cronaca, non solo strettamente giudiziaria.

In particolare, per la S.C., essendo il giudice di merito tenuto, nell'accertare il nesso causale fra la lamentata condotta omissiva (ravvisata nell'omessa perquisizione domiciliare e sequestro dell'arma da taglio con la quale l'omicida aveva già reiteratamente minacciato la moglie) ed il fatto lesivo, a compiere il cd. giudizio controfattuale in base al criterio del "più probabile che non", non può escluderne l'incidenza sulla verificazione dell'evento solo perché questo si sarebbe comunque realizzato in altro modo. In tal modo ometterebbe di determinare, alla luce degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto, la probabilità, positiva o negativa, che da detta condotta, ove posta in essere, possa derivare un risultato idoneo ad evitare il rischio specifico di danno.

Alla luce di quelle che potrebbero essere le implicazioni giuridiche e sociologiche della decisione, non è inverosimile pensare a un moto di generale "soddisfazione", che parrebbe porre dei seri limiti alla discrezionalità valutativa e operativa dell'ufficio di procura. A fronte di condotte gravemente colpose sul piano omissivo, sarebbe ipotizzabile un'azione per danno aquiliano nei confronti della Presidenza del Consiglio dei ministri, con riferimento alle responsabilità dei magistrati addetti alla Procura della Repubblica.

Una decisione che indubbiamente suggerisce nuove prospettive di responsabilità, anche se non priva di precedenti,[1] ma che indubbiamente pone degli interrogativi di grande momento sullo

[1] La valutazione sulla responsabilità del p.m. per omissione di provvedimenti diretti a impedire, a fronte di pregresse minacce, un omicidio era stata affrontata da Cass. 26 maggio 2015, n. 13189, in Resp. civ. e prev., 2015, 1879, con nota di C. Commandatore, La responsabilità civile dello stato per omissione del pubblico ministero - I pericoli di una giurisprudenza difensiva.

svolgimento dell'attività requirente, aprendo a uno scenario di potenziali indagini "difensive" sulla falsariga di quanto- a torto o a ragione-si è ritenuto essere accaduto in campo sanitario.

Discreto e inequivoco si percepisce un monito nei confronti dei p.m.: avete indirettamente imposto ai sanitari, per anni, con le vostre scelte, la "medicina difensiva"; ora iniziate a considerare le investigazioni difensive. Una reazione forse psicologicamente comprensibile (anche se non condivisibile) ma che tiene conto di un dato, al contrario, non trascurabile. Esattamente come la medicina difensiva- alla quale, in effetti, il legislatore ha tentato di ovviare con gli ultimi interventi normativi in materia [2]– un approccio "difensivo" alle investigazioni può rappresentare una criticità di sistema inaccettabile. Inaccettabile in quanto ancora peggiore, sul piano delle conseguenze, della stessa medicina difensiva.

E' da questo aspetto che occorre partire: la medicina difensiva rappresenta un costo- economico diretto e di impegno organizzativo- laddove una quota di accertamenti diagnostici sono giustificati più dall'esigenza di "precostituirsi" la prova di un diligente impegno da parte dei sanitari che dall'effettivo quadro clinico del paziente. Un costo "patrimoniale", in buona sostanza, ma che in linea di massima non nuoce al fruitore finale del servizio. Inutile, ma non dannoso, se non laddove tale da ritardare l'esecuzione di accertamenti urgenti e necessari per altri soggetti.

Per le indagini difensive – che il p.m. potrebbe decidere di disporre per non incorrere in possibili censure da parte della persona offesa o dei congiunti di questa – la prospettiva è peggiore. Ogni accertamento – più o meno invasivo- viene a incidere sui diritti degli indagati, comprimendoli a vario titolo e in differente misura. [3]

A fronte del paziente "trattato" senza ragione non troviamo nessuno; a fronte della persona offesa di un ipotetico reato troviamo un indagato eventualmente (non solo) perquisito senza necessità ma eventualmente sottoposto a misura cautelare o rinviato a giudizio. A ciò si aggiunga, anche in questo campo, una pressante necessità di gestione delle risorse non solo dell'ufficio di Procura, ma della capacità di reazione" della polizia giudiziaria e delle strutture del sistema giudicante chiamate a dare una risposta alle sollecitazioni della Procura stessa.

[2] Si tratta, come è noto, della L. 189/2012, n. 189 (cd legge Balduzzi) e della L. 24/2017 (cd. legge Gelli-Bianco),

[3] Su questi temi G. CASCINI-P. IELO, La decisione del Tribunale di Messina sulla responsabilità civile del pubblico ministero per omessa perquisizione. Un punto di vista di parte, in questa Rivista on-line, 5 luglio 2017, www.questionegiustizia.it, 5-7-2017

A. PALMIERI, La responsabilità del pubblico ministero per omessa perquisizione, in www.questionegiustizia.it

In sintesi, un bilanciamento di interessi di ancora più difficile lettura, sia rispetto al sistema in generale, sia, soprattutto, rispetto ai singoli; un bilanciamento che deve trovare – in termini generali e astratti – dei criteri di valutazione e un metodo di applicazione il più possibile condiviso, per ragioni di equità e di efficienza.

2. Scelte del p.m. e presupposti di responsabilità

In questa sede non si intendono analizzare nel dettaglio le implicazioni strettamente civilistiche della questione affrontata dalla S.C. con la decisione 7760/2020. Molto si è scritto e molto si scriverà- è facile ipotizzarlo - sul punto, quanto solo gettare le basi per il tema che, al contrario, si intende approfondire.

Quali indicazioni un ufficio di Procura deve fornire per contemperare un corretto impegno investigativo con le esigenze di tutela delle persone offese? Il quesito, che indubbiamente è delicato e rilevante, presenta un coefficiente di complessità superiore alle apparenze.

E' facile pensare – considerata la recente l. 69/2019, cd codice rosso - [4] al tema delle violenza familiari o comunque interpersonali, trattandosi dell'ambito nel quale si è verificato il caso che ha determinato la menzionata decisione della S.C. e comunque di un settore nel quale di immediata percepibilità risulta la rilevanza di un intervento (e, ancor di più, di un mancato intervento) della Procura della Repubblica a fronte di gravi aggressioni (o potenziali aggressioni) all'incolumità dei singoli.

In questo senso la corte Edu ha condannato l'Italia per aver violato il diritto alla vita, il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di discriminazione (art. 2, 3 e 14 della Cedu) stigmatizzando negativamente il fatto che le autorità nazionali non siano in grado di riconoscere la situazione di pericolo reale e imminente cui sono esposte le vittime di violenza domestica e, pur potendo disporre di uno strumentario normativo volto a contrastare tale fenomenologia criminosa, non intervengano tempestivamente con misure adeguate ed efficaci, originando in tal modo un contesto di impunità e consentendo di fatto la reiterazione di gravi atti di violenza.[5]

Eppure, non occorre troppa fantasia per ipotizzare che, in un futuro magari neppure lontano, ipotetiche "omissioni" della Procura della Repubblica a fronte di richieste di tutela beni

[4] In GU 25.07.2019: modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere.

[5] Corte Edu 2 marzo 2017, in Famiglia e dir., 2017, 621, con nota di N. FOLLA, Violenza domestica e di genere; nel caso di specie, si trattava di un tentato omicidio della ricorrente e nell'omicidio di suo figlio per mano del marito

costituzionalmente riconosciuti - anche di altra natura- potrebbero essere oggetto di richieste risarcitorio sotto il profilo del danno aquiliano. Una possibilità molto concreta: si pensi a richieste di sequestri preventivi di somme indebitamente trasferite a vario titolo su conti correnti o a istanze di "chiusura" di impianti industriali ritenuti non a norma sul piano delle emissioni, rispetto alle conseguenze che la "scomparsa" della somma dal conto o l'insorgenza di malattie derivanti asseritamente dalle emissioni possono essere ipotizzate.

Attenzione: non vi è una differenza "ontologica" tra i presupposti di responsabilità della vicenda affrontata dalla S.C. e le situazioni sopra descritte; non solo: moltissime altre potrebbero verificarsi. E' fondamentale, pertanto, che vi sia chiarezza di approccio al problema, tutt'altro che confinato all'ambito delle cd. violenze domestiche.

3. Le indicazioni della S.C. e l'inquadramento civilistico del problema

Le potenzialità di tutela degli interessi tutelati dal sistema si pone in una duplice prospettiva: gli atti "urgenti" – o quantomeno non dilazionabili- nella fase delle indagini e le scelte sull'esercizio dell'azione penale. Valutazioni non necessariamente sovrapponibili, differentemente delicate, che si pongono come momento di equilibrio tra istanze di giustizia diametralmente opposte e ragionevolmente non conciliabili.

Partiamo dal secondo aspetto. Le indicazione della S.C. parrebbero "tranquillizzanti"- o almeno non troppo inquietanti- rispetto all'esercizio dell'azione penale. La S.C. ha affermato che la richiesta di rinvio a giudizio da parte del magistrato del p.m. postula l'apprezzamento prognostico circa l'idoneità degli elementi probatori a sostenere l'accusa in dibattimento, sicché essa, anche se reiterata per vizi formali e seguita infine dall'assoluzione, integra attività di valutazione del fatto e della prova, per la quale non è ammessa l'azione di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie; ciò, fatta salva l'ipotesi nella quale l'attore dimostri essersi basata la richiesta medesima su fatti pacificamente insussistenti o avulsi dal contesto probatorio.[6]

Non siamo così certi che tale prospettiva ermeneutica possa essere applicabile in caso di omesso esercizio dell'azione penale. Una valutazione non semplice sul piano dell'incidenza causale- atteso che non si tratta di effettuare un giudizio controfattuale su base naturalistica (giudizio che potrebbe essere analogamente formulato in relazione ad una richiesta di misura cautelare) quanto su base sostanzialmente psicologica.

[6] Cass. 26 febbraio 2015, n. 3916, in Foro it., 2015, I, 1207

Il semplice esercizio dell'azione penale e una sentenza di condanna- non necessariamente definitiva, quanto anche di merito- può essere considerato un fattore tale da determinare una "controspinta" rispetto agli intenti criminosi, valutabile in una prospettiva eziologica? Possiamo ritenere condivisibile questa affermazione: "laddove rinviato a giudizio e laddove condannato (e prima della carcerazione, ovvio) quel soggetto si sarebbe certamente astenuto da ulteriori condotte criminose in danno della persona offesa?"

Per essere chiari: anche laddove la "vittima" di un ipotetico delitto di maltrattamento non abbia richiesto una perquisizione per sottrarre un'arma all'indagato o non abbia chiesto l'applicazione di una misura detentiva o di un divieto di avvicinamento, il mancato (ipoteticamente erroneo) esercizio dell'azione penale potrebbe essere posto in relazione con eventuali ulteriori condotte criminose dell'indagato dirette a nuocere alla persona offesa?

Il provvedimento di archiviazione, in quest'ottica, "copre" sul piano della legittimità in termini di responsabilità aquiliana l'operato del p.m. ? Difficile pensare che questa possa essere una tesi generalmente condivisa; più semplice e realistico forse considerare la possibilità che di tale scelta possa essere chiamato a rispondere (almeno in linea teorica) anche il G.i.p. che ha firmato l'archiviazione.

Apparentemente più semplice- o almeno meno ardua – le valutazioni su situazioni analoghe a quelle affrontare nella vicenda decisa dalla S.C.

L'indicazione è stata precisa: non è sufficiente una valutazione astratta, che porti a considerare la possibilità che l'evento che si sarebbe voluto evitare si sarebbe comunque verificato; si tratterebbe di una scelta, secondo la S.C., tale da dilatare "*l'incidenza dell'inadempienza dell'organo giudiziario ai limiti del caso fortuito e della forza maggiore*", comunque restringendo "*l'evitabilità dell'evento ai soli casi di assoluta impossibilità di una condotta positiva alternativa*". E' necessario affrontare – trattandosi di responsabilità civile- la probabilità positiva o negativa in concreto e non statistica, secondo il giudizio di c.d. probabilità logica. [7]

La trasposizione di tale principio nella logica generale dell'indagine penale non è priva di criticità. Anche in questo senso le possibilità sono innumerevoli, alcune di semplice soluzione. Il sequestro di un'arma da fuoco utilizzata da parte di un soggetto fisicamente "debole" rispetto alla vittima (ossia un soggetto difficilmente in grado di portare a termine un'aggressione con la solo

[7] In questo senso la non corretta applicazione delle norme riguardanti l'accertamento del nesso eziologico configura violazione o falsa applicazione di norme di diritto ex art. 360, comma 1, n. 3) c.p.c.5, tale da determinare l'annullamento delle decisione in oggetto con rinvio della causa ad altra Corte d'Appello.

forza fisica) può indubbiamente "resistere" sul piano controfattuale: senza quella pistola, l'omicidio non si sarebbe verificato.

Pensiamo, nondimeno, alla tutela di altri beni, tali da determinare soluzioni meno "lampanti". Consideriamo l'interesse di un soggetto al bene "tranquillità", che può essere drammaticamente leso da un uso smodato del telefono o da reiterate comunicazioni telematiche, nell'ambito di una condotta di atti persecutori. Il p.m. riceve un'istanza di sequestro del telefono cellulare e dei device nella disponibilità dell'indagato. Non provvede o provvede parzialmente o in ritardo. Potremo ritenere la sussistenza di una lesione del bene in oggetto anche considerando con quanta facilità e a quali modesti costi potrebbe essere possibile per l'indagato procurarsi altri mezzi di comunicazione ?

O dobbiamo pensare che possa sussistere una potenziale responsabilità del p.m. ogni qual volta l'istanza abbia a oggetto un bene/strumento di per sé funzionale alla realizzazione della condotta "offensiva"? Una minaccia di morte del tipo " Ti metto sotto" potrebbe imporre un sequestro dei veicoli a disposizione dell'indagato, laddove una minaccia generica difficilmente potrebbe imporre una "ricognizione " e apprensione dii tutti gli strumenti atti a offendere riferibili a questi (salve, ovviamente, la disponibilità di armi da fuoco).

Esiste un criterio oggettivo per individuare con valutazione ex ante (troppo facile ex post) un'inerzia/omissione da parte dell'organo requirente tale da integrare gli estremi della grave violazione di legge caratterizzata da negligenza inescusabile?

Non dimentichiamo- circostanza non trascurabile - il giudice civile è chiamato a effettuare una valutazione prognostica con oggetto gli atti di un procedimento penale, per accertare se la discrezionalità della quale il p.m. certamente gode in relazione alle determinazioni da adottare in sede di indagini preliminari sia tracimata in un'inerzia espressiva di negligenza o si sia fondata su una superficiale o incompleta comprensione degli elementi in fatto.

In realtà, come risulta dalle indicazioni della S.C. i profili sottesi alla valutazione di responsabilità sono due, non sovrapponibili. Da un lato la valutazione sulla sussistenza di negligenza; in seguito, ove riscontrata la negligenza , l'incidenza causale della stessa, in base alla formula del "più probabile che non". In questo senso, l'individuazione della regola giuridica in base alla quale accertare la sussistenza del nesso causale tra fatto illecito ed evento, deve ritenersi censurabile in sede di legittimità ai sensi del citato art. 360, 1º comma, n. 3), c.p.c., sotto il profilo della violazione delle regole di diritto sostanziale recate dagli art. 40 e 41 cp e 1127, 1º comma, cc,

laddove l'errore consistente nell'individuazione delle conseguenze che sono derivate dall'illecito, costituisce una valutazione di fatto, sottratta al vaglio di legittimità se adeguatamente motivata.

In realtà la decisione della S.C. non pare preludere inevitabilmente a una affermazione di responsabilità, suggerendo piuttosto la necessità di un'accurata ponderazione delle possibili spiegazioni del ciclo causale che ha condotto alla lesione in concreto verificatasi. In estrema sintesi, la S.C. ha imposto una contestualizzazione globale del giudizio controfattuale; un giudizio che se posto in termini puramente astratti appare scarsamente selettivo e se condizionato dagli esiti della vicenda acriticamente prodromico al riconoscimento di responsabilità.

La verifica della rilevanza causale di una condotta omissiva consiste nell'accertamento della probabilità positiva o negativa del conseguimento del risultato idoneo a evitare il rischio specifico di danno, riconosciuta alla condotta omessa. Nondimeno, la valutazione deve essere rapportata al caso di specie, tenendo conto di tutti gli elementi accertati in atti o che avrebbero potuto essere accertati in funzione di tale valutazione.

Dal fatto che un coltello sia in astratto (quasi) sempre "rimpiazzabile" non può di per sé discendere automaticamente il disconoscimento della rilevanza causale dell'aver omesso di sequestrare uno specifico oggetto; occorre considerare se e come l'autore della condotta si sarebbe potuto trovare in concreto nella condizione di procedere a quella medesima azione in termini e condizioni analoghe, considerati tutti gli specifici fattori del caso.

Se è possibile, senza voler formulare una critica alla prospettazione della S.C. - proporre una lettura integrativa della stessa, si potrebbe ritenere che l'attenzione non dovrebbe essere centrata – come pure molti interpreti hanno ritenuto – sulla valutazione dell'incidenza causale della condotta, quanto (anche, quantomeno) su un altro presupposto della responsabilità aquiliana.

Ci si dimentica (o si trascura) che stiamo parlando di colpa e che la colpa deve essere "rapportata" a parametri. Parametri normati, in molti casi; espressi da fonti subordinate anche "atipiche"- pensiamo ad es. ai protocolli medici - oppure comunque sintesi condivise dello "stato dell'arte".

La buone prassi investigative esistono, quantomeno tra gli addetti ai lavori non caratterizzati da un approccio ipocrita al problema. E sono buone prassi che devono essere rapportate- meglio contestualizzate- alla caratteristiche professionali del p.m. (o vogliamo pensare che 3 o 20 anni di procura determinino la medesima "aspettativa" in termini di risultato?) ai mezzi (organizzativi e di disponibilità di polizia giudiziaria) a disposizione dell'organo requirente, alle specifiche condizioni

di lavoro, generali e contingenti. E alla luce delle peculiarità che – spesso- presenta l'attività dell'ufficio requirente, considerando gli altri procedimenti (specie quelli urgenti) che un P.M. deve trattare e che inevitabilmente sottraggono energie e attenzione: elementi che indubbiamente incidono (come può accadere ad es., per gli operatori sanitari) sulla qualità e sui tempi del "prodotto" finale. Esattamente come dovrebbe accadere per ogni altra ipotesi di colpa.

Inoltre, anche se indubbiamente ci troviamo di fronte a un potenziale caso di danno aquiliano, una trasposizione diretta e integrale di principi maturati in tema di responsabilità extracontrattuale in altri settori potrebbe essere non del tutto condivisibile, dovendo il sistema deve tenere conto del ruolo, dei poteri e degli obblighi del potenziale "danneggiante" nel momento in cui pone in essere l'attività cui si ricollegano i pregiudizi.

Una valutazione della condotta dovrebbe essere inserita in una globale "comparazione " di interessi, ossia nell'ambito di un bilanciamento che consideri il del doveroso rispetto, da parte dell'organo inquirente, dei diritti e delle facoltà dei soggetti sottoposti a indagini, la cui "compressione" deve essere il frutto - a sua volta – di un'analisi del quadro probatorio, della fondatezza statica e dinamica dello stesso e delle esigenza di cautela rispetto agli interessi specifici della persona offesa., parametrati sulle buone prassi investigative menzionate.

Valutazione che evidentemente deve essere effettuata sulla base di una prospettazione ex ante di tutti gli elementi che, in chiave investigativa e in prospettiva prognostica, il p.m. avrebbe potuto e dovuto considerare; fuorviante ed errato sarebbe un approccio condizionato dallo sviluppo concreto dei presupposti, con valutazione ex post, che può essere suggerita da una esigenza remunerativa nei confronti delle vittime del reato ma che finirebbe per condizionare le scelte dell'organo requirente. Come è stato correttamente osservato "*anche a fronte di un'inerzia rilevante, non ci si può accontentare di stabilire che siffatto contegno abbia in qualche modo incrementato il rischio di esporre a un vulnus determinati interessi individuali; l'omissione, piuttosto, deve assurgere a fattore che abbia inciso in maniera rilevante, in termini probabilistici, nella verificazione del pregiudizio manifestatosi"*.[8]

Il delicato equilibrio di interessi che emerge dalla problematica trattata può in effetti trovare una chiave di lettura proprio solo svincolando la doverosa presenza solidaristica dello Stato a fronte

[8] Cosi A. PALMIERI, "Responsabilità dello Stato per omissioni nell'attività di indagine da parte del pubblico ministero: il ruolo chiave dell'indagine sul nesso causale", in Questione Giustizia, 15.5.2019

di soggetti vittime di reato violenti e socialmente particolarmente odiosi dalla valutazione in termini stringenti di responsabilità aquiliano l'operato del p.m.

Una possibilità che non può che derivare da confronto del quadro globale storico a disposizione dell'organo requirente con le "buone prassi" investigative; solo alla luce di tale comparazione la valutazione controfattuale potrebbe porsi come corretta chiave di lettura del rapporto eziologico, conciliando le esigenze di tutela con una dinamica investigativa sintonica al dettato costituzionale così come alle effettive condizioni di lavoro- soggettive e oggettive- del potenziale autore del "danno".