

Numero 3 - 2018

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*



Direttore

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

Comitato di direzione

CECILIA BERNARDO (*giudice del Tribunale di Roma*) - MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) - PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) - MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - VITTORIO CORASANITI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - ALESSANDRO D'ANDREA (*segretario generale della Scuola superiore della magistratura*) - COSIMO D'ARRIGO (*consigliere della Corte di cassazione*) - BALDOVINO DE SENSI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) - LORENZO DELLI PRISCOLI (*consigliere della Corte di cassazione*) - PAOLA D'OVIDIO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - GIANLUCA GRASSO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - STEFANO GUIZZI (*consigliere della Corte di cassazione*) - ANTONIO LEPRE (*sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Paola*) - FERDINANDO LIGNOLA (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) - NICOLA MAZZAMUTO (*presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina*) - ENRICO MENGONI (*consigliere della Corte di cassazione*) - LOREDANA MICCICHÉ (*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 3°

(settembre-dicembre 2018)

Gli Autori	5
MARIO CICALA, <i>Magistratura e scelte politiche dello stato: il “caso Salvini”</i>	6

CIVILE

CORRADO MISTRI - MARIA CRISTINA DE ANGELIS, <i>I principali profili giuridici del diritto di cronaca e di critica nei più recenti interventi giurisprudenziali delle sezioni civili della Corte di cassazione</i>	9
ANTONIO MONDINI, <i>L'assegno di divorzio dopo la sentenza delle sezioni unite n. 18287/2018: indicazioni per il giudizio di merito</i>	36
BEATRICE FICCARELLI, <i>Anticipazione della “prova” e controversie riguardanti minori: in favore delle consulenze esperte psicologiche ante causam.</i>	53
ALBERTO BARBAZZA, <i>Rimedio risolutorio e sopravvenienze non codificate</i>	72
GIULIA TRAVAN, <i>Buona fede integrativa e potere correttivo del giudice (nota a Tribunale Treviso, sentenza n. 1956/2018)</i>	81
SALVATORE CASCIARO, <i>La detenzione amministrativa e la convalida</i>	93

PENALE

ALESSANDRO CENTONZE, <i>Particolare tenuità del fatto, condotte riparatorie ed estinzione dell'illecito penale: gli interventi chiarificatori delle sezioni unite e l'individuazione di soglie omogenee di offensività</i>	114
ANTONIO D'AMATO, <i>L'esperienza delle buone prassi: un nuovo modello di dirigente per gli uffici giudiziari</i>	133
MARTINA BONANNO, <i>La cessione di autoscatto pedopornografico tra esigenze di tutela e libertà di autodeterminazione (Nota a Cassazione penale, Sezione III, sentenza 21 marzo 2016, n. 11675)</i>	144
CESARE PARODI, <i>Riti speciali e sopravvivenza del sistema</i>	162
MARISTELLA CERATO, <i>Violenza domestica: proposte di riforma</i>	172
PIETRO POLLIDORI, <i>La tutela penale dei lavoratori all'estero</i>	182

EUROPA

ANNA FERRARI, *Modelli di gestione amministrativa di carcere e misure alternative alla pena detentiva: le peculiarità dell'ordinamento italiano nel quadro europeo*186

Gli Autori

Alberto BARBAZZA, *giudice del Tribunale di Treviso*

Martina BONANNO, *tirocinante presso la Procura della Repubblica di Torino*

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

Alessandro CENTONZE, *consigliere della Corte di cassazione*

Maristella CERATO, *sostituto procuratore generale presso la Corte d'appello di Venezia*

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

Maria Cristina DE ANGELIS, *tirocinante ex art. 37 d.l. n. 98 del 2011 presso la Procura generale della Corte di cassazione*

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

Beatrice FICCARELLI, *professore associato di Diritto processuale civile presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Siena*

Corrado MISTRI, *sostituto procuratore generale della Corte di cassazione*

Antonio MONDINI, *consigliere della Corte di cassazione*

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

Pietro POLLIDORI, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma*

Giulia TRAVAN, *tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013 presso la prima sezione civile del Tribunale di Treviso*

MARIO CICALA

Magistratura e scelte politiche dello stato: il “caso Salvini”

Appare opportuno che la magistratura associata rifletta sulle peculiarità dello scontro che riduttivamente possiamo intestare a Salvini.

Nello scontro ‘mani pulite’ vi era nel Paese un diffuso “idem sentire” sui fatti e sui valori da applicare ai fatti: bastava perciò un avviso di reato della Procura di Milano e i politici cascavano come birilli.

Nello scontro ‘Berlusconi’ la convergenza sui valori è rimasta, il conflitto era sui fatti: i milioni di elettori che hanno continuato a votare per il Cavaliere non negano che i fatti a lui contestati costituiscano, in via di principio, degli illeciti, ma lo ritenevano e lo ritengono innocente e magari perseguitato; i meno ostili alla magistratura fra i sostenitori di Berlusconi ammettono abbia violato qualche legge, ma lo considerano anche il politico di cui aveva bisogno l’Italia (in fondo Machiavelli ci ha insegnato che un buon politico deve essere anche un poco birbone)

Il conflitto ‘Salvini’ è molto più radicale; gli elettori che direttamente o indirettamente appoggiano Salvini, lo ritengono ‘colpevole’ dei fatti addebitati e lo sostengono proprio perché ‘colpevole’, perché condividono la politica di respingimento. Sono contrari alla politica dell’accoglienza che possiamo intestare a Renzi ed a Papa Francesco (che però mi pare si vada facendo più prudente).

Dunque, il conflitto non è più con un uomo politico “scomodo”, è conflitto con una linea politica che appare maggioritaria, e che potrebbe affermarsi nelle prossime elezioni europee; che trova larghe convergenze ideali e di fatto in tutti i paesi dell’Unione, anche in quelli che a parole continuano a predicare la accoglienza.

Di fronte a questa inedita realtà, molti magistrati indossano la toga e dicono: ‘siamo la bocca della legge, i suoi fedeli esecutori, prendetevela con leggi, Costituzione, trattati ecc. Se non vi piacciono cambiatele’ . Una visione tranquillante cui ho aderito con entusiasmo nei primi anni della mia attività di giudice perché, all’epoca, ero convinto che la lettera della legge dello Stato fosse un guida sicura nella ricognizione del diritto.

Non ritengo che simile visione sia oggi ancora utile ed attuale. Spiegare diffusamente il perché richiederebbe una argomentazione troppo ampia che altrove ho cercato di mettere per iscritto. Qui mi basta sottolineare il ruolo crescente assunto da una giurisprudenza dinamica che precorre il legislatore e ritiene di contribuire al progresso sociale con pronunce innovative (come affermato dalla CEDU nel “caso Contrada”). Ed in questo quadro mi pare ovvio riconoscere che la magistratura si fa portatrice di valori politici, diviene un soggetto politico sia pur “alto” e nobile. Si tratta di una realtà resa ancor più evidente dal documento di Area- Magistratura Democratica che bolla la politica del Governo sulla immigrazione affermando che essa “integra la violazione di diritti fondamentali della persona umana, la cui tutela è imposta allo Stato italiano ed alle sue Istituzioni da norme cogenti di diritto interno ed internazionale”; e presenta caratteri di rilevanza penale.

Si tratta di prese di posizione che incidono anche sulla politica estera del Paese. In quanto bollano come reato la stessa minaccia di bloccare l’accesso ai porti italiani dei migranti ove l’Europa non si faccia carico della gestione dei migranti accettando il principio: “chi entra in Italia, entra in Europa”.

Dunque, se noi magistrati siamo, sotto importanti profili, liberi e creativi, se interveniamo nel dibattito politico con documenti collettivi che costituiscono la contestazione della politica del Governo e prospettano una linea alternativa, da attuare in via giudiziaria, non possiamo più pretendere la insindacabilità politica dei nostri atti e dei nostri atteggiamenti, adducendo il loro carattere meramente esecutivo di una volontà altrui.

Possiamo e dobbiamo pretendere (e dare) rispetto, così come sottolineato nel documento di MI. Ma il mero rifiuto di un confronto critico, o anche solo, la apparenza di un rifiuto, risulterebbe incomprensibile; quanto meno a quegli italiani che non condividono il documento di Area cui ho alluso.

CORRADO MISTRI - MARIA CRISTINA DE ANGELIS

I principali profili giuridici del diritto di cronaca e di critica nei più recenti interventi giurisprudenziali delle sezioni civili della Corte di cassazione

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'informazione a mezzo stampa e la sua evoluzione. - 3. La diffamazione a mezzo stampa. - 4. I limiti del diritto di cronaca. - 5. Il diritto alla riservatezza. - 6. Diritto di cronaca e atti coperti dal segreto istruttorio. - 7. L'attualità della notizia e il diritto all'oblio. - 8. La prescrizione dell'illecito esercizio del diritto di cronaca. - 9. Conclusioni.

1. Premessa.

I diritti legati all'informazione rappresentano uno dei centri del dibattito sociale, politico e giuridico attuale, poiché strettamente legati alla quotidianità della società civile: il diritto di cronaca, o diritto di informare, infatti, costituisce una delle articolazioni della libertà di manifestazione del pensiero che si concreta nel diritto di esporre e divulgare informazioni afferenti a fatti considerati di pubblico interesse.

La protezione offerta dall'articolo 21 della Costituzione non è tuttavia sufficiente a garantire un pacifico esplicarsi del diritto di cronaca, trovando necessario contrappeso nell'altrettanto tutelato diritto alla riservatezza dei consociati nonché nelle norme penali relative ai delitti contro l'onore, tanto è vero che la cronaca, soprattutto a mezzo stampa, per un lato rappresenta espressione di libertà costituzionalmente tutelate dell'individuo e, come tale, è anche causa di giustificazione rispetto all'antigiuridicità di una condotta penalmente rilevante, per l'altro costituisce circostanza aggravante di tutti quei reati lesivi dell'onore della persona, come bene giuridico protetto del dettato di cui all'articolo 2 della Costituzione.

Il diritto di cronaca come diritto di informare e di essere informati è, come noto, espressamente tutelato dall'articolo 21 della Carta Costituzionale, al qual proposito va ricordato come, sin dalla sentenza n. 105 del 10 luglio 1972, la Corte Costituzionale abbia ritenuto <<esiste un interesse generale all'informazione>> che, quale manifestazione dei diritti propri di una democrazia <<implica una pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime,

assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee>>.

La libertà di informazione, e per essa il diritto di cronaca quale espressione della libertà di pensiero, è tutelata anche in ambito sovranazionale dall'articolo 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo del 1948 e dall'articolo 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dalla Carta di Nizza, che, all'articolo 11, riconosce non solo la libertà di ricevere e di comunicare informazioni ma anche il pluralismo dei mezzi di informazione.

Anche il diritto di critica, quale valutazione soggettiva che viene sviluppata di quel fatto storico oggetto della cronaca, viene ricondotto all'alveo delle libertà costituzionalmente tutelate dall'articolo 21 Cost.: esso non si manifesta solamente nella semplice esposizione dell'opinione del giornalista su determinate circostanze, ma si caratterizza per essere una interpretazione di fatti considerati di pubblico interesse, avendo di mira non l'informare, bensì l'interpretare l'informazione e, partendo dal fatto storico, il fornire giudizi e valutazioni di carattere personale.

Pur presentando tra loro sostanziali differenze, la disciplina del diritto di cronaca e di critica si muove parallelamente, sotto la protezione o con i limiti derivanti dalle stesse norme e per tale ragione i due aspetti verranno trattati congiuntamente.

2. L'informazione a mezzo stampa e la sua evoluzione.

Il principale veicolo per la circolazione delle notizie di interesse pubblico è costituito dalla stampa, settore di cui la legge n. 47 del 1948 rappresenta tutt'oggi la primaria fonte normativa e secondo la quale *sono considerate stampe o stampati, ai fini di questa legge, tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione.*

Stante l'evoluzione dei mezzi di diffusione delle informazioni, peraltro, non solo per ciò che concerne la televisione, ma soprattutto per il nuovo mondo della comunicazione digitale, si sono resi necessari interventi di ammodernamento della disciplina, prima fra tutti la legge n. 62 del 2001: 'Nuove norme sull'editoria e i prodotti editoriali', che definisce il concetto di *prodotto editoriale*, quale *prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il*

pubblico con ogni mezzo, anche elettronico, o attraverso la radiodiffusione sonora o televisiva, con esclusione dei prodotti discografici o cinematografici.

Conseguentemente, ai sensi della predetta legge ed in accordo con la giurisprudenza maggioritaria della Suprema Corte di cassazione¹, la tutela costituzionale offerta dall'articolo 21 Cost. deve considerarsi estesa anche a quei mezzi di informazione digitali (*in primis* i quotidiani *online*) caratterizzati da una testata, diffusi o aggiornati con regolarità, organizzati in una struttura con un direttore responsabile, una redazione ed un editore registrato presso il registro degli operatori della comunicazione, finalizzati all'attività professionale di informazione diretta al pubblico, cioè di raccolta, commento e divulgazione di notizie di attualità e di informazioni da parte di soggetti professionalmente qualificati; pertanto <<nel caso in cui sia dedotto il contenuto diffamatorio di notizie ivi contenute, il giornale pubblicato, in via esclusiva o meno, con mezzo telematico non può essere oggetto, in tutto o in parte, di provvedimento cautelare preventivo o inibitorio, di contenuto equivalente al sequestro o che ne impedisca o limiti la diffusione, ferma restando la tutela eventualmente concorrente prevista in tema di protezione dei dati personali>>.

La prospettazione giurisprudenziale muove dalla rilevabilità delle caratteristiche proprie della stampa cartacea, così come definite dalla legge n. 47 del 1948, anche nell'ambito della stampa *online*, laddove il requisito della riproduzione delle informazioni destinate alla divulgazione possa dirsi sussistente anche in presenza del semplice trasferimento dei dati ovvero della lettura degli stessi dalla pagina *on line* del quotidiano alla schermata *web* del lettore; il concetto di stampa diventa quindi di più ampio respiro, essendo centrale la connotazione finalistica del mezzo stampa, ovvero la destinazione al pubblico dell'informazione, per cui i requisiti strutturali possono adattarsi al mezzo stesso della comunicazione.

Inoltre, anche le Corti sovranazionali, *in primis* la Corte di Giustizia UE, hanno da tempo equiparato la stampa su carta e la stampa *online*, attese le medesime finalità divulgative.

Va pertanto tenuta ben distinta l'area dell'informazione di tipo professionale, veicolata per il tramite di una testata giornalistica *online*, dal vasto ed eterogeneo ambito della diffusione di notizie ed informazioni da parte di singoli soggetti in modo spontaneo; le forme di comunicazione telematica richiamate sono certamente espressione del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, ma non possono godere delle specifiche garanzie costituzionali previste per la stampa.

¹ Cass. civ., Sez. Un., 18 novembre 2016, n. 23469; ed ancora Cass. pen., Sez. Un., 29 gennaio 2015, n. 31022.

Solamente il giornale telematico, sia se riproduzione di quello cartaceo, sia se unica e autonoma fonte di informazione professionale, è sottoposto alla normativa sulla stampa, in quanto ontologicamente e funzionalmente è assimilabile alla pubblicazione cartacea, da ciò conseguendo che la « *stampa telematica* », al pari di quella tradizionale, in quanto emancipata da qualsiasi forma di censura, non può essere sottoposta a sequestro preventivo, se non nei casi eccezionali espressamente previsti dalla legge, e soggiace alle norme che disciplinano la responsabilità per gli illeciti commessi.

Le garanzie e le responsabilità previste, per la stampa, dalle disposizioni sia di rango costituzionale, sia di livello ordinario, devono essere ovviamente riferite ai soli contenuti redazionali e non anche ad eventuali commenti inseriti dagli utenti, che attivano un *forum*, vale a dire una discussione su uno o più articoli pubblicati.

Con riferimento, infatti, ai nuovi mezzi, informatici e telematici, di manifestazione del pensiero (*forum, blog, newsletter, news-group, mailing list, pagine Facebook*), a prescindere dalle caratteristiche specifiche di ciascuno di essi, viene rimarcata la loro diversa disciplina e tutela rispetto alla stampa, riconducendo i medesimi alla generale categoria degli altri mezzi di pubblicità, di talché si ritiene *ammissibile, nel rispetto del principio di proporzionalità, il sequestro preventivo ex articolo 321 cod. proc. pen., di un sito web o di una singola pagina telematica, anche imponendo al fornitore dei relativi servizi di attivarsi per rendere inaccessibile il sito o la specifica risorsa telematica incriminata.*

3. La diffamazione a mezzo stampa.

Come previamente accennato, esiste una relazione di contiguità fra la libertà di informare - *id est* diritto di cronaca - ed il reato di diffamazione, laddove le libertà di manifestare il proprio pensiero e di divulgarlo non possono sfociare nella libertà di diffamare l'altrui personalità: detto reato è infatti aggravato dall'uso della stampa in ragione della pubblicità di tale strumento, che consente di comunicare l'offesa a più persone con conseguente maggiore lesione del bene giuridico tutelato dalla norma, l'onore della persona offesa, riconducibile ai diritti della personalità protetti dall'articolo 2 della Costituzione.

La recente giurisprudenza della Suprema Corte di legittimità² ha esteso la tutela dell'onore a tutte le condotte offensive dell'altrui reputazione perpetrate mediante l'uso di mezzi di pubblicità, concetto comprendente tutti quei sistemi di comunicazione e diffusione, dai *fax* ai *social media*, che rendono possibile, grazie all'evoluzione tecnologica, la trasmissione di dati e di notizie a un numero elevato di persone, ritenendo in particolare che l'uso dei *social networks*, e quindi la diffusione di messaggi veicolati a mezzo internet, integri un'ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'articolo 595, comma 3, cod. pen., trattandosi di condotta potenzialmente capace di raggiungere un numero indeterminato o, comunque, quantitativamente apprezzabile di persone, qualunque sia la modalità informatica di condivisione e di trasmissione.

Analogamente la pubblicazione di un messaggio diffamatorio sulla bacheca *facebook* (o altra piattaforma) con l'attribuzione di un fatto determinato configura il reato di cui all'articolo 595, commi 2 e 3, cod. pen., ed è inclusa nella tipologia di qualsiasi altro mezzo di pubblicità e non nella diversa ipotesi del mezzo della stampa, giustapposta dal legislatore nel medesimo comma; deve, infatti, tenersi distinta, come ricordato più sopra, l'area dell'informazione di tipo professionale, diffusa per il tramite di una testata giornalistica *online*, dall'ambito, più vasto ed eterogeneo, della diffusione di notizie ed informazioni da parte di singoli soggetti in modo spontaneo, di talché, in caso di diffamazione mediante l'utilizzo di un *social network*, non è applicabile la disciplina prevista dalla l. n. 47 del 1948, ed in particolare la circostanza aggravante ad effetto speciale di cui all'articolo 13 della legge da ultimo citata.

Sebbene la diffamazione a mezzo stampa rappresenti ipotesi di illecito penale, il soggetto leso, con sempre maggiore frequenza rispetto all'azione penale, agisce per il risarcimento dei danni in sede civile, principalmente per evitare lo *strepitus fori* inevitabilmente connesso alla celebrazione di un procedimento penale.

Presupposto affinché possa essere riconosciuta la pretesa risarcitoria è, in primo luogo, che la condotta diffamatoria comporti una effettiva lesione dell'onore e del prestigio goduto fra i consociati³, non essendo sufficiente il solo pregiudizio dell'opinione che ciascuno ha di sé; la condotta asseritamente diffamatoria della persona non va valutata, quindi, *quam suis*, bensì come effettiva lesione dell'onore e della reputazione di cui la persona goda tra i consociati.

² Cass. pen., sez. V, 23 gennaio 2017, n. 8482

³ Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2017, n. 14447.

Il danno all'onore e alla reputazione non diviene, poi, risarcibile *in re ipsa*⁴, in quanto la lesione del bene giuridico individuale onore è protetta in sede penale: in sede civile acquisteranno rilievo le conseguenze di tale lesione, ovvero le conseguenze della notizia diffamatoria fra il pubblico e dei comportamenti di questo nei confronti del soggetto leso.

Il danno, in altre parole, deve essere allegato e provato da chi chiede il relativo risarcimento anche se è consentito il ricorso a valutazioni prognostiche e a presunzioni sulla base di elementi obiettivi che è onere del danneggiato fornire, assumendo a tal fine rilevanza, quali parametri di riferimento, la diffusione dello scritto, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della vittima.

Va da ultimo evidenziato che una recente decisione della Corte di legittimità⁵, sulla base di orientamento consolidato dalla pronuncia di Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 3727, rimarca ulteriormente come <<*la portata della violazione, sotto il profilo della limitatezza e della marginalità [...] va apprezzata dal giudice di merito [...] sul piano civilistico, di quello della irrisarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità, espressione del principio di solidarietà di cui all'articolo 2 Cost., di tolleranza della lesione minima, e la relativa valutazione è incensurabile in sede di legittimità, ove congruamente motivata*>>.

4. I limiti del diritto di cronaca.

La necessità di bilanciare l'interesse alla libertà di informazione e quello della protezione della sfera personale di ogni individuo ha portato la giurisprudenza, all'esito di un lungo processo interpretativo, a delineare caratteri e limiti del diritto di cronaca, che è necessario rispettare affinché il suo esercizio possa essere qualificato quale scriminate per l'eventuale antigiuridicità della condotta del giornalista.

La nozione di limiti del diritto di cronaca è stata elaborata dalla Suprema Corte di cassazione, come noto, in pronunciati oramai risalenti nel tempo, che hanno individuato i criteri in base ai quali l'esercizio del diritto di cronaca può prevalere sul diritto alla riservatezza e all'onore del soggetto protagonista della notizia; tali requisiti sono la continenza, la pertinenza e la veridicità dell'informazione.

- La verità della notizia

⁴ Cass. civ., sez. I, 16 aprile 2018, n. 9385; Cass. civ., sez. III, 26 ottobre 2017, n. 25420.

⁵ Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2018, n. 24173.

Il limite della veridicità assume una duplice accezione relativamente alla pubblicazione della notizia: il giornalista deve infatti garantire non solo che il fatto sia vero, o quantomeno ragionevolmente vero rispetto alle fonti da cui proviene⁶, ma anche che questo non sia stato esagerato nel resoconto delle circostanze effettuato da lui o da terzi.

Il giornalista è quindi sempre chiamato a verificare la fondatezza delle informazioni, sia quando sono state da lui stesso ricavate sia quando gli sono state riferite da un terzo: in questo secondo caso è necessario che il giornalista non si limiti a ricevere passivamente la notizia, ma si attivi nell'accertamento dell'attendibilità dei fatti lui pervenuti secondo i doveri di correttezza che la sua professione gli impone; è quindi legittimo l'esercizio del diritto di cronaca quando sia riportata la verità oggettiva (o anche solo putativa) purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca dei fatti esposti, che non può ritenersi rispettata quando, pur essendo veri i singoli fatti riferiti, siano dolosamente o anche soltanto colposamente taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato⁷, per cui *<<ogni accostamento di notizie vere può considerarsi lecito se esso non produce un ulteriore significato che le trascenda e abbia autonoma attitudine lesiva>>*.

Quanto al giornalismo di inchiesta, connotato dalla ricerca ed acquisizione autonoma, diretta ed attiva, della notizia da parte del professionista, la Corte di Cassazione⁸ ha formulato il principio di diritto secondo cui esso gode di ampia tutela ordinamentale *<<tale da comportare, in relazione ai limiti regolatori dell'esercizio del diritto di cronaca e di critica già individuati dalla giurisprudenza di legittimità, una meno rigorosa, e comunque diversa, applicazione della condizione di attendibilità della fonte della notizia; venendo meno, in tal caso, l'esigenza di valutare la veridicità della provenienza della notizia, che non è mediata dalla ricezione "passiva" di informazioni esterne, ma ricercata, appunto, direttamente dal giornalista, il quale, nell'attingerla, deve ispirarsi ai criteri etici e deontologici della sua attività professionale, quali, tra l'altro, menzionati nella l. 3 febbraio 1963 n. 69 e nella Carta dei doveri del giornalista>>*; conseguentemente questa modalità di fare informazione non comporta violazione dell'onore e del prestigio di soggetti giuridici, con relativo discredito sociale, qualora ricorrano l'oggettivo

⁶ Cass. civ., sez. III, 5 maggio 2017, n. 10928; e Cass. pen., sez. V, 17 ottobre 2017, n. 51619.

⁷ Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2007, n. 11259.

⁸ Cass. civ., sez. III, 9 luglio 2010, n. 16236.

interesse a rendere consapevole l'opinione pubblica di fatti ed avvenimenti socialmente rilevanti, l'uso di un linguaggio non offensivo e il rispetto della correttezza professionale.

Al proposito, in un caso recentemente deliberato⁹ è stato respinto il ricorso di chi lamentava il non corretto esercizio del diritto di cronaca da parte di una giornalista autrice di un articolo relativo al presunto coinvolgimento di un alto funzionario dello Stato in un'inchiesta per associazione mafiosa, avendo la giornalista, nel rispetto della verità oggettiva del fatto storico, della fedeltà della notizia al contenuto del provvedimento giudiziario, dell'attualità dell'articolo e della continenza espositiva, raccolto contestualmente e pubblicato le dichiarazioni dell'interessato sulla vicenda riferita, con equilibrio informativo e correttezza del servizio giornalistico.

Il requisito della verità priva quindi dell'efficacia scriminante tutte le narrazioni, che, pur veritiere, sovvertono il significato del fatto storico perché svincolate dalla vicenda considerata nella sua interezza; al proposito la più recente giurisprudenza ha ricondotto il carattere diffamatorio dell'informazione non già alla lettura di singole espressioni del testo, bensì all'analisi dell'articolo nella sua interezza¹⁰, con particolare attenzione al titolo ed al sottotitolo dell'articolo, essendo questi in grado di attirare l'attenzione del lettore o di fuorviarlo circa in contenuto dello stesso.

In tema di esercizio dell'attività giornalistica, infatti, il carattere diffamatorio di un articolo non va valutato sulla base di una lettura atomistica delle singole espressioni, ma con riferimento all'intero contesto della comunicazione, comprensiva di titoli e sottotitoli e di tutti gli altri elementi che rendono esplicito, nell'immediatezza della rappresentazione e della percezione visiva, il significato di un articolo, come tali in grado di fuorviare e suggestionare i lettori più frettolosi, dovendosi dunque riconoscere particolare rilievo alla titolazione, in quanto specificamente idonea, in ragione della sua icastica perentorietà, ad impressionare e fuorviare il lettore, ingenerando giudizi lesivi dell'altrui reputazione.

Il requisito della verità va poi valutato rispetto alle circostanze che rappresentano l'effettivo nucleo del fatto riportato, non essendo necessario estendere il campo di indagine agli elementi secondari o meramente accidentali del fatto storico, ove questi non alterino la portata della

⁹ Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2018, n. 14723.

¹⁰ Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 2017, n. 29640.

notizia¹¹, atteso che la verità dei fatti oggetto della notizia non è scalfita da inesattezze secondarie o marginali che non modificano, nel contesto dell'articolo o di altro mezzo di diffusione, la portata informativa dello stesso rispetto al soggetto al quale sono riferibili: la capacità diffamatoria va quindi valutata per il c.d. fatto principale quando questo, indipendentemente da vicende aggiuntive, risulta lesivo degli altrui diritti tutelati dall'ordinamento.

Il criterio della veridicità della notizia divulgata vuole, quale suo necessario corollario, quello della temporaneità: la verità dell'informazione viene infatti valutata avuto riguardo e con riferimento al momento in cui le notizie sono state divulgate, non potendo assumere alcun rilievo le eventuali evoluzioni successive delle circostanze oggetto di narrazione¹²; tale corollario è di particolare importanza soprattutto in tema di cronaca giudiziaria, settore nel quale l'effettiva falsità della notizia - o il suo scostamento dal vero - devono essere accertati rispetto al momento di diffusione della stessa e non per le susseguenti fasi d'indagine o del processo, che ben potrebbero condurre, come sovente accade, a risultati differenti da quelli presentatisi in prima battuta¹³.

Con recente ed interessante pronuncia la Corte di legittimità¹⁴ ha peraltro ritenuto integri <<diffamazione a mezzo stampa, per l'insussistenza dell'esimente del diritto di cronaca giudiziaria, l'attribuzione ad un soggetto nell'ambito di un articolo giornalistico della falsa posizione di imputato, anziché di indagato, in quanto il giornalista riferisca di un'avvenuta richiesta di rinvio a giudizio, in luogo della reale circostanza della notificazione dell'avviso di conclusioni delle indagini preliminari di cui all'art. 415 -bis cod. proc. pen., non potendo detti atti reputarsi equivalenti, dal momento che quest'ultimo, a differenza del primo, non comporta esercizio dell'azione penale ed ha lo scopo di consentire all'indagato l'esercizio del diritto di difesa con la possibilità di un approfondimento delle stesse indagini>>.

Rispetto alla verità dell'informazione esposta, assume poi rilievo anche l'individuabilità del soggetto, in applicazione del principio per cui soltanto un soggetto individuato può dirsi leso dall'esercizio della cronaca giornalistica; peraltro, anche qualora il soggetto non risulti effettivamente nominato, non si può affermare che lo stesso non sia identificabile mediante riferimenti inequivoci a fatti e circostanze di notoria conoscenza, attribuibili ad un determinato

¹¹ Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2017, n. 14447.

¹² Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2017, n. 12013. Conforme Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2013, n. 9458.

¹³ Cass. pen., sez. V, 16 novembre 2010, n. 43382; Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2018, n. 24173.

¹⁴ Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2018, n. 12370.

soggetto oppure deducibili, in termini di affidabile certezza, dal contesto in cui la notizia è inserita¹⁵, mentre altrettanto non può dirsi nel caso in cui vengano pronunciate o scritte frasi offensive nei confronti di una o più persone appartenenti ad una categoria anche limitata se le persone cui le frasi si riferiscono non sono individuabili.

L'individuazione del soggetto coinvolto nella notizia non necessita quindi di una puntuale indicazione nominale, essendo sufficiente che gli elementi relativi alle circostanze raccontate permettano alla comunità di riferimento di poterlo facilmente individuare sulla base di pregresse informazioni condivise¹⁶.

In un recente caso, in particolare¹⁷, è stato disatteso il ricorso di chi lamentava la pubblicazione, in un articolo relativo a inchieste per pedofilia, del proprio nome, omonimo di uno dei soggetti effettivamente condannati per reati sessuali contro minori atteso che, se è vero che per individuare un soggetto determinato non è necessaria una puntuale indicazione nominativa, è altrettanto vero che il soggetto può essere individuato anche mediante l'analisi delle circostanze e degli eventi che possono essere idonei ad attribuire una certa condotta a un determinato individuo; la diffamazione, peraltro, non può mai derivare dalle congetture o dalle percezioni di chi si ritiene essere il destinatario e dove non è possibile individuare con ragionevole certezza il soggetto leso, bisogna concludere per l'insussistenza della diffamazione per il solo fatto che il nome di un omonimo fosse stato pubblicato su un giornale, soprattutto qualora si tratti di fatti verificatisi in contesti territoriali diversi da quelli ove viveva il ricorrente.

Nella decisione di che trattasi la Corte di legittimità chiarisce, in particolare, che *<<l'offesa della reputazione, necessaria ad integrare l'illecito, presuppone l'attitudine della comunicazione a rendere individuabile il diffamato sulla base di elementi che, sebbene non univoci, siano oggettivamente tali da far convergere il fatto offensivo su un determinato soggetto (v. Cass. 10/10/2014, n. 21424, secondo cui l'indicazione del solo cognome, se talvolta permette di identificare una determinata persona (come nel caso di un politico che rivesta un importante incarico pubblico, di un campione sportivo o di una "star" del cinema), non è, di norma, sufficiente ove non sia munita di immediata attitudine individualizzante). È stato al riguardo*

¹⁵ Cass. pen., sez. V, 19 settembre 2014, n. 51096.

¹⁶ Cass. civ., sez. III, 27 agosto 2015, n. 17207.

¹⁷ Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2018, n. 22791.

infatti condivisibilmente osservato che l'offesa dell'altrui reputazione necessaria ad integrare l'illecito diffamatorio presuppone necessariamente l'attitudine della comunicazione a rendere individuabile il soggetto diffamato, sulla base di elementi che, ancorchè non univoci, siano oggettivamente tali da far convergere l'offesa o il fatto offensivo su un determinato soggetto>>>.

La verità dell'informazione rappresenta infine, per ormai consolidata giurisprudenza, la base per il legittimo esercizio del diritto di critica da parte del giornalista, che rappresenta un momento successivo, seppur mai completamente separato, dal diritto di cronaca, in quanto il primo si concretizza nell'interpretazione che il giornalista fa di un fatto storico che, per poter essere lecitamente divulgato, deve corrispondere a quella verità richiesta affinché si possa qualificare tutta l'attività come esercizio di un diritto.

Al proposito va precisato che la critica, in quanto elaborazione di personali convincimenti riguardante determinati eventi, non può ritenersi soggetta, con pari intensità, al rispetto del limite della verità.

Tale assunto non deve comunque portare ad affermare che la critica possa essere fantasiosa o svincolata cioè da qualsivoglia profilo di verità, ponendosi come strumentale pretesto per diffamare l'altrui reputazione, ma nel solo significato che questa, in quanto lettura personale di un determinato fatto, rappresenta un'attività di interpretazione (positiva o negativa che sia) dell'esistenza e della natura di quello stesso fatto; ciò impone di considerare e valutare la critiche sempre come qualcosa di 'finito', poiché frutto di una scelta dell'individuo fra le varie possibilità interpretative generate dal medesimo fatto storico: dove la circostanza obiettiva è una sola, le interpretazioni possono essere molteplici, ed è per questo che non può dirsi ricorrente, con la stessa intensità, il requisito della veridicità dell'informazione 'filtrata' dalla critica.

In tema di diritto di critica, infatti, si è da ultimo ritenuto¹⁸ che i presupposti per il legittimo esercizio della scriminante di cui all'art. 51 c.p., con riferimento all'art. 21 Cost., sono: a) l'esistenza concreta di un pubblico interesse al racconto ed alla divulgazione, ravvisabile anche quando non si tratti di interesse della generalità dei cittadini, ma di quello generale della categoria di soggetti ai quali, in particolare, si indirizza la comunicazione; b) la correttezza formale e sostanziale dell'esposizione dei fatti, che propriamente si sostanzia la c.d. continenza, nel senso che l'informazione non deve assumere contenuto lesivo dell'immagine e del decoro; c) la

¹⁸ Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2018, n. 2357; Cass. pen., sez. V, 2 novembre 2017, n. 7859.

corrispondenza tra la narrazione ed i fatti realmente accaduti; e che sussiste diffamazione quando il legittimo dissenso contro le iniziative e le idee politiche altrui si trasforma in una mera occasione per aggredirne la reputazione altrui con affermazioni che non si risolvono in critica, anche estrema, delle idee e dei comportamenti altrui, nel cui ambito possono trovare spazio anche valutazioni e commenti tipicamente "di parte", cioè non obiettivi, ma in espressioni apertamente denigratorie della dignità e della reputazione altrui ovvero che si traducono in un attacco personale (c.d. attacco *ad hominem*) o nella pura contumelia, da escludersi comunque quando le espressioni usate nell'articolo siano contenute nell'ambito della tematica attinente al fatto dal quale la critica ha tratto spunto, si presentino funzionali all'economia dell'articolo e comunque strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato dall'opinione pesa di mira.

Va comunque ribadito¹⁹ che, in tema di risarcimento del danno a causa di diffamazione a mezzo stampa, <<la ricostruzione storica dei fatti, la valutazione del contenuto degli scritti, la considerazione di circostanze oggetto di altri provvedimenti giudiziari (anche non costituenti cosa giudicata), l'apprezzamento, in concreto, delle espressioni usate come lesive dell'altrui reputazione, l'esclusione dell'esimente dell'esercizio del diritto di cronaca e di critica costituiscono accertamenti di fatto, riservati al giudice di merito ed insindacabili in sede di legittimità se sorretti da adeguata motivazione, esente da vizi logici e da errori di diritto>> e che il giudice di legittimità è unicamente tenuto a verificare <<se il Giudice di appello si sia attenuto, nell'accertamento della fattispecie illecita ex art. 2043 ed ex art. 594 e 595 c.p., ai criteri individuatori della responsabilità civile, come elaborati dalla giurisprudenza di legittimità nella specifica materia, diretti ad attribuire rilevanza a determinati elementi sintomatici della condotta ed idonei a definire il discrimine tra i valori, entrambi aventi fondamento costituzionale, della libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e del rispetto della dignità e della personalità del singolo (art. 2 Cost.)>>.

Un particolare aspetto del diritto di critica è rappresentato dalla satira, definita dalla giurisprudenza come <<modalità corrosiva e spesso impietosa del diritto di critica, sicché, diversamente dalla cronaca, è sottratta all'obbligo di riferire esclusivamente fatti veri, in quanto esprime mediante il paradosso e la metafora surreale un giudizio ironico su di un fatto, pur soggetta al limite della continenza e della funzionalità delle espressioni o delle immagini rispetto

¹⁹ Da ultimo si veda Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2018, n. 24171.

allo scopo di denuncia sociale o politica perseguito>>²⁰; conseguentemente, nella formulazione del giudizio critico, possono essere utilizzate espressioni di qualsiasi tipo, anche lesive della reputazione altrui, purché siano strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato dall'opinione o comportamento preso di mira e non si risolvano in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato.

Diversamente dalla cronaca, si ritiene che la satira sia sottratta al parametro della verità, da ciò conseguendo che quello che rileva al fine di valutarne la liceità è che la satira non si traduca in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato, in quanto la satira viene quasi ad assurgere ad una vera e propria modalità di cronaca, attuata attraverso il paradosso e l'ironia.

- La continenza nell'esposizione

La continenza investe il modo in cui la notizia viene divulgata, potendosi affermare che, laddove alla verità del fatto sia riconosciuto un carattere prettamente sostanziale, essa rappresenti un criterio più formale per l'esercizio del diritto di cronaca.

Anche una notizia vera, se riportata in termini denigratori o dispregiativi per la persona coinvolta nelle circostanze, può assumere un carattere diffamatorio; il limite della continenza espressiva si identifica con la correttezza formale dell'esposizione e la non eccedenza da quanto strettamente necessario per il pubblico interesse, sì da garantire che cronaca e critica non si manifestino tramite strumenti e modalità lesivi dei diritti fondamentali all'onore ed alla reputazione; essa coincide, quindi, con quella correttezza formale di linguaggio che consente di evitare che la divulgazione di un fatto storico si tramuti in uno strumento di lesione degli altrui diritti²¹.

Sotto il profilo della continenza, il giudizio di liceità della cronaca effettuato dal giudice non può limitarsi a una valutazione degli elementi formali ed estrinseci, ma deve estendersi anche ad un esame dell'uso di espedienti stilistici che possono trasmettere ai lettori, anche al di là di una formale ed apparente correttezza espositiva, giudizi negativi sulla persona che si mira a mettere in cattiva luce; le espressioni usate dal giornalista non devono quindi essere dirette all'offesa altrui,

²⁰ Cass. Civ., sez. I, 20 marzo 2018, n. 6919.

²¹ Cass. civ., sez. III, 27 agosto 2015, n. 17211

mediante l'uso di un linguaggio aggressivo o insultante, e neppure volte al giudizio dell'individuo oggetto di notizia, in quanto il lecito esercizio del diritto di cronaca verte sempre sulla divulgazione di un fatto storico e non sulla morale degli individui²².

Il limite della continenza espressiva deve poi essere riferito all'intero contesto in cui la notizia viene divulgata: titolo, sottotitolo, testo, fotografie, tutti gli elementi componenti un articolo (ma come pure un servizio per un telegiornale) devono essere caratterizzati da una modalità di presentazione delle informazioni idonee a impedire che le circostanze vengano percepite come negative o diffamatorie dal destinatario; ad esempio, con riguardo ad una trasmissione televisiva, assumono rilievo le modalità di comunicazione utilizzate ove sia stata realizzata, ad esempio, una peculiare combinazione di immagini e sonoro tra loro, tale da risultare trasmodante il suddetto limite²³.

Anche rispetto all'esercizio del diritto di critica la continenza assume una importanza rilevante: in tutti i casi in cui il giornalista riporti il fatto e contestualmente esprima la propria valutazione delle circostanze, deve aver cura, specialmente nel riportare il proprio commento, di non esprimersi attraverso un linguaggio non consono e connotato da termini ingiuriosi o oltraggiosi o che consentano di qualificare la sua valutazione come meramente dispregiativa dell'altrui condotta.

Il legittimo esercizio del diritto di critica, anche in ambito politico, ove è consentito il ricorso a toni aspri e di disapprovazione più pungenti e incisivi rispetto a quelli comunemente adoperati nei rapporti tra privati, è pur sempre condizionato, come quello di cronaca, dal limite della continenza, intesa come correttezza formale dell'esposizione e non eccedenza dai limiti di quanto strettamente necessario per il pubblico interesse. Ove tuttavia la narrazione di determinati fatti sia esposta insieme ad opinioni dell'autore, in modo da costituire al contempo esercizio di cronaca e di critica, la valutazione della continenza richiede un bilanciamento dell'interesse individuale alla reputazione con quello alla libera manifestazione del pensiero, bilanciamento ravvisabile nella pertinenza della critica all'interesse dell'opinione pubblica alla conoscenza non del fatto oggetto di critica, ma di quella interpretazione del fatto²⁴.

²² Cass. civ., sez. III, 16 novembre 2007, n. 23798.

²³ Cass. civ., sez. III, 27 agosto 2015, n. 17211.

²⁴ Cass. civ., sez. III, 20 gennaio 2015, n. 841.

È stato tuttavia rilevato dalla giurisprudenza della Suprema Corte²⁵ che l'utilizzo di espressioni aspre può comunque essere considerato continente, ai fini della ricorrenza dell'esimente di cui all'articolo 51, cod. pen., in quanto non necessariamente una critica anche estremamente dura può essere qualificata come diffamatoria laddove non emerga una vera e propria aggressione verbale nei confronti dell'interessato: l'elemento discriminante deve essere individuato nell'aderenza della critica, ancorché polemica, a un fatto reale, dovendosi considerare la stessa una sollecitazione, da parte dello scrivente, al ripristino di un comportamento considerato corretto.

Rientra comunque, come ricordato, nella valutazione di merito sottratta all'apprezzamento del giudice di legittimità l'opera interpretativa del giudice di merito chiamato a distinguere tra effettiva prova di critica giornalistica e comportamento che, invece, mancando di qualsiasi connotato di logica e giustificatezza della analisi, finisce con l'integrare una diffamazione non scriminabile perché consistente in un uso apparente della dialettica, volto a coprire la sola ed effettiva volontà di fare non informazione ma disinformazione, creando suggestioni, proponendo accostamenti indebiti di fatti diversi ma somiglianti rispetto a quelli accaduti e, in una espressione, una immagine consapevolmente ma ingiustificatamente e gratuitamente distorta del soggetto bersaglio²⁶.

- Il pubblico interesse alla divulgazione della notizia

Il terzo requisito previsto per il legittimo esercizio del diritto di cronaca è rappresentato dal pubblico interesse alla divulgazione dell'informazione: tale concetto deriva dalla necessità che una notizia, sia pure vera e comunicata con adeguato linguaggio, risponda all'interesse che la collettività può manifestare rispetto alla conoscenza dell'informazione stessa.

La pertinenza della notizia si valuta quindi sull'aderenza della sua divulgazione alle necessità informative dei destinatari, avendo riguardo anche alla notorietà o meno dei soggetti coinvolti, nonché alla rilevanza del fatto.

Quanto al primo aspetto va rimarcato come una notizia riguardante tali soggetti possa assumere rilevanza pubblica proprio in ragione della notorietà di questi all'interno della comunità di riferimento; a tale proposito la giurisprudenza ha sottolineato come, per comunità di

²⁵ Cass. pen., sez. V, 7 luglio 2015, n. 50099.

²⁶ Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2016, n. 3439; Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2018, n. 24171.

riferimento, non debba intendersi necessariamente una comunità nazionale o internazionale, assumendo rilievo anche la notorietà locale del soggetto laddove il fatto storico assuma una specifica valenza per i suoi consociati o sia caratterizzato in modo tale da conferire alla sua divulgazione un *apprezzabile interesse sociale*²⁷.

Il rilevante interesse pubblico per la notizia deve considerare, poi, la natura delle circostanze da divulgare: fatti che generano un particolare allarme sociale (ad esempio ipotesi di reato) sono quasi sempre considerati di pubblico interesse, proprio per la carica negativa che essi esprimono.

La Corte di Giustizia europea, con una recente sentenza²⁸ si è pronunciata a favore della rilevanza per la collettività di una notizia avente ad oggetto fatti di reato, privilegiando il diritto-dovere di informare i propri consociati a scapito del diritto alla riservatezza degli individui coinvolti, anche se poi scagionati dalle accuse, addirittura – nel caso esaminato in sentenza – considerandosi lecita la diffusione delle trascrizioni delle intercettazioni, una volta venuto meno il segreto istruttorio.

Anche il criterio della pertinenza è comunque caratterizzato da una propria temporaneità: laddove una ritardata diffusione delle informazioni rischierebbe di privare la notizia della sua rilevanza sociale²⁹, una divulgazione di notizie passate, o superate da nuovi eventi, non può certamente essere qualificata come pertinente³⁰, atteso che l'interesse pubblico alla conoscenza di un dato fatto è legato all'attualità dello stesso; conseguentemente <<la persistente pubblicazione e diffusione, su un giornale on line, di una risalente notizia di cronaca [...] esorbita, per la sua oggettiva e prevalente componente divulgativa, dal mero ambito del lecito trattamento di archiviazione o memorizzazione on line di dati giornalistici per scopi storici o redazionali, configurandosi come violazione del diritto alla riservatezza quando, in considerazione del tempo trascorso, sia da considerarsi venuto meno l'interesse pubblico alla notizia stessa>>; di tale aspetto si parlerà più diffusamente nel successivo paragrafo 7., in tema di diritto all'oblio.

5. Il diritto alla riservatezza.

²⁷ Cass. civ., sez. III, 5 maggio 2017, n. 10925.

²⁸ CGUE *Seferi Yilmaz contro Turchia* sent. 13 febbraio 2018

²⁹ Ancora CGUE *Seferi Yilmaz contro Turchia* sent. 13 febbraio 2018.

³⁰ Cass. civ., sez. I, 24 giugno 2016, n. 13161.

Un altro bene giuridico tutelato dall'ordinamento che spesso si pone in contrasto con l'esercizio del diritto di cronaca è rappresentato dalla riservatezza dei dati personali.

Gli interventi legislativi in tema di tutela della *privacy* hanno notevolmente inciso sui contorni del diritto di cronaca, essendo finalizzati ad armonizzare contrapposti interessi in gioco: da un lato, quello del giornalista al libero esercizio del diritto di cronaca, dall'altro, quello del singolo a non veder lesa la propria sfera personale di riservatezza.

La tutela diritto alla riservatezza dei singoli, quale diritto dell'individuo oggetto della notizia divulgata affinché non vengano rivelati dati in misura maggiore di quanto necessario per assicurare la correttezza dell'informazione per il lettore destinatario, è stata recentemente rafforzata dal Reg. CE 2016/679, il Regolamento generale della protezione dei dati personali, che ha iniziato ad avere efficacia, dopo un periodo di transizione di due anni, il 25 maggio 2018 e che va a sostituire la normativa interna, in particolare il codice per la protezione dei dati personali.

L'obiettivo del Regolamento è quello di armonizzare la legislazione dei diversi Stati membri dell'Unione in tema di protezione dei dati sensibili degli individui, comprendenti non solo il *dato personale* ma anche dati genetici, biometrici e sulla salute, ovvero tutte quelle informazioni identificative dell'individuo, che permettono di 'isolarlo' nella comunità analizzandone il profilo.

Nel Regolamento è contenuto lo specifico regime di responsabilità in tema di trattamento dei dati personali che, pur rimanendo ancorato alla responsabilità per esercizio di attività pericolose, si muove nell'ottica di instaurare un vero e proprio sistema di *accountability*, articolato sul doppio binario di controllo degli accessi alle informazioni e di responsabilità nell'uso delle stesse, che impone all'esercente del servizio di gestione dei dati di fornire all'utente informative precise, assicurando parimenti un livello di sicurezza, soprattutto informatica, particolarmente elevato.

Conseguenza di tale impostazione è la previsione che l'individuo debba prestare un valido consenso per l'immissione del dato nel circuito informativo attraverso una esplicita e chiara richiesta in tal senso, nonché assicurando la liceità della gestione e delle finalità della stessa; l'esercente (impresa o amministrazione pubblica titolare della gestione o della raccolta dei dati) si fa poi carico di garantirne la sicurezza, adottando misure tecniche e organizzative idonee a consentire un livello di protezione adeguato al rischio.

Una importante novità è rappresentata dall'introduzione del diritto alla cancellazione dei dati - il cosiddetto diritto all'oblio - cui sarà dedicato un paragrafo *ad hoc*.

Il concetto di responsabilità per la gestione dei dati personali, come elaborato a livello comunitario, si coordina perfettamente con l'impostazione da tempo seguita dalla giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione che, in tema di trattamento dei dati personali, ha costantemente richiamato l'articolo 2050 cod. civ.³¹: la ratio della vigenza della norma civilistica è ricondotta alla natura del bene giuridico tutelato dalla normativa sulla *privacy* (diritti della personalità, diritto alla riservatezza, alla salute) che costituirebbe il fondamento anche per la particolare tutela offerta ai c.d. dati sensibili.

I principi enunciati dal giudice di legittimità affermano in particolare che i danni cagionati per effetto del trattamento dei dati personali sono assoggettati alla disciplina di cui all'articolo 2050 cod. civ., con la conseguenza che il danneggiato è tenuto solo a provare il danno e il nesso di causalità con l'attività di trattamento dei dati, mentre spetta al convenuto la prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno; e che il danno non patrimoniale risarcibile per violazione delle disposizioni sul legittimo trattamento dei dati tutelato dagli articoli 2 e 21 Cost., e dall'articolo 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della gravità della lesione e della serietà del danno quale perdita di natura personale effettivamente patita dall'interessato, in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà *ex* articolo 2 Cost., di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dal codice della *privacy* ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva³².

Al proposito va richiamato il recente arresto delle Sezioni Unite civili³³ in tema di trattamento di dati personali sensibili: la Corte, delibando un caso di illegittimo trattamento di dati personali idonei a rivelare il proprio stato di salute, ha affermato che <<*il trattamento dei dati sensibili, effettuato sia da soggetti pubblici che da persone giuridiche private, che agiscono, rispettivamente, per la realizzazione di una finalità di pubblico interesse o in adempimento di un obbligo contrattuale, deve avvenire mediante tecniche di cifratura che non rendano identificabile il soggetto interessato*>>.

³¹ Cass. civ., sez. I, 23 maggio 2016, n. 10638.

³² Cass. civ., Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 3727; Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2018, n. 24173.

³³ Cass. civ., Sez. Un., 27 dicembre 2017, n. 30981.

Tuttavia, anche in esecuzione del nuovo Regolamento comunitario, è pacifico che non tutti i soggetti possano beneficiare dello stesso status di protezione della *privacy*, in ragione della posizione che essi ricoprono nella vita sociale e politica della comunità: la giurisprudenza ha da tempo elaborato al proposito i concetti di *personaggio noto* e di *personaggio pubblico*.

Va in proposito segnalata una recente pronuncia della Corte di legittimità³⁴ che, applicando tale distinzione, ha ritenuto che il diritto all'oblio prevale sulla satira quando il personaggio noto non è figura pubblica, precisando come <<L'oblio prevale sulla satira ingiustificata per il personaggio noto che non riveste un ruolo primario della vita pubblica nazionale (figura pubblica) e la cui vicenda non abbia lo spessore di un contributo al dibattito pubblico come le vicende su fatti criminali, di preminente interesse politico o economico o ancora su fatti di ordine pubblico o sulla sicurezza delle persone>>.

Il personaggio pubblico (come, ad esempio, l'uomo politico), in quanto impegnato su una scena di collettivo interesse, per il principio secondo cui chi ha scelto la notorietà come dimensione esistenziale del proprio agire si presume abbia rinunciato a quella parte del proprio diritto alla riservatezza direttamente correlato alla sua dimensione pubblica, gode pertanto di una protezione della propria sfera privata notevolmente inferiore a quella accordata al personaggio noto (un attore, uno sportivo...), nei cui confronti il giornalista deve limitarsi a riportare le notizie riguardanti l'ambito per cui il personaggio è, appunto, conosciuto.

6. Diritto di cronaca e atti coperti dal segreto istruttorio.

Una questione controversa è rappresentata dal rapporto fra esercizio del diritto di cronaca (nella fattispecie cronaca giudiziaria) e riservatezza degli atti coperti dal segreto istruttorio; in particolare ci si è a lungo domandati se l'efficacia scriminante prevista dall'articolo 51 cod. pen. potesse dirsi ricorrente anche quando oggetto della divulgazione siano atti ancora secretati ai fini d'indagine.

Al proposito si è ritenuto che la disciplina dei limiti imposti al corretto e legittimo esercizio del diritto di cronaca si pone come l'unica compressione legittima al diritto - dovere di informare: laddove tali elementi si accertino rispettati, anche in caso di divulgazione di atti coperti dal segreto

³⁴ Cass. civ., sez. I, 20 marzo 2018, n. 6919.

istruttorio non potrà dirsi superata la garanzia prevista dall'articolo 51 cod. pen., cosicché il diritto di cronaca sarà stato lecitamente esercitato³⁵.

Al richiamato indirizzo del giudice di legittimità si affianca quello consolidato della Corte di Strasburgo, da sempre volta a garantire il libero esplicarsi del diritto-dovere di informare, assicurandone il primato anche nei confronti del diritto alla riservatezza degli individui.

La Corte non legittima alcun divieto assoluto degli atti coperti da segreto istruttorio, rinvenendo quale unico limite alla pubblicazione³⁶ la mancanza di interesse pubblico alla divulgazione della notizia: se il fatto storico è rilevante per i consociati, a nulla rileverà la circostanza che, al momento della sua diffusione, questo fosse ancora secretato, in quanto viene privilegiato l'interesse collettivo alla conoscenza di quel fatto piuttosto che la protezione degli atti di indagine e della riservatezza degli individui.

La CEDU considera comunque compatibile con le regole fissate dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, interventi delle singole autorità nazionali che sanzionino la violazione del segreto istruttorio in mancanza di interesse della collettività per la notizia ovvero in caso di una compromissione particolarmente gravosa della *privacy* della vittima del reato, specialmente se minorenni.

Da ciò consegue che la Corte comunitaria, pur non legittimando un divieto assoluto di pubblicazione di atti coperti da segreto istruttorio, impone all'esercizio del diritto di cronaca il limite rappresentato dalla rispondenza delle informazioni divulgate all'interesse pubblico per la vicenda; solo in questo caso sarà lecito l'intervento sanzionatorio e restrittivo dell'Autorità giudiziaria, dovendosi rintracciare l'illecito non già nella divulgazione di un atto secretato, bensì nella diffusione di un atto privo di quella necessaria rispondenza fra l'interesse alla conoscenza del pubblico e l'informazione stessa.

Anche una recente pronuncia³⁷ ha poi confermato l'indirizzo della Corte di legittimità, secondo il quale la mera violazione dell'articolo 684 cod. pen., non sarebbe *ex se* sufficiente a fondare la pretesa risarcitoria, in quanto la verifica della lesione della reputazione personale e l'affermazione della responsabilità civile per danno <<*deve necessariamente transitare per un*

³⁵ Cass. pen., sez. V, 19 febbraio 2013, n. 17051.

³⁶ CEDU *Y. contro Svizzera* sentenza 6 Giugno 2017 (n. 22998/13).

³⁷ Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2018, n. 24173.

ulteriore e distinto accertamento giudiziale, inteso a valutare la effettiva idoneità offensiva della pubblicazione - totale o parziale - del “testo” dell’atto di indagine riprodotto nell’articolo di stampa>>.

7. L’attualità della notizia e il diritto all’oblio.

Come più sopra accennato, il nuovo Regolamento comunitario 2016/679 in tema di protezione dei dati personali, riconosce espressamente, all’articolo 17, il cosiddetto diritto all’oblio.

Il diritto all’oblio può essere definito come il diritto a non restare indeterminatamente esposti ai danni ulteriori che la reiterata pubblicazione di una notizia può arrecare all’onore e alla reputazione di un soggetto.

Tale diritto nasce dal rapporto fra la rilevanza pubblica della notizia e la sua attualità e dall’idea che una notizia assume specifico interesse per la collettività quando è, per così dire, ‘in corso’; nel momento, invece, in cui l’attualità della notizia viene meno, dovrebbe essere assicurato ai soggetti interessati che la stessa non possa essere continuamente ed indefinitamente riproposta, salvo che, per eventi sopravvenuti, il fatto precedente ritorni di attualità e rinasca un nuovo interesse pubblico all’informazione, il che presuppone che di una notizia passata vi sia stata una evoluzione o che siano intervenuti eventi idonei a rinnovare l’interesse del pubblico alla sua diffusione: la notizia passata deve quindi manifestare un legame con il presente³⁸, in assenza del quale la cronaca non può qualificarsi come lecita.

Il riconoscimento del diritto all’oblio, in accordo con la giurisprudenza della Corte di cassazione³⁹, viene specificamente ravvisato non già nel contenuto e nelle originarie modalità di pubblicazione e diffusione *on line* dell’articolo di cronaca e nemmeno nella conservazione e archiviazione informatica di esso, ma nel mantenimento del diretto ed agevole accesso a quel risalente servizio giornalistico pubblicato diverso tempo addietro e della sua diffusione sul *web*, con conseguente pregiudizio per i soggetti coinvolti.

La notizia così continuamente riproposta esprime infatti solamente una finalità meramente divulgativa, e non già informativa, e si pone di per sé in contrasto con il legittimo esercizio del

³⁸ Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2013, n. 16111.

³⁹ Cass. civ., sez. III, 24 giugno 2016, n. 13161.

diritto di cronaca; il diritto all'oblio rappresenta quindi l'interfaccia del diritto di informare e di essere informati in quanto, una volta che la società è stata informata con completezza di un determinato accadimento, cessa l'interesse pubblico alla circolazione della notizia avendo la collettività ormai acquisito il fatto, di talché non vi è quindi più una notizia da divulgare né un diritto da esercitare.

In tali casi, qualora non ricorrano le caratteristiche di attualità e interesse pubblico della notizia, il gestore di ricerca è obbligato alla cancellazione dei dati o dell'articolo ovvero alla deindicizzazione dello scritto; in caso contrario, l'interessato è legittimato a ricorrere alle autorità competenti⁴⁰.

Il recente arresto del giudice di legittimità individua i criteri dirimenti per risolvere il conflitto tra diritto di cronaca e diritto all'oblio insegnando come, alla luce del quadro normativo desumibile dalle disposizioni nazionali ed europee (con particolare riferimento agli articoli 8 e 10, secondo comma, CEDU, e 7 ed 8 della Carta di Nizza), il diritto fondamentale all'oblio può subire una compressione, a favore dell'ugualmente fondamentale diritto di cronaca, solo in presenza di specifici e determinati presupposti: 1) il contributo arrecato dalla diffusione dell'immagine o della notizia ad un dibattito di interesse pubblico; 2) l'interesse effettivo ed attuale alla diffusione dell'immagine o della notizia (per ragioni di giustizia, di polizia o di tutela dei diritti e delle libertà altrui, ovvero per scopi scientifici, didattici o culturali), da reputarsi mancante in caso di prevalenza di un interesse divulgativo o, peggio, meramente economico o commerciale del soggetto che diffonde la notizia o l'immagine; 3) l'elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica e, segnatamente, nella realtà economica o politica del Paese; 4) le modalità impiegate per ottenere e nel dare l'informazione, che deve essere veritiera (poiché attinta da fonti affidabili, e con un diligente lavoro di ricerca), diffusa con modalità non eccedenti lo scopo informativo, nell'interesse del pubblico, e scevra da insinuazioni o considerazioni personali, sì da evidenziare un esclusivo interesse oggettivo alla nuova diffusione; 5) la preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia o dell'immagine a distanza di tempo, in modo da consentire all'interessato il diritto di replica prima della sua divulgazione al grande pubblico.

⁴⁰ Cass. civ., sez. III, 24 giugno 2016, n. 13161.

In assenza di tali presupposti, la pubblicazione di una informazione concernente una persona determinata, a distanza di tempo da fatti ed avvenimenti che la riguardano, non può che integrare la violazione del fondamentale diritto all'oblio, come configurato dalle disposizioni normative e dai principi giurisprudenziali suesposti; conferma tale indirizzo una recente decisione della Corte di cassazione⁴¹, che ha accolto il ricorso proposto avverso la decisione di denegata rimozione, dal sito *web* di un quotidiano a tiratura nazionale, delle notizie relative alla vicenda giudiziaria in cui era rimasto coinvolto un professionista, rimarcando come il riconoscimento del diritto all'oblio viene specificamente ravvisato non già nel contenuto e nelle originarie modalità di pubblicazione e diffusione *on line* dell'articolo di cronaca e nemmeno nella conservazione e archiviazione informatica di esso, ma nel mantenimento del diretto ed agevole accesso a quel risalente servizio giornalistico pubblicato diverso tempo addietro e della sua diffusione sul *web*, con conseguente pregiudizio per i soggetti coinvolti, in assenza di sopravvenuti aggiornamenti atti a denotarne il permanere di interesse sociale, anche limitato ad una collettività locale, integrando infatti i presupposti dell'illecito trattamento di dati personali la conservazione di un articolo di cronaca nell'archivio *online* di una testata giornalistica che si protragga per un rilevante lasso di tempo dalla originaria pubblicazione, specie allorquando sia trascorso un significativo arco temporale dalla richiesta, inviata dall'interessato al giornale, di rimozione dell'articolo ed in mancanza di aggiornamenti della vicenda pubblicata.

In parte motiva la richiamata pronuncia evidenza specificamente che <<*non può dubitarsi che il mantenimento della fruibilità della notizia sul sito internet del quotidiano a distanza di anni dai fatti e senza alcuna indicazione dei successivi positivi sviluppi della vicenda processuale a carico della parte costituisca ulteriore specifico fondamento della pretesa risarcitoria azionata, diverso e non riconducibile all'altro (più diffusamente trattato e sul quale solo si sofferma la Corte di merito), rappresentato dal dedotto carattere illecito della iniziale diffusione della notizia nel medesimo quotidiano*>>.

Il trattamento dei dati non può infatti avvenire per un periodo superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti ed in proposito occorre notare che la rete *internet* costituisce una realtà ove le informazioni non sono archiviate (e cioè organizzate e strutturate), ma soltanto memorizzate senza limiti e senza tempo, poste tutte al medesimo livello senza una

⁴¹ Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2018, n. 22792.

valutazione del relativo peso, prive di contestualizzazione e di collegamento con altre informazioni pubblicate: di qui, appunto, il diritto del soggetto cui le informazioni si riferiscono - che può anche essere una persona giuridica o un ente collettivo - ad ottenere la cancellazione delle stesse ove, pur se lecitamente diffuse, risultino inutilmente lesive in ragione della loro perdita di attualità (nel caso deciso era decorso il termine di sette anni dai fatti accaduti rispetto alla citazione in appello).

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, prima dell'adozione del Regolamento predetto, aveva riconosciuto tutela al diritto dell'interessato ad ottenere che una notizia che lo riguardasse, a determinate condizioni, fosse rimossa dalla rete⁴²; in particolare la CGUE ha riconosciuto la prevalenza del diritto ad essere dimenticati rispetto all'interesse economico del gestore del motore di ricerca, nonché rispetto all'interesse pubblico ad accedere alle informazioni mediante ricerca del nome della persona interessata, imponendo al gestore del motore di ricerca *on-line* (nel caso in esame Google Spagna) la de-indicizzazione delle informazioni qualora ne venga fatta richiesta da parte degli utenti.

In particolare la Corte di Giustizia, trattando un caso in cui i dati personali di un soggetto continuavano a essere reperiti attraverso il motore di ricerca pur a distanza di molto tempo dai fatti, ha affermato che l'attività di un motore di ricerca, consistente nel trovare informazioni pubblicate o inserite da terzi su *internet*, nell'indicizzarle in modo automatico, nel memorizzarle temporaneamente e, infine, nel metterle a disposizione degli utenti di *internet* secondo un determinato ordine di preferenza, deve essere qualificata come trattamento di dati personali, e che il gestore di detto motore di ricerca deve essere considerato come il responsabile del trattamento; ed inoltre che il gestore motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, i *link* che indirizzano a pagine *web* pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, qualora ne ricorrano le condizioni, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine *web* di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine *web* sia di per sè lecita.

Il nuovo articolo 17 del Regolamento 2016/679 ha però una portata parzialmente diversa in quanto, più che un diritto all'oblio, prevede un diritto alla cancellazione dei dati della persona

⁴² CGUE, Grande Camera, *Google Spain* sent. 13 maggio 2014, n. 131.

fisica regolato con riferimento alla società digitale; la cancellazione può essere richiesta quando il dato non risponde più alle finalità per cui è stato raccolto o quando viene revocato il consenso dell'interessato alla divulgazione delle informazioni relative alla sua persona, ovvero quando il trattamento sia illecito o avvenga per illecite finalità.

Ma la vera portata innovativa dell'articolo 17 deve essere individuata nel dovere specifico ed espressamente previsto a carico del gestore, di procedere alla cancellazione del dato nel caso in cui, ricevuta una richiesta in tal senso da parte dell'interessato, i dati che ne sono oggetto siano stati resi pubblici dal gestore medesimo: tale obbligo comporta che il gestore dei dati non solo deve riscontrare le legittime richieste, avanzate dagli interessati, di veder cancellati *qualsiasi link, copia o riproduzione dei propri dati personali*, ma che debba altresì attivarsi al fine di garantire l'adozione di *misure ragionevoli, anche tecniche* per informare della richiesta che gli è pervenuta gli altri eventuali gestori che stanno utilizzando i dati resi pubblici dal primo.

Il gestore iniziale (o titolare) diviene quindi un intermediario tra l'interessato e gli altri utilizzatori dei dati divulgati, a condizione che la richiesta dell'interessato abbia una portata tale da rendere necessario il suo intervento presso gestori terzi nei cui confronti egli è tenuto alla sola comunicazione della richiesta; tale nuova impostazione rappresenta un notevole ampliamento della tutela della *privacy* dei cittadini comunitari, essendo oggi sufficiente una sola richiesta per attivare una procedura nei confronti di più enti gestori; sarà però necessario attendere l'effettiva applicazione dalla norma, efficace a decorrere dal 25 maggio 2018, affinché si possa effettivamente percepire la sua portata e il raccordo con le precedenti impostazioni giurisprudenziali della Suprema Corte di cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

8. La prescrizione dell'illecito esercizio del diritto di cronaca.

In tema di prescrizione relativa all'esercizio dell'azione risarcitoria per i danni derivanti dall'illecito esercizio del diritto di cronaca, vanno ricordati due arresti giurisprudenziali⁴³ che hanno consacrato il seguente principio di diritto: *<<l'articolo 2947, comma 3, seconda parte, c.c. - il quale, in ipotesi di fatto dannoso considerato dalla legge come reato, stabilisce che, se il reato è estinto per causa diversa dalla prescrizione, od è intervenuta sentenza irrevocabile nel giudizio*

⁴³ Cass. Civ., sez. II, 7 aprile 2015, n. 6921 e Cass. Civ., sez. III, 21 settembre 2017, n. 21940.

penale, il diritto al risarcimento si prescrive nei termini indicati dai primi due commi (cinque anni e due anni) con decorso dalla data di estinzione del reato o dalla data in cui la sentenza è divenuta irrevocabile - si riferisce, alla stregua della sua formulazione letterale e collocazione nel complessivo contesto di detto terzo comma, nonché della finalità di tutelare l'affidamento del danneggiato circa la conservazione dell'azione civile negli stessi termini utili per l'esercizio della pretesa punitiva dello Stato, alla sola ipotesi in cui per il reato sia stabilita una prescrizione più lunga di quella del diritto al risarcimento. Pertanto, qualora la prescrizione del reato sia uguale o più breve di quella fissata per il diritto al risarcimento, resta inoperante la norma indicata, ed il diritto medesimo è soggetto alla prescrizione fissata dai primi due commi dell'art. 2947 c.c., con decorrenza dal giorno del fatto. Deriva da quanto precede, altresì, che ai fini della applicazione della eccezione al riguardo posta dall'art. 2947, comma 3, c.c. è necessaria la ricorrenza di entrambi i requisiti ivi posti e, cioè, che si tratti di reato e che prescrizione del reato sia più lunga di quella prevista per l'azione civile. Laddove, invece, la prescrizione prevista per il reato sia uguale (o anche inferiore) a quella prevista per il diritto al risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 2947, comma 1, c.c., si applica la prescrizione di 5 anni dal fatto e non già dalla data di estinzione del reato o dalla data in cui la sentenza è divenuta irrevocabile>>>; naturalmente, in base al combinato disposto di cui agli articoli 2935 e 2947 cod. civ., e secondo gli oramai consolidati indirizzi del giudice di legittimità, la prescrizione decorre dalla data in cui s'è verificato il danno, cioè la conseguenza pregiudizievole derivata dalla lesione della posizione giuridica soggettiva tutelata, purché il danneggiato ne sia consapevole e non sussistano impedimenti giuridici a fa valere il diritto al risarcimento.

Da segnalare, in tema di prescrizione, una recente decisione della Corte di cassazione⁴⁴, che ha ritenuto costituire errore di diritto invocare l'applicabilità dell'articolo 2945, terzo comma, cod. civ., e non dell'articolo 2947, terzo comma, cod. civ., qualora sia stato dichiarato estinto il giudizio di riassunzione avanti al giudice civile, ai sensi dell'articolo 622, cod. proc. pen., per tardività della riassunzione, nelle ipotesi in cui ci si trovi di fronte ad un fatto-reato con termine di prescrizione superiore a quello ordinario previsto per l'illecito aquiliano: in tal caso, infatti, l'estinzione del processo civile fa infatti unicamente venir meno la permanenza dell'effetto interruttivo della prescrizione, prevista dal ricordato terzo comma dell'articolo 2945, cod. civ., ma

⁴⁴ Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2018, n. 22794.

non influisce sul relativo *dies a quo* nell'ipotesi di applicabilità alla fattispecie della speciale disposizione di cui all'articolo 2947, terzo comma, cod. civ., che va individuato sempre con riferimento alla data di estinzione del reato ovvero a quella in cui la sentenza è divenuta irrevocabile.

9. Conclusioni.

I diritti relativi all'informazione ed alla tutela dell'onore e della riservatezza, ancorché saldamente ancorati a principi di tutela e di bilanciamento degli interessi derivanti non solo dalla Costituzione, ma anche dalle Convenzioni sovranazionali, rappresentano tutt'oggi un terreno particolarmente fertile per nuovi interventi normativi e giurisprudenziali, in ragione del loro continuo evolversi di pari passo con le innovative tecnologie e i diversi interessi facenti capo alla società civile.

È la nuova quotidianità degli individui che ha imposto, ad esempio, l'intervento delle istituzioni europee in tema di protezione dei dati personali attraverso l'emanazione del Regolamento CE 2016/679; il diritto di informare ed il corrispondente diritto alla *privacy*, peraltro, ben lontani da potersi definire compiutamente codificati, necessiteranno sempre di continui adeguamenti, operati soprattutto dalla giurisprudenza, affinché il dettato normativo non si discosti dalle reali necessità ed aspettative di tutela della riservatezza del singolo, da un lato e di tutela del diritto del cittadino ad essere informato, dall'altro, ma possa continuare ad affermarsi come diritto vivente, avuto riguardo ai sempre più rapidi mutamenti della società civile.

ANTONIO MONDINI

L'assegno di divorzio dopo la sentenza delle sezioni unite n. 18287/2018: indicazioni per il giudizio di merito¹

SOMMARIO: Premessa. La fattispecie e il principio di diritto. 1. La lettura della sentenza pone un interrogativo: le Sezioni Unite hanno assolto il loro compito nomofilattico? – 2. Il problema di come interpretare il comma 6 dell'art. 5, l. div.; la risposta della Corte e l'indicazione data al giudice del merito quanto alla funzione dell'assegno divorzile. – 3. Una indicazione non precisa né esaustiva. – 4. Le indicazioni quanto al modo di procedere del giudice del merito: le quattro fasi del giudizio sull'assegno. – 5. L'esame delle singole fasi. – 5.1. (segue) L'accertamento delle condizioni economiche delle parti. – 5.2 (segue) Se emerge che le condizioni non sono significativamente sperequate il giudice deve negare l'assegno: una conclusione che desta perplessità. – 5.3. (segue) Il significativo squilibrio trova causa nelle scelte condivise in costanza di matrimonio? – 5.3.1. (segue) L'ipotesi negativa e il riconoscimento dell'assegno con funzione solo assistenziale – 5.3.2. (segue) L'ipotesi positiva. Il giudice del merito non è sempre tenuto a verificare se la differenza tra le condizioni delle parti sia superabile. – 5.4. (segue) La quantificazione dell'assegno: la durata del matrimonio e l'età del richiedente anche in rapporto con le funzioni dell'assegno. – 6. Il ruolo residuale della funzione risarcitoria.

Premessa: con la sentenza n. 18287 dell'11 luglio scorso, le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno cassato con rinvio la decisione della Corte di Appello di Bologna, la quale aveva esonerato l'ex marito dal versamento dell'assegno divorzile in applicazione dei principi espressi dalla prima sezione nella sentenza 11504 del 2017 (la ex moglie era stata ritenuta economicamente autosufficiente), sul rilievo che la Corte di Appello aveva ommesso di verificare se l'attribuzione dell'assegno potesse essere giustificata in funzione “perequativo-compensativa”.

¹ Testo della relazione tenuta a Bologna il 10 settembre 2018, nell'ambito del convegno “Il nuovo assegno divorzile, tra funzione assistenziale, perequativa e compensativa, risarcitoria”, organizzato dalla Struttura Didattica Territoriale per il distretto della Corte di Appello di Bologna della Scuola Superiore della Magistratura e dalla Università di Bologna.

La Corte ha enunciato il principio di diritto per cui: "Ai sensi della L. 898 del 1970, art. 5, comma 6, dopo le modifiche introdotte con la L. n. 74 del 1987, il riconoscimento dell'assegno di divorzio, cui deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, richiede l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi o comunque dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, attraverso l'applicazione dei criteri di cui alla prima parte della norma i quali costituiscono il parametro di cui si deve tenere conto per la relativa attribuzione e determinazione, ed in particolare, alla luce della valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, in considerazione del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto".

1. La lettura della sentenza pone un interrogativo: le Sezioni Unite hanno assolto il loro compito nomofilattico?

La lettura della sentenza delle sezioni unite chiama ad interrogarsi su quali indicazioni possano da essa essere ricavate per il giudizio di merito, il ch      dire che la lettura della sentenza chiama ad interrogarsi sul se le sezioni unite abbiano assolto al loro compito istituzionale (art. 65 l. ord.giud.) di garantire la esatta osservanza e l'uniforme interpretazione ed applicazione della legge (la funzione nomofilattica    pienamente assolta se le indicazioni sono chiare).

Anticipo che la risposta che mi sono dato    positiva per due aspetti e non interamente per altri due:    positiva per quanto concerne il superamento dei precedenti orientamenti inaugurati dalle sezioni unite nel 1990 (sentenze n.11489, 11490, 11491 e 11492) e dalla sezione prima lo scorso anno (sentenza n.11504), con la particolare sottolineatura della funzione non esclusivamente assistenziale dell'assegno e per quanto concerne l'individuazione di precisi riferimenti costituzionali del diritto all'assegno; non    interamente positiva per quanto concerne la definizione delle varie funzioni dell'assegno e delle articolazioni del giudizio di merito.

Su questi ultimi aspetti intendo in particolare soffermarmi.

2. Il problema di come interpretare il comma 6 dell'art. 5, l. div.; la risposta della Corte e l'indicazione data al giudice del merito quanto alla funzione dell'assegno divorzile.

Le sezioni unite hanno nuovamente affrontato il problema interpretativo posto dal comma 6 dell'art.5 della legge di divorzio, come modificato dalla legge 6 marzo 1987, n. 74; problema che è sempre stato, in primo luogo, quello del significato da attribuire al termine “adeguati”, riferito ai mezzi di cui il richiedente l'assegno deve essere privo, e, in secondo luogo, quello del coordinamento della prima parte della disposizione, laddove sono elencati gli elementi dei quali il giudice deve tener conto (“condizioni dei coniugi”, “ragioni della decisione”, “contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune”, “reddito di entrambi”), anche in rapporto alla durata del matrimonio, con la seconda parte della stessa disposizione, laddove è collocato il riferimento ai mezzi adeguati.

La soluzione del problema passa per la definizione della funzione da attribuire all'assegno: per chiarire il significato del termine adeguati e per individuare il ruolo degli elementi elencati nella prima parte della norma, occorre, in altri termini, stabilire rispetto a quale esigenza i mezzi devono essere adeguati.

È noto, e le Sezioni Unite lo ricordano nel punto 8.2. della motivazione, che nella giurisprudenza di legittimità era sempre stato fermo il principio per cui, con la riforma della legge divorzile, diversamente che nella vigenza dell'impianto normativo originario (art.5, legge 1 dicembre 1970, n. 898), allorquando la funzione dell'assegno era insieme assistenziale, risarcitoria e compensativa (salvo che nel singolo caso di una di queste funzioni mancassero i presupposti), l'assegno aveva funzione solo assistenziale (per la precisione nelle prime sentenze si parlava di funzione “eminente” assistenziale mentre sia nelle sentenze delle sezioni unite n. 11489, 11490, 11491, 11492 del 29 novembre del 1990 sia nella sentenza della prima sezione n. 11504 del 10 maggio del 2017 si parla di funzione “esclusivamente” assistenziale), salva la diversa individuazione della soglia della doverosa assistenza o al livello di quanto indispensabile a consentire alla parte di mantenere il tenore di vita avuto in costanza di matrimonio (o il tenore di vita che la parte avrebbe potuto avere, a fronte di un più modesto "stile" di vita mantenuto in concreto) o al livello di quanto necessario all'autosufficienza economica.

Le sezioni unite, al di là di un, a mio avviso, indubbio difetto di linearità espositiva, affermano oggi che l'assegno ha, principalmente, funzione “perequativo-compensativa”, ossia funzione di riequilibrio tra le posizioni delle parti al termine del matrimonio in ragione, per un

verso, del contributo dato dal richiedente l'assegno alla conduzione familiare, alla formazione del patrimonio comune e della condizione economica complessiva derivata all'altra parte “dalle acquisite potenzialità di affermazione economico-professionale in quanto consentite dal concordato assetto di vita familiare nel corso della convivenza” (così Quadri, *L'assegno di divorzio tra conservazione del “tenore di vita” e “autoresponsabilità”*: gli ex coniugi “persone singole” di fronte al loro passato comune, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1267) ed in ragione, per altro verso, del sacrificio, da parte del richiedente, di possibilità di lavoro e di guadagno all'esterno della famiglia a causa dell'impegno all'interno.

Ho parlato di difetto di linearità espositiva perché, al punto 10 della motivazione, la Corte afferma, prima, che “l'art. 5 comma 6°, attribuisce all'assegno funzione assistenziale, riconoscendo al coniuge il diritto all'assegno quando non ha mezzi adeguati”, poi, che “il parametro dell'adeguatezza contiene in sé una funzione equilibratrice e non solo assistenziale”, poi ancora che “la funzione assistenziale dell'assegno di divorzio si compone di un contenuto perequativo-compensativo che discende direttamente dalla declinazione costituzionale del principio di solidarietà e che conduce al riconoscimento di un contributo che, partendo dalla comparazione delle condizioni economico patrimoniali dei due coniugi, deve tener conto non soltanto del raggiungimento di un grado di autonomia economica tale da garantire l'autosufficienza secondo un parametro astratto ma, in concreto, di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare ...”, poi, ancora, al punto 11, di funzione perequativa e, al punto 12, di “elemento contributivo-compensativo [che] si coniuga senza difficoltà a quello assistenziale” e, infine, nel formulare il principio di diritto, nuovamente di “funzione assistenziale ed al pari compensativa e perequativa”.

Ho affermato che, al di là di questa scarsa linearità, in sostanza, le sezioni unite attribuiscono all'assegno funzione essenzialmente perequativa e compensativa, ed anzi principalmente funzione perequativa, perché la funzione assistenziale viene ricondotta alle altre e in particolare alla prima (perequativa), attraverso il passaggio motivazionale per cui l'adeguatezza dei mezzi non va valutata in riferimento a parametri esterni -tenore di vita o condizione di autosufficienza economica- ma in riferimento ai parametri elencati nella prima parte del 6° comma dell'art. 5 e tra questi al parametro fondamentale “del contributo personale ed economico dato da

ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune” (punto 10 della motivazione).

Il fondamento di questa preminenza delle funzioni perequativa e compensativa è individuato nei principi di solidarietà -intesa come solidarietà nelle scelte di vita e quindi anche come autoresponsabilità e libertà nel compimento di tali scelte che si riflettono poi nella situazione economica propria e dell'altra parte al momento della crisi della relazione coniugale-, e di pari dignità, radicati negli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione.

Ecco dunque la risposta delle sezioni unite al problema di fondo posto dal comma 6, dell'art. 5, l. div., nella sua duplice, ricordata, articolazione:

-il termine “adeguati” va riferito a quanto necessario perché l'assegno possa assolvere la propria funzione, essenzialmente perequativo-compensativa;

-quanto al coordinamento tra la prima parte e la seconda parte del comma 6, dell'art.5, l. div., gli elementi indicati dall'una, tra i quali ha spiccato rilievo quello del contributo fornito dal richiedente per la conduzione della vita familiare e per la formazione del patrimonio comune e del patrimonio dell'ex coniuge, servono (punto 8.2., della motivazione) ad ancorare e a dare contenuto al termine “adeguati”, usato dall'altra (parte della disposizione).

In definitiva, la Corte dà questa prima indicazione al giudice del merito: il termine “adeguati” significa “tali da escludere una significativa disparità tra condizione economica del richiedente l'assegno e situazione economica dell'altra parte, considerati gli elementi elencati nell'incipit del comma 6°, espressivi delle scelte condivise in costanza di rapporto”.

3. Una indicazione non precisa né esaustiva.

Come ho anticipato, questa indicazione non è precisa né esaustiva: attribuisce rilievo alle funzioni ritenute preminenti (perequativa o compensativa) sembrando dare per scontato che ciascuna di esse assorba sempre la funzione assistenziale o che, in altri termini, soddisfatta la funzione perequativa o la funzione compensativa, sia sempre soddisfatta anche la funzione assistenziale- il che invece è una eventualità essendo possibile che un assegno, congruo sotto il profilo perequativo o compensativo, non sia sufficiente sotto il profilo assistenziale-; finisce per trascurare, dopo avervi fatto fuggevole cenno, il caso in cui l'assegno deve essere attribuito in funzione solo assistenziale; sovrappone funzione perequativa e funzione compensativa, spesso

legando i due termini con un *trait d'union*, le quali vanno invece tenute distinte posto che la prima si correla all'esigenza di attribuire alla parte un assegno proporzionato al contributo da essa dato alla formazione del patrimonio comune e alla formazione della ricchezza dell'altro coniuge, mentre la seconda si correla, per un verso, alle occasioni professionali e di guadagno perse o non interamente sfruttate dall'avente diritto all'assegno, a causa dell'assunzione di un determinato ruolo endofamiliare e, per altro verso, alla possibilità di recuperare il pregiudizio professionale ed economico subito mediante il ricollocamento nel mondo del lavoro (punto 10 della motivazione)-; trascura del tutto la funzione risarcitoria dell'assegno (funzione espressa dal parametro delle "ragioni della decisione").

Le carenze relative alla prima indicazione si riflettono anche sulle indicazioni relative alle varie articolazioni del giudizio di merito, i.e. sulle indicazioni date su come il giudice del merito deve procedere.

4. Le indicazioni quanto al modo di procedere del giudice del merito: le quattro fasi del giudizio sull'assegno.

Riguardo a queste indicazioni, dal punto 10 della motivazione della sentenza, si ricava quanto segue:

1. il giudice deve, in primo luogo accertare, mediante i documenti fiscali obbligatoriamente depositati dalle parti e mediante l'impiego dei poteri ufficiosi, quali sono le condizioni economico patrimoniali di ciascuno degli ex coniugi;

2. deve, in secondo luogo, verificare se l'eventuale squilibrio rilevante accertato tra le condizioni degli ex coniugi è riconducibile alle «scelte di conduzione della vita familiare adottate e condivise in costanza di matrimonio, con il sacrificio delle aspettative professionali e reddituali di una delle parti in funzione dell'assunzione di uno ruolo trainante endofamiliare», tenendo conto del fattore, di "cruciale importanza", della durata del matrimonio e tenendo altresì conto dell'età del richiedente;

3. deve, in terzo luogo, stabilire, se l'eventuale squilibrio economico rilevante, causalmente connesso alle scelte e ai sacrifici fatti in costanza di convivenza nell'interesse della famiglia, può essere superato mediante "il recupero o il consolidamento della propria attività professionale in

rapporto all'età del richiedente e alle concrete possibilità offerte dal mercato del lavoro” o se invece si tratta di squilibrio “irreversibile”;

4. deve, infine, qualora abbia accertato l'esistenza di uno squilibrio economico rilevante tra le posizioni degli ex coniugi, causalmente connesso alle scelte e ai sacrifici fatti in costanza di convivenza e qualora abbia accertato che tale squilibrio non può essere autonomamente colmato dal richiedente, liquidare l'assegno nella misura definita con riferimento a tutti i parametri della prima parte della norma tra i quali, principalmente, il “contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, [e] in particolare tenendo conto delle aspettative professionali ed economiche eventualmente sacrificate, in considerazione della durata del matrimonio e dell'età del richiedente”.

5. L'esame delle singole fasi.

Ciò detto, pare utile ripercorre le tappe del procedere del giudice per come indicate dalla Corte e per quanto discende da una (più) puntuale valorizzazione delle diverse funzioni dell'assegno.

5.1. (segue) L'accertamento delle condizioni economiche delle parti.

Il giudice deve anzitutto accertare l'entità del patrimonio e del reddito del richiedente e l'entità del patrimonio e del reddito dell'altra parte (nel patrimonio va inclusa la quota dei beni comuni; il patrimonio va valutato in termini di reddito potenziale effettivo ossia in rapporto alle concrete possibilità del relativo sfruttamento economico, diretto o indiretto, e della relativa liquidabilità. Si ricordano, sul punto, Cass. 4 marzo 2009, n. 5240, in Fam. e minori, 2009, fasc. 4, 34, secondo cui “la proprietà di immobili può essere valutata ai fini dell'idoneità degli stessi a garantire al coniuge un tenore di vita corrispondente a quello goduto in costanza di matrimonio anche quando ciò derivi non dal reddito attuale che tali immobili possono fornire, ma da un diverso tipo di impiego, ad esempio nel caso di alienazione e successivo reimpiego del capitale così ricavato” e Corte di Appello di Genova, 12 ottobre 2017, n. 106, in www.ilfamiliarista.it, secondo cui “la valutazione dei cespiti patrimoniali è cambiata. Negli anni '90 chi aveva 500 milioni di lire di liquidità poteva contare su un rendimento ragionevolmente sicuro oscillante fra i 15 ed i 30 milioni di lire l'anno, poteva quindi, moderando le spese, vivere di rendita. Oggi, con i

tassi di interesse praticamente azzerati, un capitale di 250.000,00 euro non garantisce alcuna rendita economicamente significativa e costituisce solo una riserva che viene erosa ogni anno per vivere in caso di assenza di altri redditi. Le case con l'aumento della tassazione e dell'impatto di spese condominiali e bollette sugli stipendi, specialmente quelle non usate come abitazione principale, possono essere più un peso ed una fonte di debiti -specie in caso di lavori condominiali straordinari- che una fonte di reddito”).

La Corte evidenzia che questo accertamento deve essere effettuato sulla scorta delle risultanze delle dichiarazioni dei redditi (che, quali dichiarazioni di contenuto confessorio rese a terzi, ove non inficiate da elementi documentali o testimoniali, sono liberamente apprezzabili dal giudice), dei documenti depositati dalle parti, relativi ai redditi e al loro patrimonio personale (art. 4, comma 9, l.div.) e sulla scorta degli esiti dell'esperimento dei poteri d'indagine ufficiosi (la consulenza tecnica e le indagini di polizia tributaria).

Si aprono qui i problemi dibattuti di rapporto tra onere di prova a carico delle parti e uso dei poteri ufficiosi (la parte, previa autorizzazione del presidente del Tribunale, può, ex art. 492 bis c.p.c. e art. 155 sexies disp. att. c.p.c., accedere alle banche dati della pubblica amministrazione per ricostruire il reddito e il patrimonio della controparte; ove abbia esercitato tale potere senza esito, può ottenere l'intervento giudice sia ai sensi dell'art. 210 c.p.c. sia ai sensi dell'art. 213 c.p.c.; ove la controparte abbia depositato la dichiarazione dei redditi, l'interessato, per poter ottenere dal giudice l'esercizio dei poteri di accertamento mediante consulenza o mediante polizia tributaria, ha l'onere di contestare specificamente le dichiarazioni agli atti; resta nella discrezionalità del giudice utilizzare i poteri istruttori; il giudice può demandare al consulente o alla polizia tributaria di attingere elementi dalle banche dati della pubblica amministrazione, dall'anagrafe tributaria, dal pubblico registro automobilistico e dai registri degli enti previdenziali ex art. 492 bis c.p.c. e 155 sexies c.p.c.; ove siano state effettuate precise contestazioni delle dichiarazioni agli atti, la domanda di corresponsione dell'assegno non può essere respinta con la motivazione per cui l'istante non ha dato prova delle dedotte condizioni economiche dell'altro coniuge; l'esercizio o il non esercizio dei poteri ufficiosi è sindacabile solo ai sensi dell'art. 360, comma 1, n.4, c.p.c., laddove sia possibile denunciare che la sentenza è assolutamente priva di motivazione).

5.2. (segue) Se emerge che le condizioni non sono significativamente sperequate il giudice deve negare l'assegno: una conclusione che desta perplessità.

Se emerge che non vi è una differenza significativa tra le condizioni economiche, il giudice deve negare l'assegno (il concetto di “significativo” va rapportato all'entità dei patrimoni e dei redditi accertati).

Questa conclusione -che risulta già dai vari passaggi della motivazione nei quali si parla dello squilibrio economico-patrimoniale tra gli ex coniugi come condizione solo al positivo accertamento della quale può farsi seguire l'ulteriore sviluppo del giudizio sull'assegno (v., tra altri, punto 10, paragrafo 6 e paragrafo 8; punto 12 paragrafo 3) e che è poi chiaramente espressa al paragrafo 5 del punto 12, laddove si parla di “domanda di assegno da parte dell'ex coniuge economicamente *debole*”- desta perplessità: abbandonato il quadro dei precedenti orientamenti secondo cui l'adeguatezza doveva essere rapportata alla funzione solo assistenziale dell'assegno (quadro nel quale era del tutto coerente affermare che, in assenza di squilibrio, il riconoscimento dell'assegno era per ciò stesso escluso) ed assunto invece che l'adeguatezza deve essere rapportata alle funzioni perequativa o compensativa, assunto altresì che le funzioni perequativa o compensativa sono sufficienti al riconoscimento dell'assegno e che i presupposti della funzione assistenziale non necessariamente devono ricorrere (lo squilibrio richiesto dalla Corte come requisito per l'attribuzione dell'assegno può verificarsi qualunque sia l'entità delle condizioni economiche delle parti e quindi anche tra condizioni, entrambe, di agiatezza), non pare vi sia ragione per non riconoscere l'assegno, proprio per una o entrambe queste funzioni, anche in caso di perfetto equilibrio economico patrimoniale tra gli ex coniugi qualora uno di essi abbia contribuito più dell'altro alla condizione finale comune o abbia sacrificato o sacrificato più dell'altro prospettive di sviluppo lavorativo personale fuori casa per dedicarsi alla famiglia.

A titolo di ipotesi esemplificativa: due persone sposate che hanno identico lavoro ed identico stipendio (esempio due dipendenti pubblici: due insegnanti o due magistrati della stessa anzianità di servizio); al termine del rapporto hanno un patrimonio costituito da uno o più immobili acquistati in comune e denaro depositato su conto corrente comune; la donna ha però svolto (o svolto più dell'uomo) anche mansioni domestiche per la cura della casa o per l'accudimento dei figli (ormai indipendenti); in questo caso non si vede perché la donna non dovrebbe poter

pretendere un assegno in funzione corrispettiva per questo suo maggior impegno (senza il quale sarebbe stato necessario sostenere spese che avrebbero ridotto le disponibilità comuni e quindi anche la condizione economica dell'uomo al termine del rapporto) o un assegno in funzione compensativa del reddito perduto per avere rinunciato a maggior lavoro esterno.

Né sarebbe possibile, senza entrare in contrasto con il dato normativo (“il tribunale, tenuto conto del ... contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune” ...), affermare che l'assegno dovrebbe essere negato perché in realtà la donna si è limitata ad adempiere agli obblighi che le incombevano ex art. 143 c.c.

5.3. (segue) Il significativo squilibrio trova causa nelle scelte condivise in costanza di matrimonio?

Se emerge che la condizione economica del richiedente è significativamente inferiore a quella dell'ex coniuge, occorre svolgere l'ulteriore verifica finalizzata a stabilire se questa differenza trova o non trova causa nelle scelte condivise.

Il passaggio a questa ulteriore verifica risulta inutile nelle situazioni limite in cui la parte contro cui la domanda è proposta ha un reddito talmente ridotto da non poter consentire il pagamento di alcun assegno.

5.3.1. (segue) L'ipotesi negativa e il riconoscimento dell'assegno con funzione solo assistenziale

Se emerge che la differenza non trova causa nelle scelte condivise, i.e. emerge che la differenza preesisteva al matrimonio ed è rimasta invariata (pensare a chi sposa una persona abbiente; il matrimonio ha breve durata; la parte non ha dato alcun contributo alla formazione del patrimonio comune né alla condizione economica altrui) oppure è variata ma non in dipendenza di scelte involgenti il richiedente (ipotesi in cui l'ex coniuge ha un incremento stipendiale dovuto ad automatismi di carriera o ad un maggiore suo impegno senza alcun coinvolgimento del partner), il giudice non può negare perciò solo l'assegno (come dovrebbe fare se l'assegno avesse solo funzione perequativa o compensativa) ma deve invece stabilire se l'assegno deve essere comunque riconosciuto con funzione solo assistenziale.

La Corte evoca questo dovere nel quarto capoverso del punto 12 della motivazione, laddove è detto: “il legislatore impone di accertare, preliminarmente, l'esistenza e l'entità dello squilibrio determinato dal divorzio mediante l'obbligo della produzione dei documenti fiscali dei redditi delle parti ed il potenziamento dei poteri istruttori officiosi attribuiti al giudice, nonostante la natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco. All'esito di tale preliminare e doveroso accertamento può venire già in evidenza il profilo strettamente assistenziale dell'assegno, qualora una sola delle parti non sia titolare di redditi propri e sia priva di redditi da lavoro”.

Per la precisione, occorre notare che il profilo strettamente assistenziale, per un verso, non ricorre quando la parte ha la possibilità concreta di procurarsi un reddito (rilevano in proposito l'età, i titoli professionali, la situazione del mercato del lavoro) e, per altro verso, invece, ricorre anche laddove la parte non sia in assoluto priva di redditi ma abbia redditi interamente assorbiti da spese incompressibili o redditi comunque insufficienti a coprire le spese di un'esistenza dignitosa (“libera e dignitosa”, secondo Cass. n.11538/2017 e Cass.n. 2043/2018; “indipendente e dignitosa”, secondo Cass., ord. n.15481/2017).

In merito alla attribuzione dell'assegno in funzione solo assistenziale (contestata da una parte della dottrina, RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*, nota a Cassazione civile, Sez. I, 10 maggio 2017, n. 11504 e a Cassazione civile, Sez. I, 16 maggio 2017, n. 12196, in *Giur.it.*, 2017, 1799), occorre ricordare che la tale funzione discende dal principio di solidarietà post-coniugale, radicato nell'art.2 prima parte, Cost., laddove si pone l'esigenza che siano assicurati i diritti fondamentali del singolo all'interno della formazione sociale “famiglia” e quindi, appunto, l'esigenza di assicurare la dignità della persona che è stata parte di quella formazione, ed è, a livello di normazione primaria, attestato da una serie di indici: il riconoscimento della perpetuità (potenziale) dell'assegno divorzile; la previsione della spettanza all'ex coniuge che abbia ottenuto l'assegno, di una percentuale dell'indennità di fine rapporto percepita dall'altro (art. 12 bis, l.div.), della pensione di reversibilità (almeno pro quota) in caso di premorte dell'altro (art.9, comma 2° e comma 3° l. div.), del diritto ad un assegno periodico a carico dell'eredità, qualora versi in stato di bisogno (art. 9 bis l. div.).

Ciò detto, nell'ipotesi ora in esame, il giudice del merito è chiamato, in sostanza, a stabilire se il richiedente l'assegno può condurre un'esistenza dignitosa.

Il termine richiama l'art.36 Cost. (Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa).

Le sezioni unite, concentrando l'attenzione sulla sola ipotesi in cui l'assegno deve essere riconosciuto in funzione perequativa e/o compensativa e sull'implicito e non veritiero assunto che soddisfatta una di queste funzioni sia sempre soddisfatta anche quella assistenziale, trascurano di dare al giudice del merito una indicazione specifica sul presupposto dell'attribuzione dell'assegno in funzione solo assistenziale; l'indicazione generale per cui l'inadeguatezza dei mezzi deve essere ricavata dai parametri di cui alla prima parte del comma 6, dell'art. 5 -in concreto, il parametro specificamente correlato alla funzione assistenziale è quello delle “condizioni delle parti” nel quale resta assorbito quello dei “redditi di entrambi”- ma tale indicazione non consente di individuare soglie di riferimento minimamente sicure (come emerge sol che si tenti di individuare un possibile senso alla espressione “assistere il richiedente se e nella misura in cui questi manchi di disponibilità economiche adeguate rispetto alla propria condizione” e si voglia escludere di correlare l'adeguatezza allo stile di vita matrimoniale).

Una indicazione potrebbe essere questa:

-muovere da una soglia fissa, tendenzialmente sempre uguale (senza dimenticare, come notato dal Trib. di Milano nella sentenza 17 ottobre 2017, in www.ilfamiliarista.it, l'incidenza fiscale che, da un lato, riduce l'importo percepito dal beneficiario, dall'altro, attribuisce all'obbligato il diritto di dedurre dal reddito tassabile un importo pari a quello da corrispondere all'ex coniuge);

-apportare alla soglia minima variazioni in aumento in relazione a quelle sole condizioni soggettive, quali l'età e lo stato di salute, suscettive di accrescere le necessità del richiedente;

-evitare una relativizzazione della soglia alle “esigenze che l'ex coniuge, per il suo vissuto sia durante il matrimonio sia prima, ha maturato” (così, invece, Corte di Appello Genova, sentenza 12 ottobre 2017, n.106, in www.ilFamiliarista.it, ma anche Corte suprema, sentenze 3015 e 3016 del 7 febbraio 2018), che finirebbe per far riemergere lo status di vita matrimoniale.

La soglia fissa non può essere identificata con il minimo necessario per soddisfare esigenze vitali -secondo il Tribunale di Milano 22 Maggio 2017, in www.ilcaso.it, pari a circa 1000 euro il mese- perché ciò porterebbe a far coincidere l'assegno divorzile con l'assegno alimentare

(riconosciuto, ai sensi dell'art. 438 c.c., a chi “versa in istato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento”) in contrasto con l’art. 9 bis, comma 1°, l.div. (che riconosce al divorziato, titolare di un assegno di mantenimento, il diritto ad un assegno a carico dell'eredità dell'ex coniuge, “qualora versi in stato di bisogno”), e può invece essere identificata (come prospettato dal Trib. Udine, 1 giugno 2017, in www.osservatoriofamiglia.it) con l'indice medio delle retribuzioni degli operai e impiegati, i.e. quadri (definibile dalla media delle retribuzioni base dei vari contratti collettivi di lavoro e pari, secondo un calcolo molto approssimativo a circa 1300 euro al mese, essendo la retribuzione base mensile, variabile a seconda dei contratti tra circa 1200 e circa 1500 euro), eventualmente adattato al costo della vita nel luogo dove l'avente diritto vive ed opera, perché questa soluzione trova un radicamento nella correlazione che si stabilisce nella ricerca del senso dell'espressione “mezzi adeguati a vivere una vita dignitosa”, tra l'art.2 e l'art.36 Cost.

Le critiche formulate contro la concezione tendenzialmente oggettiva espressa dalla sentenza 11504/2017 e dalle successive decisioni di merito allineatesi a tale sentenza, che avevano portato la Corte stessa ad attenuare i principi della sentenza suddetta affermando che il parametro della autosufficienza doveva essere definito in modo elastico, «in un ambito necessariamente duttile” (Cass. n. 3015/2018) e non inteso in senso soggettivo, quindi relativo e personale (Cass. 2042/2018 e 2043/2018), giustificate laddove la funzione dell'assegno era ravvisata nella sola assistenza ed era teorizzata la irrilevanza della vita matrimoniale dell'avente diritto (Cass. 11504/2017), non valgono allorché, nel diverso quadro delineato dalle sezioni unite nel quale l'assegno non ha sempre e solo quella funzione e la vita matrimoniale non è affatto “messa tra parentesi”, si tratta di definire la misura dell'assegno a favore di chi risulta non avere dato in concreto alcun contributo alla condizione comune.

5.3.2. (segue) L'ipotesi positiva. Il giudice del merito non è sempre tenuto a verificare se la differenza tra le condizioni delle parti sia superabile.

Se (al contrario di quanto ipotizzato nel paragrafo che precede) emerge che la differenza tra le condizioni delle parti trova causa nelle scelte concordate in costanza di matrimonio -si può pensare al caso in cui il richiedente ha lavorato in casa e/o fuori, ed ha così contribuito alla formazione del patrimonio comune o, in modo indiretto, alla condizione o al miglioramento della

condizione economica dell'altra parte-, il giudice del merito deve -secondo l'indicazione della Corte- verificare se tale differenza può essere superata dal richiedente l'assegno, mediante il recupero o il consolidamento della propria attività professionale, in rapporto all'età e alle concrete possibilità offerte dal mercato del lavoro.

Questa indicazione va precisata e corretta.

La verifica della esistenza della possibilità di superare lo squilibrio ha pienamente senso laddove non vi siano esigenze di perequazione o compensazione ma solo esigenze assistenziali:

se il coniuge richiedente non ha mezzi per vivere una vita dignitosa ma può procurarseli, l'assegno non spetta (si tratta di verifica delicata e complessa perché occorre avere certezza che questa possibilità si concretizzi, se non all'istante, in termini comunque compatibili con l'eventuale esaurimento di riserve di spesa del richiedente l'assegno; può essere infatti che questi abbia ricevuto un assegno di mantenimento e ne abbia accantonato una quota tale da consentire la sopravvivenza per un periodo sufficiente al reperimento di un posto di lavoro);

la verifica della esistenza della possibilità di superare lo squilibrio non si giustifica laddove vi siano esigenze perequative perché, in tal caso, l'assegno deve essere riconosciuto in ragione del fatto che il coniuge ha contribuito al patrimonio comune e alla condizione altrui e quindi a prescindere dal fatto che egli possa o non possa superare la situazione di squilibrio sussistente al momento della fine del rapporto;

la verifica della esistenza della possibilità di superare lo squilibrio ha senso laddove debbano essere soddisfatte esigenze di compensazione perché tale possibilità incide sulla perdita di guadagno nella fase post-matrimoniale (mentre non rileva per le esigenze di compensazione relative al guadagno perso dall'ex coniuge che abbia rinunciato ad occasioni di lavoro extrafamiliare, in costanza di matrimonio).

La verifica va condotta sulle allegazioni delle parti e sulle prove da esse fornite.

La parte richiedente deve allegare di non essere in grado di rendersi autonoma (in un'ottica solo assistenziale) o di superare lo squilibrio (in un'ottica compensativa); la parte richiedente ha anche l'onere di provare i fatti allegati, segnatamente di essersi attivata inutilmente per reperire una occupazione confacente alla propria età, alla propria situazione fisica, alla propria preparazione (in questo senso la Corte si è espressa con le sentenze 11504/2017 e 11538/2017; nella giurisprudenza di merito, dello stesso avviso, Trib. Santa Maria Capua Vetere, 13 dicembre

2017, secondo cui l'assegno “compete esclusivamente all'ex coniuge che abbia provato di non disporre per ragioni obiettive di mezzi e adeguati per conseguire l'autosufficienza economica [e] tale onere non è assolto dal mero richiamo alle difficoltà del mercato del lavoro”; in senso contrario, Corte di Appello di Napoli, 22 febbraio 2018, n. 911, in Fam. e dir., 2018, 360, per cui “la prova della autosufficienza, costituisce un fatto impeditivo, ex art. 2697 c.c., all'attribuzione dell'assegno”, talché, a seguito della imprescindibile allegazione del richiedente, sta alla controparte dimostrare che il richiedente aveva possibilità di reinserimento nel mondo del lavoro).

5.4. (segue) La quantificazione dell'assegno: la durata del matrimonio e l'età del richiedente anche in rapporto con le funzioni dell'assegno.

Da ultimo il giudice, accertato lo squilibrio, accertato il radicamento dello squilibrio nelle scelte concordate, accertata, per quanto di rilievo, la impossibilità di colmare lo squilibrio, deve riconoscere l'assegno di ammontare «adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali ed economiche eventualmente sacrificate, in considerazione della durata del matrimonio e dell'età del richiedente».

Va premesso che la durata del matrimonio è la durata della “convivenza” (coabitazione) matrimoniale e cioè il periodo che va dalle nozze alla separazione anche di fatto dei coniugi (così, DOSI, Assegno di divorzio: come applicare la sentenza delle Sezioni Unite n. 18287/2018, in www.lessicodidirittodifamiglia, p.5, il quale aggiunge: “Occorre ricordare che il concetto di “durata del matrimonio” è inteso in altre parti della legge sul divorzio in modo diverso. Per esempio, nell’art. 9, comma 3, la ripartizione della pensione di reversibilità tra ex coniuge e coniuge superstite può tener conto, nella valutazione della durata del rapporto matrimoniale, anche dell’eventuale periodo di convivenza precedente al matrimonio con il coniuge superstite; nell’art. 12-bis la durata del matrimonio ai fini del diritto alla quota di TFR è, invece, quella rigorosamente legale dalle nozze al giudicato di divorzio);

va altresì premesso che “la durata del matrimonio, in presenza di figli, fa riferimento anche al periodo successivo alla separazione per tutto l’arco di tempo in cui uno dei genitori si occupa in via prevalente, appunto, dei figli. In altre parole, per quanto riguarda il diritto all’assegno divorzile il matrimonio si protrae – ai fini della valutazione della sua “durata” – fino a che durano gli

impegni di una delle parti non solo verso l'altro coniuge ma anche verso i figli" (*DOSI, op. cit.; in giurisprudenza, nel quadro, e a temperamento, dei principi delineati da Cass. 11504/2017, Trib. Arezzo 5 luglio 2017, in Corr. Giur., 2018, 636 ss.*: "non può prescindere dalla considerazione che, in conseguenza del divorzio, i genitori restano legati dal comune impegno di garantire ai minori quelle stesse cure e assistenza del periodo matrimoniale. Ne consegue che all'ex coniuge prevalentemente collocatario dei figli va riconosciuta la disponibilità di risorse che non siano commisurate al mero parametro dell'autosufficienza, ma che tengano conto anche dell'impegno di accudimento dei minori, ai quali dovrà essere tendenzialmente garantito lo stesso tenore di vita pre-matrimoniale: sarà quindi necessario temperare il criterio dell'autosufficienza con un criterio perequativo legato sia all'esigenza di valorizzare i maggiori compiti di cura assunti nei confronti dei figli sia alla necessità di evitare eccessive e stridenti disparità tra lo stile di vita dei figli e quello del genitore che principalmente dovrà continuare ad occuparsi di loro");

- è infine evidente che spesso età delle parti e durata del matrimonio sono dati correlati.

Tanto premesso, l'indicazione della Corte, offuscata dalla sovrapposizione tra funzione perequativa e funzione compensativa (vedi sopra paragrafo 3), richiede alcune precisazioni, anche al fine di coordinare, per quanto possibile, il soddisfacimento della funzione perequativa e compensativa con uno strumento, quale l'assegno di divorzio, potenzialmente perpetuo:

-la durata del matrimonio ha un rilievo evidente in un'ottica perequativa o in un'ottica compensativa (il contributo complessivo è la risultante del contributo dato nel tempo, del lavoro extra domestico o domestico svolto durante il matrimonio; la perdita di guadagno subita è la risultante del mancato esercizio di attività remunerative extrafamiliari durante il matrimonio);

-la durata del matrimonio e l'età del richiedente l'assegno possono essere determinanti per la relativa attribuzione a fini compensativi in caso di matrimonio anche di breve durata in cui il richiedente assuma su di sé l'onere di accudire i figli in tenera età per la fase post-matrimoniale, con conseguente limitazione delle possibilità di impiego lavorativo;

-l'età, in una visione solo perequativa (essendo irrilevante ai fini dell'an dell'assegno, posto che la parte ha diritto ad avere un assegno proporzionato al contributo dato alla famiglia e indipendentemente dall'età raggiunta al termine del rapporto), ha rilievo in quanto essa impone di determinare l'entità dell'assegno periodico in modo che, nel tempo, secondo la prevedibile durata della vita dell'avente diritto, il valore complessivo dell'assegno eguagli il valore del contributo;

-l'età ha rilievo, in un'ottica compensativa, legandosi alle occasioni perse o non interamente sfruttate di realizzazione in lavoro esterno e alla possibilità di recuperale e, ancora, imponendo di determinare l'entità dell'assegno periodico in modo che, nel tempo, secondo la prevedibile durata della vita dell'avente diritto, il valore complessivo eguagli il valore da compensare.

Nella liquidazione dell'assegno deve essere evitato l'errore di valutare in cumulo, per lo stesso momento di tempo, le opportunità sacrificate e il contributo dato alla famiglia: si tratta di elementi alternativi posto che non è possibile, contemporaneamente, dedicare attività al lavoro extrafamiliare (pur se lavoro extrafamiliare a domicilio) e alla cura della casa o all'accudimento dei figli (essendo invece possibile il cumulo delle due attività in momenti diversi dello stesso lasso di tempo, giornaliero, mensile, annuale che sia); sta al richiedente impostare la propria domanda facendo riferimento al reddito non percepito per aver lavorato in casa, dando rilievo alla funzione compensativa, o al valore del lavoro familiare, dando rilievo alla funzione perequativa.

Ai fini della liquidazione del contributo dato con lavoro endofamiliare, la teoria economica indica due metodi: quello del costo opportunità; quello del costo di sostituzione: un'ora di lavoro dedicata alla produzione di un servizio all'interno della famiglia è valutata tramite la retribuzione media di chi potrebbe svolgere questa stessa attività a pagamento sul mercato (utilizzando cioè come base e salvi in necessari adattamenti, le retribuzioni di collaboratrici domestiche).

6. Il ruolo residuale della funzione risarcitoria

Resta la funzione risarcitoria, di cui è indice il parametro delle "ragioni della decisione".

Si tratta di una funzione di scarso rilievo pratico: essa non vale, da sola, a giustificare l'attribuzione dell'assegno essendovi, per il coniuge che abbia ragione di lamentare il mancato rispetto degli obblighi sanciti dall'art. 143 c.c., il più specifico e preciso strumento del risarcimento del danno endofamiliare; può in definitiva solo incidere sulla misura dell'assegno determinata in funzione perequativa e compensativa o, in aumento, sulla misura necessaria al soddisfacimento della funzione assistenziale.

BEATRICE FICCARELLI

Anticipazione della “prova” e controversie riguardanti minori: in favore delle consulenze esperte psicologiche *ante causam*

SOMMARIO: 1. Posizione del problema: il ruolo della consulenza tecnica nelle controversie familiari e la sua relazione con il processo. - 2. La consulenza psicologica prima del processo. Il quadro normativo di riferimento. L'art. 696 c.p.c. - 3. L'applicabilità dell'art. 696 bis c.p.c. Considerazioni preliminari sull'istituto. - 4. Segue: art. 696 bis c.p.c e controversie familiari riguardanti minori. - 5. Osservazioni conclusive.

1. Posizione del problema: il ruolo della consulenza tecnica nelle controversie *familiari* e la sua *relazione* con il processo.

La consulenza tecnica e, precisamente, tecnico-psicologica, ha spesso un ruolo decisivo nella risoluzione delle controversie di famiglia, specie laddove vi siano coinvolti minori e si tratti di definire il regime del loro affidamento ed i tempi di permanenza con ciascuno dei genitori¹.

¹ Il riferimento é ai procedimenti ricompresi nell'ambito di applicazione dell'art. 337 bis c.c., a quelli di modifica delle condizioni di separazione o divorzio ed anche ai procedimenti intentati ai sensi dell'art. 709 ter c.p.c. Difatti l'istanza ex art.709 ter c.p.c. viene proposta per risolvere difficoltà attuative attinenti a determinazioni presenti in sentenze, anche non passate in giudicato, o altri provvedimenti, quali ordinanze o decreti, eventualmente pronunciati in via provvisoria. Come rileva la più recente dottrina, la questione, pur non chiaramente disciplinata dalla norma, può essere implicitamente ricavata dal comma 1 della disposizione medesima. L'art.709 ter c.p.c. individua non a caso quale giudice competente a decidere le controversie insorte “il giudice del procedimento in corso”. Ma immediatamente dopo prosegue disponendo che “per i procedimenti di cui all'art.710 é competente il tribunale del luogo di residenza del minore”. Si ritiene dunque comunemente che sussistano due diversi moduli procedurali, ovvero un procedimento incidentale, diretto a risolvere le controversie insorte durante la pendenza del giudizio sulla crisi familiare e relative a provvedimenti provvisori o comunque non passati in giudicato, ed ad un procedimento autonomo, dedicato alle problematiche emerse con riguardo a provvedimenti ormai divenuti definitivi. Così R. Donzelli, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art.709 ter c.p.c.*, Torino, 2018, 7-8 cui si rinvia anche per la variegata casistica relativa alle violazioni che consentono il ricorso alla relativa tutela.

Sulla natura e funzione del consulente tecnico -di cui agli artt. 191 ss. c.p.c.- prima e dopo la riforma intervenuta per effetto della l. 18 giugno 2009, n°69, v. le opere ed i testi base di CALAMANDREI, *Istituzioni di dir. proc. civ.*, II, Padova, 1943, n. 102, 167; V. ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, I, Napoli, 1954, 187; L. FRANCHI, *La perizia civile*, Padova, 1959; N. GIUDICEANDREA, *Consulente tecnico*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 531 ss.; C. DONES, *Struttura e funzioni della consulenza tecnica*, Milano 1962; L. FRANCHI, *Consulente tecnico, custode ed altri ausiliari del giudice*, in *Commentario al c.p.c.*, diretto da E. Allorio, I, Torino, 1973, 682 ss.; G. NICOTINA, Note minime in tema di consulenza tecnica, in *Studi in onore di Satta*, Padova, 1982, 1059 ss.; C.M. BARONE, voce *Consulente Tecnico*, in *Enc. Giur.* VIII Roma, 1988; F. MAGLI, *Omissione di consulenza tecnica ed insufficienza della motivazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, 275; M. VELLANI, *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in

In questo ambito, il consulente è chiamato ad uno studio della personalità di tutti gli individui coinvolti nella-crisi familiare, al fine di accertare i rapporti del minore con i genitori e altri parenti, valutare l'idoneità educativa dell'uno o dell'altro genitore, valutare il grado di adattamento alla realtà e l'integrazione socio-culturale degli esaminati, dare un senso al loro comportamento in relazione alla situazione².

Normalmente, gli accertamenti tecnici sono molto approfonditi, -compatibilmente con i quesiti formulati dal giudice-, determinanti per suggerire un assetto tendenzialmente stabile della situazione familiare, soprattutto con riferimento all'affidamento dei figli di cui si suggerisce il miglior regime ed i tempi di permanenza degli stessi con l'uno e l'altro genitore.

Sono questi i problemi al centro di ogni controversia familiare in presenza di figli minori, anche considerato che tali problematiche incidono sulla determinazione della necessità o meno di un assegno di mantenimento ai sensi dell'art. 337 *ter* c.p.c. al fine di realizzare il principio di proporzionalità. Ciò si determina, appunto, tra gli altri criteri stabiliti dalla legge di carattere economico (tenore di vita e risorse economiche dei genitori), *anche* in base alle attuali esigenze del figlio e dei suoi tempi di permanenza presso ciascun genitore.

All'esito della consulenza tecnica psicologica di un procedimento separativo o di divorzio, l'esperto fornisce, in altre parole, informazioni sulla base delle quali è possibile stabilire il nuovo assetto dei membri di una famiglia all'esito di una separazione genitoriale anche, in ultima analisi, sotto il profilo economico.

I provvedimenti resi nell'ambito di una controversia di carattere *familiare* hanno difatti generalmente contenuto composito, in cui a quelli condannatori di carattere economico si

Dig. disc. priv., III, Torino 1988, 525 ss.; E. PROTETTI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, MILANO, 1999; F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002; L.G. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1017; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, 639 ss.; M. CONTE, *La consulenza tecnica*, Milano, 2004; A. DONDI, *Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Alcune ipotesi di carattere generale*, in *Studi di diritto processuale – In onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, I, 843 ss.; V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile, Problemi e funzionalità*, Milano, 2011; Id., *Commento agli artt. 191-199 c.p.c.*, in *Commentario del Codice di Procedura civile*, a cura di Sergio Chiarloni, *Libro secondo: Processo di cognizione art.191-266*, a cura di Michele Taruffo, *Istruzione probatoria*, Bologna, 2014.

² La consulenza tecnica psicologica è inoltre necessaria per l'accertamento di eventuali tratti psicopatologici nei soggetti presi in considerazione non al fine di stabilire una condizione di anormalità o di normalità ma per comprendere come questi condizionano i rapporti ed i comportamenti dei soggetti. V. P.F. PIERI, *Segni sull'esercizio della genitorialità. Note su potestà, autorevolezza e responsabilità*, in *Archivi di psicologia giuridica*, a cura di Istituto di psicologia forense, 2015, 41 ss.

affiancano i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli, con correlati diritti di permanenza e visita.

La consulenza tecnica risponde, così, ad una precisa *esigenza istruttoria*.

Tale esigenza, può maturare fin dalle prime fasi del processo, laddove, il Presidente del Tribunale, al fine di assumere i provvedimenti provvisori ed urgenti di rito, senta la necessità di formarsi un primo convincimento circa i fatti di causa per adottare, *pro tempore*, le misure più opportune nell'interesse familiare.

In questi procedimenti, qualora sia ritenuto necessario ed urgente procedere ad un approfondimento, la struttura complessa del procedimento, incentiva il giudice a non attendere la “fase istruttoria”, ma a procedere immediatamente a nominare un perito -in base ai poteri conferitigli dall'art. 337 *octies*³- affinché disponga una C.T.U. psicologica già nella fase presidenziale (o comunque nelle prime battute del processo), in vista dell'adozione dei provvedimenti provvisori ed urgenti nell'interesse della prole; ciò anche tenuto conto dell'ampio margine di discrezionalità di cui dispone il giudice stesso nell'adottare detti provvedimenti, avvalendosi di tutti gli strumenti ritenuti utili per la formazione del proprio convincimento⁴.

Di qui l'importanza di un accertamento dei fatti strumentali alla adozione degli stessi.

L'esigenza istruttoria può però sorgere in un momento ancora precedente, cioè quando il processo non sia iniziato o, se iniziato, la coppia genitoriale non sia ancora comparsa in udienza.

Ciò è possibile in due casi: quando ancora nessun procedimento sia stato promosso oppure quando, dopo che ad esso si sia dato avvio, i tempi di comparizione della coppia genitoriale innanzi al Tribunale competente siano così distanti dal deposito del ricorso da creare gravissimo disagio alla gestione dei figli minorenni nei momenti di maggior conflitto genitoriale, con tutti i danni che da tale situazione possono conseguire.

L'accertamento relativo all'idoneità genitoriale del padre o della madre in assenza di un processo e di un provvedimento è spesso messo in discussione a ragione o a torto dall'uno o

³ Secondo tale norma prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art. 337 *ter c.c.*, il giudice può assumere anche d'ufficio mezzi di prova.

⁴ E ciò è anche funzionale alla considerevole durata, in termini di efficacia, dei provvedimenti presidenziali o interinali, che sono tendenzialmente stabili, salvo il reclamo e le rare ipotesi di modifica o revoca sussistendone i presupposti, fino alla sentenza che definisce il giudizio.

all'altro genitore e solo un esperto può essere in grado di poterlo acclarare, sciogliendo subito i dubbi relativi alla capacità genitoriale e alla conseguente esercizio della responsabilità sui figli.

All'esito della perizia, qualora i dubbi non trovino fondamento, è possibile addivenire ad una composizione congiunta del conflitto; a non instaurare un procedimento di carattere contenzioso, ma comporre in modo “negoziato” la vicenda familiare in presenza di figli minorenni.

La perizia può assolvere, insomma, ad una funzione *deflattiva* del contenzioso nel senso di definirlo consensualmente o congiuntamente sulla base dei risultati della stessa.

Oppure può “limitarsi” a preparare il processo o facilitare e snellire lo svolgimento dello stesso che continuerà per la definizione degli assetti economici dipendenti (anche) da quelli di affidamento in base ai criteri stabiliti dall'art. 337 *ter c.c.*

Una volta espletata, la consulenza *ante causam* potrà infine essere utilizzata nel successivo contenzioso giudiziale, che si rendesse inevitabile, fermo restando il potere discrezionale del giudice di disporla *ex novo* nel corso dello stesso⁵.

Certamente, il presupposto del nostro ragionare, fondato su un sempre più stretto dialogo tra diritto di famiglia e psicologia, è la convinzione della pesante incidenza probatoria delle conoscenze esperte sugli esiti della controversia, considerata di portata tale da far ritenere che le parti, una volta conosciuti gli esiti e il senso complessivo dell'indagine, dovrebbero ritenere superfluo il ricorso al processo contenzioso o scontati gli esiti di un eventuale processo che sarebbe prevedibilmente condizionato dalle informazioni-conoscenze esperte già acquisite⁶.

Il collegamento tra anticipata acquisizione delle conoscenze esperte e soluzione anticipata della controversia sembra così trovare fondamento nella ormai diffusa percezione dell'incidenza delle consulenze tecniche sulla formazione del convincimento del giudice e, in definitiva, sull'esito della controversia⁷.

2. La consulenza psicologica prima del processo. Il quadro normativo di riferimento.

⁵ Vedi specificamente *infra* par. 2.

⁶ Si tratta di quel *trend* evolutivo ed estensivo che conferma l'inadeguatezza della concezione meramente valutativa della consulenza tecnica ordinaria tanto che norme quali l'art.696 bis c.p.c. possono essere interpretate come una riprova dell'ormai definitivamente acquisita natura probatoria della C.T.U. V. sul punto le riflessioni di Ansanelli, *La consulenza tecnica nel processo civile, Problemi e funzionalità, cit.*, 47 ss.

⁷ Così ancora Ansanelli, *op. ult. cit.*, p. 47.

L'art. 696 c.p.c.

De *jure condito*, la possibilità di richiedere al Giudice la disposizione di una consulenza tecnica psicologica in vista di un procedimento di separazione o di divorzio, di modifiche delle condizioni assunte in detti procedimenti o, ancora, di un procedimento ex art.709 ter c.p.c.⁸, appare possibile in base all'art. 696 c.p.c., qualora vi sia *urgenza* di provvedere⁹.

Con riferimento a tale norma, come noto collocata tra i procedimenti di istruzione preventiva di cui alla Sezione IV, Libro IV, Titolo I del codice di procedura civile¹⁰, chi ha

8 V. *supra* nota 1.

9 Ovviamente, ai sensi dell'art. 698 c.p.c. l'assunzione preventiva della consulenza tecnica non pregiudica le questioni relative alla sua ammissibilità e rilevanza né impedisce la rinnovazione della stessa nel giudice di merito, ma certamente quest'ultimo potrà far riferimento alla stessa quantomeno per l'adozione dei provvedimenti provvisori ed urgenti.

10 Tra i contributi specificamente dedicati all'istituto v. DENTI, *Sui procedimenti di istruzione preventiva*, in *Giur.it.*, 1949, I, 2, 47 ss.; CALVOSA, *Alcune questioni in tema di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, II, 197 ss.; TOMEI, *La interruzione della prescrizione come effetto dei provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1951, II, 391; CALVOSA, *Ancora in tema di istruzione preventiva*, in *Giur.it.*, 1953, I, 2, 649 SS.; CARNELUTTI, *Limiti della consulenza nel procedimento di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*,

1954, 198 ss.; MONTESANO, *Sulla speciale responsabilità per imprudente esecuzione in materia di istruzione preventiva*, in *Giur.it.*, 1956, I, 1, 1037; VALCAVI, *E' ammissibile un confronto di testimoni in sede di istruzione preventiva?*, in *Giur.it.*, 1958, I, 2, 603; CARNELUTTI, *Confronto tra testimoni in sede di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 660 ss.; BRUNETTI, *Sui procedimenti di istruzione preventiva*, Milano, 1960; CALVOSA, *Istruzione preventiva*, in *Nov. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, 309 ss.; FRANCHI, *Efficacia in Italia dell'istruzione preventiva compiuta all'estero*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 587 ss.; TARZIA, *Sulla strumentalità dell'accertamento tecnico preventivo*, in *Giur.it.*, 1967, I, 2, 819 ss.; Id., *Ammissibilità dell'istruzione preventiva nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 637 ss.; ANDRIOLI, *Sulle spese dell'istruzione preventiva*, in *Foro it.*, 1971, I, 272 ss.; LAUDISA, *Competenza istruzione preventiva, giurisdizione e regolamento*, in *Giur.it.*, 1972, I, 1, 1973 ss.; NICOTINA, *Istruzione preventiva*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 154 ss.; BERRI, *Limiti di ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione nei procedimenti di istruzione preventiva*, in *Giur.it.*, 1979, I, 1, 721 ss.; CONSOLO, *Periculum in mora ed inammissibilità della domanda principale nella istruzione preventiva*, in *Giur. it.* 1979, I, 2, 535 ss.; NICOTINA, *L'istruzione preventiva nel codice di procedura civile*, Milano, 1979; BALENA, *Istruzione (procedimento di istruzione preventiva)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990; MAGI-CARLETTI, *I procedimenti di istruzione preventiva*, in *I procedimenti cautelari*, a cura di Tarzia, Padova, 1990, 113 ss.; BASILICO, *Accertamenti tecnici e ispezioni giudiziale sulla persona*, in *Giur.it.*, 1991, I, 1, 621 ss.; MONTESANO, *Opportunità di istruzione preventiva nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 5 ss.; TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1991, 719 ss.; JACCHIERI, *Provvedimenti di istruzione preventiva e regolamento di competenza*, in *Giust. civ.*, 1992, I, 947; MAGI-CARLETTI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Il nuovo processo cautelare*, a cura di Tarzia, Padova, 1993, 125 ss.; SALVANESCHI, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1993, 617 ss.; TRISORIO LIUZZI, *Istruzione preventiva*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, 242 ss.; CIPRIANI, *L'impugnazione del provvedimento d'istruzione preventiva*, in *Foro it.*, 1996, I, 2766 ss.; MONTESANO, *Sul reclamo contro il rifiuto di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.* 1998, 102 s.; SALVANESCHI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 809 ss.; CIPRIANI, *Ancora sull'impugnazione dei provvedimenti d'istruzione preventiva*, in *Foto it.*, 1999, I, 952 ss.; MONTESTANO, *Danno irreparabile e reclamo nell'istruzione preventiva*, in *Riv. dir.proc.*, 2000, 103 s.; ROMANO A.A., *La tutela cautelare della prova*, Napoli, 2004; BALENA G., *L'istruzione preventiva*, in BOVE M.-BALENA G., (a cura di), *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006; MAGI-CARLETTI, I

urgenza di far verificare, prima del giudizio, non solo lo stato di luoghi o cose ma anche di *persone*, può chiedere, ai sensi degli artt.692 ss. c.p.c., che sia disposto un accertamento tecnico o un'ispezione giudiziale.

In tal caso, il Presidente del Tribunale provvede nelle forme stabilite dagli artt. 694 e 695 c.p.c. in quanto applicabili, nomina il consulente tecnico e fissa la data di inizio delle operazioni. Qualora l'indagine sia richiesta su persona diversa dall'istante è necessario il *consenso* di questi.

Nell'ambito di una controversia in cui si controverta del miglior regime di affidamento (o della sua violazione), collocazione e permanenza dei figli minorenni con ciascun genitore, ed in cui l'urgenza è spesso *in re ipsa* nei frequenti casi in cui il conflitto tra genitori li renda incapaci di esercitare adeguatamente la propria responsabilità verso i figli stessi¹¹, pare pertanto possibile il ricorso a detta norma, la quale consentirebbe di espletare una consulenza psicologica familiare sui genitori di figli minorenni con la sola necessità, allo stato attuale, del consenso di entrambi.

Il problema nasce, piuttosto ed allora, nel caso in cui il soggetto, diverso dall'istante, cioè l'altro genitore, rifiuti di sottoporsi all'accertamento tecnico preventivo.

D'accordo con la miglior dottrina, la problematica è tuttavia mal posta e non convince (ed anzi l'interprete può rimanerne anche disorientato), giacché dal punto di vista dell'urgenza non può esservi diversità tra l'ipotesi in cui il soggetto da esaminare sia l'istante o persona diversa dall'istante¹².

Il problema della coercibilità dell'accertamento su soggetto diverso dal richiedente riguarda, infatti, non solo l'accertamento tecnico preventivo, ma anche l'accertamento tecnico in corso di causa, vale a dire la C.T.U. di cui agli artt. 191 ss. c.p.c.

Il fatto che l'accertamento si possa fare anche contro la volontà di colui che ne è oggetto, costituisce un problema ulteriore e generale, ma il rifiuto di sottoporsi allo stesso non può avere

provvedimenti di istruzione preventiva, in Tarzia-Saletti, (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2008; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015.

11 Si pensi al caso in cui, in assenza di un provvedimento giudiziale, i figli manifestino problematiche di carattere psicologico che i genitori non siano in grado di risolvere dato il conflitto tra gli stessi esistente; non vengano condotti a scuola perché si debba provvedere alla scelta dell'istituto scolastico e non si trovi l'accordo e via di seguito; per non parlare delle ipotesi di sospetto maltrattamento o abuso. La situazione di urgenza, rappresentando il presupposto dell'art.696 c.p.c. dovrà essere adeguatamente motivata in sede di ricorso introduttivo.

12 V., ad esempio, F.P. Luiso, *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali* IX ed., Milano 2017, 273; A. Panzarola, *L'istruzione preventiva riformata*, in *Il giusto processo civile*, 2006, 107 ss. il quale rimarca il disorientamento che ne deriva e V. Ansanelli, *La consulenza tecnica nel processo civile, cit.*, 56 ss.

conseguenze probatorie diverse a seconda che esso sia effettuato nel corso di un processo di merito oppure in via preventiva.

Come rilevato vivacemente dalla medesima dottrina, condizionare l'accertamento al preventivo consenso del soggetto da esaminare e al tempo stesso escludere ogni efficacia probatoria del rifiuto significa "mettere nelle mani dell'esaminando la facoltà di impedire la formazione della prova senza rischiare niente"¹³.

Inoltre, la necessità di richiedere il consenso della controparte -e la mancata sanzione del rifiuto ingiustificato-, sembrano porsi in contrasto con il general *trend* di potenziamento delle misure di istruzione preventiva, finalizzato a raggiungere risultati deflattivi del carico giudiziario, offrendo alle parti la possibilità di valutare i possibili esiti del processo di merito¹⁴.

L'art. 696 c.p.c., con i necessari "correttivi", sembra pertanto suscettibile, di sostenere l'esperibilità di una consulenza psicologica preventiva in materia familiare, considerata l'urgenza che caratterizza normalmente le situazioni prodromiche ai procedimenti separativi in presenza di figli minori.

Il Presidente del Tribunale, quale giudice competente per il merito, provvederà nelle forme stabilite dall'art.694 c.p.c., nominerà il consulente tecnico e fisserà la data di inizio delle operazioni ai sensi degli artt. 191 ss., vale a dire le norme in materia di C.T.U.

Per quanto riguarda i rapporti tra art. 696 c.p.c e giudizio di merito, è poi fatta salva la disposizione di cui all'art. 698 c.p.c., con la conseguenza che il Presidente del Tribunale o il

13 Così testualmente F.P. Luiso, *op. ult. cit.*, 273, il quale sottolinea la carenza dell'ordinamento proprio in ordine all'assenza di valore probatorio della negazione del consenso. Tale rimarchevole lacuna richiama inevitabilmente le disposizioni in tema di prova del rapporto di filiazione e specialmente l'art. 243 bis c.c. in tema di disconoscimento di paternità che consiste essenzialmente nella comparazione genetica tra i soggetti interessati. Come noto, la giurisprudenza in merito afferma che dette prove non sono strumenti eccezionali, bensì prove ordinarie della mancanza del rapporto di filiazione, sicchè il giudice è tenuto ad ammetterle, salvi ovviamente i casi in cui gli elementi raccolti siano già bastevoli a dimostrare, con sufficiente grado di certezza, la mancanza del rapporto di paternità. Purtroppo, non sempre all'ammissione di tali mezzi di prova segue il loro espletamento, giacchè le stesse per loro natura, postulano ovviamente la collaborazione del soggetto interessato, che volontariamente deve sottoporsi ad attività invasiva della propria integrità fisica o consentire al prelievo dei propri reperti biologici, che non possono certamente essere presi coattivamente. La giurisprudenza allora è giunta ad affermare che anche dal sistematico rifiuto di dare ingresso a tali prove, il giudice può ritrarre argomenti di prova *ex art.* 116 c.p.c., sufficienti, anche di per sé soli, a fondare il proprio convincimento. Vedi in materia l'efficace sintesi di A. ARCERI, *Le azioni in materia di stato*, in *Diritto processuale di famiglia* a cura di A. GRAZIOSI, Torino, 2016, 300 ss.

14 Così Ansanelli, *La consulenza tecnica nel processo civile, cit.*, 57.

giudice istruttore potrà dichiararla ammissibile con risparmio di tempo processuale o, solo eventualmente, rinnovarla.¹⁵

3. L'applicabilità dell'art. 696 bis c.p.c. Considerazioni preliminari sull'istituto.

A prescindere dall'*urgenza* -e pertanto dal requisito su cui l'art. 696 c.p.c. fonda la sua ragion d'essere-, in tutti gli ordinamenti si è progressivamente assistito al fenomeno del potenziamento delle modalità di acquisizione delle prove anticipate rispetto alla compiuta fissazione dell'oggetto della lite.

I moderni sistemi processuali, infatti, in misura crescente, hanno esteso la propria attenzione alla fase che precede l'instaurazione del processo, consapevoli che il sapere assume funzione di guida dell'azione, e che la possibilità di acquisire conoscenza o "informazioni" intorno ad elementi di fatto in un momento pre-processuale può essere cruciale per saggiare le prospettive di una futura azione giudiziale, per valutare le *chances* di un eventuale ricorso al giudice, per ricercare o accettare una soluzione transattiva della lite o, più semplicemente, per *preparare* il processo¹⁶.

In questo quadro, nel nostro sistema processuale, si colloca, come ben noto ed a seguito della riforma operata dalla legge 14 maggio 2005, n°80, l'art. 696-bis c.p.c., secondo cui, benché solo per una fattispecie limitata -accertamento dei crediti da inadempimento contrattuale o da fatto illecito-, è possibile domandare che sia disposta una consulenza tecnica *prima* dell'inizio della causa di merito, anche in assenza pertanto del *periculum in mora* cui la legge condiziona le operazioni peritali dell'art. 696 c.p.c. e, più in generale, ogni altra forma d'istruzione anticipata nel diritto processuale comune¹⁷.

15 In un procedimento di separazione o divorzio ciò accadrà nel caso in cui sia trascorso un consistente periodo di tempo tra l'espletamento della C.T.U e l'instaurazione del giudizio tale da aver modificato le condizioni su cui la prima si era fondata (ad esempio le mutate esigenze dei figli in base all'età, il trasferimento di uno dei genitori in altra località, e gli esempi possono essere molti).

16 Sul fenomeno in generale v. il lavoro di C. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004. Ci si permette di rinviare anche al nostro *Fase preparatoria del processo e case management giudiziale*, Napoli, 2011, 201 ss.

17 Sull'art.696 bis c.p.c. v. A.A. ROMANO, *Il nuovo art.696-bis c.p.c., tra mediation e anticipazione della prova*, in *Corriere giur.*, 2006, p. 405. Vasta è la letteratura sull'istituto anche considerata la sua ibrida natura. V. G. ARIETA, *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, in *Trattato di diritto processuale*, III, 1, Padova 2005, p. 549 s.; C. ASPRELLA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Codice di procedura civile. Commenti al nuovo rito riformato*, a cura di N. Picardi, Milano, 2005, p. 96 ss.; C. BESSO, *I procedimenti di istruzione preventiva*, in *I procedimenti sommari e speciali. I procedimenti cautelari*, II, 2, a cura di

La norma, nella sua fondamentale *ratio* ispiratrice, tende ad agevolare la risoluzione della controversia in forme diverse dalla sentenza, avvenga questa per via d'una soluzione *stricto sensu* concordata mediante transazione, ovvero per via dell'unilaterale rinuncia a coltivare le proprie ragioni nella successiva causa di merito (quando ad esempio il consulente tecnico abbia concluso per l'inesistenza d'un danno o d'un inadempimento) o ancora dell'integrale e spontaneo riconoscimento del proprio obbligo (per lo più nell'ipotesi esattamente speculare).

La possibilità di una valutazione anticipata delle prospettive di "successo", dovrebbe far presa sulla parte per la quale la prognosi è sfavorevole, palesando ad essa l'opportunità – sotto il profilo delle spese giudiziali, degli interessi di mora e delle responsabilità civili in genere – d'astenersi dall'agire o dal resistere; ed ancora, ove la prognosi sia invece di soccombenza parziale reciproca, dovrebbe suggerire ai litiganti – giusta una similare analisi costi-benefici – la convenienza d'una soluzione *concordata* pari o prossima, per contenuti, a quella indicata come probabile nel successivo giudizio¹⁸.

L'obiettivo alla base della norma evoca analoghe riforme adottate in altri paesi europei continentali ed ha come punto di riferimento alcuni degli aspetti caratterizzanti del processo angloamericano. Il pensiero va immediatamente ai *Pre-action protocols* ed alla *pre-action disclosure* dell'esperienza inglese. La *discovery* americana, con cui parimenti un'analogia può

S. Chiarloni e C. Consolo, Torino, 2005, p. 1176 ss.; R. CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Foro it.*, 2005, V, col. 139; L.P. COMOGLIO-C.FERRI-M.TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, II, Bologna, 2005, p. 82; M.F. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 822 ss.; N. GIALLONGO, *Le modifiche al codice di procedura civile. Contributi per una riflessione*, in *www.judicium.it*, 17 ss.; G.N. NARDO, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005*, *ivi*, 1 ss.; *va nel processo civile*, Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni, Milano, 2012, 1070 ss. F. Cuomo-Ulloa, *Consulenza tecnica preventiva ai fini di composizione della lite*, in *Digesto civ.*, Agg., III, Torino, 2007, 273 ss. A. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art.696 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 805 ss.; A.A. Romano, Sub art.696 bis, in Codice di procedura civile commentato, a cura di C. Consolo – F.P. Luiso, Milano, 2007; A. Panzarola, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in A. Briguglio – B. Capponi (a cura di), in *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2007, vol. I, 253 ss.; C. Besso, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Le recenti riforme del processo civile* diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2007, 1323 ss.; V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in M. Taruffo (a cura di), *La prova nel processo civile, Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni (continuato da P. Schlesinger), Milano, 2012, 1070 ss.

Prima dell'approvazione della norma in esame, per riferimenti e rilievi intorno ai progetti di riforma ed ai disegni di legge che hanno variamente precorso la formulazione attuale dell'art. 696-bis c.p.c., ved. G.N. NARDO, *Contributo allo studio della istruzione preventiva*, Napoli, 2005, spec. p. 401 ss.; C. BESSO, *La prova prima del processo*, *cit.*, spec. p. 162 ss.; A.A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004, p. 27.

¹⁸ Così ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c.*, *cit.*, p. 407.

essere prospettata sotto il profilo funzionale, entra in gioco infatti a processo già iniziato e con riferimento ad essa non è pertanto strettamente corretto parlare di “prova prima del processo”¹⁹.

Nei principali modelli stranieri, che pur possono presentare tra loro sostanziali differenze, nel corso della loro evoluzione storica, è stata così superata la correlazione tra assunzione anticipata e rischio di perdita della prova.

L’aumento del numero delle controversie civili e l’allungarsi dei tempi necessari per lo svolgimento del processo ordinario di cognizione hanno portato i legislatori di quei paesi ad

¹⁹ Occorre ricordare che nel processo angloamericano la fase preparatoria non assolve soltanto alla funzione di chiarire i termini in fatto e in diritto della controversia, ma anche, grazie allo scambio di informazioni rilevanti per la lite, di consentire lo svolgimento di trattative per la conciliazione della causa. Su natura e funzioni della *pre-trial discovery* statunitense v. il nostro *Esibizione di documenti e discovery*, cit., p.119 ss.

La figura di cui all’art. 696 bis c.p.c. presenta anzitutto profili comuni con i casi di *selbständiges Beweisverfahren* previsti dall’ordinamento tedesco al secondo comma del § 485 ZPO, essi pure frutto di una non remota evoluzione normativa dell’istruzione anticipata. Anche in Germania infatti, fino a tutto il 1990, l’assunzione dei mezzi di prova prima del processo era essenzialmente subordinata al requisito dell’urgenza: la legge tedesca ammetteva già *ab origine* ed ammette tuttora, è vero, altresì l’istruzione preventiva non urgente, purché vi sia accordo di tutti gli interessati nel richiederla, ma ad essa si è sempre guardato come ad un’eccezione, denunciandone peraltro, a più riprese, l’assai scarsa frequentazione da parte dei pratici; in ogni caso non era chiaro se le parti potessero giudizialmente conciliarsi nel procedimento speciale e se il relativo *Vergleich* fosse poi coercibile. La situazione è invece mutata con il *Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz* del 17 dicembre 1990, poiché è divenuto possibile domandare l’istruzione preventiva – sebbene, com’è ora anche da noi, soltanto per consulente tecnico e con talune restrizioni in ordine al *thema probandum* – in ogni caso in cui ciò corrisponda all’interesse dell’istante, anche se non ricorra un rischio di dispersione del mezzo di prova. Il § 485 II ZPO, nel nuovo testo, prevede poi che siffatto interesse sussiste quando l’anticipazione della prova «può servire ad evitare il processo», mentre i §§ 492 III e 794 I 1 ZPO promettono efficacia di titolo esecutivo all’eventuale *Protokoll* di conciliazione formato dinanzi al giudice. Per questa ricostruzione in termini comparatistici con l’ordinamento tedesco v. A.A. ROMANO, *Il nuovo art.696-bis c.p.c., tra mediation e anticipazione della prova*, cit., pp. 405 - 406.

Per quanto riguarda invece l’ordinamento francese, l’art. 696 bis ha non trascurabili analogie con le *mesures d’instruction in futurum* (per alcuni principali riferimenti I. DESPRÉS, *Les mesures d’instruction in futurum*, Parigi, 2004; L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Parigi, 2000, p. 514 ss.; P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, Parigi, 1990, 78 ss.; C. SILVESTRI, *Il référé nell’esperienza giuridica francese*, Torino, 2005, p. 219 ss.; BESSO, *La prova prima del processo*, cit., p. 85 ss.; A. ROMANO, *La tutela cautelare*, cit., p. 35 ss e, ci sia consentito, il nostro *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, pp. 64-67 ove si prospetta un accostamento tra la misura di cui all’art.145 del Codice di procedura civile francese e l’istituto angloamericano della *pre-trial discovery*) di cui all’art.145 del *Code de procédure civile* francese in base al quale, in presenza di un motivo legittimo per conservare o stabilire prima del processo la prova dei fatti dai quali potrebbe dipendere la soluzione di una controversia, possono essere ordinati, su istanza di coloro che sono interessati, per *requête* o *référé*, i mezzi di prova ammessi dalla legge). Il *motif légitime* è una clausola generale rispetto alla quale l’urgenza non costituisce che una, e neppure la più importante, delle possibili manifestazioni concrete. Come ha tenuto a specificare la corte di Cassazione francese (v. Cass. 7 maggio 1982, in *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de Cassation, Chambre mixte, 1982, n°3*), infatti, l’istruzione preventiva può essere ordinata senza che si debba accertare la sussistenza del *periculum in mora* (come del resto di evince dalla stessa lettera dell’art. 145 che parla, oltre che di conservare, di “stabilire” la prova) e anche quando vi sia una *contestation sérieuse* circa l’ammissibilità o la fondatezza della domanda di merito. Le uniche condizioni richieste per la concessione della misura d’istruzione preventiva sono pertanto quelle che risultano dal testo dell’art. 145 in cui si parla di conservazione o fissazione della prova *avant tout procès*: occorre pertanto che non sia iniziato il processo di merito.

individuare nei procedimenti di assunzione preventiva della prova strumenti di soluzione delle controversie che consentano di evitare, in relazione ad un certo numero di controversie stesse, il ricorso al processo ordinario o perlomeno a quello di carattere contenzioso.

L'idea che accomuna tali istituti, è che spesso la definizione della lite dipende non dalla soluzione di questioni di diritto, ma dalla ricostruzione dei fatti, così che una volta sentito il testimone o esperita la consulenza tecnica, il futuro attore è in grado di valutare la (in)fondatezza totale o parziale della propria pretesa e rinunciare al processo e optare per una soluzione transattiva della lite²⁰.

Si tratta, a ben vedere, del medesimo assunto sotteso a molti metodi alternativi di risoluzione delle liti²¹ oggetto anche nel nostro sistema, metodi che sempre più stanno diffondendosi, prendendo anche forma di obbligatorietà, come accade ad esempio oggi in tema di responsabilità medico-sanitaria²².

L'art.696 bis c.p.c., fin dalla prima lettura ha riecheggiato pertanto quel fenomeno ampiamente diffuso nei sistemi di *common law*, ma anche di *civil law*, descrivibile come *prova prima del processo* che sostanzialmente si concreta in una anticipazione del momento di assunzione degli strumenti probatori.

La sua funzione, non a caso, da una parte è quella di condurre ad una soluzione concordata della lite; dall'altra, nel caso in cui ciò non accada, di contribuire all'istruttoria del futuro giudizio di merito.

A ben vedere e più specificamente il legislatore è arrivato a questo risultato all'esito di un ben definito processo evolutivo.

Intervenendo sull'art. 696 c.p.c., ha anzitutto inteso potenziare l'utilizzazione delle conoscenze esperte attraverso la riformulazione della norma preesistente in modo che al perito venissero affidate aree di indagine precedentemente escluse dall'ambito di operatività dell'istituto,

20 V. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., pp. 14 -15.

21 Anovera l'istituto a pieno titolo tra i metodi di risoluzione alternativa delle controversie (ADR), TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art.696 bis c.p.c.*, cit., p. 805 ss.

22 Su cui v. oggi G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, in *Il giusto processo civile*, 2017, 655 ss; V. ANSANELLI, *Struttura e funzione della consulenza tecnica preventiva in materia medico-sanitaria*, in *Il giusto processo civile*, 2018, 165 ss.; R. TISCINI, *La consulenza tecnica preventiva quale condizione di procedibilità nei giudizi risarcitori da responsabilità sanitaria ai sensi dell'art.8 L.8 marzo 2017, n°24*, in www.judicium.it.

vale a dire quelle sulla persona (sia dell'istante che della persona nei cui confronti l'istanza é proposta in tal caso però col consenso di questi).²³

Inoltre, ha proceduto all'ampliamento dei poteri del consulente tecnico che si sono estesi alla verifica delle cause dei fenomeni rilevati e l'accertamento dei danni che siano conseguenza degli stessi. Vengono di conseguenza attualmente affidate all'esperto attività concernenti questioni e ambiti di indagine rilevanti per la risoluzione della controversia, come quelli relativi all'accertamento causale dei fenomeni rilevati o all'accertamento e alla quantificazione dei danni derivati dagli stessi²⁴.

Con l'introduzione dell'art.696 *bis* c.p.c., infine, sono state conferite al perito funzioni ulteriori rispetto a quelle per così dire tradizionali, affinché all'esito della perizia/consulenza dal medesimo resa, le parti siano in grado di conoscere le possibilità di un esito del futuro giudizio che può essere peraltro “scongiurato” comportando un effetto deflattivo del contenzioso.

Due pertanto le funzioni svolte dalla norma: una *istruttoria* e una *deflattiva*, e ciò evidentemente sulla percezione dell'importanza, se non indispensabilità, delle conoscenze esperte sulla formazione del convincimento del giudice e in definitiva sull'esito della controversia data l'incidenza della perizia sul provvedimento finale²⁵.

Sebbene la consulenza tecnica non sia vincolante per il giudice data la sua qualità di *peritus peritorum*, molto difficilmente il giudice medesimo si avventura in soluzioni diverse rispetto a quelle suggerite dall'esperto²⁶.

23 V. le modifiche di cui al D.L. 14 marzo 2005, n°35 convertito nella L. 14 maggio 2005, n°80. La disposizione all'esito della novella del 2006 trae origine da due sentenze della Corte costituzionale. Con una prima sentenza Corte cost. 1990/471) la Corte dichiarò incostituzionale il previgente art. 696 c.p.c. nella parte in cui non consentiva l'accertamento tecnico o l'ispezione sulla persona dell'istante, con riferimento quindi all'ipotesi in cui l'accertamento tecnico era richiesto dall'istante su se stesso. Con una seconda sentenza (Corte cost. 257/1996) la Corte ha dichiarato incostituzionale la stessa norma nella parte in cui non consentiva l'accertamento tecnico o l'ispezione su persona diversa dall'istante, subordinando però l'esperimento del mezzo di prova al preventivo consenso dell'esaminando.

24 Così V. Ansanelli, *La consulenza tecnica nel processo civile, Problemi e funzionalità*, Milano, 2011, p.57.

25 “L'istituto svolge la funzione di condurre ad una soluzione concordata della lite e, quando questa non accada, fornire comunque un contributo all'istruttoria del successivo giudizio di merito”. Così I. Pagni, in GELLI, HAZAN, ZORZIT (a cura di), *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702 bis c.p.c., La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n°24 (cd. Legge Gelli)*, Milano, 2017, 464.

26 L'art. 696 bis c.p.c. non chiarisce le modalità di ingresso della relazione tecnica nel processo di merito, stabilendo soltanto che ciascuna delle parti può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio, un giudizio peraltro non necessario, non essendovi l'onere di iniziarlo entro un termine prefissato a pena di inefficacia della consulenza effettuata. L'acquisizione al processo di merito non è automatica bensì

Se guardare al futuro implica ormai da lungo tempo la progressiva adozione di modelli scientifici nell'indagine dei fatti, il dialogo tra l'esperto ed il giudice si fa mano a mano sempre più serrato.

4. Segue: art. 696 bis c.p.c e controversie familiari riguardanti minori.

L'idoneità dell'art. 696 *bis* c.p.c. a supportare una richiesta di consulenza tecnica psicologica relativa ad una controversia sull'affidamento di minori (nonché sui diritti del figlio e dei genitori che ne derivano), parrebbe “arrestarsi” innanzi al limitato ambito di applicazione della norma, rappresentato dalle fattispecie di illecito contrattuale ed extracontrattuale.

Omettendosi l'ipotesi di responsabilità contrattuale che esula dall'ambito di applicazione della nostra indagine, pare possibile sostenere che l'apposizione di limiti o ostacoli all'esercizio della responsabilità genitoriale verso i figli minori -di cui agli artt. 315 bis e 316 c.c.- perpretati da uno dei genitori ai danni dell'altro e dei figli stessi, concreti un illecito extracontrattuale, così rientrando nell'ambito di applicazione dell'art. 696 bis c.p.c.

Sulla scia della risarcibilità del cd. danno “endofamiliare” cagionato dalla violazione degli obblighi derivanti dal matrimonio (di cui all'art.143 c.c.) e che configura illecito civile per dottrina e giurisprudenza ormai da lungo tempo consolidate²⁷, anche il rapporto tra genitori e figli o tra

subordinata ad una valutazione di ammissibilità compiuta dal giudice. L'istanza di acquisizione -restando escluso che il giudice possa disporla d'ufficio- deve essere formulata nei termini previsti per le deduzioni istruttorie, a pena di decadenza. Il giudice del merito è libero di valutare la rilevanza della perizia eseguita in fase preventiva anche sulla base delle deduzioni istruttorie e dei documenti prodotti dalle parti ed essa ha la stessa efficacia probatoria della ctu disposta nel corso del processo ordinario.

²⁷ La posizione della giurisprudenza é chiaramente riassunta nella sentenza della Corte di cassazione n°18853 del 15 settembre 2011, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2038 con nota di De Marzo. La Corte ribadisce la natura non solo morale ma giuridica dei doveri di cui all'art.143 c.c e la valenza di diritti soggettivi delle posizioni correlate a quei doveri, sottolinea che queste posizioni, per tale loro valenza, devono godere di tutela piena, non limitata, cioè, alle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, ma comprendiva anche della misura generale del risarcimento del danno ai sensi degli artt. 2043 e 2059 c.c., afferma, da un lato, che non vi è automatica consequenzialità tra pronuncia di addebito e pronuncia di condanna al risarcimento del danno, dall'altro, che la mancanza di addebito non é preclusiva dell'azione risarcitoria. V. la ricostruzione di A. Mondini, *Il risarcimento del danno derivante dalla violazione dei doveri derivanti dal matrimonio*, in *Trattato operativo della crisi familiare*, Tomo I, *Profili di diritto sostanziale*, a cura di M.A. Lupoi, Maggioli, 2018, 78 ss.

Tale risultato è stato ottenuto, come noto, grazie al susseguirsi delle riforme legislative, -tra cui, l'ultima, quella della filiazione del 2013, che hanno consentito di ribaltare l'ottica tradizionale in cui il singolo membro viene visto all'interno del nucleo familiare. Si è infatti passati da una concezione per cui i diritti del singolo dovevano soccombere rispetto al superiore interesse della famiglia, ad una concezione di quest'ultima come il luogo di valorizzazione della personalità e dello sviluppo di singoli membri. Se in passato appariva “ardito” l'accostamento dei termini *famiglia* e *responsabilità civile*, giacché il costume sociale portava a ritenere sussistente, in questo luogo privilegiato degli affetti, una sorta di immunità rispetto agli strumenti propri della responsabilità civile, finalizzata ad

genitori per questioni riguardante la prole minorenni, è stato considerato suscettibile di configurare un illecito civile, dando vita a forme di danno risarcibile di carattere non patrimoniale.

Il riconoscimento del diritto all'*assistenza morale* spettante al minore anche durante la crisi del rapporto che lega i propri genitori, ha come essenza la relazione di affetto che deve instaurarsi tra genitori e figli²⁸.

Il minore è titolare di un diritto soggettivo, a contenuto *non patrimoniale*, alle relazioni affettive, poiché il rapporto affettivo stesso incide sulla sua crescita e sulla formazione della sua personalità. E l'esercizio di tale diritto si esplica anzitutto nei confronti dei genitori che sono i soggetti per loro natura preordinati ad assicurarne la tutela²⁹.

Qualora infatti si verificano gravi inadempimenti o altri atti che comunque arrechino pregiudizio al minore medesimo od ostacolano il corretto svolgimento delle modalità di affidamento, ai sensi dell'art.709 *ter* c.p.c., il giudice può, tra le altre sanzioni³⁰, disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore, ovvero disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro.

evitare le tensioni che si sarebbero potute verificare consentendo l'ingresso ad uno strumento conflittuale, potenziale moltiplicatore di dissidi, l'evoluzione del diritto di famiglia e, soprattutto il mutamento del costume sociale, hanno giocato un ruolo di primaria importanza di fatto esistenti per il superamento della situazione di "immunità e di privilegio". Per il percorso evolutivo che a partire dalla promulgazione della Costituzione ha condotto a tale risultato v. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, II, 2006, 919 ss. Id., *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, 39.

28 Partendo dall'art. 315 bis c.c., -che amplia l'elenco dei diritti spettanti ai figli verso i genitori, andando ben oltre il riferimento ai soli diritti di mantenimento, educazione ed istruzione già previsti dall'art. 30 Cost.-, è stata ipotizzata la configurabilità in capo al figlio minore, di un diritto all'amore nell'ambiente familiare che tocca il tema complesso della rilevanza giuridica dei sentimenti. In vantaggio del figlio è stata riconosciuta l'esistenza di un vero e proprio diritto all'amore nell'ambiente familiare, individuato nel diritto all'assistenza morale garantito dall'art. 315 bis c.c., 1 comma. V. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2014, 335, secondo cui il diritto all'amore dei genitori è un diritto fondamentale del minore. Ad ogni modo, a tutt'oggi, non può porsi in dubbio che i figli minori siano titolari di diritti perfetti di primario rilievo costituzionale nei confronti dei genitori. Con la precisazione che occorre tuttavia prendere atto che si tratta di diritti soggettivi con determinati aspetti caratteristici specifici. Intanto l'interesse sostanziale sotteso a tali diritti non è di esclusiva pertinenza del figlio, poiché l'ordinamento lo assume come proprio sino a quando il figlio stesso raggiunge la maggiore età. Inoltre il contenuto di tali diritti e correlativamente dei doveri dei genitori è assai lato come emerge dagli artt. 147, 315 bis, 316, 337 *ter* comma 2, c.c. L'adempimento dei doveri genitoriali postula dunque un'attività complessa, articolata e mutevole nel tempo. Così Donzelli, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, cit., 49.

29 Ma anche nei confronti di altre persone come gli ascendenti ai sensi dell'art. 317 bis c.c.

30 Circa la natura di norma sanzionatoria e/o risarcitoria dell'art.709 *ter* c.p.c., problematica che esula i limiti di questa indagine si rinvia per tutti a A. Graziosi, *Diritto processuale di famiglia*, Torino, 2016, 237 ss. e, da ultimo, all'approfondimento di Donzelli, *op. ult. cit.*, 78 ss.

Le ipotesi che più di frequente si verificano in questo contesto sono inerenti alla violazione del calendario predisposto per garantire il cd. diritto di visita dei genitori con i figli³¹; il disaccordo su decisioni inerenti la salute e l'istruzione dei figli stessi; l'ostruzionismo circa le decisioni fondamentali per la vita della prole; episodi di violenza; il disinteresse morale e materiale da parte dei genitori; infine, la privazione del contatto con l'altro genitore.

Si tratta solo di alcune delle ipotesi al verificarsi delle quali il giudice deve accertare l'esistenza di un danno (e naturalmente gli oneri probatori da parte di chi chieda il risarcimento) ed eventualmente emanare un provvedimento di condanna.

In virtù della giurisprudenza in materia di danno endofamiliare di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c., pertanto, laddove il danno ingiusto si concretizzi nella lesione di un diritto della personalità del membro della famiglia, specialmente dopo l'entrata in vigore dell'art.709 *ter* c.p.c. -che è solo una fattispecie speciale di responsabilità civile in quanto la pretesa riparatoria è specificamente riferita alla violazione dei doveri genitoriali come determinati da un provvedimento giudiziale³²-, si è progressivamente assistito all'affermazione di un principio di responsabilità *extracontrattuale* dei genitori verso i figli ed a ciò si è addivenuti proprio sancendo la risarcibilità dei doveri di frequentazione e visita previsti in caso di separazione o di divorzio o, ancora, la risarcibilità del pregiudizio patito dal genitore (o dal nonno) che si sia visto ostacolato nel suo rapporto col figlio o col nipote a causa della condotta dell'altro genitore³³.

31 Per necessari limiti di indagine, si omette qui ogni trattazione in ordine al delicato problema dell'attuazione dell'obbligo di "consegna" di minori ed alle misure coercitive di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., relativamente a cui, per una sintesi ed ogni riferimento di carattere dottrinale e giurisprudenziale, ci si permette di rinviare al nostro *L'esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori: l'esperienza italiana e francese a confronto*, in *Fam. dir.*, 2016, 83 ss.

32 Sui rapporti (di specialità) tra l'art.709 *ter* c.p.c. ed il risarcimento del danno da illecito endofamiliare anche sotto il profilo processuale v. l'articolata analisi di Donzelli, *op. ult. cit.*, 120 ss. Circa i presupposti e la natura del risarcimento, l'art.709 *ter* c.p.c. suggerisce anzitutto di dare rilievo al requisito di gravità. La Suprema Corte ha infatti sostenuto la risarcibilità dei danni endofamiliari in presenza di condotte che per la loro intrinseca gravità si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona (v. Cass. 10 maggio 2005, n°9801 in appartenente alle violazioni dedotte in giudizio, nonché alla sussistenza di un pregiudizio (in capo al minore e/o al genitore). Come rileva Donzelli, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art.709 ter c., cit.*, 115 ss., deve escludersi che il danno in questione possa ritenersi sussistente *in re ipsa* con la conseguente necessità di dar prova delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla lesione degli interessi tutelati.

33 Sul versante del diritto sostanziale, la svolta è stata certamente segnata dall'entrata in vigore della l. 8 febbraio 2006, n°54 che ha reso l'affidamento dei figli ad entrambi i genitori la regola e l'affidamento esclusivo l'eccezione. Con un radicale mutamento di prospettiva rispetto al passato, l'interesse prioritario dei figli è stato individuato dall'ordinamento nel diritto dei figli di mantenere, nonostante la crisi del rapporto genitoriale, una relazione equilibrata e continuativa con ciascuno dei genitori, dovendosi loro garantire quella continuità di affetti che la fine del legame tra i genitori è potenzialmente idonea a minare. V. M. Sesta, *La nuova disciplina dell'affidamento dei figli nei processi di separazione, divorzio, annullamento matrimoniale e nel procedimento riguardante i figli nati*

Sotto questo profilo, se è vero che l'interesse dei figli minori assume una posizione prioritaria nel giudizio e che le pretese risarcitorie, per poter essere esaminate, debbono sempre fondarsi sulla violazione di doveri genitoriali, è altrettanto vero che più in generale l'art.709 *ter* c.p.c. è diretto al rispetto delle condizioni di affidamento e dunque alla protezione di tutti i diritti soggettivi coinvolti, vuoi che appartengano ai figli, vuoi che spettino ai genitori³⁴.

In ogni caso, anche a prescindere dall'art.709 *ter* c.p.c., -il cui ambito di applicazione, lo si ripete, è limitato, anche se l'istanza è proposta in via autonoma, alla violazione delle condizioni di affidamento e solo davanti al giudice chiamato a conoscere tale violazione anche ai fini di ridefinire le regole o il regime di affidamento stesso-, è sempre e comunque fatta salva la responsabilità generale di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c. che autorizza in ogni caso la richiesta di risarcimento del danno derivante dalla violazione dei doveri genitoriali, senza vincoli di tipo oggettivo.

Ciò è confermato anche dal fatto che, nel caso di giudizio ex art.709 *ter* c.p.c., (incidentale o autonomo) che si chiuda senza alcuna pronuncia sul risarcimento, il relativo diritto può farsi valere separatamente in via ordinaria sulla base dei medesimi artt. 2043 e 2059 c.c.

Ne discende che, in questo secondo caso, la cognizione del giudice può estendersi alle conseguenze pregiudizievoli derivanti da condotte più ampie e più estese nel tempo, ovvero anche relative a fatti avvenuti prima della regolamentazione giudiziale dell'affidamento cioè *prima e a prescindere dal processo*.

fuori del matrimonio, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. Sesta – A. Arceri, in *Nuova giur. dir. civ. e comm.* fondata da W. Bigiavi, Torino, 2012, 11. Si tratta del cd. diritto alla bigenitorialità, configurato come diritto soggettivo del minore, rientrando da quelli della personalità a lui spettanti, che si realizza garantendo la frequentazione e l'apporto educativo di entrambi i genitori, posti sullo stesso piano nella gestione dei rapporti di vita con i figli. Ad ogni modo, anche prima della entrata in vigore di detta legge, vi sono state pronunce aventi ad oggetto la condanna del genitore che aveva tenuto una condotta ostruzionistica, al risarcimento dei danni biologici cagionati in capo all'altro genitore. V. ad es. Trib. Roma, 3 maggio 2000, in *Tem. Rom.*, 2000, 1157 su cui P.Porreca, La lesione endo-familiare del rapporto parentale come fonte di danno, in *Giur. it.*, 2005, parte II, 1635. V. anche Trib. Roma, 13 giugno 2000, in *Dir. fam e pers.*, 2001, 209 con commento di Dogliotti, *La responsabilità civile entra nel diritto di famiglia*, in *Dir. fam. e pers.*, 2002, 61 ss.

Il presupposto è che accanto all'interesse del minore, criterio guida nell'assunzione delle decisioni del giudice, vi è anche una situazione soggettiva del genitore non affidatario (nel periodo *ante* riforma) che può essere sacrificata solo qualora entri in collisione con le ragioni della prole. Con la conseguenza che non poteva apparire legittimo comprimere l'esplicazione della personalità del genitore nel rapporto con il figlio. V. G. De Marzo, *Responsabilità civile e rapporti familiari*, in G. De Marzo, C. Cortesi, A. Liuzzi, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi della famiglia*, Milano, 2007, 707.

³⁴ Così Donzelli, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art.709 ter c.p.c.*, Torino, 2018, 116.

Affermata la correttezza di tale premessa sotto il profilo del diritto sostanziale, pare pertanto possibile sostenere l'esistenza (quantomeno) di un danno *non patrimoniale*, nel caso del genitore che, anche prima dell'adozione di provvedimenti giudiziali, vale a dire *prima del processo*, impedisca all'altro di vedere il proprio figlio o ponga in essere altre condotte pregiudizievoli del suo rapporto con il minore, dando vita ad un illecito extracontrattuale; con ciò consentendosi il ricorso all'art. 696 bis c.p.c. che, sia pur nella sua ristretta apparente formulazione, pare suscettibile di offrire legittimazione normativa ad una *prova prima del processo sub specie* di perizia psicologica.

Una volta ritenuta ammissibile l'applicazione di tale norma, sarebbe poi certamente anche applicabile, sotto il profilo strettamente procedimentale, la disciplina già prevista in tema di accertamento tecnico preventivo, in assenza peraltro di disposizioni ostative sotto il profilo dei limiti di applicazione e dei presupposti, giacché, ai sensi del sesto comma dell'art. 696 bis c.p.c., allo stesso si applicano gli artt. da 191 a 197 c.p.c. in quanto compatibili, vale a dire le norme relative alla C.T.U endoprocessuale.

In tal modo, grazie alla estensione delle norme sulla C.T.U, parrebbe anche essere stato superato il problema della eventuale mancanza del consenso a sottoporsi a perizia da parte di uno dei genitori, che la C.T.U endoprocessuale medesima non richiede; un problema invece ancora attuale in materia di accertamento tecnico preventivo³⁵.

Data la funzione deflattiva della norma, inoltre, le risultanze della perizia possono indurre le parti a trovare un accordo così evitando giudizi contenziosi.

5. Osservazioni conclusive.

Nell'ambito delle controversie cd. familiari coinvolgenti minori, l'adozione di modelli scientifici nell'indagine dei fatti è considerata pressoché indispensabile.

L'importanza del senso umano nella ricerca del fatto stesso si riduce, amplificandosi la necessità di ricorrere ad esperti.

Sebbene la consulenza tecnica non sia vincolante per il giudice, molto difficilmente il giudice, in questioni che riguardano l'esercizio della responsabilità genitoriale, si *avventura* in

³⁵ Sull'inopportunità di tale esclusione v. supra nota .

soluzioni diverse rispetto a quelle suggerite dall'esperto, rendendo sempre più stretto il rapporto tra diritto di famiglia e psicologia.

Non solo.

Alla luce della crescente sensibilità acquisita anche nel nostro sistema processuale nei confronti dei fenomeni noti come di “prova prima del processo” o dell’assunzione di dati o informazioni non necessariamente considerati strumentali rispetto all’instaurazione di un giudizio di merito di carattere contenzioso (con inevitabile effetto deflattivo dello stesso), è possibile immaginare nel futuro un sempre maggior ricorso allo strumento della consulenza psicologica per definire, anticipatamente rispetto al processo, situazioni il cui accertamento in ambito giudiziale richiederebbe molto tempo o comunque il tempo fisiologico per l’instaurazione e lo svolgimento di un processo di cognizione (peraltro di carattere bifasico nei procedimenti di separazione e di divorzio).

Forme di consulenza tecnica psicologica preventiva potrebbero in molti casi evitare un giudizio contenzioso giacchè le parti, tramite la stessa, vengono preventivamente edotte delle risultanze del mezzo di accertamento, di cui sicuramente il giudice si avvarrà, data la delicatezza dei diritti e degli interessi coinvolti.

A sostegno di tale previsione, supportata da un quadro normativo che, anche *de jure condito*, pare sostenerla, sono alcuni lavori i quali, sul tema, muovono nella direzione ora prospettata, favorevoli all’inserimento nel codice di procedura civile di una specifica disposizione dedicata alla “consulenza tecnica prima del giudizio”, volta a darne legittimazione normativa autonoma a livello generale (anche a prescindere dallo stretto ambito delle controversie familiari in cui il fenomeno è innegabilmente di particolare evidenza)³⁶.

In questa ottica, tuttavia, per una corretta funzionalità ed efficienza dell’istituto, sarebbe opportuno che si estendessero alla consulenza stragiudiziale le stesse garanzie della c.t.u. endoprocessuale di cui all’art.194 c.p.c. in tema di formulazione dei quesiti, osservazioni, nomina

36 V. ad es. A. Proto Pisani, *Intervento di “pronto soccorso” per un processo (...un po' più...civile)*, in *Foro it.*, 2017, V, 208 (estratto). Si tratta di interventi ispirati a quelle voci dottrinali che, partendo dall’art. 696 *bis* c.p.c., e soprattutto in un’ottica comparatistica, hanno iniziato valorizzare fenomeni di formazione anticipata della prova. Su di esse, per un quadro comparatistico ed evolutivo, ci si permette di rinviare al nostro *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, 201 ss.

dei consulenti di parte, rispetto del principio del contraddittorio³⁷, e in particolare, riconoscersi, *de jure condendo*, alla perizia, natura di mezzo di prova tipico e non già di strumento di istruzione in senso lato o strumento ausiliario di integrazione delle conoscenze del giudice³⁸.

La “consulenza stragiudiziale” potrebbe essere peraltro l'occasione per il legislatore, sulla scia delle innovazioni apportate dalla cd. legge Gelli n°24 del 8 marzo 2017 in materia di responsabilità medico-sanitaria³⁹ la quale ha innalzato gli *standards* di qualificazione professionale degli esperti esercenti le professioni sanitarie chiamati a prestare la loro opera nel processo ai sensi dell'art.696 bis c.p.c. (assunto, in alternativa alla mediazione, a condizione di procedibilità), di porre regole generali più rigorose sulle modalità di selezione e la professionalità dei consulenti tecnici, oltre alla valorizzazione del ruolo dei consulenti di parte nell'ottica di un sostanziale potenziamento del contraddittorio, la cui violazione, nell'ambito del processo di C.T.U., continua purtroppo, a rappresentare la problematica più grave e, al contempo, ricorrente.

37 Rimarchevole, in tale direzione, é lo sforzo di alcuni Tribunali volto alla individuazione di *best practices* nella direzione di rendere efficiente il processo di c.t.u., sforzo sfociato nella predisposizione di Protocolli di Intesa con varie associazioni professionali ed aventi ad oggetto le regole per iscriversi e permanere nell'albo dei CTU. V. ad es. quello sottoscritto in data 14 dicembre 2017 dal Tribunale di Firenze, disponibile su www.tribunale.firenze.giustizia.it/it/News/Detail/38246

38 Sul tema, che impone indispensabili riferimenti al modello statunitense e che rappresenta il nodo centrale dei problemi inerenti l'utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo v. per tutti A. Dondi, *Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Alcune ipotesi di carattere generale*, in *Studi di diritto processuale – In onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, I, 843 ss.

39 V. *supra* nota 23.

ALBERTO BARBAZZA

Rimedio risolutorio e sopravvenienze non codificate¹

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Sopravvenienze atipiche che frustrano la causa del contratto; 3. Sopravvenienze atipiche che alterano l'equilibrio del contratto

1. Premessa

Ho sentito la necessità di approfondire la tematica delle sopravvenienze non codificate, dette anche “atipiche” e dei conseguenti rimedi esperibili dalla parte che subisca un pregiudizio a causa del verificarsi delle stesse, partendo dalla considerazione che questo argomento è stato oggetto di recentissime e affascinanti tesi dottrinali e, al contempo, di altrettante prese di posizione da parte della giurisprudenza di legittimità.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, infatti, si presenta di grande attualità e interesse pratico, in quanto cerca di dare una risposta al problema, di frequente riscontro nella realtà delle aule giudiziarie, di quali siano i mezzi a disposizione del contraente leso dalla sopravvenienza e di quale sia l'ampiezza del sindacato, da parte del giudice, sul contratto.

Per il momento accenno soltanto che il nodo particolarmente controverso, attinente specificatamente al sindacato giudiziale sull'equilibrio contrattuale, attiene all'ammissibilità del potere del giudice di modificazione del contenuto della pattuizione, al fine di adeguarla alle circostanze sopravvenute che ne abbiano determinato lo squilibrio economico, sostituendosi così all'autonomia negoziale delle parti nella regolazione dei propri interessi.

La presente relazione, non potrà, invece, per gli evidenti limiti temporali, soffermarsi sul tema strettamente connesso (e anch'esso esaminato dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità più recente) dello squilibrio originario del contratto, dei rimedi esperibili dalla parte svantaggiata e dal tipo di sindacato del giudice sul contratto stesso.

Ma cerchiamo, anzitutto, di chiarire il significato dei termini che utilizzerò nel corso del mio intervento. Che cosa si intende con la locuzione “sopravvenienze non codificate”?

¹ Relazione tenuta al convegno del 14 settembre 2018 in Treviso, dal titolo “Rimedi risolutori nel diritto vivente. Cass. n. 23868 del 2015 e n. 19043 del 2016”.

Possiamo affermare che le sopravvenienze non codificate, o atipiche, rappresentano tutte quelle circostanze, successive alla stipulazione del contratto, che sono in grado di mutare il contesto nel quale il contratto stesso è stato concluso.

Più precisamente, tra la conclusione e l'integrale esecuzione del contratto può intercorrere anche un notevole lasso di tempo, pensiamo ai contratti di durata: contratti ad esecuzione periodica, ad esecuzione continuata, ad esecuzione differita, rispetto ai quali, durante il periodo di esecuzione, possono verificarsi delle circostanze non previste né dalle parti né dalla legge.

In sostanza, tali circostanze costituiscono un rischio di pregiudizio per gli interessi di una parte del contratto, la quale, a causa delle sopravvenienze, non può più ottenere la controprestazione.

In relazione alle cause che impediscono il conseguimento della controprestazione, la migliore dottrina ha classificato le sopravvenienze atipiche in due categorie: le sopravvenienze che frustrano la causa in concreto del contratto e le sopravvenienze che incidono sul rapporto di valore tra le prestazioni, alterando l'equilibrio economico del contratto.

2. Sopravvenienze atipiche che frustrano la causa del contratto

Un primo, ormai famoso, caso giurisprudenziale è quello inerente al "pacchetto turistico tutto compreso": Tizio stipula un contratto di viaggio "tutto compreso" alla volta di Cuba, ma prima di partire viene a sapere che in quella zona si sta diffondendo un'epidemia emorragica. Decide allora di non partire e chiede la restituzione della somma anticipata, ma l'agenzia di viaggi pretende il pagamento dell'intero prezzo pattuito.

Prima di esaminare la soluzione data dalla Suprema Corte con le sentenze n. 16315/2007 e n. 10651/2008, voglio mettere in luce le strade astrattamente percorribili in questo tipo di fattispecie.

L'impostazione tradizionale, rispondente al principio *pacta sunt servanda*, è quella di considerare il contratto valido ed efficace, quindi vincolante, nonostante la sopravvenienza che ha frustrato l'interesse del creditore all'esecuzione della prestazione, nel caso di specie il viaggio a Cuba con finalità di svago e piacere.

Le sopravvenienze che rilevano, pertanto, sarebbero solo quelle tipiche, legali o convenzionali, mentre le sopravvenienze atipiche non comporterebbero alcuna conseguenza sul

contratto, che, in virtù del principio sopra citato, ha forza di legge fra le parti e non può essere messo in discussione da circostanze successive alla sua conclusione.

In tal modo, se da una parte viene preservato il principio di certezza dei rapporti giuridici e, in particolare, dei rapporti contrattuali, dall'altra il rischio della circostanza sopravvenuta ricade interamente sulla parte che subisce il pregiudizio derivante dalla stessa.

Alla parte svantaggiata non viene accordato alcun rimedio utilmente esperibile: il contratto, secondo questa tesi, comporterebbe sempre l'assunzione di un rischio, ragion per cui la sopravvenienza atipica deve essere considerata insita nell'alea naturale e fisiologica del contratto.

Questa tesi, infine, risponde ad una concezione della causa ormai superata, ovvero quella della causa in astratto, intesa come funzione economico-sociale del contratto.

In particolare, se si considera la causa come funzione economico-sociale del contratto, ovvero come sintesi dei suoi effetti essenziali, essa viene fissata in astratto dall'ordinamento ed è uguale per ogni contratto appartenente al "tipo", a prescindere dalle ragioni soggettive che hanno spinto le parti alla stipulazione.

Ne deriva che la sopravvenienza atipica non è in grado di frustrare la causa individuata oggettivamente dal legislatore, la quale trascende gli interessi dei contraenti per perseguire, invece, finalità di interesse pubblico, di utilità sociale.

È con l'elaborazione della teoria della "causa in concreto", recepita dalla Cassazione a partire dalla sentenza n. 10490/2006, che muta l'orientamento, fino ad allora consolidato, circa l'irrilevanza delle circostanze sopravvenute alla conclusione del contratto che non siano previste dalla legge.

Senza alcuna pretesa di esaustività su un tema, come quello della causa, che meriterebbe una relazione a sé, mi limito a sottolineare come la nozione di causa in concreto abbia dato rilevanza ai contrapposti interessi delle parti che vengono contemporaneamente soddisfatti attraverso l'operazione negoziale.

In buona sostanza, la teoria della "funzione economico-individuale" della causa sposta l'attenzione sul concreto e dinamico assetto di interessi programmato dai contraenti, sulla sintesi degli interessi perseguiti dalle parti, i quali, è bene precisarlo, restano comunque distinti dai motivi: secondo la giurisprudenza prevalente, i motivi del contratto, che restano generalmente

ininfluenti, assurgono al ruolo di causa quando diventano una componente obiettiva e funzionale del contratto.

A tal proposito, ciò che conta è che il motivo del contraente si sia tradotto nel programma contrattuale, abbia cioè inciso sul contenuto del contratto e che l'altra parte ne sia a conoscenza, mentre non è necessario che le ragioni pratiche dell'affare siano state esplicitate nella pattuizione negoziale.

Alla luce della nuova concezione di causa del contratto, pertanto, le sopravvenienze atipiche, alterando le condizioni in presenza delle quali il contratto è stato stipulato, possono incidere sulla funzione economico-individuale perseguita dalle parti, mentre è evidente che laddove la sopravvenienza riguardi i motivi che non si sono obiettivizzati nel contratto, la stessa non potrà avere alcun effetto sulla pattuizione.

Riprendendo ora il caso del contratto di viaggio "tutto compreso", la Cassazione, con le sentenze n. 16315/2007 e n. 10651/2008, ha evidenziato che la "finalità turistica" o lo "scopo di piacere" non costituisce un motivo irrilevante, ma connota, al contrario, la causa in concreto del contratto, che si caratterizza per il viaggio, l'alloggio, il divertimento e lo svago.

Lo scopo di piacere, quindi, è incompatibile con il rischio di venire contagiati da una grave malattia: è evidente, allora, che siamo di fronte ad una sopravvenienza, non prevista dalla legge, che provoca il venir meno dell'interesse che il contratto è funzionalmente volto a soddisfare.

Nel dettaglio, la Suprema Corte evidenzia che *"la prestazione, come stabilisce l'art. 1174 c.c., deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore; dunque, se il creditore, per un evento sopravvenuto, perde il proprio interesse al conseguimento della prestazione, l'obbligazione, come stabilisce la seconda parte del comma 2 dell'art. 1256 c.c., si estingue"*.

Ci stiamo avvicinando al cuore del problema, ovvero: acquisita la rilevanza delle sopravvenienze atipiche che si ripercuotono sulla causa del contratto, qual è il rimedio azionabile dalla parte che non ha più interesse all'esecuzione delle prestazioni dedotte?

La giurisprudenza di legittimità ha individuato la disciplina applicabile a quest'ipotesi nell'art. 1463 cod. civ., il quale, come strumento di reazione a fronte di una sopravvenienza tipica (l'impossibilità sopravvenuta e totale della prestazione), prevede la risoluzione del contratto.

Con maggior impegno esplicativo, la Cassazione ha ritenuto di estendere la norma dettata in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, sostenendo che il sopravvenuto difetto dell'interesse creditorio e la conseguente irrealizzabilità della causa concreta del contratto determinino la sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione.

Il rimedio per la sopravvenienza atipica, consistente nel venir meno della causa in concreto del contratto, si sostanzia, quindi, nella caducazione del contratto – è un rimedio caducatorio – con i conseguenti effetti liberatori per entrambi i contraenti.

Chiudo la disamina su questa prima tipologia di sopravvenienze mettendo in luce come una parte della dottrina abbia criticato l'applicazione dell'art. 1463 cod. civ., deducendo che si tratterebbe di un'indebita forma di applicazione analogica di una norma che si occupa della specifica e diversa ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Nel caso del pacchetto viaggio "tutto compreso", infatti, la sopravvenienza atipica non renderebbe impossibile l'esecuzione della prestazione, perché il viaggio in sé sarebbe ancora possibile, ma frustrerebbe l'interesse di svago, piacere e divertimento sotteso al contratto, con conseguente impossibilità, come già evidenziato, non della prestazione, bensì di utilizzo della stessa.

3. Sopravvenienze atipiche che alterano l'equilibrio del contratto

Per introdurre l'analisi di questa tipologia di sopravvenienze mi servirò ancora una volta della casistica giurisprudenziale, prendendo le mosse dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di usura sopravvenuta (Cass., Sezioni Unite, n. 24675/2017).

L'usura sopravvenuta si può definire come quel fenomeno a seguito del quale il tasso di interessi concordato fra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura così come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996.

Nel caso di specie la controversia era stata originata da un contratto di mutuo stipulato nel 1990, quindi prima dell'entrata in vigore della legge n. 108/1996, risultato successivamente usurario a seguito dell'entrata in vigore di quest'ultima.

Il primo quesito al quale l'interprete è chiamato a fornire una risposta è quale rilevanza assumano, nel nostro sistema, le sopravvenienze atipiche che sono in grado di alterare l'equilibrio economico del contratto.

Prescindendo per un momento dalla risoluzione del problema dell'usura sopravvenuta, fornita dalle Sezioni Unite, le soluzioni astrattamente praticabili sono essenzialmente tre.

a) la prima opzione, come già visto per le sopravvenienze che incidono sulla causa del contratto, consiste nel ritenere irrilevanti le sopravvenienze atipiche, non previste dalla legge, in quanto il contratto ha forza di legge fra le parti (principio *pacta sunt servanda*) e non può essere sciolto o modificato se non nelle ipotesi espressamente previste dal legislatore.

b) la seconda soluzione, al contrario, privilegia il principio *rebus sic stantibus*, conferendo così rilevanza alle sopravvenienze atipiche squilibranti: essendosi modificate le condizioni in presenza delle quali il contratto è stato stipulato e avendo tale modifica comportato l'alterazione dell'equilibrio economico del contratto, si ritiene che il rimedio esperibile sia la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 cod. civ.

In particolare, la tesi dottrinale dell'applicabilità del rimedio caducatorio si basa sulla teoria della presupposizione, mettendo in luce che qualora le parti abbiano concluso il contratto in forza di determinate circostanze di fatto o di diritto, non esplicitate nell'accordo, ma costituenti la ragione pratica dello stesso, nell'ipotesi in cui tali circostanze vengano meno nel corso dello svolgimento del rapporto, causando uno squilibrio di valore delle prestazioni, si debba far ricorso allo stesso strumento previsto per la gestione delle sopravvenienze tipiche squilibranti, cioè all'art. 1467 cod. civ.

Questa ricostruzione del problema si scontra con il carattere eccezionale della norma di cui all'art. 1467 cod. civ., che prende in considerazione solo un certo tipo di sopravvenienze, ovvero quelle che si traducono in avvenimenti straordinari e imprevedibili, in grado di provocare l'eccessiva onerosità della prestazione.

Un ulteriore argomento consente, infine, di escludere il rimedio risolutorio nella gestione delle sopravvenienze atipiche squilibranti: la caducazione del contratto, soprattutto per quanto concerne i contratti relazionali (es. appalto, mutuo), cioè quei contratti nei quali si instaura una relazione molto forte fra le parti, quasi, direi, di dipendenza economica di una parte nei confronti dell'altra, di rado si rivelerebbe uno strumento utile ed efficace per la parte che ha subito la sopravvenienza.

La parte svantaggiata, infatti, non avrà interesse allo scioglimento del contratto, che comporterebbe, ad esempio nel caso del contratto di mutuo, l'obbligo, per il mutuatario, di

immediata restituzione della cosa ricevuta, bensì all'esecuzione del contratto, depurato del difetto sopravvenuto.

c) sulla scorta delle osservazioni appena svolte, la terza teoria ritiene che, in presenza sopravvenienze atipiche squilibranti, risponda all'interesse delle parti la possibilità di valersi di un rimedio manutentivo, anziché caducatorio, che consenta di adeguare il contratto alle circostanze verificatesi in epoca successiva alla sua conclusione.

Ed è proprio nella cornice di questa teoria che una parte della dottrina, ha valorizzato il parametro della buona fede nell'esecuzione del contratto, ex art. 1375 cod. civ.

Quale ruolo gioca la clausola generale di buona fede in una situazione di squilibrio contrattuale?

L'art. 1375 cod. civ., è bene sottolinearlo, non assurge al rango di norma imperativa-precettiva, ma si pone come regola di integrazione del contratto, fonte di obblighi ulteriori rispetto a quelli già individuati nel contratto.

Dalla regola di buona fede, che assume un certo tipo di contenuto in relazione alle circostanze del caso concreto, si ricaverebbe un obbligo di rinegoziare il contratto, qualora la sopravvenienza atipica abbia alterato l'equilibrio dello scambio.

L'obbligo di rinegoziare, secondo la maggior parte degli autori, si concretizza in un obbligo di contrattare, cioè in un obbligo di ridiscutere il contenuto del contratto alla luce delle sopravvenienze intervenute, al fine di individuare un nuovo equilibrio dello scambio.

La rinegoziazione, secondo un orientamento allo stato decisamente minoritario, si sostanzia, invece, in un vero e proprio obbligo di contrarre, cioè di modificare il contratto per ripristinarne l'equilibrio economico.

Accedendo alla tesi della rinegoziazione come obbligo di contrarre, il rifiuto della parte avvantaggiata dalla sopravvenienza di rinegoziare renderebbe esperibile, per l'altra parte, il rimedio previsto dall'art. 2932 cod. civ., ovvero l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto.

Si introduce, in tal modo, un rimedio giudiziale-conservativo, perché la sentenza del giudice tiene luogo del contratto riequilibrato, non rinegoziato per la mancanza del consenso di una delle parti: è il giudice, in questo caso, che modifica il contenuto del contratto garantendo la proporzionalità dello scambio.

Ma vi è un limite enorme che pone un freno (direi invalicabile) alla praticabilità di questa soluzione. L'art. 2932, infatti, nasce come rimedio attuativo della volontà delle parti, pensiamo alla vicenda del preliminare inadempito: il giudice non si sostituisce alle parti nella regolazione dei loro interessi, ma emette una pronuncia, di tipo costitutivo, che tiene luogo del contratto definitivo non concluso, il

cui contenuto è già stato definito dal contratto preliminare.

Il giudice, quindi, non può determinare autonomamente il contenuto del contratto, non essendoci nel nostro ordinamento alcuna norma che preveda questo potere giudiziale-conservativo sul contratto che, per circostanze sopravvenute, è divenuto economicamente squilibrato.

L'obbligo di rinegoziare come obbligo di contrattare, invece, se da una parte consente alle parti di esplicitare la loro autonomia negoziale e di addivenire ad un accordo sulla modifica del contratto squilibrato, dall'altra si presenta come un rimedio manutentivo debole, perché al mancato consenso di una parte alla rinegoziazione, la controparte può solo reagire con la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno.

La rinegoziazione, quindi, da rimedio manutentivo del contratto, finisce per trasformarsi in un rimedio caducatorio, di tal che l'interesse della parte svantaggiata dalla sopravvenienza squilibrante alla prosecuzione del rapporto contrattuale non viene soddisfatto.

Fin qui abbiamo dato atto del panorama delle soluzioni che sono state prospettate dalla dottrina, che in tempi recenti ha concentrato l'attenzione soprattutto sulla clausola generale di buona fede come rimedio nel caso di squilibrio sopravvenuto delle prestazioni contrattuali.

Ma veniamo ora alla risposta al problema data dalla giurisprudenza di legittimità.

Le Sezioni unite, con la sentenza n. 24675/2017, hanno negato qualsivoglia rilevanza alla sopravvenienza atipica squilibrante rappresentata, nella fattispecie sottoposta al vaglio della Corte, dall'usura sopravvenuta, in considerazione del fatto che il giudizio sul carattere usurario degli interessi può riferirsi solo al momento in cui gli stessi vengono pattuiti, poiché è solo così che si valorizza "*il profilo della volontà e dunque della responsabilità dell'agente*".

La Corte, pertanto, ha scelto la prima opzione, consistente nel considerare prive di effetto le circostanze successive alla stipulazione del contratto, in omaggio al principio *pacta sunt servanda* e al ruolo essenziale che la volontà delle parti ricopre al momento della negoziazione degli interessi nel contratto di mutuo.

In relazione alla regola di buona fede nell'esecuzione del contratto, la Suprema Corte ha sottolineato che *“la buona fede è criterio di integrazione del contenuto contrattuale rilevante ai fini dell'esecuzione del contratto stesso (art. 1375 cod. civ.), vale a dire della realizzazione dei diritti da esso scaturenti. La violazione del canone di buona fede non è riscontrabile nell'esercizio in sé considerato dei diritti scaturenti dal contratto, bensì nelle particolari modalità di tale esercizio in concreto, che siano appunto scorrette in relazione alle circostanze del caso. In questo caso può allora affermarsi che, in presenza di particolari modalità o circostanze, anche la pretesa di interessi divenuti superiori al tasso soglia in epoca successiva alla loro pattuizione potrebbe dirsi scorretta ai sensi dell'art. 1375; ma va escluso che sia da qualificare come scorretta la pretesa in sé di quegli interessi, corrispondente ad un diritto validamente riconosciuto dal contratto”*.

Nell'iter argomentativo delle Sezioni Unite si coglie come il creditore-mutuante abbia il diritto di pretendere il pagamento degli interessi, anche se divenuti *medio tempore* superiori al tasso soglia, mentre la buona fede potrebbe operare, al più, come limite all'esercizio di tale diritto, cioè come criterio di valutazione del comportamento del creditore, che, se si traducesse in una pretesa abusiva, potrebbe essere legittimamente paralizzata dal debitore-mutuatario.

Concludendo, appare evidente la battuta d'arresto della Cassazione sul tema della rilevanza delle sopravvenienze atipiche squilibranti, soprattutto considerando l'ampiezza e l'innovatività degli studi dottrinali sulla clausola generale di buona fede e sui rimedi manutentivi del contratto.

GIULIA TRAVAN

Buona fede integrativa e potere correttivo del giudice (nota a Tribunale Treviso, sentenza n. 1956/2018)

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il caso: il compenso professionale dell'avvocato preventivamente pattuito con il cliente; 3. La decisione; 4. L'integrazione del contratto e la portata della buona fede integrativa; 5. Intervento correttivo del Giudice e autonomia contrattuale; 6. Spunti sovranazionali sulla portata della buona fede integrativa; 7. Conclusioni.

1. Introduzione

La tematica della buona fede integrativa quale strumento di correzione del contratto da parte del Giudice è particolarmente attuale e discussa. Il rapporto tra eteronomia e autonomia privata nell'integrazione del contratto è tornata di particolare rilievo e, anche alla luce del sempre maggior numero delle fonti dell'ordinamento, è fondamentale comprendere se l'art. 1374 c.c. individui un elenco tassativo delle possibili fonti integrative.

La questione assume particolare rilievo in relazione alla possibilità o meno di ricondurre la buona fede oggettiva alle fonti di integrazione del contratto e alla possibilità del Giudice di intervenire, correggendolo, sul negozio predisposto dalle parti.

La sentenza che si annota affronta la delicata questione del rapporto tra integrazione correttiva e autonomia privata, affermando un potere di controllo del Giudice sul contratto nell'interesse dell'ordinamento, al fine di evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro cui questa sia meritevole di tutela.

2. Il caso: il compenso professionale dell'avvocato preventivamente pattuito con il cliente

La vicenda oggetto della sentenza sorge da un'opposizione a decreto ingiuntivo, con cui il Tribunale di Treviso aveva ingiunto ai clienti di un avvocato il pagamento in suo favore del

compenso per le prestazioni professionali rese per un'attività giudiziale di primo grado e per quella relativa alla fase di appello.

Le parti avevano sottoscritto un contratto nel quale si determinava una prima somma dovuta per l'attività svolta nel primo grado di giudizio e il pagamento di € 2.500,00 oltre accessori per l'appello. Non essendo contestata la debenza degli importi relativi al primo grado, l'opposizione era relativa solo ai compensi relativi al secondo procedimento.

Il mandato per la fase di appello veniva conferito il 6 luglio 2016, con termine di proposizione del giudizio il 14 luglio 2016. Gli oppositori eccepevano di aver revocato l'incarico al professionista il 9 luglio 2016, prima del deposito del ricorso introduttivo, e di non dover dunque versare nulla per le fasi di studio della controversia e di redazione. L'avvocato, invece, chiedeva il pagamento di quanto stabilito convenzionalmente per lo studio della pratica.

3. La decisione

La sentenza che si annota è di particolare interesse e merita l'attenzione degli studiosi, inserendosi nel filone giurisprudenziale sempre più consistente che riconosce un potere correttivo del contratto da parte del Giudice. Non solo viene affermato tale principio, legandolo a doppio filo alla tutela dell'interesse generale dell'ordinamento all'equità contrattuale, ma uno dei principali pregi della decisione è di farne applicazione in una materia in cui non era ancora stato adottato da parte della giurisprudenza di legittimità.

Il redattore, al quale va riconosciuto il pregevole merito aver motivato con chiarezza e limpidezza il principio di diritto posto alla base della sentenza, nonostante emanata a seguito di trattazione orale *ex art. 281 sexies c.p.c.*, ha ritenuto da un lato che il professionista avesse svolto una propedeutica attività di studio, considerato il breve termine di impugnazione, ma dall'altro che l'importo stabilito nella convenzione tra le parti fosse manifestamente eccessivo nel caso concreto, *“dovendosi riferire ad uno studio completo della controversia che (anche a fronte del fatto che residuavano ulteriori 5 giorni per la proposizione dell'atto di appello) sarebbe certamente continuato qualora il rapporto di fiducia fra avvocato e cliente fosse proseguito”*. Essendo trascorsi solamente tre giorni tra il conferimento del mandato e la sua revoca, la sentenza in esame ha ridotto l'importo del compenso convenuto tra i contraenti, ritenuto appunto manifestamente

eccessivo, condannando i clienti al pagamento di una somma inferiore rispetto a quella stabilita dalle parti in base alla propria autonomia contrattuale.

4. L'integrazione del contratto e la portata della buona fede integrativa

Nel codice civile la tematica dell'integrazione del contratto è specificamente trattata all'art. 1374 c.c., che individua quali fonti integrative la legge, gli usi e l'equità. Nel tempo, gli studiosi si sono chiesti se tale elenco debba o meno ritenersi tassativo e se possano venire in rilievo anche altre norme, quali l'art. 1375 c.c., che si occupa della buona fede *in executivis*¹.

Dal riferimento del solo art. 1374 c.c. all'integrazione contrattuale potrebbe conseguire l'esclusione di qualsiasi altra fonte che non sia in esso specificamente indicata. Di quest'avviso è la dottrina maggioritaria, che si schiera a favore della tassatività del dettato della norma, individuando come fonti integrative solamente la legge, gli usi e l'equità. Pur sostenendo questa tesi, però, non si esclude la possibilità di riconoscere una portata integrativa alla buona fede, disciplinata nell'art. 1375 c.c. e dunque inserita in una specifica disposizione codicistica. Pertanto, tale filone dottrinale sostiene operi un'integrazione per legge², superando così il problema della tassatività delle fonti di integrazione del contratto.

Nonostante ciò, l'integrazione secondo buona fede non può però essere superficialmente accostata a quella con singole norme puntuali³: infatti, il Giudice svolge un ruolo fondamentale,

¹ La buona fede che rileva nell'integrazione del contratto è la cosiddetta buona fede oggettiva, regola di comportamento reciprocamente leale e onesto. Non rientra invece nell'area operativa dell'integrazione la buona fede soggettiva, stato psicologico di ignoranza incolpevole di ledere un altrui diritto.

² RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 118, 165; FRANZONI, *commento sub art. 1374 e sub art. 1375*, in *Degli effetti del contratto*, vol. II – *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il Codice Civile. Commentario fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli*, ed. II, Milano, Giuffrè, 2013, p. 172; ROVELLI, *Correttezza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, sezione civile*, consultato nella banca dati *Leggi d'Italia*, vol. IV, Torino, 1989, par. 2; NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, in *Le monografie di Contr. e impr.*, serie diretta da F. Galgano, Padova, 2010, p. 500 annovera la buona fede tra le fonti legali di integrazione del contratto. La stessa affermazione si riscontra anche in *Relazione Telematica della Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo*, 10 settembre 2010, n. 116, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: Il ruolo del giudice nel governo del contratto*, p. 5.

Contra CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, ed. IV, Torino, Giappichelli, 2014, p. 280; SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, vol. II, ed. II, 2006, p. 1173.

³ Così anche *Relazione Telematica della Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo*, 10 settembre 2010, n. 116, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: Il ruolo del giudice nel governo del contratto*, p. 5.

riempiendo di contenuto la clausola generale e adattandola al caso concreto che si pone al suo vaglio.

Ancor molte sono le voci in dottrina che sostengono che la buona fede non possa integrare il contratto, individuandone l'ambito applicativo solo nella fase esecutiva del negozio⁴. L'impossibilità si riscontrerebbe sia sulla base della collocazione della clausola generale in una norma differente dall'art. 1374 c.c., sia per l'operatività solo successiva della buona fede rispetto alla costruzione del regolamento *inter partes*⁵.

Certamente l'art. 1375 c.c. disciplina il comportamento che devono tenere le parti nell'esecuzione del contratto, ma ciò non significa che tale regola non possa convivere con la possibilità di integrazione dello stesso per mezzo della buona fede. Anche la Corte di Cassazione si è espressa in tal senso, affermando che anche se riferita al momento esecutivo, la clausola generale conserva la sua funzione integrativa del rapporto, atteggiandosi a regola obiettiva che concorre a determinare il comportamento dovuto dai contraenti⁶.

Deve anzitutto evidenziarsi che nella sentenza che si annota sono richiamate sia la buona fede sia l'equità, facendo anche riferimento alla pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite relativa alla riduzione d'ufficio della penale manifestamente eccessiva da parte del Giudice⁷.

La dottrina maggioritaria preferisce distinguere buona fede ed equità in ambito integrativo⁸. Infatti, quest'ultima non viene considerata una clausola generale e, per tale ragione, avrebbe una rilevanza specificamente attinente al riequilibrio del singolo caso⁹.

⁴ SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1173; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sezione civile, vol. II, Torino, Utet, 1988, *passim*; CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 280; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ed. XVII, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 801, per il quale l'equità «attiene al profilo regolamentare ed obiettivo [...] si rivolge alla regola come tale», mentre la buona fede «attiene a quello attuativo e comportamentale [...] [e si rivolge] ai soggetti che tale regola hanno concorso in maniera esclusiva o, in ogni caso, determinante a porre in essere»; BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, pp. 550, 553; ID., *Clausole generali e giustizia contrattuale: Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 155. L'autore ritiene che la buona fede abbia una funzione perlopiù adattativa delle regole esecutive applicabili, esplicitando ciò che non aveva specificamente escluso nell'opera precedente.

⁵ SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1173.

⁶ Cass. civ., sez. III, 9 marzo 1991, n. 2503. Conformemente anche Cass. civ., sez. I, 22 maggio 1997, n. 15669: «non può farsi a meno di ricordare come la buona fede operi non solo in sede d'interpretazione ed esecuzione del contratto, a norma degli artt. 1366 e 1375 c.c., ma anche quale fonte d'integrazione della stessa regolamentazione contrattuale, secondo quel che si desume dall'art. 1374 c.c.»; Cass. civ., sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775.

⁷ Cass. civ., Sez. Unite, 13 settembre 2005, n. 18128.

In realtà, si può ritenere che la distinzione nell'operatività della buona fede e dell'equità nell'integrazione del contratto da parte del Giudice sia meramente concettuale e volta soltanto a fini classificatori. Non può sottacersi, infatti, come le due fonti si intreccino costantemente tra loro nel vaglio che il magistrato deve effettuare nella decisione del caso concreto che si pone alla sua attenzione¹⁰. Inoltre, come ben emerge dalla sentenza del Tribunale di Treviso, la buona fede genera per entrambi i contraenti obblighi ulteriori rispetto a quelli stabiliti nel titolo, al fine di “salvaguardare l'utilità della controparte nel limite dell'apprezzabile sacrificio”.

5. Intervento correttivo del giudice e autonomia contrattuale

Il nodo gordiano della questione è comprendere se e fino a che punto il Giudice possa intervenire sul regolamento contrattuale predisposto dalle parti, modificando e correggendo quanto dalle stesse stabilito in base alla propria autonomia.

Ci si chiede in particolare se il contratto, espressione massima della volontà e dell'autodeterminazione dei paciscenti, possa essere integrato e corretto da fonti esterne e soprattutto da parte di un soggetto terzo chiamato a decidere la controversia.

In termini generali, la dottrina consolidata distingue tra integrazione suppletiva e integrazione cogente: la prima ha la funzione di riempire le eventuali lacune del regolamento, colmando così un vuoto presente nello stesso, mentre l'integrazione cogente «non supplisce un accordo mancante, bensì si sovrappone a un accordo esistente tra le parti, ma disapprovato dall'ordinamento giuridico perché violatore di interessi o valori preminenti»¹¹. Una demarcazione così netta tra integrazione suppletiva e cogente può essere forse utile a livello didattico¹², ma non

⁸ Si vedano, ad esempio, SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1174; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., pp. 162 ss., 202 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., par. 25; GALLO, *L'integrazione* in Id., *Trattato del contratto*, t. II, Torino, Utet, 2010, p. 1370.

⁹ FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 204. Secondo questa tesi, soltanto la clausola generale di buona fede potrebbe generare nuovi diritti per le parti, mentre l'equità avrebbe soltanto un valore di riequilibrio di diritti già esistenti o di individuazione di una regola già individuata. Inoltre, le pronunce emanate in seguito a integrazione secondo equità avrebbero perlopiù una valenza di tipo economico e quantitativo, mentre la buona fede opererebbe su un piano qualitativo.

¹⁰ Per parte della dottrina, equità e buona fede potrebbero ricondursi all'unica categoria delle *regole di opinione* (SACCO, *L'integrazione*, cit., pp. 1393 ss).

¹¹ ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 471.

¹² Lo stesso FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 6 effettua la distinzione tra i due tipi di integrazione «A meri fini classificatori».

trova la condivisione di tutti gli interpreti. Il problema si pone in particolare in relazione alla classificazione dell'equità e della buona fede tra le fonti di integrazione suppletiva, che in quanto tale non potrebbe mai sovrapporsi alla volontà espressa dalle parti nel contratto.

Ad oggi, si può ritenere che non vi sia più spazio per la catalogazione delle singole fonti nei confini o della sola integrazione suppletiva o della sola integrazione cogente¹³ e si potrebbe forse ripensare all'utilità o meno di una classificazione rigida, intendendo l'integrazione come un fenomeno da inserire in un ordinamento in evoluzione. Infatti, se un tempo si riteneva che l'autonomia contrattuale fosse regina indiscussa del contratto, oggi si assiste sempre più al tramonto del dogma della volontà e il dominio delle parti è spartito con le fonti di integrazione eteronome.

L'integrazione del contratto, anche da parte del Giudice, non può più ritenersi come un prepotente assedio alla volontà dei contraenti¹⁴, ma va ricondotto a un riequilibrio del negozio, a tutela dell'ordinamento e delle parti stesse. La statuizione del giudicante non deve considerarsi come una prepotente intrusione nel contratto predisposto, ma quale strumento di riequilibrio delle clausole inique, come nel caso concreto oggetto della sentenza che si annota.

Secondo la dottrina maggioritaria, il Giudice non potrebbe mai correggere il contratto, prevalendo sempre l'autodeterminazione delle parti¹⁵. L'unica eccezione si riscontrerebbe nel caso di clausola penale manifestamente eccessiva, la cui riduzione sarebbe espressione di un'integrazione cogente¹⁶ capace di sovrapporsi alle pattuizioni dei contraenti.

In relazione a tali aspetti, è centrale la tematica della giustizia contrattuale. Se in un primo momento si riteneva che l'autonomia privata fosse sufficiente a garantire una giustizia sostanziale del contratto, con il mutamento della società, del mercato e dell'ordinamento si sono dovuti ricercare degli strumenti differenti volti a raggiungere tale risultato. Ciò è particolarmente evidente qualora si pensi alla presenza sempre maggiore della contrattazione di massa e degli

¹³ In questo senso NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., pp. 2 ss.; D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in D'Amico, Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, p. 216.

¹⁴ Quest'ultima teoria si fondava in particolare sul meccanismo della sostituzione automatica di clausole, di cui all'art. 1339 c.c. In base a tale norma, quando una clausola del contratto è contraria a una norma imperativa, quest'ultima la sostituisce di diritto.

¹⁵ ROPPO, *Il contratto*, ed. II, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011., p. 464.

¹⁶ *Ibid.*

abusi posti in essere a discapito dei contraenti più deboli, non in grado di far valere i propri interessi di fronte al professionista.

6. Spunti sovranazionali sulla portata della buona fede integrativa

Il tessuto normativo europeo e sovranazionale, anche di *soft law*, parrebbe creare delle aperture alla possibilità di riequilibrio delle prestazioni mediante la clausola di buona fede, soprattutto a tutela della parte più debole.

Degli spunti si potrebbero trarre dai *Principles of European Contract Law*, che all'articolo 4: 109 prevedono: «*Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed*». In tal caso, l'intervento correttivo mediante buona fede è inserito in una prospettiva di conservazione del contratto¹⁷, anche se è pur sempre presente un impulso della parte legittimata a far valere l'invalidità del negozio.

Previsione simile si riscontra anche nei Principi *Unidroit*, sempre in tema di *gross disparity*, all'art. 3.2.7 par. 2, in cui si stabilisce la possibilità del Giudice di adattare il contratto al fine di renderlo conforme a i criteri ordinari di correttezza del commercio, ma sempre in seguito alla richiesta della parte legittimata a chiedere l'annullamento del negozio.

Anche tali previsioni, seppur relative allo specifico ambito della conservazione del contratto, sono utili a comprendere la portata sempre maggiore della buona fede, che non comporta necessariamente una sovrapposizione negativa del Giudice rispetto all'autonomia dei contraenti.

7. Conclusioni

I repentini mutamenti dell'ordinamento, la rilevanza sempre maggiore del diritto comunitario e l'influenza del mercato sulle relazioni giuridiche comportano la necessità di ripensare ad alcuni istituti civilistici, tra cui quello dell'integrazione contrattuale. Il contratto sta cambiando volto, non essendo più disciplinato soltanto dalla volontà delle parti, ma anche da fonti

¹⁷ Ciò è confermato dal commento G alla norma, nel quale si legge: «*It may not be appropriate simply to set aside the contract which is excessively advantageous. The disadvantaged party may wish the contract to continue but in modified form*», *Principles of European Contract Law*, pts. I and II, edited by O. Lando and H. Beale, The Hague, 1999, p. 263.

eteronome, il cui intervento necessita di una rivalutazione. In particolare, equità e buona fede non possono essere più considerate soltanto come fonti suppletive di integrazione, anche secondo le indicazioni che si desumono dall'ordinamento comunitario e dai progetti di redazione del diritto europeo dei contratti.

L'autonomia privata non è più fortezza inespugnabile della signoria delle parti nella regolamentazione dei loro rapporti e, in un mercato sempre più globalizzato, in cui si è assistito a un incremento degli scambi e a una standardizzazione degli strumenti utilizzati rispetto ai primi anni di vigenza del codice civile, risulta importante cercare di tutelare le parti, soprattutto in presenza di una disparità di forza contrattuale.

È certamente comprensibile il timore di un potere del Giudice troppo invasivo sul contratto¹⁸, ma si ritiene sia necessario ripensare al rapporto in generale tra coerenza e autonomia privata. L'integrazione correttiva, infatti, non deve essere sempre ritenuta negativa e restrittiva dell'autonomia¹⁹, in quanto l'intervento eteronomo può essere un positivo ausilio per le parti.

Certamente l'essenza del contratto non può essere snaturata, dovendo sempre consistere nella volontà dei contraenti, ma, come evidenziato anche nella sentenza che si annota, deve ritenersi che sia immanente al nostro ordinamento un potere di controllo del Giudice sulle statuizioni negoziali, *“al fine di evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro cui appare meritevole di tutela”*.

Bibliografia

BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale: Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2006.

BARCELLONA M., *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, pp. 524-557.

¹⁸ Sempre guardando alle fonti internazionali, ciò emerge anche dal commento G all'art. II. -9:101 DCFR, che disciplina, nel secondo paragrafo, l'integrazione giudiziale del contratto nel caso di lacune. Il potere del Giudice viene definito eccezionale, *«because of the danger of giving courts too much power to rewrite contracts according to their own ideas of what the parties should have provided»*.

¹⁹ Generalmente la dottrina ritiene che l'integrazione cogente sia nemica dell'autonomia privata. Un esempio si ha in ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 471: *«L'integrazione cogente è dunque antagonista dell'autonomia privata; anzi, è il meccanismo che più intensamente di ogni altro sacrifica la libertà contrattuale»*.

BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, sezione civile*, vol. II, Torino, Utet, 1988.

CATAUDELLA A., *I contratti. Parte generale*, ed. IV, Torino, Giappichelli, 2014.

D'AMICO G., *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in D'Amico, Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013.

FRANZONI M., commento *sub art. 1374 e sub art. 1375*, in *Degli effetti del contratto*, vol. II – *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, ed. II, Milano, Giuffrè, 2013.

GALLO P., *L'integrazione*, in Id., *Trattato del contratto*, t. II, Torino, Utet, 2010.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, ed. XVII, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

NANNA C. M., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da F. Galgano, Padova, Cedam, 2010.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis group), a cura di C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke e altri, Munich, 2009.

Principles of European Contract Law, pts. I and II, edited by O. Lando and H. Beale, The Hague, Kluwer Law International, 1999.

Relazione Telematica della Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, 10 settembre 2010, n. 116, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: Il ruolo del giudice nel governo del contratto*.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969.

ROPPO V., *Il contratto*, ed. II, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011.

ROVELLI L., *Correttezza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, sezione civile*, vol. IV, Torino, Utet, 1989.

SCOGNAMIGLIO C., *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, vol. II, ed. II, Torino, Utet, 2006.

Trib. Treviso, sez. I, sent. 1956/2018, 8 ottobre 2018; Giudice dott. Alberto Barbazza

Compenso professionale avvocato – convenzione per il pagamento delle prestazioni – manifesta eccessività – riduzione d’ufficio del giudice – buona fede integrativa.

La buona fede integrativa permette al Giudice di ridurre d’ufficio il compenso professionale dell’avvocato pattuito con il cliente quando risulti manifestamente eccessivo.

Tale potere trova il suo fondamento nella tutela dell’interesse generale dell’ordinamento all’equità contrattuale, al fine di ricondurre l’autonomia negoziale nei limiti in cui essa appaia meritevole di tutela.

Il Giudice, pertanto, ha un potere di controllo sulle pattuizioni delle parti mediante la clausola generale della buona fede integrativa, che si concreta in una duplice direzione, prevedendo l’obbligo per entrambi i contraenti di salvaguardare l’utilità della controparte nel limite dell’apprezzabile sacrificio.

Il rapporto obbligatorio è caratterizzato quindi da una struttura complessa, in quanto il principio di correttezza si pone come fonte di doveri ulteriori che vincolano le parti, nonostante questi non risultino specificamente dal titolo.

In particolare, il creditore ha il divieto di abusare del proprio diritto e, allo stesso tempo, l’obbligo di attivarsi per evitare o contenere gli imprevisti aggravati della prestazione o le conseguenze dell’inadempimento.

[Omissis] *“Risulta dalle allegazioni e dalla documentazione depositata dalle parti che il conferimento dell’incarico professionale per la fase d’appello risalga al 6 luglio 2016 (occorre precisare che il mandato depositato non è sottoscritto dalle parti, ma non è stato contestato).*

Il termine per proporre giudizio di appello avverso la sentenza di primo grado era il 14 luglio 2016, e l’atto di citazione in appello non è stato depositato, essendo intervenuta la revoca del mandato in data 9 luglio 2016.

Le parti nel conferimento di incarico prevedevano un compenso (comprese spese generali) di € 2.500,00 oltre IVA e Cp per la fase di studio della controversia. Per lo scaglione di valore del procedimento in oggetto, il tariffario professionale di cui al D.M. 55/2014 prevede, per la fase di

studio, un compenso medio di € 1.960,00 e minimo di € 980,00 (oltre spese generali, IVA e Cp).

L'art. 233 cod. civ. prevede che, per la determinazione del compenso nel caso di prestazione d'opera intellettuale, l'importo vada determinato innanzitutto in base a quanto convenuto dalle parti e, solo in subordine ed in mancanza di accordo, secondo le tariffe.

Nel caso di specie, appare necessario applicare, pertanto quanto previsto dalla convenzione in essere fra le parti per la fase di appello.

Tuttavia, se da un lato, stante la così imminente scadenza del termine per impugnare, appare certo che sia stata svolta dal convenuto una propedeutica attività di studio, dall'altro, stante il termine di soli tre giorni fra conferimento dell'incarico e revoca del mandato, l'importo convenuto dalle parti va ritenuto manifestamente eccessivo, dovendosi riferire ad uno studio completo della controversia che (anche a fronte del fatto che residuavano ulteriori 5 giorni per la proposizione dell'atto di appello) sarebbe certamente continuato qualora il rapporto di fiducia fra avvocato e cliente fosse proseguito.

Già nel 2005, in tema di clausola penale le Sezioni Unite (sent. 18128/2005) hanno ritenuto che il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 cod. civ. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, possa essere esercitato anche d'ufficio, al fine di ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela, e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva (come era nel caso al vaglio del Supremo Collegio nel 2005), sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga per altre ragioni.

Nello sviluppo della giurisprudenza, alla riduzione d'ufficio della clausola penale sono state assimilate altre situazioni, nelle quali le parti abbiano dedotto e dimostrato circostanze rilevanti al fine di formulare il giudizio di manifesta eccessività (ad esempio, in tema di riduzione della clausola con cui si determina convenzionalmente la misura degli interessi moratori con funzione liquidativa del risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento di obbligazioni pecuniarie, cfr. Cass. 25334/2017).

Deve ritenersi, pertanto, che sia immanente al nostro ordinamento un principio secondo cui, pur nel rispetto dell'art. 1322 cod. civ., viene attribuito al giudice un potere di controllo sulle pattuizioni delle parti, nell'interesse generale dell'ordinamento, al fine di evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro cui appare meritevole di tutela.

Tale intervento, pertanto, si pone quale limite all'autonomia negoziale stessa, prevista

dalla legge non nell'interesse individuale dei paciscenti ma nell'interesse generale dell'ordinamento all'equità contrattuale.

Tale impostazione, inoltre viene avvalorata dall'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale in tema di clausola generale di buona fede nell'adempimento del contratto. Infatti, la buona fede deve ritenersi si specifichi nell'obbligo di entrambe le parti di salvaguardare l'utilità della controparte nel limite dell'apprezzabile sacrificio.

La buona fede, pertanto, si concreta in una duplice direzione, ossia nei confronti del creditore fa sì che gli sia vietato di abusare del suo diritto e, allo stesso tempo lo obbliga ad attivarsi per evitare o contenere gli imprevisti aggravati della prestazione o le conseguenze dell'inadempimento.

Dunque, il rapporto obbligatorio è caratterizzato da una struttura complessa in quanto il principio di correttezza si pone come fonte di doveri ulteriori che vincolano le parti ancorché non risultino dal titolo del rapporto obbligatorio.

Pertanto, la somma pattuita di € 2.500,00 deve ritenersi vada ridotta in quanto manifestamente eccessiva della metà, e gli attori condannati alla rifusione al pagamento al convenuto della somma di € 4.242,47 (accessori compresi) per il giudizio di primo grado e di € 1.250,00 (oltre IVA e Cp) per la fase di studio del giudizio di appello". [Omissis]

SALVATORE CASCIARO

La detenzione amministrativa e la convalida¹

SOMMARIO: 1. Sospensiva in pendenza del ricorso per Cassazione. Spunti problematici. - 2. Detenzione amministrativa e accompagnamento alla frontiera. - 3. Il procedimento di convalida del trattenimento e della sua proroga.

1. Sospensiva in pendenza del ricorso per Cassazione. Spunti problematici

La disciplina dell'art. 35-bis d. lgs. n. 25/08 consente il ricorso all'inibitoria dopo l'emissione del decreto collegiale di rigetto della domanda di protezione.

L'art. 35-bis, co. 13, puntualizza infatti che *<<la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato, di cui al comma 3, viene meno se con decreto anche non definitivo il ricorso è rigettato>>*.

Il termine per il ricorso in cassazione è di gg. 30 e decorre dalla comunicazione del decreto a cura della cancelleria. Ma, precisa il co. 13 cit., *<<qualora sussistano fondati motivi, il giudice che ha pronunciato il decreto impugnato può disporre la sospensione degli effetti del predetto decreto, con conseguente ripristino, in caso di sospensione di decreto di rigetto, della sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione della Commissione>>*.

Si richiede però che sia presentata un'istanza di sospensione (deve ritenersi, a pena di inammissibilità) entro gg. 5 dalla *<<proposizione>>* del ricorso per cassazione; si prevede, ancora, la possibilità per la controparte di depositare delle note difensive entro gg. 5 dalla comunicazione a cura della cancelleria dell'istanza di sospensione; indi, il giudice decide entro i 5 gg. successivi con decreto (sempre) non impugnabile.

Il termine *<<proposizione>>* del ricorso fa riferimento alla notifica e non anche al deposito del ricorso per cassazione.

L'art. 35-bis reca, a ben vedere, una disciplina speciale per la inibitoria contro il decreto del collegio, specialità che dovrebbe escludere l'applicazione della normativa generale; e il richiamo

¹ Relazione tenuta alla SSM, Roma, venerdì 12 ottobre 2018.

espresso all'art. 373 c.p.c., come contenuto nell'art. 131-bis att. c.p.c. (*<<sull'istanza di sospensione dell'esecuzione della sentenza prevista dall'art. 373 del codice, il giudice non può decidere se la parte istante non ha dimostrato di avere depositato il ricorso per cassazione contro la sentenza medesima>>*), non consente di applicare il dettato di tale ultima disposizione all'inibitoria contro il decreto camerale.

Peraltro, la previsione di inammissibilità dell'inibitoria (laddove presentata dopo i 5 gg. dalla *<<proposizione>>* del ricorso per cassazione) dovrebbe essere, quale sanzione processuale, di stretta interpretazione e dunque non estensibile al diverso caso del mancato deposito del ricorso per cassazione nel termine di legge, adempimento la cui omissione rileva ex art. 369 co. 1 c.p.c. solo in termini di improcedibilità del ricorso per cassazione.

Con l'eventuale declaratoria di improcedibilità del ricorso per cassazione verrebbe comunque meno l'inibitoria ove, in ipotesi, concessa dal tribunale.

Al di là del dato letterale della norma, c'è un altro argomento logico che vale come utile base di discussione.

Se si ritiene (opzione certo astrattamente sostenibile) che il termine *<<proposizione>>* adoperato del 35-bis co. 13 (*<<La sospensione di cui al periodo precedente è disposta su istanza di parte da depositarsi entro cinque giorni dalla proposizione del ricorso per cassazione>>*) deve essere inteso in senso ampio e atecnico, ossia inclusivo della fase di deposito in cancelleria del ricorso per cassazione, quasi si trattasse di una fattispecie processuale a formazione progressiva, allora si dovrebbe ragionevolmente concludere nel senso che il ricorso per cassazione si *<<propone>>*, nel disegno normativo, mediante una successione di plurime attività difensive che si compendiano nella sequenza costituita: (1) dalla sua notifica e (2) dalla successiva consegna dell'atto nella cancelleria della suprema corte.

Tale opzione ermeneutica non è però persuasiva.

Se così fosse, allora il legislatore non avrebbe indicato la sanzione dell'improcedibilità nell'art. 369 co. 1 c.p.c. per l'ipotesi di omesso deposito in cancelleria del ricorso per cassazione; adempimento, in difetto del quale, il ricorso per cassazione (proprio perché, nell'ipotesi prefigurata, *<<proposto>>* non solo con la sua notifica ma *anche* mediante successivo deposito) avrebbe dovuto essere ritenuto nell'articolo citato, a rigore, *<<inammissibile>>* e non già *<<improcedibile>>*; l'improcedibilità presupponendo, a monte, l'ammissibilità dell'atto pur

correttamente <<proposto>> e nondimeno l'impossibilità di pervenire a una pronuncia conclusiva per difetto di adempimenti successivi a cura della parte ricorrente.

Direi che sul tema del deposito del ricorso in cassazione (la cui prova, semmai, può essere richiesta quale adempimento aggiuntivo qualora si prolunghino i tempi d'esame dell'istanza d'inibitoria) dobbiamo anche considerare un altro aspetto.

La fase dell'inibitoria ex co. 13 art. 35-bis (il cui modulo procedimentale è integrato, s'è detto, dall'istanza di parte da proporre entro 5 gg. dal dì della notifica del ricorso in cassazione, dall'assegnazione del termine di gg. 5 per le note difensive e dai successivi gg. 5 per l'emissione del provvedimento cautelare) potrebbe bensì concludersi prima del decorso dei 20 gg. fissati dal 360 co. 1 c.p.c..

Quindi è sicuramente comprensibile che il legislatore non abbia previsto che la parte, a pena di inammissibilità dell'inibitoria, desse prova *anche* del deposito del ricorso in cassazione escludendo in tal guisa l'applicazione, nella nostra materia, del 131-bis att. c.p.c.

<<diritto di restare prima e dopo il c.d. decreto Minniti>>

Va premesso che l'indirizzo giurisprudenziale che si era affermato, prima della novella introdotta dall'art. 6 d.l. n. 13/17, conv. in l. n. 46/2017, era nel senso dell'inammissibilità dell'istanza ex art. 373 c.p.c. *in subiecta materia*, sull'assunto che vi fosse per la parte istante carenza di interesse alla richiesta di sospensiva contro la pronuncia d'appello, atteso che si desumeva dal testo dell'art. 46 co. 5 dir. 26.6.2013 n. 32 il principio per cui lo straniero avesse diritto a restare nel territorio nazionale <<...in attesa dell'esito del ricorso>>. Per <<esito del ricorso>> si intendeva, nell'interpretazione diffusasi, la decisione con sentenza definitiva e fino alla pronuncia sul ricorso per cassazione. Ebbene, il legislatore, pur consapevole di tale orientamento giurisprudenziale, ha introdotto, con il menzionato art. 6, la nuova disciplina dell'inibitoria di cui al co. 13 dell'art. 35-bis d. l.vo n. 25/2008.

Trattasi di modifica che farebbe leva sul testo del co. 5 (dal quale si desumerebbe che il diritto di restare spetterebbe sino al compimento delle procedure di ricorso dinanzi a un organo giurisdizionale di primo grado) e del co. 6 dell'art. 46 dir. cit. (che consentirebbe bensì deroghe alla possibilità di rimanere sul territorio per <<la domanda infondata ...conformemente all'art. 31,

§ 8>>²), e va dunque a delineare, con tutta evidenza, un procedimento di inibitoria inedito che riecheggia, nella sostanza, lo strumento processuale dell'art. 373 c.p.c.; con facoltà per il giudice di procedere, su istanza di parte, alla sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto camerale di rigetto³.

L'innovazione legislativa (*idest*, introduzione di un effetto sospensivo non automatico alle procedure di impugnazione di una decisione giurisdizionale di primo grado) si mostra (a parere di chi scrive) compatibile con il principio di <<effettività>>⁴, che è circoscritto al primo grado di giudizio.

Si rimette dunque al giudice che ha deciso nel primo (e unico) grado di merito la delibazione del livello di incoerenza e del grado di inverosimiglianza dell'impugnazione del ricorrente.

Il fatto che il diritto nazionale prevede un ulteriore vaglio della pretesa in cassazione, senza effetto sospensivo automatico, non consente di ritenere che il principio di effettività possa dirsi violato⁵.

² L'art. 46, paragrafo 6 lett. d), della dir. 26.6.2013 n. 32 prevede che, per particolari decisioni di infondatezza dell'autorità amministrativa, <<un giudice è competente a decidere...se autorizzare o meno la permanenza del richiedente>>.

³ Tale esegesi è stata peraltro, da ultimo, sostenuta anche da indirizzo del S.C. con cui si è infine chiarito che v'è (a partire dal 18.8.2017 in virtù all'art. 35 bis co. 13 d. lgs., n. 25/08, come introdotto dall'art. 6 co. 1 lett. g) d.l. n. d.l. n. 13/2017, conv. in l. n. 46/2017) cessazione dell'effetto sospensivo in caso di rigetto del ricorso <<con decreto anche non definitivo del tribunale>> (Cass. n. 12476 del 21.4.2018).

⁴ Risulta dalla costante giurisprudenza della Corte che le norme procedurali che disciplinano le azioni di salvaguardia dei diritti che ai singoli derivano dal diritto dell'Unione non devono essere inquadrate in modo tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea, c.d. principio di effettività (v., in tal senso, sentenze del 5 giugno 2014, *Kone e a.*, C- 557/12, EU: C: 2014: 1317, paragrafo 25, e del 6 ottobre 2015, *Târșia*, C-69/14, EU: C: 2015: 662, paragrafo 27 e giurisprudenza ivi citata). Peraltro, l'obbligo di effettività del ricorso si riferisce espressamente, come risulta dall'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva n. 2013/32/CE, ai «*procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado*». Tale obbligo, richiedendo l'esame completo ed ex nunc degli elementi di fatto e di diritto, si riferisce unicamente allo svolgimento del procedimento giurisdizionale di primo grado (così paragrafo 34 Corte Giust. 27.9.2018, causa C-422/18 PPU, su rinvio pregiudiziale del Trib. Milano).

La Corte Giust. da ultimo cit. precisa, al paragrafo 35, che né dal sistema o dalla finalità della direttiva n. 2013/32/CE emerge che, qualora uno Stato membro preveda un secondo grado di giudizio contro una decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale, il procedimento di appello da esso istituito debba necessariamente conferire effetto sospensivo automatico al ricorso proposto dal richiedente; conf. sentenza del 26 settembre 2018, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (effetto sospensivo dell'appello), C-180/17, EU:C:2018:775, paragrafi 26 e 33 ove si legge: <<*Ne consegue che la tutela conferita a un richiedente la protezione internazionale dall'art. 46 della direttiva 2013/32 e dall'articolo 13 dell'articolo 2008/115, letta alla luce degli articoli 18, 19, paragrafo 2 e 47 della Carta, nei confronti della decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale e l'imposizione di un obbligo di rimpatrio sono limitate all'esistenza di un unico rimedio giurisdizionale*>>.

⁵ Corte Giust., sentenza del 26 settembre 2018, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (effetto sospensivo dell'appello), C-180/17, EU:C:2018:775, punto 43.

Anche sul piano logico l'innovazione pare coerente col sistema.

Se è possibile negare il diritto a permanere nel territorio dello Stato per specifiche decisioni di infondatezza dell'autorità amministrativa, sarebbe incomprensibile, *a fortiori*, non ammettere analoga negazione laddove al diniego della Commissione sia seguito l'ulteriore rigetto del ricorso giurisdizionale ex art. 35 d. lgs. n. 25 cit.. Sul piano del vaglio di infondatezza, la situazione che si viene a creare per effetto della "doppia negativa" del diritto (in sede amministrativa prima e giurisdizionale poi) ha sicuramente un margine di affidabilità più pregnante e consistente di quello (rigetto in sede amministrativa con formule particolari) desumibile alla stregua del solo art. 31, paragrafo 8, dir. cit., sicché le due situazioni parrebbero sul piano sostanziale per lo meno omogenee, donde la piena coerenza della scelta di rimettere al giudice nazionale, dopo la statuizione di primo grado, l'apprezzamento in sede cautelare sulla permanenza, o meno, dello straniero nel territorio nazionale⁶.

<<fondati motivi>>

Fatte tali premesse, giova subito evidenziare che il co. 13 cit. fa riferimento non all'esistenza di un <<grave e irreparabile danno>> (come prevede l'art. 373 c.p.c.), ma alla configurabilità di <<fondati motivi>>, individuando in tal guisa una formula marginalmente dissimile rispetto a quella del precedente comma 3 dell'art. 35-bis cit. e quasi analoga a quella dell'art. 283 c.p.c. (disposizione, questa, che adopera invece la locuzione <<gravi e fondati motivi>>⁷), e mostrando di incentrare la valutazione del giudice su una sommaria delibazione del fumus.

L'intervento del legislatore, effettuato in una materia in cui il profilo del *periculum* può connotarsi in termini generalizzati e quasi impliciti (lo straniero che si è visto respingere il ricorso giurisdizionale potrebbe infatti essere attinto da provvedimento di espulsione ex art. 32 d. lgs. n.

⁶ E' poi ovvio che sia il giudice nazionale ad effettuare il vaglio di tenuta interna dei principi di equivalenza ed effettività. Invero, spetta unicamente al giudice nazionale, che ha conoscenza diretta delle norme procedurali dettagliate applicabili, accertare se le azioni in questione siano simili per quanto riguarda la loro finalità, il motivo di ricorso e le caratteristiche essenziali (sentenze 27 giugno 2013, *Agroconsulting-04*, C-93/12, EU: C: 2013: 432, paragrafo 39, e del 9 novembre 2017, *Dimos Zagoriou*, C-217/16, EU: C: 2017: 841, paragrafo 20).

⁷ Cfr. Cass. n. 4060 del 2005, secondo la quale <<...*tali gravi e fondati motivi consistono per un verso nella delibazione sommaria della fondatezza dell'impugnazione e per altro verso nella valutazione del pregiudizio*>>.

25/2008) non sembra collidere col principio di <<equivalenza>>⁸, stante il particolare contenuto sostanziale della situazione protetta, che deve poter consentire al legislatore di opportunamente prevedere un trattamento differenziato; d'altronde la previsione della locuzione <<fondati motivi>>, se intesa nel senso di abbracciare tanto il *periculum in mora* quanto il *fumus boni iuris* appare non già più restrittiva ma semmai ampliativa dei margini di intervento giudiziale in sede di sospensione cautelare previsti dall'art. 373 c.p.c.⁹.

Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, va ritenuta la compatibilità del sistema interno con i principi (di matrice comunitaria) di effettività ed equivalenza¹⁰.

Il *fumus* di verosimile fondatezza dell'impugnazione potrà, or dunque, essere ravvisabile alla stregua di violazioni di legge o di gravi *deficit* motivazionali (sul <<vissuto>> dello straniero e sulle sue conseguenze in termini di protezione, con sottovalutazione di aspetti legati a profili di vulnerabilità soggettiva o di altri elementi adottati per le diverse forme di protezione, ovvero ancora sui report internazionali immotivatamente ignorati ecc.) del decreto camerale.

L'apprezzamento del *fumus* dell'impugnazione non impedirà tuttavia, in difetto di specifiche incompatibilità previste a riguardo dal legislatore, al giudice componente il collegio che

⁸ Come noto, le norme procedurali che disciplinano le azioni di salvaguardia dei diritti che i singoli derivano dal diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano azioni domestiche analoghe, e in ciò consiste il c.d. principio di equivalenza (v., in tal senso, sentenze Corte Giust. cit. del 5 giugno 2014, *Kone e a.*, C- 557/12, EU: C: 2014: 1317, paragrafo 25, e del 6 ottobre 2015, *Târşia*, C-69/14, EU: C: 2015: 662, paragrafo 27 e giurisprudenza citata).

⁹ Tanto, invero, escluderebbe la violazione del principio di equivalenza preindicato. Opinare diversamente vorrebbe dire determinare un'automatica mancanza di esecutività delle pronunce di primo (e unico) grado nella materia della protezione internazionale, fatto che costituirebbe un unicum nel sistema processuale nazionale, avendo il legislatore previsto all'art. 282 c.p.c. l'efficacia esecutiva generalizzata della sentenza di primo grado, salva (beninteso) sospensione ex art. 283 e 379 c.p.c.

¹⁰ Corte di Giust. 26.9.2018 cit. chiarisce che l'introduzione di un secondo livello di giurisdizione nei confronti delle decisioni che respingono una domanda di protezione internazionale e contro le decisioni di rimpatrio, nonché la decisione di attribuire a tale livello di giurisdizione, se del caso, l'effetto sospensivo automatico, non costituiscono norme procedurali che danno attuazione al diritto a un ricorso effettivo contro tali decisioni di cui all'articolo 39 della direttiva 2005/85 e all'articolo 13 della direttiva 2008/115, ma sono norme procedurali di competenza dell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in base al principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, *Sánchez Morcillo e Abril García*, C-169/14, EU: C: 2014: 2099, paragrafi 31, 36 e 50 e giurisprudenza citata, e ordinanza del 16 luglio 2015, *Sánchez Morcillo e Abril García*, C-539 / 14, EU: C: 2015: 508, paragrafo 33). Sullo specifico tema, cfr. l'art. 9 (che fa riferimento alle procedure di primo grado di cui al capo III prevedendo il diritto di restare dello straniero nel paese d'accoglienza: v. altresì l'art. 31 che si sovrappone sul piano contenutistico all'art. 27 d. l.vo 25/08) e l'art. 46 co. 5 (che fa riferimento alle procedure di impugnazione e consente medio tempore la permanenza nel paese di accoglienza <<in attesa dell'esito del ricorso>>) della direttiva 26.6.2013/32/UE.

ha emesso il decreto camerale impugnato di comporre anche il collegio costituito per l'istanza ex 35-bis, co. 13 cit.¹¹.

2. Detenzione amministrativa e accompagnamento alla frontiera

La disciplina europea e nazionale sancisce il diritto dei richiedenti la protezione internazionale a rimanere nello Stato membro, sia durante il periodo dell'esame amministrativo della loro domanda di protezione (art. 9 dir. 2013/32/CE e art. 7 d. lgs. n. 25/08), sia durante il periodo di attesa della definizione della fase giurisdizionale (v. artt. 9 e 46 direttiva 2013/32/UE e art. 35-bis co. 3 d. lgs. n. 25/08).

Se la domanda di asilo viene però presentata dopo l'emissione del provvedimento di espulsione, e dopo il trattenimento, si può protrarre, in presenza dei presupposti di legge (come indicati nei co. 2-3 art. 6 cit. e, ad es., se si ritiene la pretestuosità della domanda, CGUE 30.5.2013, Arslan, C-534-11) il trattenimento dello straniero¹².

Ratio della disciplina è quella di scongiurare il rischio che il trattenuto si sottragga definitivamente al proprio rimpatrio attraverso il ricorso strumentale alla richiesta di asilo politico.

Così l'art. 2 lett. h) dir. n. 2013/33 cit. definisce il trattenimento: <<confinamento del richiedente, da parte di uno stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione>>.

Va premesso che il trattenimento, misura che limita la libertà personale e su cui v'è giudizio di convalida non solo nella fase di insorgenza ma anche per le eventuali proroghe, può applicarsi sia allo straniero espulso sia allo straniero respinto (v. art. 14 co. 1 t.u. imm.).

La proroga è legittima solo se adottata con le garanzie della convalida¹³ e prima della scadenza del termine da prorogare e non dopo¹⁴.

¹¹ Cfr. Trib. Roma, 18 novembre 2005, in *Dir. fall.*, 2007, 11, 314, con nota di RAVIDA', *Le incompatibilità endoprocedurali nel fallimento: nuove garanzie e vecchi assetti*, ha ritenuto che il giudice delegato che ha preso parte al collegio costituito in sede di reclamo ex art. 26 l. fall., il cui provvedimento è impugnato in cassazione, può partecipare al collegio costituito per l'istanza ex art. 373 c.p.c.

¹² Cfr. Cass. n. 19819 del 2018 in motivazione.

¹³ Così Cass. n. 4544 del 2010 in motivazione.

¹⁴ Sul punto, v. Cass. n. 12875 del 2017.

L'accompagnamento alla frontiera (artt. 13 co. 4-5 bis t.u. imm.) integra una modalità di esecuzione dell'espulsione; necessita di convalida da parte del giudice, concessa la quale il provvedimento (prima sospeso nella sua efficacia) diventa esecutivo.

Esso si distingue dal respingimento alla frontiera previsto dal co. 2 dell'art. 10 t.u. imm.

Il respingimento è atto del questore restrittivo della libertà personale, può essere immediato, ossia reso *in limine*; oppure differito a) per lo straniero privo di documenti ex art. 4 t.u. imm. o b) che si è sottratto ai controlli di frontiera, ed è fermato all'ingresso o <<subito dopo>> o, ancora, c) che è temporaneamente ammesso nel territorio nazionale per necessità di pubblico soccorso; e tuttavia, come si è precisato in giurisprudenza¹⁵, se non viene prontamente esercitato il potere di respingimento, esso si estingue subentrando il diverso potere di espulsione.

Ambito applicativo dell'art. 6 co. 3 d. lgs. 142 cit.: il richiedente asilo può essere destinatario di respingimento differito?

A sensi dell'art. 10, co. 4, t.u. imm. le disposizioni sul respingimento non si applicano in caso di domanda di asilo politico.

Ergo, il decreto di respingimento diverrebbe inefficace qualora fosse pendente la procedura di richiesta di protezione internazionale ex art. 7 d. lgs. n. 25/08.

La competenza giurisdizionale in materia di respingimento è del giudice ordinario, tribunale monocratico, sezione immigrazione¹⁶.

Non è previsto però (a differenza che per l'espulsione con accompagnamento alla frontiera su cui v. art. 13 co. 5-bis t.u. imm.) un giudizio di convalida del respingimento, e ciò perché quest'ultimo è (evidentemente) inteso dal legislatore come atto urgente che consuma i suoi effetti nel momento del compimento senza ulteriori conseguenze, non precludendo allo straniero respinto un reingresso¹⁷.

¹⁵ Cfr., sul tema, Cons. Stato, sez. III, 13.9.2013, n. 4543.

¹⁶ Con rito sommario di cognizione, come chiarito da Cass. S.U. 17.6.2013 n. 15115.

¹⁷ V. Trib. Palermo, ord. 17.11.2016, che ha sollevato dubbio di legittimità cost. dell'art. 10 co. 2 t.u. imm. dinanzi alla Corte costituzionale, la quale ultima ha deciso, tuttavia, nel senso dell'inammissibilità per difetto del requisito di rilevanza della questione.

Lo straniero già destinatario di provvedimento di respingimento può essere soggetto a trattenimento, se richiedente asilo?

Il tema del respingimento (c.d. differito; art. 10 co. 2 t.u. imm.), e quello ad esso connesso della possibilità (o meno) di procedere alla convalida del trattenimento nell'ipotesi di straniero respinto richiedente asilo (stante il divieto espresso contenuto nel co. 4 art. 10 t.u. imm., norma che vieta, come noto, di applicare le disposizioni sul respingimento in ipotesi di asilo politico), va riesaminato, a mio parere, alla luce della novella introdotta dal decreto Minniti che, riformulando l'art. 6 co. 3, ha inserito il sostantivo <<respingimento>> (<< ...un provvedimento di respingimento o di espulsione...>>), consentendo ora la convalida del trattenimento anche nell'ipotesi di richiedente asilo destinatario di respingimento c.d. differito che abbia formulato tuttavia una <<domanda pretestuosa>>.

In altre parole, se prima della novella non sarebbe stato possibile convalidare il trattenimento nell'ipotesi di straniero richiedente asilo destinatario di provvedimento di respingimento, e ciò per la necessità di procedere a stretta interpretazione della norma (art. 6 co. 3 d. n. 142 cit.) incidente sulla libertà personale (la quale menzionava, s'è detto, solo l'espulsione e non anche il respingimento come atto presupposto del trattenimento), ora il discorso parrebbe diverso.

La modifica legislativa sembra orientare nel senso che, in caso di domanda di asilo <<pretestuosa>>, è possibile la convalida del trattenimento del richiedente asilo e, in tal caso, si sospende il trattenimento finalizzato al respingimento e si apre una fase nuova, che è quella del trattenimento finalizzato all'esame della domanda di protezione, il cui esito negativo in via amministrativa consentirebbe, se confermato in sede giurisdizionale, di dare corso al respingimento (solo) temporaneamente sospeso.

Resta il dubbio legato alla tecnica di formulazione dell'art. 10 co. 4 disposizione la quale sembra dire tout court che il respingimento, (beninteso) se lo straniero abbia chiesto asilo politico, diviene inefficace¹⁸; e, allora, se così fosse, il giudice della convalida del trattenimento dovrebbe rilevare tale sopraggiunta inefficacia e statuire di conseguenza (a prescindere dall'esito della

¹⁸ Si noti infatti che, per Cass. n. 14268 del 2014, il sopravvenuto accoglimento della domanda di protezione rende automaticamente inefficace, e quindi ineseguibile, il provvedimento di espulsione.

domanda di protezione) nel senso della <<non convalida>> del trattenimento con riferimento a soggetto destinatario di respingimento c.d. differito.

L'esegesi più corretta è però (a mio avviso) quella di ritenere che l'inefficacia del respingimento consegue solo al momento dell'accoglimento della domanda di protezione.

In definitiva, come per lo straniero richiedente asilo non può eseguirsi l'espulsione stante il "diritto di restare" sul territorio nazionale fino all'esito del giudizio di merito in unico grado (artt. 7 e 35-bis d. lgs. n. 25/08) così (dovrebbe argomentarsi) non potrebbe eseguirsi neppure il respingimento, con piena assimilazione in definitiva delle due fattispecie.

La questione dell'applicabilità dei commi 2 e 3 dell'art. 6 per lo straniero respinto (ove richiedente asilo) si era invece generalmente risolta (per quanto mi consta) in giurisprudenza in senso positivo.

Quid iuris, nei casi di ricorsi ex 700 c.p.c. contro provvedimenti di "trattenimento" alla frontiera non formalizzati?

Un tale respingimento differito (pensiamo ad es. al caso della nave Diciotti) andrebbe probabilmente qualificato come trattenimento (tale essendo qualificabile, sul piano normativo, il <<confinamento del richiedente, da parte di uno stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione>>) e, anche in difetto del relativo formale provvedimento, potrebbe adirsi il tribunale sez. spec. imm. (come giudice monocratico o, il che è lo stesso, come giudice della convalida in via d'urgenza per la immediata cessazione della misura restrittiva ancorché non formalizzata¹⁹).

Va però considerato che l'art. 3 del decreto sicurezza (d.l. n. 113 del 2018 in G.U. 4.10.2018 n. 231), nel novellare l'art. 6 d. n. 142 cit., inserisce il co. 3-bis dell'art. 3 e prevede uno speciale trattenimento a scopo di identificazione di gg. 30 per lo straniero e il prolungamento dello stesso, ove non sia stata possibile nelle more l'identificazione, fino a un massimo di 180 gg.; ebbene,

¹⁹ È stato ribadita in giurisprudenza l'illegittimità del trattenimento dello straniero che, soccorso in mare, non è stato informato del diritto di chiedere la protezione internazionale e diviene destinatario di un respingimento differito: così Cass. n. 11468 e n. 10743 del 2017.

questo trattenimento, per fatto non imputabile allo straniero (che evidentemente sovente è privo di documenti non per sua colpa) potrebbe (a mio parere) non essere compatibile con l'art. 15 della direttiva rimpatri 2008/115/CE che individua le sole due ipotesi del a) pericolo di fuga e b) del <<cittadino di paese terzo che ostacola la preparazione del rimpatri>> nonché con l'art. 9 co. 1 dir. 2013/33/CE.

Va altresì osservato, in proposito, che per i cittadini italiani il fermo di identificazione, ex art. 11 l. n. 191/78 (norma forse utile come *tertium comparationis* per un vaglio ex art. 3 Cost.), suppone la colpa del soggetto fermato che non consente alle forze di Polizia di procedere all'identificazione e/o la falsità dei documenti di identità esibiti; e dura, peraltro, solo 24 ore.

3. Il procedimento di convalida del trattenimento e della sua proroga

La convalida si applica a) per l'esecuzione delle espulsioni mediante accompagnamento alla frontiera, b) per i trattenimenti; non si applica per le misure alternative (artt. 14 co. 3-4 t.u. imm.) al trattenimento²⁰ e per i respingimenti c.d. differiti?

Il giudizio di convalida si compendia nella garanzia del contraddittorio, ossia nella partecipazione all'udienza del difensore²¹ e nell'audizione dell'interessato; tali garanzie trovano applicazione nel procedimento di convalida senza che sia necessaria l'esplicita richiesta dell'interessato di essere sentito.

Esse valgono anche per le misure alternative ex art. 14 co. 1-bis tu. imm.?

Si tratta di misure che andrebbero applicate anche allo straniero richiedente asilo ex art. 6, co. 5, d. lgs. n. 142 cit.

La Cassazione²², nel riscontrare da ultimo <<*insuperabili limiti letterali*>> a un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione scrutinata (art. 14 co. 1-bis t.u.

²⁰ *Contra*, Cass. n. 2997 del 2018 che ne afferma l'applicabilità senza entrare funditus sulla questione; mentre Cass. n. 21931 del 2018 ha sollevato, a riguardo, questione di legittimità costituzionale.

²¹ Nella fase di convalida del trattenimento dello straniero richiedente asilo, v'è (come noto) ammissione automatica ex lege al patrocinio a spese dello Stato, com'è reso evidente dal combinato disposto degli artt. 13 co. 5-bis, 14 co. 4 d. lgs. n. 286/1998 (<<*lo straniero è altresì ammesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato*>>) e 6 co. 5, 3° periodo, d. lgs. n. 142/2015 a tenore del quale <<*Si applica, per quanto compatibile, l'articolo 14 del d. lgs. n. 286/1998*>>; e, in tal senso, deve ritenersi illegittima qualsiasi limitazione a tale diritto introdotta solo in sede di regolamento attuativo (v. art. 3 co. 4 dpr 394/1999 che fa incongruo riferimento alla <<*ricorrenza dei presupposti*>> per l'ammissione).

²² Cfr. Cass. ord. n. 21930 e ord. n. 21931/2018 secondo cui <<*non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1 bis, t.u. imm., in quanto non prevede che il giudizio*

imm.), formula un parallelismo tra la misura alternativa al trattenimento dell'obbligo di presentazione alla forza pubblica e quella, ritenuta per certi versi analoga, dell'art. 6 co. 3 l. n. 401/1989, come sostituito dall'art. 1 l. n. 45/95 di conv. del d.l. n. 717/94, che prevede la facoltà del questore di prescrivere, a determinate persone distintesi per condotte violente durante le manifestazioni sportive, l'obbligo di presentarsi in orari in cui si svolgono le manifestazioni *de quibus*; e ritiene, sviluppando diffusamente il ragionamento, che la valutazione della Corte cost.²³ che portò a superare positivamente, in quel risalente arresto, il vaglio di costituzionalità (sull'assunto che <<il diritto di difesa ammette una molteplicità di discipline in rapporto alla varietà dei contesti...il modello della convalida non impone di assegnare al procedimento le medesime garanzie della convalida dell'arresto>>) non possa essere trasposta nella fattispecie che ci occupa in cui la misura alternativa dell'obbligo di presentazione è preordinata a un provvedimento di ben altro impatto (espulsione) e in cui il destinatario è uno straniero, come tale <<...presumibilmente inibito a una difesa cartolare per limiti culturali e sociali che ne ostacolano le consapevolezze nonché le capacità di autodifesa>>.

Sospensione cautelare del provvedimento di espulsione e interazione con il trattenimento

Va premesso che la mancata convalida può dipendere <<sia dall'insussistenza delle condizioni previste per il trattenimento, sia dall'illegittimità degli atti presupposti, ossia del decreto di espulsione>>²⁴; il vaglio del giudice della convalida, si è chiarito in giurisprudenza²⁵, è limitato però all'esistenza ed efficacia del provvedimento espulsivo, oltre che alla manifesta illegittimità dello stesso, senza estendersi alle ragioni che avrebbero potuto portare al suo annullamento.

di convalida della misura di cui alla lett. c) di tale disposizione (obbligo di presentazione presso forza pubblica) si svolga in udienza con la partecipazione necessaria del difensore del destinatario (con conseguente nomina di un difensore di ufficio in caso di mancata nomina di un difensore di fiducia), per contrasto con gli artt. 13 e 24, comma secondo, Cost.>>.

²³ Corte Cost. n. 144 del 1997.

²⁴ Cass. n. 16206 del 2004 in motivazione.

²⁵ Cfr. Cass. n. 2731 del 2013; conf. Cass. n. 20869 del 2011 secondo cui al <<giudice della convalida (o della proroga) del trattenimento presso un CIE spetta un limitato controllo sulla misura di espulsione, quale condizione legittimante ex lege il temporaneo restringimento presso un Centro, un controllo che, lungi dall'attingere i profili di validità della espulsione (cognizione spettante al giudice della misura espulsiva), si attesta sulla verifica della esistenza ed efficacia della espulsione>> (nello stesso senso, Cass. n. 17575 del 2010 e Cass. n. 5715 del 2008).

Sempre in giurisprudenza si sottolinea altresì che un'espulsione, la cui efficacia sia stata, se pur indebitamente, sospesa non può quindi sorreggere alcun provvedimento restrittivo della libertà personale dello straniero, posto che il provvedimento del questore o la sua richiesta non possono mai autorizzare un trattenimento temporaneo, esso essendo finalizzato ad accertamenti di identità, a temporanea protezione o a reperimenti di vettori strumentali ad una espulsione adottata²⁶.

Contenuto del fascicolo della convalida e adempimenti del giudice della protezione internazionale

Il giudice, in sede di udienza di convalida, verifica il rispetto del termine di 48 ore; effettua un controllo sui provvedimenti di trattenimento e sull'atto ad esso presupposto, *id est* espulsione o respingimento; verifica se al primo trattenimento ritualmente convalidato del giudice di pace, sia seguito, al momento di presentazione della domanda di protezione ex art. 26 d. lgs. n. 25/08 e senza soluzione di continuità, il nuovo trattenimento in funzione di <<riconvalida>>; verifica la congruità della motivazione²⁷ e le specifiche ragioni di legge adottate per il trattenimento ex artt. 2-3 e 7 d. n. 142 cit.²⁸; verifica che siano provate le circostanze dedotte dalla questura (ad es. che si tratti realmente di soggetti indiziati di commettere reati²⁹, con condanne a carico, per cui v'è pericolo fuga o che abbiano formulato domanda di asilo pretestuosa); verifica (con l'ausilio del sanitario del centro) le condizioni di salute ex art. 7 co. 5 d. lgs. n. 142 cit.³⁰.

²⁶ V. Cass. n. 21429 del 2016 a tenore della quale <<*in materia di immigrazione, non può essere disposta dal tribunale la proroga del trattenimento di un cittadino straniero presso un centro di identificazione ed espulsione, quando il provvedimento espulsivo che ne costituisce il presupposto sia stato, ancorché indebitamente, sospeso, dal momento che il sindacato giurisdizionale, pur non potendo avere ad oggetto la validità dell'espulsione amministrativa, deve rivolgersi alla verifica dell'esistenza ed efficacia della predetta misura coercitiva*>>.

²⁷ Invero il provvedimento di trattenimento <<*precisa le motivazioni di fatto e di diritto sulle quali si basa*>> v. art. 9 dir. n. 2013/33/CE.

²⁸ Non potrebbe ad es. disporsi il trattenimento per mancanza mezzi di sostentamento dello straniero o per garantire la presenza dello straniero all'audizione in Commissione (Cass. n. 26177 del 2016).

²⁹ Cfr. artt. 1-4 e 16 d. lgs. n. n. 159 del 2011 c.d. codice antimafia e ciò in virtù del richiamo all'art. 13 co. 1-2 lett. c) contenuto nell'art. 6 co. 2 lett. b) d. n. 142 cit.

³⁰ E' stato chiarito che non può differirsi l'accertamento sulla compatibilità tra trattenimento e condizioni di salute, essendo -tale compatibilità- il presupposto di legittimità del trattenimento, v. Cass. n. 15106 del 2017; conf. Cass. n. 25767 del 2016, che applica tale ultima disposizione anche ai c.d. trattenuti <<ordinari>> e non solo a quelli dei richiedenti asilo.

Si noti che eventuali violazioni di regole endoprocedimentali devono essere eccepite subito a verbale, nell'udienza di convalida, dal difensore e non possono essere prospettate per la prima volta in sede di legittimità³¹.

Le 48 ore

Con riferimento, poi, al termine di 48 ore per l'emissione del provvedimento di convalida si è evidenziato che si deve fare riferimento, come *dies a quo*, alla comunicazione in cancelleria del provvedimento restrittivo e non al massimo lasso temporale per questa previsto delle 48 ore dal momento del disposto trattenimento³².

In tale contesto, si afferma che il termine finale va calcolato con riferimento non al momento dell'apertura del verbale dell'udienza di convalida ma con riguardo al giorno/ora/minuto di emissione del relativo provvedimento; beninteso, tenendo conto, come *dies a quo*, del giorno/ora/minuto di arrivo della richiesta in cancelleria alla quale compete fare puntuale annotazione del preciso orario di ricezione³³.

L'ipotesi di non convalida (art. 6 co. 5, ult. per., d. lgs. n. 142/2015), c'è "reviviscenza" dell'originario trattenimento disposto dal giudice di pace?

Mi sembra possa escludersi la riviviscenza della <<prima convalida>> del giudice di pace: la disposizione di legge (art. 6, l. co. 5 ult. per., d. lgs. n. 142/2015) parla di <<sospensione>> dei termini -ex art. 14 t.u. immigrazione- di durata del trattenimento disposto dal giudice di pace; <<sospensione>> che pare collegata all'emissione da parte del questore del nuovo, e immediato, provvedimento che assorbirebbe integralmente il primo, perché si radica su presupposti diversi³⁴.

In altri termini, se lo straniero propone una domanda di protezione, si sospende il trattenimento finalizzato all'allontanamento e si apre (con la <<riconvalida>>) quello finalizzato all'esame della domanda di protezione dinanzi al Tribunale. Sicché, la mancata convalida del

³¹ V. Cass. n. 3268 del 2006.

³² Cass. n. 24604 del 2017, in motivazione.

³³ Cfr. Cass. n. 3287 del 2017; *contra* Cass. n. 5715 del 2008, che parla di rispetto del termine se inizia l'udienza di convalida nelle 48 ore sempreché la decisione, pur adottata dopo 48 ore, sia intervenuta a conclusione dell'udienza senza soluzione di continuità (ossia non con provvedimento riservato ma reso in udienza).

³⁴ V. Corte Giust. 30.5.2013, caso Arslan, cit. nel testo a pag. 7.

nuovo provvedimento nelle 48 ore farebbe venire meno ogni misura restrittiva nei confronti dello straniero³⁵.

Rischio fuga

Il d.lgs. n. 142/2015, all'art. 6, co. 2 lett. d), fa riferimento alla sussistenza del rischio di fuga "*...quando il richiedente ha in precedenza fatto ricorso sistematicamente a dichiarazioni o attestazioni false sulle proprie generalità al solo fine di evitare l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione ovvero non ha ottemperato ad uno dei provvedimenti di cui all'articolo 13, commi 5, 5.2 e 13, nonché all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*"; mentre, a sua volta, l'art. 14 d. lgs. n. 286/1998, al co. 1 richiama, tra le situazioni che legittimano il trattenimento, quelle indicate dal precedente art.13, co. 4-bis, ovvero "*...si configura il rischio di fuga di cui al comma 4, lettera b), qualora ricorra almeno una delle seguenti circostanze da cui il prefetto accerti, caso per caso, il pericolo che lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione: a) mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità; b) mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato; c) avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità; d) non avere ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei commi 5 e 13, nonché dell'articolo 14; e) avere violato anche una delle misure di cui al comma 5.2*".

Ne consegue che l'art. 14 è richiamato integralmente dall'art. 6 cit.; ossia è richiamato nelle sue varie ipotesi applicative ai fini dell'individuazione della fattispecie del pericolo di fuga, talché potrebbe dirsi integrato il pericolo di fuga anche per effetto dell'assenza di documenti di identità o di un alloggio stabile.

Domanda pretestuosa

³⁵ Cfr. tuttavia Cass. n. 7158 del 2016, espressione di indirizzo minoritario, che assume la non perentorietà del termine di 48 ore, ma per vero in un caso di proroga del trattenimento e fintanto che il termine della prima misura non è spirato.

L'art. 6, comma 3, d.lgs. n.142/2015, fa riferimento al caso in cui lo straniero, che non aveva presentato richiesta di protezione fin dal suo ingresso in Italia, formuli domanda di protezione solo successivamente al provvedimento di espulsione e strumentalmente per sottrarsi all'esecuzione dell'allontanamento.

Problematica l'ipotesi applicativa del c.d. <<foglio notizie>>, che non è il <<modello C3>> in cui si formalizza la domanda di asilo; nel foglio notizie, consegnato nei punti di crisi (hot-spot), possono esserci indicazioni sulla ragioni di espatrio generiche e non vincolanti in termini di negazione della volontà di chiedere la protezione internazionale; viepiù perché tali indicazioni possono essere frutto di incomprensioni con l'interprete e/o di errori di compilazione da cui non può farsi scaturire semplicisticamente la pretestuosità della successiva domanda di protezione dello straniero.

Interferenze tra ritardo nell'esame della domanda di asilo e durata del trattenimento (artt. 6 co. 6 d. lgs. n. 142/15 e 28 bis co. 1-3 d. lgs. n. 25/08)

È dalla data del disposto trattenimento (ossia della sua iniziale efficacia) che occorre valutare il rispetto dei termini indicati nell'art. 28 bis, co. 1-3, d. lgs. n. 25/08, come richiamato dall'art. 6, co. 6, d. lgs. n. 142/15.

La direttiva n. 2013/33, all'art. 9, chiarisce che <<*i ritardi nelle procedure amministrative non imputabili al richiedente non giustificano un prolungamento del trattenimento*>>.

L'art. 28-bis co. 3 consente tuttavia il superamento dei termini <<*fatti salvi i termini massimi previsti dall'art. 27 co. 3 e 3-bis*>>, puntualizzando che, in caso di trattenimento (<<*...nei casi di cui al co. 1*>>), <<*i termini di cui all'art. 27 co. 3 e 3-bis sono ridotti ad un terzo*>>.

Se ne desume allora che, in caso di necessità e previa specifica informativa al richiedente e alla questura, i termini massimi di esame amministrativo della domanda del trattenuto sono fissati in 4 mesi (*idest*, un terzo di un anno).

Senonché, nel caso in cui manchi l'informativa della Commissione territoriale sulla <<*sopravvenuta esigenza di acquisire nuovi elementi*>>, non può emettersi provvedimento di convalida.

Procedura Dublino

Talora è chiesta proroga del trattenimento in attesa che abbia compimento la procedura di cui all'art. 20 regolamento 2013/604/CE (c.d. Dublino III); in tali casi, in difetto di provvedimento della Commissione territoriale e di successivo ricorso giurisdizionale del richiedente asilo, la proroga del trattenimento “...per ulteriori periodi di gg. 60”, se disposta dal Questore, s'appalesa motivata in funzione del protrarsi dei tempi decisionali da parte dell'Unità Dublino ritenuti necessari per l'individuazione del Paese competente a pronunciarsi sulla domanda di protezione internazionale.

Trattasi di tempi di definizione però che non sono *ex ante* preventivabili, e sovente non avviene celermente l'individuazione del Paese (competente) di ricollocamento dello straniero.

Orbene, se nelle more dovessero spirare sia i termini di cui all'art. 28 del reg. n. 604 cit. (un mese + 2 settimane + 6 settimane; tot. circa 3 mesi) sia i termini ex art. 28-bis d. lgs. n. 25/08 (4 mesi) per l'emissione del provvedimento da parte della Commissione territoriale, *quid iuris?*

Invero, il comma 6 dell'art. 6 d. lgs. 142/2015 recita, con riguardo all'esame della domanda di asilo: “...il trattenimento e la proroga del trattenimento non possono protrarsi oltre il tempo strettamente necessario all'esame della domanda (di protezione internazionale, e precisa che) ...eventuali ritardi nell'espletamento delle procedure amministrative preordinate all'esame della domanda, non imputabili al richiedente, non giustificano la proroga del trattenimento”.

Come noto, le disposizioni in materia di proroga del trattenimento, incidendo sulla libertà personale dei soggetti richiedenti asilo, sono (evidentemente) tassative e predeterminate nell'art. 6 d. lgs. n. 142/2015: dunque, debbono intendersi quali norme insuscettibili di applicazione estensiva o analogica in ossequio ai precetti di cui all'art. 13 Cost.³⁶. Ne consegue, pertanto, la <<non convalida>> del trattenimento in parola.

L'art. 6, co. 7, d. lgs. n. 142/15: rapporto tra sospensiva cautelare ex art. 35-bis co. 4 e prosecuzione del trattenimento

Se v'è sospensiva dell'esecutività del provvedimento di diniego concessa ex art. 35-bis co. 4 d. lgs. n. 25/08 nel corso del giudizio di protezione internazionale, *quid iuris* per la <<convalida>>?

³⁶ V., per tutte, Cass., 19.12.2016, n. 26177.

In tal caso, lo straniero richiedente asilo non può (per ciò solo) essere liberato dal centro e si deve bensì convalidare il trattenimento in presenza dei presupposti di legge; in altri termini, va considerato che il trattenuto è autorizzato (per effetto della conseguita sospensiva) a restare nel territorio nazionale ma, se sono al contempo sussistenti le ipotesi dei commi 2 e 3 art. 6 d. n. 142 cit., egli resta comunque nel centro finché non è concluso l'intero iter processuale sulla domanda di asilo.

Dal co. 7° dell'art 6 d.lgs. 142-15 si evince quindi che la sospensiva concessa dal giudice (per i trattenuti) riguarda solo l'esecutività del provvedimento di diniego della Commissione territoriale –e, successivamente, del provvedimento di espulsione- e non incide, per converso, sul trattenimento nel centro che può venire interrotto solo dalla mancata concessione della convalida³⁷, o per effetto della <<non convalida>> della proroga la quale potrà ripetersi fino al limite massimo (di dodici mesi) del trattenimento.

L'art. 10 del decreto sicurezza (d.l. n. 113 cit.) prevede ora l'obbligo di lasciare subito il territorio in caso di rigetto della domanda di protezione da parte della Commissione territoriale laddove lo straniero sia sottoposto a procedimento penale o abbia patito condanna, anche con sentenza non definitiva, per alcuni reati, ivi esattamente indicati.

È esclusa, d'ora in avanti e per tale limitata ipotesi, la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento ex art. 35-bis co. 4 d. lgs. n. 25/08; pur nell'evidente richiamo all'ipotesi di cui al co. 6 lett. a) che, a sua volta, fa riferimento all'art. 32 paragrafo 2, il quale rinvia all'art. 31 paragrafo 8 lett. j) dir. 2013/32/CE, nutro nondimeno qualche dubbio che la disposizione, per come formulata, sia compatibile con il principio costituzionale della presunzione di innocenza e, in ogni caso, con l'art. 46 co. 6 lett. d) dir. n. 32 cit. che preserverebbe comunque un margine di valutazione giudiziale con riferimento al fatto <<di autorizzare o meno la permanenza del richiedente>>.

³⁷ Il trattenimento del richiedente asilo sarà sottoposto a nuova (ri)convalida, anche se già convalidato dal giudice di pace, perché i presupposti sulla base dei quali valutare la legittimità del provvedimento cambiano radicalmente stante il recepimento dell'art. 7 § 1 della direttiva n. 2003/9 e il *dictum* della sentenza della Corte di Giustizia del 30 maggio 2013, emessa nella causa C-534/11, caso Arslan cit.. Il trattenimento sarà finalizzato non più all'allontanamento ma all'esame della domanda di protezione dinanzi al tribunale.

Ulteriore problema si pone con riferimento al co. 7 dell'art. 6 d. lgs. n. 142 cit. che consente la proroga del trattenimento per la durata del giudizio giurisdizionale ma sempre che persistano i presupposti dei co. 2 e 3 dell'art. 6.

Tali presupposti sono stati (evidentemente) già valutati in sede di prima convalida: possono essere riesaminati in occasione delle richieste di proroga?

A mio parere, il giudice della convalida della proroga (ove richiesto) dovrà autonomamente rivalutare -senza che possa dirsi chiusa (e cristallizzata) la delibazione per effetto del primo provvedimento di convalida (salva, beninteso, la non contestazione della difesa su pericolosità, rischio fuga, pretestuosità ecc.)- la persistenza dei presupposti del trattenimento³⁸.

Procedimento di riesame della misura del trattenimento, interferenze con il ricorso per cassazione avverso il provvedimento di convalida del trattenimento

Ai sensi dell'art. 15 paragrafo 3 dir. rimpatri n. 2008/115/CE <<il trattenimento è riesaminato a intervalli regolari su richiesta dell'interessato e d'ufficio>>.

Il riesame è uno strumento processuale da introdurre, in mancanza di apposita disciplina a riguardo, con procedimento camerale ex art. 737 c.p.c. e la competenza si radica nel giudice della convalida e/o delle proroghe³⁹.

Al riguardo, evidenzio che l'art. 15 paragrafo 3 della direttiva n. 2008/115 cit. prevede che, in ogni caso, il trattenimento sia riesaminato a intervalli ragionevoli su richiesta dell'interessato o d'ufficio.

La legge n. 129/2011 di recepimento della direttiva nell'ordinamento interno non ha tuttavia previsto l'istituto del riesame; è opinione prevalente che la norma europea che delinea lo strumento del riesame sia di diretta applicazione e ciò è ancora più evidente dopo la nota sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 28.04.2011⁴⁰ la quale ha chiarito, al paragrafo 47, che il riesame su istanza di parte, come le altre previsioni contenute negli artt. 15 e 16 della

³⁸ Arg. anche dall'art. 15, par. 3, della direttiva n. 2008/115/CE sul riesame allo stesso giudice della convalida che può essere chiesto in ogni tempo.

³⁹ Così Cass. 22932 del 2017 la quale fa richiamo all'art. 15 dir. 115/08 CE e alla sentenza CGUE 28.4.11, El Dridi c. Italia, in causa C-61/11.

⁴⁰ Corte giust. 28 aprile 2011 (C-61/11, PPU, El Dridi c. Italia), secondo cui, lo strumento del riesame su istanza di parte, così come le altre previsioni contenute negli artt. 15 e 16 della citata direttiva, «sono incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto».

medesima direttiva, sono incondizionati e sufficientemente precisi in guisa da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri possano metterli in atto.

Lo straniero potrà chiedere <<*allo stesso giudice della convalida o delle proroghe*>> (ossia il giudice di pace o il giudice monocratico del tribunale) il riesame (e non la “revoca” come sovente seppure impropriamente si fa) in camera di consiglio ex art. 737 e ss. <<*purché si sollecitino un diverso esame dei presupposti del trattenimento alla luce di circostanze di fatto nuove o non considerate nella sede della convalida o delle sue proroghe*>>⁴¹.

Il procedimento (camerale, con notifica del ricorso ex art. 737 c.p.c. all’avvocatura distrettuale dello stato) culminerà col riesame all’attualità dell’interesse al trattenimento dello straniero secondo le finalità perseguite dalla legge e dalla direttiva europea.

Senonché, si pongono questioni di coordinamento col rimedio del ricorso per cassazione ex art. 14, co. 6, t.u. imm., e ciò per evitare la sovrapposizione degli strumenti processuali: in altri termini, il riesame si applica, come detto, solo alle sopravvenienze e il ricorso in cassazione solo per errori o vizi congeniti della decisione?

Il problema è acuito per effetto dei tempi lunghi del ricorso per cassazione che fanno insorgere l’interesse ad agire, in caso di detenzione ancora in corso, con il più duttile strumento del riesame anche per i vizi endogeni del provvedimento di convalida.

Tuttavia, solo dopo il ricorso per cassazione, che mira a una verifica di legittimità del trattenimento e sua proroga, può definirsi “ingiusta” la detenzione a sensi dell’art. 5 CEDU e chiedere, conseguentemente, un’adeguata riparazione⁴².

⁴¹ Cfr. Trib. Bari, sez. imm., decreto 26.4.2018, inedita, che riguarda un caso in cui v’era stata, dopo la convalida del trattenimento, sia <<la sospensione cautelare del dictum di respingimento (di cui il provvedimento di trattenimento costituiva fase attuativa), sia l’intervenuto accertamento sulla minore età dello straniero>>, che precludeva ex art 19 d. lgs. n. 286/1998 l’esecuzione del respingimento, sicché era evidente l’illegittimità sopravvenuta della misura restrittiva della libertà personale, misura comunque cessata in corso di causa come documentato nel verbale Questura di Bari.

⁴² La Corte di Strasburgo rammenta <<*che il paragrafo 5 dell’articolo 5 della CEDU è rispettato quando è possibile chiedere riparazione per una privazione della libertà operata in condizioni contrarie ai paragrafi 1, 2, 3 o 4 dello stesso articolo (Wassink c. Paesi Bassi, 27 settembre 1990, § 38, serie A n. 185 A)*>>. E aggiunge che <<*il diritto alla riparazione, di cui al paragrafo 5 sopra citato, presuppone dunque che la violazione di uno degli altri paragrafi sia stata accertata da un’autorità nazionale o dalle istituzioni della Convenzione*>> (v. Corte eur. dir. uomo, Sez. I, sent. 6 ottobre 2016, Richmond Yaw e altri c. Italia, ricc. nn. 3342/11, 3391/11, 3409/11 e 3447/11).

Mentre il riesame non implica una declaratoria di illegittimità della misura restrittiva e un apprezzamento sulla correttezza della sua adozione ma solo una rivalutazione all'attualità delle sue esigenze e dei suoi presupposti.

La misura del riesame consente, conclusivamente, di chiedere in ogni tempo una rivalutazione dei presupposti della misura restrittiva (trattenimento) al giudice della convalida, e ciò anche in sede di convalida della proroga, giacché la (prima) convalida non preclude (evidentemente) un successivo scrutinio sull'esistenza dei presupposti di cui ai co. 2-3 art. 6 cit.

ALESSANDRO CENTONZE

Particolare tenuità del fatto, condotte riparatorie ed estinzione dell'illecito penale: gli interventi chiarificatori delle sezioni unite e l'individuazione di soglie omogenee di offensività*

SOMMARIO: 1. La particolare tenuità del fatto e l'individuazione delle soglie di punibilità della condotta illecita nelle ipotesi previste dall'art. 131-*bis* cod. pen. – 2. Il primo intervento chiarificatore delle Sezioni unite: la sentenza n. 13681 del 25 febbraio 2016. – 3. L'ulteriore intervento chiarificatore delle Sezioni unite: la sentenza n. 53683 del 22 giugno 2017. – 4. L'individuazione di modelli alternativi di estinzione dell'illecito penale: l'art. 162-*ter* cod. pen. e l'individuazione di soglie omogenee di offensività.

1. La particolare tenuità del fatto e l'individuazione delle soglie di punibilità della condotta illecita nelle ipotesi previste dall'art. 131-*bis* cod. pen.

Occorre premettere che l'individuazione delle soglie di punibilità della condotta illecita nelle ipotesi previste dagli artt. 131-*bis* cod. pen. e 162-*ter* cod. pen., che costituiscono l'oggetto di questo intervento, postula il corretto inquadramento giuridico delle due fattispecie, nel più ampio contesto del principio di offensività, di cui comportano un aggiornamento.

Pertanto, prendendo le mosse dalla fattispecie di cui all'art. 131-*bis* cod. pen., sulla quale la giurisprudenza di legittimità, negli ultimi anni, si è soffermata diffusamente, occorre premettere che la disposizione dell'art. 131-*bis* cod. pen. è stata introdotta con l'art. 1, comma 2, d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, recante “Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67”¹.

* Il contributo riproduce, con alcune modifiche e integrazioni, la relazione svolta al seminario organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura - Distretto territoriale di Perugia e dall'Ordine degli avvocati di Perugia, svoltosi a Perugia il 28 settembre 2018, intitolato “Particolare tenuità del fatto, condotte riparatorie ed estinzione dell'illecito penale”

¹ Per un primo sguardo d'insieme sulla fattispecie di cui all'art. 131-*bis* cod. pen., così come introdotta dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, si vedano P. GAETA - A. MACCHIA, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per “particolare tenuità del fatto”*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 2590 ss.; G.L. GATTA, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per*

In questo contesto normativo, occorre osservare che l'art. 131-*bis* cod. pen. ha introdotto nel codice penale, per i soli reati puniti con pena non superiore nel massimo a cinque anni, l'istituto dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, che consente di pervenire alla conclusione del processo penale mediante l'emissione di una sentenza di assoluzione, pronunciata ai sensi dell'art. 530, comma 1, cod. proc. pen.

In tali ipotesi, i criteri di valutazione per il giudice sono quelli della modalità di estrinsecazione della condotta illecita e dell'esiguità del danno o del pericolo, che devono essere valutate ai sensi dell'art. 133, comma primo, cod. pen. Questi criteri sono accompagnati da precise direttrici, indicate dallo stesso legislatore per delineare l'area di operatività dell'art. 131-*bis* cod. pen., riguardante le ipotesi in cui l'offesa del bene giuridico può essere ritenuta di particolare tenuità ovvero il comportamento criminoso risulta abituale.

L'intento deflattivo perseguito dal legislatore, invero, si è manifestato anche attraverso la modifica di una serie di disposizioni del codice di procedura penale, che, nella prospettiva novellatrice che si sta considerando, erano rese necessarie per consentire che l'obiettivo dell'individuazione della particolare tenuità del fatto potesse esplicare i suoi effetti anche prima della celebrazione del processo penale.

Si muove in questa direzione l'art. 411, comma 1, cod. proc. pen., con l'ampliamento dei casi di archiviazione, estesi anche alle ipotesi di cui all'art. 131-*bis* cod. pen., sia pure con il bilanciamento rappresentato dall'estensione, prevista nel comma 1-*bis* della stessa norma, dell'ambito dell'opposizione della persona offesa.

Analogamente, si consideri l'art. 469 cod. proc. pen., con l'introduzione, nel comma 1-*bis*, dell'ipotesi di proscioglimento nel merito prima dell'apertura del dibattimento.

Occorre, però, precisare che in queste ipotesi non è previsto un potere di veto della persona offesa, che, pur godendo di spazi maggiori di opposizione alla richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero, dispone di un semplice diritto all'interlocazione nel caso di proscioglimento predibattimentale.

particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.), in www.penalecontemporaneo.it, 22 aprile 2015, pp. 1 ss.; C. MINNELLA, *È compatibile la tenuità del fatto con i reati a diverse soglie di punibilità?*, in *Dir. Giust.*, 2015, pp. 24 ss.

Il legislatore, infine, ha espressamente disciplinato gli interessi della persona offesa, introducendo l'art. 651-*bis* cod. proc. pen., che regola l'efficacia della sentenza di proscioglimento nel giudizio civile o amministrativo di danno.

Quanto alla natura dell'istituto in esame, fin da subito, occorre chiarire che si è in presenza, di una norma di diritto penale sostanziale, che regola l'esclusione della punibilità e prevede una disciplina più favorevole per l'imputato. Le connotazioni di novità della fattispecie prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen., dunque, trovano applicazione retroattiva, ai sensi dell'art. 2, comma quarto, cod. pen., facendo riferimento a una successione di leggi nel tempo, con l'introduzione di una norma penale più favorevole per l'imputato.

Occorre, al contempo, evidenziare che il principio espresso dall'art. 131-*bis* cod. pen. ne impone l'applicazione *ex officio*, trovando ad esempio applicazione nei casi di ricorso per cassazione inammissibili, atteso il diritto dell'imputato di essere giudicato in base al trattamento più favorevole tra quelli succedutisi nel tempo, cui si correla il dovere del giudice di applicare la *lex mitior*².

Ne discende che l'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen. ha natura di diritto penale sostanziale ed è applicabile ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 28 del 2015, compresi quelli pendenti in sede di legittimità. Sul punto, è sufficiente richiamare la giurisprudenza di legittimità consolidata, secondo cui: «La sussistenza della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto è rilevabile anche in sede di legittimità, dovendo la Corte di Cassazione annullare senza rinvio la sentenza impugnata, ogniqualvolta emerga dal contenuto di quest'ultima la sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'istituto previsto dall'art. 131-*bis* cod. pen., quindi, la superfluità del giudizio di rinvio»³.

2. Il primo intervento chiarificatore delle Sezioni unite: la sentenza n. 13681 del 25 febbraio 2016

Nella cornice normativa descritta nel paragrafo precedente si inserisce il primo degli interventi delle Sezioni unite sull'art. 131-*bis* cod. pen., costituito dalla sentenza n. 13681 del 25

² Si veda Cass., Sez. un., n. 46653 del 26 giugno 2015, Della Fazio, Rv. 265110.

³ Si veda Cass., Sez. V, n. 48020 del 7 ottobre 2015, V., Rv. 265467.

febbraio 2016, che ha stabilito alcuni punti fermi di cui, sul piano ermeneutico, occorre tenere conto, seguendo il percorso argomentativo esplicitato in questa pronuncia⁴.

Occorre premettere che l'intervento delle Sezioni unite che si sta considerando veniva richiesto dalla Quarta Sezione penale per rispondere al seguente quesito: «Se la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto sia compatibile con il reato di guida in stato di ebbrezza».

Con questo intervento, innanzitutto, le Sezioni unite precisavano che il nuovo istituto è esplicitamente definito e disciplinato come causa di non punibilità e costituisce una figura di diritto penale sostanziale. L'introduzione dell'art. 131-*bis* cod. pen., dunque, persegue finalità eminentemente connesse al principio di offensività, pur esplicando i suoi effetti anche in tema di deflazione processuale.

L'obiettivo di politica criminale perseguito dall'art. 131-*bis* cod. pen., infatti, è «quello di espungere dal circuito penale fatti marginali, che non mostrano bisogno di pena e, dunque, neppure la necessità di impegnare i complessi meccanismi del processo. Proporzionalità e deflazione s'intrecciano coerentemente»⁵.

Il dato normativo, del resto conduce univocamente a tale esito ermeneutico, atteso che il giudizio sulla tenuità del fatto richiede una valutazione complessa, che ha per oggetto le modalità di estrinsecazione della condotta illecita e l'esiguità del danno o del pericolo, che devono essere vagliati nel rispetto dei parametri previsti dall'art. 133, comma primo, cod. pen.

Si richiede, quindi, un'equilibrata ponderazione di tutte le peculiarità della fattispecie concretamente vagliata, non limitata ai soli profili che attengono all'entità dell'aggressione del bene giuridico protetto dalle norme penali, rispetto alle quali l'art. 131-*bis* cod. pen. opera come un'esimente.

Né potrebbe essere diversamente, atteso che non esiste un'offesa tenue o grave in senso assoluto, assumendo rilievo decisivo la concreta manifestazione del reato che ne connota il disvalore.

⁴ Si veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, Rv. 266589; in dottrina, si veda il commento di A. VARVARESSOS, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati con soglie di offensività: osservazioni a Sezioni unite 13681/2016*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 284 ss.

⁵ Si veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

In questo contesto, di particolare importanza è il riferimento testuale alle modalità della condotta e al comportamento criminoso. Infatti, l'art. 131-*bis* cod. pen. non si interessa della condotta tipica, avendo riguardo alle forme di estrinsecazione dell'azione, al fine di valutarne complessivamente la gravità, l'entità del contrasto rispetto alla fattispecie e la pena irrogabile nel caso di specie.

Ne discende che viene in rilievo la distinzione tra fatto legale, fatto tipico e fatto storico, che impone di tenere presenti tutti gli elementi realizzati dall'agente, secondo l'insegnamento espresso nella teoria generale del reato⁶. La novella del 2015, dunque, intende riferirsi alla connotazione concreta della condotta illecita, rispetto alla quale non rileva la conformità alla fattispecie di reato, ma l'entità del suo complessivo disvalore.

Se così è, assumendo rilievo la caratterizzazione del fatto di reato nella sua complessità, non sussiste «tipologia di reato per la quale non sia possibile la considerazione della modalità della condotta; ed in cui sia quindi inibita ontologicamente l'applicazione del nuovo istituto»⁷.

Pertanto, anche nei reati senza offesa, di disobbedienza o comunque con tratti descrittivi limitati, contrassegnati da una mera omissione o da un rifiuto, la valutazione richiesta dalla legge è possibile e doverosa, dovendosi considerare la concreta manifestazione della condotta illecita. D'altra parte, non è certo indifferente, nella valutazione del disvalore del fatto e della correlativa meritevolezza della pena, se un comportamento che si estrinseca in un mero rifiuto sia accompagnato da manifestazioni di violenta opposizione o sia invece dovuto a un'inadeguata comprensione del contesto ovvero sia dovuto a esigenze socialmente apprezzabili.

Ne deriva l'applicabilità dell'istituto ai reati bagatellari, con le precisazioni di cui si dirà più avanti per i procedimenti davanti al giudice di pace, con la conseguenza che anche per tali ipotesi criminose occorre considerare il contesto nel quale la condotta illecita si è concretizzata, valutata attraverso l'entità, l'oggetto, gli effetti della condotta e ogni altro elemento significativo.

Secondo le Sezioni unite, tale ricostruzione sistematica dell'istituto di cui all'art. 131-*bis* cod. pen. trova conferma nella necessità di compiere le valutazioni di cui si discute alla luce dell'art. 133, comma primo, cod. pen., che impone di vagliare, oltre alle caratteristiche

⁶ Su questi temi, si vedano F. BRICOLA, *Teoria generale del reato* (voce), in *Noviss. dig. it.*, UTET, 1973, pp. 7 ss.; D. PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in *Quest. crim.*, 1981, pp. 111 ss.

⁷ Si veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

dell'azione e alla gravità del danno o del pericolo, anche l'intensità del dolo e il grado della colpa⁸.

Tale riferimento, peraltro, emerge dalla stessa formulazione dell'art. 133 cod. pen., dedicato alla valutazione della gravità del reato agli effetti della pena, certamente rilevante ai presenti fini atteso che «il nuovo istituto è stato configurato proprio come una causa di esclusione della punibilità»⁹.

Occorre, al contempo, considerare che se è vero che lo sviluppo del progetto normativo sfociato nella legge n. 28 del 2015 ha, in più occasioni, mostrato di preferire la considerazione dei tratti obiettivi, rifuggendo dai profili interiori, è parimenti vero che costituisce un dato incontrovertito quello secondo cui l'elemento soggettivo del reato penetra nella tipicità oggettiva della fattispecie oggetto di vaglio.

Tali considerazioni appaiono evidenti nell'ambito della colpa, dove rileva il tratto obiettivo della violazione della regola cautelare, pur rilevando anche nell'ambito del dolo, rispetto al quale condotta e colpevolezza s'intrecciano.

Si consideri ulteriormente che la colpevolezza è profondamente legata al tema della proporzionalità della pena e della sua commisurazione, perché se ne possa prescindere nell'ambito della valutazione sulla sua meritevolezza richiesta dalla novella del 2015. Ne consegue che non è dubitabile che, nel disciplinare la graduazione dell'illecito, si è fatto riferimento non solo al disvalore dell'azione e dell'evento ma anche al grado della colpevolezza del soggetto attivo del reato¹⁰.

Secondo le Sezioni unite, la rilevanza «del profilo soggettivo emerge, del resto, dal parere espresso dalla Camera sullo schema di decreto legislativo [...]»¹¹. Infatti, il «parametro della modalità della condotta consente valutazioni anche di natura soggettiva sul grado della colpa e

⁸ Si veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

⁹ Si veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

¹⁰ Su questi temi, si vedano 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.; A. NATALINI, *De minimis non curat praetor: diritto penale giurisprudenziale e reati di pericolo astratto, tra tipicità apparente, esiguità del fatto e necessaria offensività*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 3532 ss.; A. PAGLIARO, *Fatto (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Giuffrè, 1967, pp. 961 ss.

¹¹ Si veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

sull'intensità del dolo; e si è quindi proposto di introdurre il richiamo esplicito all'art. 133, primo comma, cod. pen. che compare nell'atto normativo»¹².

In questa cornice ermeneutica, sulla rilevanza dell'art. 133, comma primo, cod. pen., ai fini dell'applicazione dell'art. 131-*bis* cod. pen., veniva affermato dalle Sezioni unite il seguente principio di diritto: «Ai fini della configurabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen., il giudizio sulla tenuità richiede una valutazione complessa e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, che tenga conto, ai sensi dell'art. 133, primo comma, cod. pen., delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile e dell'entità del danno o del pericolo»¹³.

Ne deriva che, essendo richiesta la ponderazione della colpevolezza in termini di esiguità, appare evidente che «il giudice sia chiamato ad un apprezzamento di tutte le rilevanti contingenze che caratterizzano ciascuna vicenda concreta ed in specie di quelle afferenti alla condotta; ed è quindi escluso che una preclusione possa derivare dalla modesta caratterizzazione, sul piano descrittivo, della fattispecie tipica»¹⁴.

Considerazioni analoghe valgono per quello che attiene alla valutazione giurisdizionale dell'entità del danno o del pericolo conseguenti al comportamento criminoso.

Anche in questo caso, nessuna preclusione tipologica è consentita, dovendosi compiere una valutazione mirata sulla manifestazione del reato e sulle sue conseguenze concrete, attraverso un vaglio complessivo della condotta illecita.

Occorre, in proposito, osservare che il legislatore, innanzitutto, ha compiuto una graduazione qualitativa, basata sull'entità e sulla natura della pena edittale, aggiungendovi una connotazione personale, anch'essa tipizzata, relativa all'abitudine del comportamento del soggetto attivo del reato.

Inoltre, il legislatore ha demandato al giudice una ponderazione quantitativa, rapportata al disvalore dell'azione e a quello dell'evento, oltre che al grado della colpevolezza.

¹² Si veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

¹³ La massima riportata nel testo è stata elaborata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione con il numero 266590, con riferimento alla sentenza veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj.

¹⁴ Si veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

Infine, il legislatore ha limitato la discrezionalità del giudizio escludendo alcune contingenze ritenute incompatibili con l'idea di speciale tenuità, rappresentate dalle ipotesi in cui si imponga l'applicazione delle aggravanti dei motivi abietti o futili, della crudeltà, della minorata difesa della vittima.

Da tale connotazione dell'istituto previsto dall'art. 131-*bis* cod. pen. emerge che «l'esiguità del disvalore è frutto di una valutazione congiunta degli indicatori afferenti alla condotta, al danno ed alla colpevolezza. E potrà ben accadere che si sia in presenza di elementi di giudizio di segno opposto da soppesare e bilanciare prudentemente»¹⁵.

Tutto questo comporta che la valutazione inerente all'entità del danno o del pericolo non è da sola sufficiente a fondare o a escludere il giudizio di marginalità del fatto illecito. Tale conclusione è desunta non solo dalla complessiva articolazione della disciplina cui ci si è riferiti, ma anche da due ulteriori argomenti specifici, su cui le Sezioni unite si soffermano analiticamente.

Secondo le Sezioni unite, occorre considerare che il legislatore ha espressamente previsto che la nuova disciplina trova applicazione anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante. Ne consegue che, anche in presenza di un danno di speciale tenuità l'applicazione dell'art. 131-*bis* cod. pen. rimane legata alla considerazione degli indicatori afferenti alla condotta e alla colpevolezza di cui si è detto¹⁶.

In questo modo, è stata recepita la concezione gradualistica del reato¹⁷, secondo cui nella ricerca sul grado di colpevolezza si esamina un fatto illecito nel suo concreto modo di essere e nell'individualità criminosa, attraverso la quale si estrinseca. Tale giudizio, naturalmente, non può che essere rimesso al giudice, nel rispetto dei principi affermati dalla Costituzione in materia di giurisdizione¹⁸.

¹⁵ Si veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

¹⁶ Si veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

¹⁷ Si vedano G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., pp. 3 ss.; A. PAGLIARO, *Fatto (dir. pen.)*, cit., pp. 961 ss.

¹⁸ Sul significato del principio dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*, nella prospettiva interpretativa, costituzionalmente orientata, recepita dalla Corte di cassazione, si rinvia a F. D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2013, p. 331 ss.; ID., *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di cassazione sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 743 ss.

Si tratta, del resto, di un approccio ermeneutico condiviso dalla dottrina più autorevole¹⁹ che ha analizzato i mutevoli pesi dell'esperienza giurisdizionale, proprio per cogliervi criteri di selezione di comportamenti criminosi marginali, meritevoli di un trattamento differenziato.

Da tale ricostruzione della fattispecie di cui all'art. 131-*bis* cod. pen. discende che, accertata la situazione tipica e l'offesa al bene giuridico, resta pur sempre spazio per apprezzare in concreto, alla stregua della manifestazione del reato, quale «sia lo sfondo fattuale nel quale la condotta si iscrive e quale sia, in conseguenza, il concreto possibile impatto pregiudizievole rispetto al bene tutelato»²⁰.

Queste conclusioni, infine, non appaiono ostacolate neppure dalla considerazione che, al di sotto della soglia di rilevanza penale, potrebbe rilevare una fattispecie minore, idonea a integrare un illecito amministrativo.

Invero, l'illecito penale e quello amministrativo, pur essendo parti del più ampio diritto punitivo, presentano differenze tanto evidenti quanto rilevanti, che delineano autonomi statuti sanzionatori. Tale condivisa enunciazione si pone nel solco delle prese di posizioni delle Sezioni unite, che hanno avuto occasione di ribadire la piena autonomia dei connotati delle violazioni amministrative rispetto a quelle penali. Basti, in proposito, richiamare la giurisprudenza di legittimità consolidata, secondo cui: «In caso di annullamento senza rinvio della sentenza impugnata per non essere il fatto previsto dalla legge come reato, ma solo come illecito amministrativo, il giudice non ha l'obbligo di trasmettere gli atti all'autorità amministrativa competente a sanzionare l'illecito amministrativo qualora la legge di depenalizzazione non preveda norme transitorie analoghe a quelle di cui agli artt. 40 e 41 legge 24 novembre 1981, n. 689, la cui operatività è limitata agli illeciti da essa depenalizzati e non riguarda gli altri casi di depenalizzazione»²¹.

A tutto questo si aggiunga che la pena costituisce sanzione particolarmente afflittiva e reca comunque una peculiare connotazione negativa. Tutto questo comporta «che la sua inflizione sia

¹⁹ Si veda G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., pp. 3 ss.

²⁰ Si veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

²¹ Si veda Cass., Sez. un., n. 25457 del 29 marzo 2012, Campagne Rudie, Rv. 252694; in dottrina, si veda il commento di D. BIANCHI, *La cd. "successione impropria": una questione di garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10, pp. 1211 ss.

oggetto di una speciale considerazione ispirata, appunto, dalla valutazione in ordine sua concreta necessità»²².

3. L'ulteriore intervento chiarificatore delle Sezioni unite: la sentenza n. 53683 del 22 giugno 2017

A poco più di un anno di distanza, la cornice ermeneutica prefigurata dalle Sezioni unite nella decisione esaminata nel paragrafo precedente²³, relativamente all'inquadramento dell'istituto previsto dall'art. 131-*bis* cod. pen., veniva integrata da un ulteriore intervento delle Sezioni unite, riconducibile alla sentenza n. 53683 del 22 giugno 2017²⁴.

Questo intervento delle Sezioni unite veniva richiesto dalla Sezione Terza penale della Corte di cassazione per rispondere al seguente quesito: «Se la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen., sia applicabile nei procedimenti relativi ai reati di competenza del giudice di pace».

A tale quesito le Sezioni unite fornivano una risposta negativa, sulla base di una pluralità di argomenti dei quali occorre dare conto.

Occorre premettere che le conclusioni alle quali pervenivano le Sezioni unite erano giustificate dalla sostanziale diversità di regolamentazione degli istituti previsti dall'art. 131-*bis* cod. pen. e dall'art. 34 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 74, recante “Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468”.

Non occorre soffermarsi ulteriormente sull'inquadramento dell'art. 131-*bis* cod. pen., al quale si è fatto riferimento nel paragrafo precedente.

Si ritiene, invece, opportuno precisare che, secondo l'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000: «Il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso

²² Si veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

²³ Si veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

²⁴ Si veda Cass., Sez. un., n. 53683 del 22 giugno 2017, Perini, Rv. 271588; in dottrina, si veda il commento di C. MOSTARDINI, *A proposito della inapplicabilità dell'art. 131-bis c.p. ai reati di competenza del giudice di pace*, in *Dir. pen. contemp.*, 2018, 4, pp. 168 ss.

del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato».

In questa cornice, si evidenziava che la diversità di regolamentazione dei due istituti, pur essendo entrambi volti a disciplinare il fenomeno giuridico dell'irrelevanza penale del fatto in ragione della sua particolare tenuità, non consentiva di ritenere applicabile il principio di specialità come criterio di risoluzione del concorso apparente tra due le discipline, riguardanti solo apparentemente lo stesso oggetto giuridico. Non si riteneva, pertanto, applicabile il principio della necessaria operatività nel procedimento dinanzi al giudice di pace dell'art. 131-*bis* cod. pen., da intendere quale *lex mitior* soggetta alla disciplina intertemporale di cui all'art. 2, comma quarto, cod. pen.

Secondo le Sezioni unite, la ricerca dell'eventuale esistenza di un rapporto di specialità nei termini di cui all'art. 15 cod. pen. e l'individuazione di un nucleo comune presente in entrambe le discipline in questione – con l'aggiunta di uno o più elementi specializzanti in assenza dei quali la norma speciale torni ad essere integralmente sostituibile dalla norma generale – non rappresentava un'operazione ermeneutica in grado di dare una risposta soddisfacente in ordine alla natura del rapporto fra l'art. 131-*bis* cod. pen. e l'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000.

Doveva, infatti, escludersi «che tra l'art. 34 e l'art. 131-*bis* c.p. sia ravvisabile un rapporto di tal fatta, essendo, ognuno dei due precetti, portatore di elementi specializzanti che valgono, semmai, a qualificarlo come rapporto di 'interferenza'»²⁵. Parimenti insoddisfacente doveva ritenersi il ricorso alla nozione di 'specialità reciproca', che «fornirebbe un criterio risolutivo per il superamento di un ipotetico concorso apparente di norme, tenuto conto che essa non risulta elaborata, dalla giurisprudenza, per la selezione della fattispecie da far prevalere sull'altra ma per sostenerne la coesistenza»²⁶.

Si consideri ulteriormente che l'art. 16 cod. pen. prevede che si debba applicare il principio generale di espansività delle disposizioni codicistiche alle materie regolate da altre leggi penali, con l'espresso limite derivante dal fatto che queste ultime, sulle stesse materie, abbiano già stabilito altrimenti. Si tratta di un limite che ha la natura di una clausola di salvaguardia della normativa penale speciale, certamente rilevante nel caso in esame.

²⁵ Si veda Cass., Sez. un., n. 53683 del 22 giugno 2017, Perini, cit.

²⁶ Si veda Cass., Sez. un., n. 53683 del 22 giugno 2017, Perini, cit.

Ne discende che il rapporto di interferenza da istituire, per verificare l'operatività in concreto di tale limite è quello che riguarda non singoli precetti della legge penale speciale, ma gli stessi istituti alla luce della funzione che svolgono all'interno del sistema normativo di riferimento.

In altri termini, posto che al decreto in materia di processo penale davanti al giudice di pace deve riconoscersi il carattere di 'legge penale speciale', ai sensi e per gli effetti dell'art. 16 cod. pen., la ricerca dell'interprete a fronte dell'introduzione di un nuovo modello normativo – nel nostro caso rappresentato dall'art. 131-*bis* cod. pen. – avente ad oggetto la stessa materia disciplinata in modo completo dall'art. 34 del decreto n. 274 del 2000, non può limitarsi al raffronto fra quest'ultimo e il precetto successivo. Occorre, infatti, verificare se la legge penale speciale «non contenesse già un'autonoma disciplina della materia, mirata rispetto alle finalità del procedimento e tale perciò da precludere, a priori, l'operazione del confronto fra singole leggi o disposizioni sulla stessa materia, espressamente disciplinata dall'art. 15 cod. pen., con riferimento al rapporto fra più leggi penali»²⁷.

In questo contesto, secondo le Sezioni unite, ai fini dell'individuazione della soluzione ermeneutica da adottare nel nostro caso, assumeva rilievo decisivo l'attività interpretativa della Corte costituzionale, che nella sentenza n. 47 del 25 febbraio 2014²⁸ – con cui veniva riconosciuta la legittimità costituzionale della norma dell'art. 60 del d.lgs. n. 274 del 2000, relativa all'esclusione della sospensione condizionale della pena per i reati di competenza del giudice di pace – evidenziava che il precetto in questione non potesse essere vagliato isolatamente, anche solo per valutare eventuali ingiustificate disparità di trattamento rilevanti ex art. 3 Cost., dovendosi tenere conto delle connotazioni complessive del sistema punitivo nel quale la disposizione si inseriva e da cui traeva la sua giustificazione.

Ne discendeva che non era possibile analizzare frammentariamente le singole norme sostanziali e processuali del procedimento davanti al giudice di pace, in materia di particolare

²⁷ Si veda Cass., Sez. un., n. 53683 del 22 giugno 2017, Perini, cit.

²⁸ Si veda C. Cost., 25 febbraio 2014, n. 47 con la quale veniva dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 60 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 76 della Costituzione, dal Tribunale di Grosseto con ordinanza emessa il 21 dicembre 2011.

tenuità del fatto, essendo indispensabile «valutarle in ragione del loro inserimento in un sistema diversamente strutturato nel suo complesso, quale, appunto, quello dinanzi al giudice di pace»²⁹.

Si consideri che il criterio della tendenziale assimilabilità tra il procedimento penale ordinario e quello dinanzi al giudice di pace, con il limite della concreta applicabilità delle norme prefigurato dall'art. 16 cod. pen., viene espressamente ribadito nel d.lgs. n. 274 del 2000, nel quale si prevede che, quando i reati di competenza del giudice di pace sono giudicati da un giudice diverso, dinanzi a questo organo giurisdizionale si applicano «una serie di norme attinenti agli epiloghi decisori tipici dello speciale procedimento in quanto applicabili»³⁰.

In questa prospettiva, la norma sull'esclusione della sospensione condizionale della pena per i reati di competenza del giudice di pace, di cui si è occupata la Corte costituzionale, viene costantemente interpretata dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento al caso in cui il reato in questione sia giudicato da un giudice diverso, nel senso che vale la medesima esclusione, a meno che il giudizio non abbia ad oggetto anche altri reati che non siano di competenza del giudice di pace e che, per connessione, abbiano attratto dinanzi a un differente organo giurisdizionale gli stessi reati³¹.

D'altra parte, l'autonomia normativa del procedimento penale davanti al giudice di pace è avvalorata dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario", che, all'art. 162-ter cod. pen., prevede, per il codice penale, una nuova disciplina dell'istituto dell'estinzione del reato per le condotte riparatorie, che richiama quello disciplinato dall'art. 35 del d.lgs. n. 274 del 2000³². Una novella che, pur preceduta da un ampio dibattito, riguardante l'opportunità di un coordinamento tra le norme del codice penale e di procedura penale e quelle applicabili nei procedimenti davanti al giudice di pace in possibile conflitto tra loro, ha mantenuto sul punto un silenzio che sembra confermare la volontà di tenere distinti i due ambiti sistematici sul piano della rilevanza della particolare tenuità del fatto.

²⁹ Si veda Cass., Sez. un., n. 53683 del 22 giugno 2017, Perini, cit.

³⁰ Si veda Cass., Sez. un., n. 53683 del 22 giugno 2017, Perini, cit.

³¹ Si vedano Cass., Sez. V, n. 3198 del 28 settembre 2012, Gentili, Rv. 254382; Cass., Sez. 5, n. 13807 del 21 febbraio 2007, Meoli, Rv. 236529.

³² Vedi infra, § 4.

Accanto a questo primo ordine di argomenti, le Sezioni unite ne affrontavano un secondo, riguardante la natura sostanziale del nuovo istituto, con la conseguente attitudine a soggiacere alla disciplina intertemporale prevista dall'art. 2, comma quarto cod. pen., la cui operatività, rispetto a quella prefigurata dall'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, discenderebbe dal fatto che l'esimente di cui all'art. 131-*bis* cod. pen. costituiva una *lex mitior*, come già affermato nella pronuncia delle stesse Sezioni unite³³, esaminata nel paragrafo precedente.

Invero, le caratteristiche dell'esimente introdotta dal d.lgs. n. 28 del 2015 potrebbero venire in considerazione nella direzione della sua applicabilità solo se si superassero le obiezioni mosse alla possibilità di costruire il rapporto tra l'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000 e l'art. 131-*bis* cod. pen. come concorso tra norme in rapporto di specialità ovvero se si ammettesse l'eventualità di una convivenza operativa, per i reati di competenza del giudice di pace, tra l'istituto previsto per il processo comune e quello previsto per il procedimento penale dinanzi a tale organo giurisdizionale. Tuttavia, una tale possibilità, risultando costituito il rapporto tra le due fattispecie in termini di interferenza, viene espressamente esclusa dalle Sezioni unite, secondo le quali la disposizione dell'art. 131-*bis* cod. pen. «rimane insensibile alle discipline presenti o introdotte nei codici, che abbiano ad oggetto materie già regolamentate dal d.lgs. n. 274 del 2000»³⁴.

Occorre, in proposito, ribadire che non è possibile affermare che tra l'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000 e l'art. 131-*bis* cod. pen. si possa configurare un rapporto di genere a specie, per «la sostanziale diversità dei presupposti e degli effetti riconducibili ai due istituti, con l'ulteriore corollario che non viene in considerazione neppure il tema della possibile abrogazione tacita del primo ad opera del secondo, ai sensi dell'art. 15 preleggi»³⁵.

Al contempo, l'inserimento dell'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000 nell'impianto normativo previsto per la trattazione della materia penale davanti al giudice di pace obbliga a porre in rapporto con quest'ultimo la novità normativa dell'art. 131-*bis* cod. pen. e a ragionare in termini di applicabilità dell'esimente in questione all'interno del sistema speciale. Tale opzione ermeneutica è imposta dall'art. 16 cod. pen., che, come detto, tutela l'integrità di tale sistema quando la materia

³³ Si veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

³⁴ Si veda Cass., Sez. un., n. 53683 del 22 giugno 2017, Perini, cit.

³⁵ Si veda Cass., Sez. un., n. 53683 del 22 giugno 2017, Perini, cit.

su cui ha innovato la norma codicistica risulti oggetto di un'apposita disciplina, funzionalmente orientata.

Per queste ragioni, le Sezioni unite ritenevano che gli argomenti relativi alla natura del nuovo istituto e ai suoi peculiari connotati di norma penale sopravvenuta più favorevole per l'imputato non potevano dispiegare i propri effetti nel procedimento davanti al giudice di pace, atteso che all'impossibilità di fare operare la causa di proscioglimento di cui all'art. 131-*bis* cod. pen. facevano da contrappeso altri valori di analoga rilevanza sistematica³⁶.

A tali considerazioni occorre aggiungere che, anche a volere tenere conto del valore costituzionale dell'uguaglianza di trattamento a fronte di posizioni equiparabili, ai fini dell'esclusione dell'applicabilità dell'art. 131-*bis* cod. pen. ai procedimenti penali davanti al giudice di pace, deve ritenersi decisivo «il rilievo che si è fatto luogo alla costruzione di un procedimento speciale per il quale sono previsti specifici epiloghi decisori, modulati in termini tali da porre il giudice in una ottica operativa volta a realizzare la conciliazione delle parti [...] antecedentemente alla conclusione del processo [...]»³⁷.

Tali considerazioni, invero, appaiono armoniche rispetto alla disposizione dell'art. 34, comma 3, d.lgs. n. 274 del 2000, che prevede un diritto potestativo della persona offesa, riferito ai reati perseguibili a querela, idoneo a precludere la conclusione del processo per minima offensività del fatto, accompagnato dalla previsione, contenuta nell'art. 35 dello stesso decreto, che opera su un piano parallelo a quello dell'art. 162-*ter* cod. pen., che le condotte riparatorie o risarcitorie dell'imputato sono idonee a determinare l'estinzione del reato. Dispone, in particolare, l'art. 35 che: «Il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato».

Secondo le Sezioni unite, del resto, questo modello processuale, nei procedimenti davanti al giudice di pace, appare orientato dalla «prospettiva che al mancato raggiungimento dell'obiettivo

³⁶ Si veda Cass., Sez. un., n. 53683 del 22 giugno 2017, Perini, cit.

³⁷ Si veda Cass., Sez. un., n. 53683 del 22 giugno 2017, Perini, cit.

della ricomposizione sociale segua l'affermazione di un diritto penale mite, non soggetto a sospensione di esecuzione ma caratterizzato dall'abbandono delle pene detentive»³⁸.

Sulla scorta di tale ricostruzione del rapporto tra l'art. 131-*bis* cod. pen. e l'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, veniva affermato il seguente principio di diritto: «La causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art.131-*bis* cod. pen., non è applicabile nei procedimenti relativi a reati di competenza del giudice di pace»³⁹.

4. L'individuazione di modelli alternativi di estinzione dell'illecito penale: l'art. 162-ter cod. pen. e l'individuazione di soglie omogenee di offensività

Nella cornice ermeneutica descritta nei paragrafi precedenti si inserisce anche l'art. 162-*ter* cod. pen., che prefigura un ulteriore modello di estinzione dell'illecito penale, che, sul piano degli obiettivi di politica criminale che vi sono sottesi, presenta profili di similitudine con l'art. 131-*bis* cod. pen. e con l'art. 35 del d.lgs. n. 274 del 2000, di cui occorre dare conto⁴⁰.

Occorre, innanzitutto, premettere che l'art. 162-*ter* cod. pen. è stato introdotto dall'art. 1, comma 1, legge 23 giugno 2017, n. 103, recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario" ed è stato ulteriormente integrato dall'art. 1 della legge 4 dicembre 2017, n. 72, recante "Modifica alla disciplina dell'estinzione del reato per condotte riparatorie", che ha introdotto il quarto e conclusivo comma dello stesso art. 162-*ter*.

Tanto premesso, cominciamo con l'osservare che l'art. 162-*ter*, comma primo, cod. pen. prevede che il giudice, «sentite le parti e la persona offesa», dichiara estinto il reato per le condotte riparatorie, sempre che si versi in ipotesi di procedibilità a querela soggetta a remissione, «quando l'imputato ha riparato interamente [...] il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato».

³⁸ Si veda Cass., Sez. un., n. 53683 del 22 giugno 2017, Perini, cit.

³⁹ La massima riportata nel testo è stata elaborata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione con il numero 271587, con riferimento alla sentenza Cass., Sez. un., n. 53683 del 22 giugno 2017, Perini.

⁴⁰ Per un primo sguardo d'insieme sulla fattispecie di cui all'art. 162-*ter* cod. pen., così come introdotta dall'art. 1, comma 1, legge 23 giugno 2017, n. 103, si vedano F. CAPOROTUNDO, *Estinzione del reato per condotte riparatorie e "confisca senza condanna": problemi applicativi alla luce dei più recenti approdi della giurisprudenza*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 3; E.M. MATTEVI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017 n. 103*, a cura di A. Scalfati e M. Del Tufo, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 3 ss.; G. VAGLI, *Brevi considerazioni sul nuovo articolo 162-ter c.p. (estinzione del reato per condotte riparatorie)*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 10.

La medesima disposizione prevede ulteriormente che il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche se effettuato mediante offerta reale formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, laddove il giudice ritenga l'offerta congrua. L'art. 162-ter cod. pen., inoltre, prevede che, a determinate condizioni, il giudice può fissare un termine per consentire all'imputato di provvedere al pagamento di quanto dovuto a titolo di risarcimento dal danno.

Questo primo sguardo d'insieme ci consente di affermare che la disposizione di cui all'art. 162-ter cod. pen. è ancorata a presupposti simili, ma non del tutto identici, a quelli fissati dall'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000 per l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie poste in essere dall'imputato in relazione agli illeciti penali di competenza del giudice di pace, cui ci si è già riferiti⁴¹.

Tuttavia, la disciplina dell'art. 162-ter cod. pen., a differenza di quella di cui all'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000, prevede espressamente che il danno debba essere stato riparato interamente, che il risarcimento possa avvenire anche mediante offerta reale e che l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della condotta illecita debba avvenire laddove possibile.

Deve, al contempo, evidenziarsi che la previsione dell'art. 162-ter cod. pen., a differenza di quella dell'art. 35 del d.lgs. n. 274 del 2000, non richiede «valutazioni del giudice sull'idoneità delle attività risarcitorie e riparatorie al soddisfacimento delle esigenze di riprovazione del reato e di quelle di prevenzione»⁴².

Queste premesse appaiono indispensabili per affrontare la questione ermeneutica dell'applicabilità della causa di estinzione del reato per condotte riparatorie anche ai processi pendenti davanti alla Corte di cassazione, al momento dell'entrata in vigore della disciplina che l'ha prevista, che costituisce il tema di maggiore rilievo sistematico su cui la giurisprudenza di legittimità si è confrontata, in questa prima fase di applicazione dell'art. 162-ter cod. pen., fornendo risposta positiva.

Tali conclusioni, secondo la giurisprudenza di legittimità, risultano avvalorate dalla previsione del comma 2 dell'art. 1 della legge n. 103 del 2017.

Infatti, il comma 2 dell'art. 1 stabilisce: «Le disposizioni dell'articolo 162-ter del codice penale, introdotto dal comma 1, si applicano anche ai processi in corso alla data di entrata in

⁴¹ Vedi supra, § 3.

⁴² Si veda Cass., Sez. VI, n. 26285 del 24 maggio 2018, Comite.

vigore della presente legge e il giudice dichiara l'estinzione anche quando le condotte riparatorie siano state compiute oltre il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado».

Ne discende che la disposizione di cui al comma 2, prevedendo l'applicabilità della causa di estinzione del reato di cui all'art. 162-ter cod. pen. «anche ai processi in corso alla data di entrata in vigore della presente legge [...]»⁴³, non può non riferirsi anche ai giudizi pendenti davanti alla Corte di cassazione.

Né risultano specifici elementi testuali da cui desumere che i procedimenti penali pendenti davanti alla Corte di cassazione debbano essere ritenuti estranei alla categoria dei “processi in corso” espressamente richiamata dall'art. 1, comma 2, della legge n. 103 del 2017⁴⁴.

A tali considerazioni deve aggiungersi che l'istituto della causa di estinzione del reato prevista dall'art. 162-ter cod. pen., almeno quando le condotte riparatorie sono state realizzate senza la fissazione in sede processuale del termine per adempiere, previsto dal secondo comma dello stesso art. 162-ter, ha una dimensione esclusivamente sostanziale, che la accomuna all'esimente di cui all'art. 131-bis cod. pen., comportando entrambe le fattispecie una rimeditazione del principio di offensività⁴⁵.

In questo caso, dunque, l'unica attività processuale, prevista dall'art. 162-ter, comma secondo, cod. pen., concernente l'audizione delle parti e della persona offesa, costituisce un adempimento del giudice, che non implica oneri a carico di uno degli altri soggetti del processo, che svolgono un ruolo di mera interlocuzione, limitato al possibile esito estintivo della vicenda giurisdizionale.

Tale attività giurisdizionale, inoltre, è funzionale alla valutazione di un fatto immediatamente rilevante sotto il profilo del diritto penale sostanziale, costituito dal giudizio sulla congruità dei risarcimenti, delle restituzioni e sull'eliminazione “ove possibile” delle conseguenze dannose o pericolose del reato. La predetta verifica, pertanto, non mira all'acquisizione del

⁴³ Si veda Cass., Sez. VI, n. 26285 del 24 maggio 2018, Comite.

⁴⁴ Si veda Cass., Sez. un., n. 8413 del 20 dicembre 2007, Cassa, Rv. 238467.

⁴⁵ Su questi temi, con particolare riferimento alla rilevanza sistematica del principio di offensività, si vedano E. DOLCINI - G. MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 333 ss.; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica ai programmi europei*, in *Dir. pen., contemp.*, 2013, 4, pp. 4 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 350 ss.

consenso dell'imputato, del pubblico ministero o della persona offesa, che, come detto, svolgono un ruolo interlocutorio.

Ne discende che, come evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, l'ipotesi di cui all'art. 162-ter cod. pen. «rientra nella sfera di operatività del principio di cui all'art. 2, quarto comma, cod. pen., di generale applicazione almeno in assenza di esplicite disposizioni di deroga [...]»⁴⁶.

Né l'applicabilità della disposizione più favorevole per l'imputato – in questo caso rappresentata dalla causa di estinzione del reato prevista dall'art. 162-ter cod. pen. – deve ritenersi preclusa, in sede di legittimità, perché la nuova fattispecie estintiva presuppone la valutazione di un fatto illecito che non ha costituito specifico oggetto di vaglio giurisdizionale, sotto il profilo giuridico in questione, nel giudizio di merito, imponendo l'applicazione dell'art. 2, comma quarto, cod. pen.

Basti, in proposito, richiamare la giurisprudenza di legittimità consolidata in ordine alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto prevista dall'art. 131-bis cod. pen., che, essendo ricondotta al diritto penale sostanziale, viene ritenuta applicabile anche ai giudizi di legittimità in corso alla data della sua entrata in vigore⁴⁷.

In questa cornice, ci si deve limitare a richiamare l'unico precedente giurisprudenziale che, allo stato, risulta massimato, secondo cui: «La richiesta di applicazione della causa di estinzione del reato per la riparazione del danno, prevista dall'art. 162-ter cod. pen., introdotto dall'art. 1 della legge 23 giugno 2017, n.103, può essere formulata anche nel giudizio di legittimità, ferma l'esclusione, in tal caso, della possibilità di chiedere la fissazione di un termine per provvedere alla condotta riparatoria»⁴⁸.

Queste considerazioni impongono di ribadire conclusivamente la riconducibilità della causa di estinzione del reato prevista dall'art. 162-ter cod. pen. al diritto di penale sostanziale e la sua applicabilità ai giudizi pendenti davanti la Corte di cassazione, per i quali rileva, quale unica preclusione, quella di non potere chiedere la fissazione di un termine per provvedere alla condotta riparatoria idonea a determinare l'effetto estintivo⁴⁹.

⁴⁶ Si veda Cass., Sez. VI, n. 26285 del 24 maggio 2018, Comite, cit.

⁴⁷ Si veda Cass., Sez. un., n. 13681 del 25 febbraio 2016, Tushaj, cit.

⁴⁸ Si veda Cass., Sez. V, n. 8182 del 22 novembre 2017, V., Rv. 272433.

⁴⁹ Si veda Cass., Sez. V, n. 8182 del 22 novembre 2017, V., cit.

ANTONIO D'AMATO

L'esperienza delle buone prassi: un nuovo modello di dirigente per gli uffici giudiziari¹.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Aspetti organizzativi e tecnici dell'innovazione, le buone prassi. - 3. Le aree di catalogazione delle buone prassi. - 4. Cooperazione con il territorio. - 4.1. "Tavoli per la giustizia". Protocolli con soggetti esterni e Convenzioni con le Pubbliche Amministrazioni. - 5. Coordinamento dell'attività di uffici diversi: la gestione degli scambi informativi nel processo penale. - 6. Conclusioni.

1. Premessa

Gli elementi irrinunciabili per contribuire a rendere un ufficio giudiziario efficiente, primaria condizione per un processo efficiente sono essenzialmente tre e sono:

- il fattore legislativo;
- il fattore delle risorse;
- il fattore culturale.

Il primo fattore impone una disciplina legislativa moderna e tecnicamente adeguata a rispondere alla domanda di giustizia proveniente dalla società.

Il secondo fattore è costituito dalla predisposizione di risorse umane e materiali in misura sufficiente ad applicare nel miglior modo la disciplina legislativa.

Accanto ai primi due fattori, un ruolo decisivo ricopre il terzo fattore, quello culturale: l'intelligenza, la volontà, la passione, l'entusiasmo e lo slancio emotivo delle persone.

L'adeguatezza tecnica della disciplina legislativa da sola non è sufficiente, se non è associata alla capacità e competenza professionale degli avvocati, dei magistrati, del personale

¹ Il presente contributo costituisce la rivisitazione della relazione ("Aspetti organizzativi e tecnici dell'innovazione. Vantaggi e criticità. Esperienza delle Buone Prassi"), tenuta dallo scrivente, al Corso di Formazione ("Il magistrato, le innovazioni organizzative e le nuove forme degli atti del processo"), organizzato a Capri, il 14 ottobre 2017, dalla Scuola Superiore della Magistratura con le Strutture della Formazione Decentrate della Corte di Cassazione e dei Distretti di Napoli e Salerno, nonché con il Consiglio Superiore della Magistratura - Strutture per l'Innovazione e l'Informatizzazione U.I.V. della Corte di Cassazione e U.D.I. di Napoli e Salerno.

amministrativo, attraverso la loro reciproca collaborazione nell' interpretare la legge nel modo migliore, nello stemperarne gli eventuali difetti.

A sua volta, la congrua disponibilità di risorse va accompagnata dalla capacità e competenza professionale di organizzare in modo efficiente il loro impiego. Dunque, la capacità di interpretare le norme e quella di organizzare le risorse sono problemi culturali, alla cui soluzione contribuiscono essenzialmente la formazione, le esperienze, le qualità professionali delle persone che, a vario titolo, con la loro attività, incidono sulla gestione del "Servizio Giustizia".

Il vantaggio "Strategico" del terzo fattore, rispetto ai primi due, è quello di non avere bisogno della necessaria intermediazione di atti di esercizio del potere degli organi politici per essere immediatamente efficace. Quali che siano gli effetti delle decisioni del Parlamento o del Governo, rimane uno spazio relativamente indipendente a disposizione dell'attività quotidiana degli operatori del settore, per migliorare quegli effetti.

Tutto ciò vale ancora di più se si tratta di individuare gli elementi in grado di determinare il successo (ma anche il fallimento) dei nuovi strumenti nel settore tanto nella giustizia civile (PCT) come di quello penale (SICP – sistemi informatici di gestione dei flussi di atti, documenti e informazioni).

Pertanto, evitiamo atteggiamenti rinunciatari verso il PCT e quello che, da più parti, viene salutato come il nascente PPT (Processo Penale Telematico).

Simili atteggiamenti avrebbero come conseguenza solo quella di privare i nuovi strumenti di uno degli ingredienti più potenti, indispensabile per la loro affermazione: l'entusiasmo.

2. Aspetti organizzativi e tecnici dell'innovazione, le buone prassi.

L'organizzazione degli uffici giudiziari, volta al migliorare efficienza ed efficacia dell'azione giudiziaria, richiama l'applicazione del principio di buon andamento e imparzialità della P.A. (art. 97 Cost.), che, con altri principi, concorre a costruire il quadro costituzionale di riferimento per l'esercizio della giurisdizione.

Le buone Prassi rappresentano, per la Magistratura Italiana, la testimonianza più eloquente del terzo fattore, quello culturale e di questo ne dobbiamo andare fieri.

a) Perché esserne fieri?

b) A chi ascrivere il merito di questa direzione di marcia degli uffici giudiziari?

a) Dobbiamo essere fieri perché l'attività di analisi delle buone prassi censite dal Consiglio Superiore della Magistratura, a partire dal 2011, progressivamente sta facendo venire alla luce un nuovo modello di dirigente dell'ufficio giudiziario, un dirigente, cioè, che dinnanzi alle difficoltà, non si limita ad invocare maggiori risorse o modifiche normative, ma costruttivamente si sta sobbarcando un onere aggiuntivo, a volte anche in sostituzione dell'Amministrazione centrale o del CSM, in termini di organizzazione dell'ufficio e del processo.

b) In secondo luogo, a questa analisi si è potuti addivenire grazie al CSM che, con delibere 27 luglio 2010 e 16 marzo 2011, istituiva la Banca dati nazionale delle Buone Prassi. Si tratta di una innovazione di portata epocale, perché il CSM, con l'aiuto indispensabile degli uffici giudiziari, è riuscito a mettere su un patrimonio informativo delle realtà organizzative delle prassi territoriali, creando uno strumento di catalogazione e conoscenza a disposizione degli attori del sistema.

Il CSM, con delibera del 17/06/2015 ha rielaborato il settore nel segno di una selezione delle prassi attuali e più adeguate alla moderna situazione degli uffici giudiziari, per poi approdare, in data 08/07/2016, ad una nuova delibera "Dalle buone prassi ai modelli. Una prima manualistica ricognitiva delle pratiche di organizzazione più diffuse sugli uffici giudiziari italiani".

Nel processo di osservazione e catalogazione delle prassi innovative segnalate dagli uffici, quelle sull'organizzazione del processo penale risultano la macro-area più fertile in tema di identificazione di nuovi modelli organizzativi, con ulteriore particolare riferimento all'attività degli uffici di Procura, "costretti" a coniugare le ridotte risorse con l'esigenza di assicurare un'adeguata risposta all'imponente richiesta di giustizia della collettività (spesso frutto di una legislazione emergenziale), attraverso buone prassi innovative e che sappiano massimizzare l'apporto innovativo dell'informatizzazione.

3. Le aree di catalogazione delle buone prassi.

L'analisi che segue riguarda tutte le Buone Prassi validate dal CSM - tra quelle comunicate dagli uffici giudiziari sino a metà settembre 2016 – in quanto considerate meritevoli di una particolare attenzione, anche al fine di sollecitarne la diffusione tra gli uffici giudiziari. Tali prassi sono state classificate in 7 macroaree:

- a) Cooperazione con il territorio
- b) Organizzazione del processo penale
- c) Organizzazione del processo civile
- d) Organizzazione dell'ufficio per l'assistenza al magistrato e dell'Ufficio del processo
- e) Organizzazione dell'ufficio per l'assistenza al cittadino
- f) Buone prassi informatiche - settore civile
- g) Buone prassi informatiche - settore penale

4. Cooperazione con il territorio.

LA COOPERAZIONE CON SOGGETTI ESTERNI alla dirigenza degli uffici giudiziari ed in particolare l'adozione di buoni modelli organizzativi di “*governance* collettiva”.

Si tratta di strumenti organizzativi che prevedono la concertazione tra i diversi attori, interni ed esterni, interessati in qualche modo ai profili organizzativi e di innovazione dell'attività giudiziaria, che possono essere adottati o all'interno di singoli uffici giudiziari oppure nell'ambito del coordinamento fra uffici del distretto.

I due ordini di esperienze, in qualche modo paralleli e complementari, sono :

- uno legato alla necessità di una sinergia “esterna” tra apparati giudiziari e attori estranei all'Amministrazione (Regioni, enti territoriali, Università, imprese);

- un altro legato alla ricerca di coordinamento “interno” ai singoli uffici - o agli uffici di un distretto - delle varie attività di innovazione fra tutti gli attori (magistrati, dirigenti, personale amministrativo, personale informatico, avvocati ecc.).

Entrambe le categorie di esperienze svolgono ruoli fondamentali nel settore dell'innovazione tecnologica, rappresentando la struttura preferenziale per gestire – ad esempio – le novità e le criticità rappresentate dal processo civile telematico e dall'informatizzazione del settore penale.

Questo profilo va considerato di elevato profilo strategico, caratterizzato dalla necessità di far fronte alla carenza di risorse mediante sinergie con soggetti esterni con la stipula di convenzioni e/o l'adozione di protocolli organizzativi volti, per un verso, a reperire risorse umane o materiali, per l'altro a semplificare le procedure di lavoro in modo da rendere più efficiente l'utilizzo delle risorse già disponibili.

L'evoluzione di queste iniziative ha condotto alla stabilizzazione di un **modello** più sistematico e stabile, che ha assunto la forma dei *patti per la giustizia* e dei *tavoli di concertazione*, con il supporto della stipula di convenzioni o di protocolli con soggetti esterni all'ufficio giudiziario.

L'altro modello, interno all'amministrazione giudiziaria, ha assunto le caratteristiche delle commissioni o degli *uffici per l'innovazione*.

I modelli di riferimento assumono nella prassi le denominazioni più diverse ma è utile una catalogazione che preveda una denominazione comune che il Csm suggerisce agli uffici, per facilitarne la consultazione, la stabilizzazione evolutiva e l'esportazione.

4.1. “Tavoli per la giustizia”. Protocolli con soggetti esterni e Convenzioni con le Pubbliche Amministrazioni.

Il primo modello è dunque costituito dai **“tavoli per la giustizia”**: si sperimenta, per la prima volta in modo sistematico, un confronto con il mondo esterno, soprattutto con le realtà territoriali pubbliche e private, con la finalità sia di reperire risorse aggiuntive per il sistema giustizia, sia di concertare modelli di governo dell'attività giudiziaria che tengano conto e si arricchiscano dei contributi e delle richieste provenienti dalle varie espressioni della società.

Lo strumento convenzionale, usato inizialmente soprattutto dagli uffici requirenti, ha aperto la strada alla realizzazione di una rete di realtà territoriali pubbliche e private, ad esempio tra uffici giudiziari e amministrazioni finanziarie locali, con Università o aziende sanitarie, ovvero ancora con strutture private, che progressivamente hanno assunto un ruolo sempre più rilevante partecipando al governo dell'organizzazione del sistema giustizia. È questo un modello di *“governance collettiva”* in cui il territorio, nelle sue varie espressioni, partecipa al governo del sistema giustizia e quindi entra direttamente in contatto e interloquisce con l'ufficio giudiziario su

tematiche rispetto alle quali, in passato, gli attori interni si sono sempre mostrati molto prudenti - se non del tutto refrattari- ad aperture verso l'esterno.

In un diverso ma altrettanto importante ambito occorre poi menzionare le numerose convenzioni stipulate dagli uffici giudiziari per accedere *on line* alle banche dati contenenti i dati anagrafici (ad es. con le Camere di Commercio, per accedere alle banche dati su imprese individuali e collettive).

La trasmissione delle notizie di reato.

All'interno di tale categoria vanno segnalate le prassi virtuose concernenti i rapporti tra le Procure e le realtà territoriali pubbliche e private (come convenzioni con amministrazioni finanziarie locali ovvero con Università o aziende sanitarie, ovvero ancora con strutture private), che consentono di individuare modelli organizzativi volti ad accelerare i tempi e la qualità delle comunicazioni tra gli enti attraverso l'uso di strumenti telematici e mediante un coordinamento delle rispettive modalità di lavoro.

Si inseriscono lungo questo solco alcune prassi riguardanti la tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro (malattie professionali con lesioni gravi / gravissime e le c.d. morti bianche), attraverso la trasmissione telematica delle relative notizie di reato. Su questo tema si registrano complessivamente le prassi organizzative fondate su protocolli e/o convenzioni fra Procure della Repubblica ed uffici INAIL ed ASL, dirette a semplificare, non solo la trasmissione della *notitia criminis* (in materia -si ripete- di infortuni sul lavoro o di malattie professionali), ma anche la immediata registrazione ed iscrizione della notizia medesima e la comunicazione del numero di procedimento alla polizia giudiziaria intervenuta ed agli altri enti, ai fini, precipui, di individuare il numero del procedimento ed il Pubblico Ministero assegnatario, cui far convogliare i c.d. seguiti. Appare evidente l'enorme risparmio di risorse che si riesce a realizzare evitando, da parte del personale amministrativo, affannose ricerche dei precedenti per inserire i c.d. seguiti.

Altre prassi concernono la lesione di interessi finanziari dello Stato italiano e l'Unione europea (violazioni finanziarie), attraverso la trasmissione telematica delle relative notizie di reato.

Rientrano nello stesso modello le convenzioni sottoscritte tra l'INPS e alcune Procure per la semplificazione della trasmissione delle denunce concernenti notizie di reato di omesso versamento contributivo.

Tali prassi coniugano due aspetti: i profili informatici, connessi all'uso di strumenti telematici (ove possibile) per trasmettere le informazioni e i profili organizzativi, rappresentati dall'adozione di standard nella trasmissione dei contenuti. Anche in questo caso gli aspetti informatici saranno oggetto di totale revisione nell'ambito dell'evoluzione del processo penale telematico. In particolare, con l'adozione del nuovo portale delle notizie di reato, e con l'estensione della possibilità di trasmettere anche i documenti tramite il portale, ogni forma di notizia di reato passerà necessariamente da tale unico canale di comunicazione.

I protocolli per le indagini preliminari.

Rientrano in quest'ambito tutti gli accordi volti a semplificare gli accertamenti e a rendere più spedite le indagini verso alcune categorie di reati in funzione dell'azione penale come quelli concernenti le fasce deboli, minorenni e donne; le convenzioni con Università o Aziende Sanitarie Locali per l'espletamento di indagini chimiche, ai fini del pronto reperimento di consulenti tecnici, per abbattere i tempi di svolgimento della consulenza e per garantirsi una prestazione qualitativamente elevata; i protocolli organizzativi in materia di demolizioni di immobili abusivamente costruiti, con le convenzioni con gli enti locali per il reperimento di risorse; i protocolli organizzativi in materia di frodi alimentari).

5. Coordinamento dell'attività di uffici diversi: la gestione degli scambi informativi nel processo penale.

Tali buone prassi tendono all'affinamento e rafforzamento dei rapporti di cooperazione fra uffici giudiziari, in particolare, i requirenti con quelli giudicanti. Si tratta soprattutto di protocolli che tendono a semplificare e ad abbattere i tempi della trasmissione di flussi informativi-documentali fra uffici, con evidenti ricadute in termini di durata complessiva dei procedimenti e di maggiore tenuta della segretezza degli atti di indagine. È indubbio che all'origine di tali protocolli vi sono carenze nelle strutture informativo-informatiche messe attualmente a disposizione dal Ministero della giustizia: invero le iniziative realizzate suppliscono all'assenza o insufficienza (allo stato) nel PCT di strumenti per il PM; di strumenti di comunicazione tra le Procure presso i tribunali e la Procura Generale e tra le Procure e gli uffici di sorveglianza, nonché di un progetto per la trasmissione delle notizie di reato in modalità telematica. Ma tali

protocolli, oltre che disciplinare l'impiego del sistema telematico di comunicazione, disciplinano anche aspetti organizzativi, dettando regole che incidono sulle stesse modalità di lavoro degli uffici coinvolti e sulla qualità sia della comunicazione sia del materiale oggetto di comunicazione.

I gruppi di prassi riguardano l'adozione di moduli operativi fra uffici giudiziari (requirenti e giudicanti ovvero fra procure e tribunali civili), da cui possono trarsi **modelli organizzativi volti alla semplificazione della trasmissione di atti fra uffici**, attraverso l'impiego dell'informatica e dello strumento telematico:

- trasmissione telematica delle sentenze di primo grado alle Procure Generali per successive impugnazioni o visti;
- trasmissione telematica degli atti al Tribunale del riesame;
- comunicazione verbali di udienza in formato digitale alla Procura della Repubblica;
- utilizzo avanzato del TIAP attraverso protocolli fra Procura e Tribunale per far progredire il c.d. processo penale telematico dalla *notitia criminis* fino al II grado di giudizio;
- semplificazione della trasmissione (attraverso lo strumento telematico) di provvedimenti del giudice civile in materia di famiglie e persone dal Tribunale civile alla Procura della Repubblica per apposizione del visto o per la formulazione del parere, colmando la lacuna del PCT che non copre appunto gli affari civili delle Procure;
- convenzioni o protocolli fra Procura della Repubblica e Tribunale Civile -Sezione fallimentare per la semplificazione e la celere trasmissione di notizie e reciproci flussi di informazione concernenti procedure fallimentari o concorsuali minori come il concordato preventivo, ovvero ancora sentenze dichiarative dello stato di insolvenza e coevi procedimenti civili della Procura ovvero penali in tema di bancarotta (a partire dall'apertura del c.d. Mod. 45 sulla base della sentenza dichiarativa di fallimento).

La gestione degli scambi informativi rappresenta uno dei settori di maggiore attenzione da parte degli uffici che hanno realizzato numerose buone prassi caratterizzate da evidenti ricadute in termini di durata complessiva dei procedimenti. Tali buone prassi, che hanno rappresentato l'occasione per affinare e rafforzare i rapporti di cooperazione tra gli uffici giudiziari, sono rappresentate soprattutto da protocolli che tendono a:

- Semplificare le modalità di comunicazione tra gli uffici;
- Abbattere i tempi della trasmissione di flussi informativi-documentali fra uffici.

Non a caso il cuore di tali attività è rappresentato dalla introduzione di momenti di dematerializzazione degli atti processuali attraverso l'utilizzo di vari e differenti strumenti informatici. In alcuni casi gli uffici si sono limitati ad utilizzare le dotazioni di base già a loro disposizione (strumenti hardware quali scanner, pec, uso di cartelle condivise), in altri casi hanno introdotto *software* di mercato sfruttandone tutte le potenzialità (come nel progetto Digit), in altri sono riusciti ad accedere a finanziamenti pubblici esterni (come nel progetto Aurora) ovvero a finanziamenti ministeriali (come nel progetto Tiap) con cui sono stati realizzati dei *software* “**customizzati**”, in altri ancora hanno utilizzato dei progetti ministeriali ampliandone l'utilizzo (progetto Sidib).

Le iniziative vanno ricordate non tanto per la loro componente tecnico-informatica, destinata necessariamente ad essere ricondotta ad unità dal Ministero (che sta diffondendo attualmente il solo sistema Tiap, scelto come documentale unico, al quale tutti gli uffici fanno riferimento), quanto per il contributo culturale orientato al cambiamento che esse hanno indotto e per il contributo organizzativo che hanno sollecitato interventi solo apparentemente tecnologici, e che invece hanno richiesto l'adozione di nuovi schemi organizzativi e di lavoro. Invero, difettando il necessario presupposto del documento nativo digitale, ed in particolare della notizia di reato digitale, ogni forma di dematerializzazione muove necessariamente dalla necessità di scansare il documento cartaceo e impone quindi all'ufficio una valutazione se operare una scansione più o meno sistematica degli atti: scelta che richiede non solo l'adozione di uno strumento tecnologico ma anche, e soprattutto, una riorganizzazione dell'ufficio in relazione all'obiettivo di semplificare ed accelerare la trasmissione e comunicazione di atti. Quindi, i protocolli adottati, oltre che disciplinare l'impiego di un sistema telematico di comunicazione attraverso regole convenzionali che vincolano i vari uffici coinvolti (e cercano di risolvere, ove possibile, le carenze normative), disciplinano anche aspetti organizzativi, dettando regole che incidono sulle stesse modalità di lavoro e sulla qualità sia della comunicazione sia del materiale oggetto di comunicazione. La volontà di superare i limiti della gestione cartacea dei documenti è quindi l'obiettivo comune a tutte le esperienze. Il diverso dimensionamento degli uffici e dei volumi di lavoro, la diversa

incidenza delle esigenze locali hanno determinato differenti scelte in ordine al momento dell'iter processuale in cui adottare una politica di dematerializzazione.

Trasmissione telematica degli atti al Tribunale del riesame.

In questo modello si annoverano le prassi che normalmente prevedono la stipula di convenzioni tra Tribunale del Riesame ed uffici periferici. Si tratta di prassi finalizzate ad eliminare la materiale trasmissione degli atti o tra sedi periferiche e sedi centrali (ipotesi nelle quali diventa rilevante il peso organizzativo del trasporto degli atti cartacei tramite autovettura) o tra sedi centrali nel caso di processi voluminosi.

Trasmissione degli atti dal giudice civile alla Procura.

Sono interventi volti a semplificare la trasmissione telematica dei provvedimenti del giudice civile in materia di famiglie e persone dal Tribunale civile alla Procura della Repubblica per l'apposizione del visto o la formulazione del parere, colmando la lacuna del PCT che non copre gli affari civili delle Procure. In questo ambito vanno anche ricordati esempi di protocolli che disciplinano il deposito in Procura da parte degli avvocati degli accordi di negoziazione in materia di separazione o divorzio e la loro successiva eventuale trasmissione al Tribunale.

6. Conclusioni

Va posto in evidenza come le buone prassi in uso negli uffici penali sono destinate a essere superate con la progressiva estensione del processo penale telematico.

Già da ora con l'adozione di Tiap come repository documentale provvisorio, è infatti possibile archiviare e comunicare i verbali di udienza nonché gli atti che devono essere inviati al Tribunale del Riesame.

La successiva realizzazione di un sistema documentale connesso ai registri permetterà di realizzare un sistema stabile di archiviazione delle sentenze e di trasmissione ai vari destinatari.

La automazione delle comunicazioni tra Procura e uffici civili è invece destinata ad essere istituzionalizzata con il prossimo rilascio della Consolle civile del PM.

Attengono invece a scelte organizzative, per ora non inquadrata nella gestione dei flussi informativi automatizzati dal PCT, le comunicazioni di notizie in genere tra giudice fallimentare e Procura.

MARTINA BONANNO

La cessione di autoscatto pedopornografico tra esigenze di tutela e libertà di autodeterminazione (Nota a Cassazione penale, Sezione III, sentenza 21 marzo 2016, n. 11675)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il caso concreto e le questioni giuridiche affrontate dalla Cassazione – 3. Il delitto di pornografia minorile: evoluzione della disciplina e ragioni dell'intervento del legislatore – 4. La condotta di "utilizzo" del minore ed il requisito dell'"alterità" quale elemento costitutivo del reato – 4.1 Il consenso del minore – 5. Il fenomeno del "sexting" alla luce dell'orientamento della Cassazione: nuove esigenze di tutela?

1. Premessa

La normativa in materia di pornografia minorile è stata oggetto di numerose modifiche ad opera del legislatore italiano che è intervenuto con l'obiettivo di contrastare, in modo vieppiù efficace, il fenomeno dello sfruttamento sessuale dei minori che nel corso degli anni ha assunto dimensioni sempre più allarmanti.

La suddetta disciplina, introdotta al fine di tutelare l'integrità ed il sano ed adeguato sviluppo psico-fisico del minore avverso le condotte di sfruttamento del medesimo volte alla realizzazione di materiale pedopornografico, deve attualmente confrontarsi con l'emersione di nuove forme di abuso del soggetto *de quo*. In particolare la diffusione del materiale pedopornografico non è più, in via esclusiva, opera di organizzazioni criminali che utilizzano i minori allo scopo di trarne un profitto economico, bensì è il medesimo minore a produrre tali immagini.

Tale fenomeno è stato favorito dal progresso tecnologico che ha influito sulle modalità di socializzazione e di relazione dei giovani che si conoscono, comunicano e scambiano immagini attraverso mezzi di comunicazione virtuali quali cellulari e *social network*. Di riflesso altresì la scoperta della sessualità ed il corteggiamento si realizzano per mezzo di tali strumenti virtuali,

accessibili a chiunque e di facile comprensione benché connotati da aspetti positivi, quali la velocità di comunicazione, ed aspetti negativi, quali l'insidiosità.

In tale contesto si colloca il fenomeno del "sexting"¹, ossia la produzione personale e la conseguente cessione volontaria di immagini erotiche realizzate dallo stesso minore.

Il pericolo della circolazione di autoscatti in tal modo realizzati aumenta in considerazione della veloce nonché facile diffusione offerta dagli strumenti digitali che implicano un possibile danno al minore laddove si verifichi un'incontrollata divulgazione delle immagini che lo raffigurano. A fronte di tale circostanza il minore da autore dell'immagine potrebbe divenire vittima ed oggetto di scherno, risultando leso il suo diritto alla libera maturazione sessuale e morale.

Il comportamento del minore che autonomamente e volontariamente produce immagini pedopornografiche ha suscitato l'interesse della dottrina e della giurisprudenza la quale si è interrogata in merito alla possibilità di far rientrare sotto l'egida del reato di pornografia minorile *ex art. 600 ter c.p.*² la suddetta condotta. Un simile atteggiamento risulta infatti differente rispetto agli schemi comportamentali che hanno indotto il legislatore ad intervenire a tutela dello sfruttamento minorile.

2. Il caso concreto e le questioni giuridiche affrontate dalla Cassazione

¹ A. Verza, «*Sexting*» e *pedopornografia: i paradossi*, in *Ragion Pratica*, 2013, 41, 569 ss.

² Art. 600 *ter* c.p.: "È punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 24.000 a euro 240.000 chiunque: 1) utilizzando minori di anni diciotto, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico; 2) recluta o induce minori di anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero dai suddetti spettacoli trae altrimenti profitto. Alla stessa pena soggiace chi fa commercio del materiale pornografico di cui al primo comma. Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al primo e al secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 2.582 a euro 51.645. Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo, offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164. Nei casi previsti dal terzo e dal quarto comma la pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale sia di ingente quantità. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque assiste a esibizioni o spettacoli pornografici in cui siano coinvolti minori di anni diciotto è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.500 a euro 6.000. Ai fini di cui al presente articolo per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali".

La recente pronuncia della Corte di Cassazione³ scaturisce da una vicenda che vede protagonista una minorenne che si scatta alcune fotografie a sfondo sessuale e le invia ad alcuni coetanei che, in un secondo momento, cedono le immagini ad ulteriori amici, salvo un ragazzo che le tiene per sé. Il contenuto delle immagini era idoneo ad essere definito “pornografico”, ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 600 *ter* c.p. Ai minori si contestava il reato di cessione di materiale pedopornografico di cui all’art. 600 *ter* comma 4 c.p.⁴, mentre all’imputato che aveva tenuto per sé l’immagine si contestava il delitto di detenzione di materiale pedopornografico *ex art. 600 quater* c.p.⁵.

Il Tribunale per i minorenni dell’Abruzzo dichiarava di non doversi procedere nei confronti degli imputati in ordine ai reati loro ascritti per insussistenza del fatto giacché rilevava che l’art. 600 *ter* comma 4 c.p. sanziona la cessione del materiale pedopornografico a condizione che sia realizzato da un soggetto diverso dal minore raffigurato. Nel caso di specie, *a contrario*, le immagini erano state prodotte e divulgate volontariamente dalla stessa minore pertanto la Corte escluse la punibilità degli imputati per le suddette ipotesi di reato affermando che una differente interpretazione avrebbe comportato una “analogia in *malam partem*”⁶.

Il Pubblico Ministero proponeva ricorso per cassazione avverso la sentenza *de qua* deducendo l’erronea applicazione della legge penale, in particolare osservando che l’oggetto della cessione prevista all’art. 600 *ter* quarto comma c.p. si riferisse “*sic et simpliciter* al materiale pornografico riprodotto da minori”⁷ e non, come prospettava il giudice di prime cure, al materiale formato in via esclusiva mediante l’utilizzo del minore. Di conseguenza, riteneva che le condotte poste in essere dagli imputati integrassero la fattispecie di cessione di materiale pedopornografico *ex art. 600 ter* comma 4 c.p. Il Pubblico Ministero evidenziava inoltre che l’interpretazione fornita dal giudice di primo grado avrebbe comportato un vuoto di tutela nelle ipotesi in cui le immagini pornografiche fossero state prodotte e cedute dallo stesso minore raffigurato.

³ Cass., Sez. III, 21 marzo 2016, n. 11675, in C.E.D. Cass. Rv. 266319.

⁴ Art. 600 *ter* comma 4 c.p.: “Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo, offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164”.

⁵ Art. 600 *quater* c.p.: “Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste dall’articolo 600 *ter*, consapevolmente si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa non inferiore a euro 1.549. la pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale detenuto sia di ingente quantità”.

⁶ Cass., Sez. III, 21 marzo 2016, cit.

⁷ *Ibidem*.

La Corte di Cassazione nella sentenza in commento respinge il ricorso del Pubblico Ministero e condivide l'interpretazione prospettata dal giudice di prime cure affermando che la corretta lettura della disciplina *de qua* deve fondarsi nel primo comma. Nello specifico la Corte chiarisce che il presupposto necessario per la configurabilità della fattispecie disciplinata all'art. 600 *ter* c.p. è che vi sia stata l'utilizzazione del minore per la realizzazione del materiale pedopornografico ad opera di un soggetto diverso dal medesimo minore raffigurato. *Ergo* è necessaria l'alterità tra il soggetto che produce l'immagine ed il soggetto raffigurato, escludendo la possibilità di una coincidenza tra le due figure.

Attese tali premesse, la Corte non ravvisa la punibilità delle condotte di cessione e di diffusione di immagini autoprodotte in quanto l'autore della condotta non è un soggetto diverso dal minore rappresentato.

L'esegesi prospettata dalla Corte si fonda su un'interpretazione letterale della fattispecie di pornografia minorile: in particolare i giudici di legittimità, ripercorrendo la struttura dell'articolo di cui all'art. 600 *ter* c.p., esaminano i due requisiti necessari per la lettura della disciplina *de qua*, ossia il sintagma "utilizzando minori" previsto dal capoverso n.1 del primo comma dell'art. 600 *ter* c.p. ed il riferimento al "materiale pornografico di cui al comma 1" menzionato nei commi successivi.

A sostegno di tali argomentazioni la Suprema Corte richiama inoltre una precedente sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁸, che si era preoccupata di esaminare la condotta sanzionata dall'art. 600 *ter* comma 1 c.p. In detta pronuncia la medesima Corte aveva chiarito che il verbo "sfruttare"⁹, presente nella versione antecedente alla riforma 2006, dovesse essere inteso nel significato di utilizzare il minore per qualsiasi fine, *id est* usufruire del minore quale mezzo. Il legislatore difatti intendeva tutelare il libero sviluppo sessuale, psichico e morale del minore avverso comportamenti di sfruttamento o abuso in suo danno sanzionando tutte le attività prodromiche al fenomeno in questione; di talchè si individuava la fattispecie come reato di pericolo concreto.

⁸ Cass., Sez.Un., 31 maggio 2000, n. 13, Bove, in *Cass. pen.*, 2000, 2983 ss.

⁹ La legge 3 agosto 1998, n. 269, Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù, introduce l'art. 600 *ter* c.p. che al primo comma sanzionava: "Chiunque sfrutta minori degli anni diciotto al fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pornografico è punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa di lire cinquanta milioni a lire cinquecento milioni".

Rebus sic stantibus sussisteva il reato *ex art. 600 ter* comma 1 c.p. laddove la condotta dell'agente che sfruttasse il minore a fini pornografici implicasse un concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto.

La Suprema Corte, condividendo il percorso argomentativo delle Sezioni Unite del 2000, sostiene la necessaria diversità tra l'autore della condotta ed il minore utilizzato per la produzione di materiale pornografico individuando inoltre in tale requisito un elemento costitutivo della fattispecie¹⁰.

3. Il delitto di pornografia minorile: evoluzione della disciplina e ragioni dell'intervento del legislatore

Il delitto di pornografia minorile, disciplinato dall'art. 600 *ter* c.p., è stato introdotto dal legislatore con la l. 3 agosto 1998 n. 269. Tale disposizione si inseriva in un contesto di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei minori, in linea di continuità con la l. 15 febbraio 1996 n. 66¹¹, e perseguiva l'obiettivo di reprimere il fenomeno della strumentalizzazione dei minori a fini commerciali, ossia il cosiddetto fenomeno di "mercificazione" degli stessi¹². In altri termini il legislatore, con la suddetta disciplina, le cui pene edittali erano particolarmente elevate, auspicava ad estinguere il mercato della pornografia minorile al fine di scongiurare il pericolo che chiunque abusasse della sessualità dei minori potesse trarne un profitto economico.

Per vero, è necessario specificare che in merito all'originale formulazione della norma la dottrina aveva elaborato interpretazioni differenti circa il significato da attribuire alla condotta di sfruttamento. Secondo un primo orientamento, lo sfruttamento del minore doveva essere inteso quale utilizzazione dello stesso a fini commerciali: di conseguenza era integrato il delitto di cui all'art. 600 *ter* c.p. allorchè l'autore della condotta avesse ricavato un profitto economico

¹⁰ Cass., Sez. III, 21 marzo 2016, cit.

¹¹ L. 15 febbraio 1996, n. 66, Norme contro la violenza sessuale.

¹² G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, 4^a ed., Zanichelli, Bologna, 2013, 156; L. Gizzi, *Il delitto di pornografia minorile (art. 600 *ter* primo e secondo comma c.p. e art. 600 *quater* I c.p.)*, in *I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, a cura di F. Coppi, Giappichelli, Torino, 2007, 401.

dall'impiego del minore¹³. *A contrario*, un secondo orientamento affermava che la sussistenza del reato *de quo* fosse estranea alla percezione di un vantaggio economico¹⁴.

In materia si auspicava da tempo un intervento normativo sollecitato *in primis* dal contesto internazionale ed in secondo luogo dalla presenza di ulteriori elementi: da una parte, l'emersione di organizzazioni criminali, anche transnazionali, che sfruttavano i minori a fini di lucro e, dall'altra, la sensibilità dell'opinione pubblica che a fine anni novanta aveva prestato più attenzione al fenomeno della pedofilia, circostanza motivata, in parte, dal verificarsi di gravi episodi di violenza in danno di minori¹⁵.

La volontà di ottemperare agli obblighi internazionali emergeva dal preambolo della l. 269 del 1998 ove si esprimeva in modo chiaro l'intento del legislatore. In particolare si voleva dare attuazione ai principi della Convenzione dei diritti del fanciullo firmata a New York nel 1989, ratificata in Italia con l. 176 del 1991, e della Dichiarazione Finale della Conferenza Mondiale di Stoccolma contro lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali adottata il 31 agosto 1996. A tal proposito, è interessante sottolineare il contenuto dell'art. 34¹⁶ della Convenzione sui diritti del fanciullo che sancisce la necessità di proteggere il minore da tutte le forme di abuso o sfruttamento sessuale in ragione dell'assenza di una piena maturità fisica e sessuale¹⁷.

Merita pertanto osservare che il legislatore italiano del 1998, ispirandosi ai sopra citati documenti internazionali, intendesse contrastare in via principale il fenomeno economico derivante dallo sfruttamento dei minori e diretto a realizzare un profitto dalla mercificazione degli

¹³ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 173.

¹⁴ L. Gizzi, *Il delitto di pornografia minorile (art. 600 ter primo e secondo comma c.p. e art. 600 quater 1 c.p.)*, cit., 422 s; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, 5^a ed., Cedam, Padova, 2013, 496 s.

¹⁵ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 153 ss.

¹⁶ Art. 34 Convenzione sui diritti del fanciullo: "Gli Stati partecipanti si impegnano a proteggere il fanciullo contro ogni forma di sfruttamento sessuale e di violenza sessuale. A tal fine, gli Stati adottano in particolare ogni adeguata misura a livello nazionale, bilaterale e multilaterale per impedire che i fanciulli: a) siano incitati o costretti a dedicarsi a una attività sessuale illegale; b) siano sfruttati a fini di prostituzione e di altre pratiche sessuali illegali; c) siano sfruttati ai fini della produzione di spettacoli o di materiale a carattere pornografico".

¹⁷ A. Cadoppi, *Sub pre-art. 600 bis (art. 1 l. 3 agosto 1998, n. 269)*, in AA. VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, 4^a ed., Cedam, Padova, 2006, 35 ss; S. Delsignore, *Pornografia minorile (Art. 600 ter)*, in AA. VV., *Trattato di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro l'onore e la libertà individuale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Utet, Torino, 2010, 404 ss.

stessi piuttosto che sanzionare l'esclusivo utilizzo della sessualità del minore a scopi personali¹⁸. Giusto tale profilo è esemplificativa la definizione di sfruttamento sessuale quale "forma di schiavitù contemporanea" emersa nella Dichiarazione Finale di Stoccolma.

Il minore soggetto incapace di autodeterminarsi e in via di formazione diviene pertanto vittima nonché strumento di quelle condotte di abuso che, animate o meno da uno scopo di lucro, ledono la sua libertà individuale e il suo diritto di crescita.

Parte della dottrina aveva criticato la formulazione adottata dal legislatore del 1998 a causa dell'eccessiva ampiezza ed indeterminatezza delle fattispecie incriminatrici i cui contenuti sembravano avere un notevole "valore simbolico"¹⁹. Tale caratteristica si rilevava difatti osservando che erano punite specifiche forme di aggressione all'integrità sessuale del minore quali, ad esempio, la pornografia minorile e la detenzione di materiale pornografico. Nondimeno si sottolinea che la specificità delle condotte sanzionate rappresentava un elemento di novità rispetto alla riforma dei reati contro la violenza sessuale²⁰.

La disciplina della pornografia minorile è stata modificata qualche anno dopo la sua emanazione con la l. 6 febbraio 2006, n. 38²¹: il legislatore infatti intendeva superare le difficoltà ricostruttive e valutative connesse alla rigidità dell'originaria formulazione. In tale occasione, tra i vari cambiamenti, si estendeva il novero delle condotte sanzionate, introducendo il reato di pornografia virtuale all'art. 600 *quater*.1 comma 1 c.p. e sostituendo all'art. 600 *ter* comma 1 c.p. il termine "sfrutta" con quello più ampio di "utilizzo". La ragione dell'intervento riformistico era motivata dalla necessità di rendere più severa la disciplina previgente in ossequio alle decisioni europee²² e, del pari, dalla necessità di prevedere norme più efficienti avverso le nuove modalità informatiche idonee per la realizzazione di tali reati.

Da ultimo, è rilevante segnalare l'intervento legislativo attuato con la l. 1 ottobre 2012 di ratifica della Convenzione di Lanzarote del Consiglio d'Europa, finalizzato a perfezionare

¹⁸ L. Gizzi, voce *Pornografia e pedopornografia*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIX, Treccani, Milano, 2006,1.; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 170 ss.

¹⁹ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 155.

²⁰ *Ibidem*; M. La Rosa, *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio*, in *Cass. pen.* 2008, 4171; M. Bianchi, *Il "sexting minorile" non è più reato?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1, 142.

²¹ L. 6 febbraio 2006, n. 38, Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet.

²² Nello specifico la decisione quadro n. 2004/68/GAI del Consiglio d'Europa relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale bambini e la pornografia infantile, adottata il 22 dicembre 2003 e pubblicata sulla GUUE 20 gennaio 2004, n. 13/44.

ulteriormente la disciplina in esame ed i cui effetti hanno coinvolto altresì le disposizioni relative ai delitti contro la persona e la famiglia nonché la violenza sessuale. Le novità più significative attengono alla definizione del concetto di pornografia collocata all'art. 600 *ter* comma 7 c.p.²³, all'introduzione del reato di "adescamento di minorenni" ed "istigazione a pratiche di pedofilia e pedopornografia", alla disciplina dell'ignoranza della persona offesa.

La novella è stata oggetto di critica ad opera della dottrina che aveva evidenziato la duplice anima della medesima: giusto un profilo la riforma colmava alcune lacune, giusto altro profilo criticava sia l'eccessiva anticipazione di alcune misure volte a tutelare in forma anticipata il pericolo di abuso del minore, sia la genericità ed indeterminatezza delle condotte incriminate²⁴.

L'analisi dell'evoluzione normativa della disciplina in esame offre la possibilità di rilevare come l'intervento riformistico del legislatore si accompagni alla necessità di garantire un'adeguata tutela in relazione al contesto storico e culturale. Ossia la fattispecie di pornografia minorile nasce per reprimere le condotte di sfruttamento e di abuso sessuale del minore, sia esso inteso con o senza scopi di lucro, con l'obiettivo di estinguere il mercato della pornografia minorile: si estende prevedendo norme vieppiù efficaci ed adeguate altresì a sanzionare le condotte commesse con le modalità informatiche, giungendo, infine, ad introdurre forme di tutela anticipata in assenza di una concreta offensività al bene giuridico protetto.

4. La condotta di "utilizzo" del minore ed il requisito dell'"alterità" quale elemento costitutivo del reato

Nel precedente paragrafo si sono espone le ragioni che hanno spinto il legislatore ad introdurre la fattispecie di pornografia minorile ed a riformare la disciplina, pertanto è necessario premettere l'attuale struttura della fattispecie *de quo*.

Nonostante la costruzione unitaria della norma incriminatrice ogni comma prevede una diversa ed autonoma figura di illecito, di talchè risulta estesa l'area della rilevanza penale sia alle condotte di produzione che a quelle di diffusione del materiale erotico realizzato utilizzando i

²³ Art. 600 *ter* comma 7 c.p.: "Ai fini del presente articolo per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali".

²⁴ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 159 s.

minori²⁵. Il bene giuridico protetto dalla norma è il sereno sviluppo fisico, psicologico e morale del minore tuttavia in dottrina ed in giurisprudenza non vi è accordo in merito alla natura dell'illecito. L'orientamento dominante in dottrina ritiene che l'art. 600 *ter* c.p. configuri un reato di pericolo astratto in quanto la condotta di produzione di materiale pedopornografico è di per sé idonea a compromettere il sano sviluppo psichico del minore, pertanto la diffusione del materiale *de quo* può, in via esclusiva, incrementare l'offesa al bene giuridico che tuttavia si è già realizzata²⁶. *A contrario*, la giurisprudenza qualifica il reato di pornografia minorile come illecito di pericolo concreto giacché i comportamenti prodromici ledono l'integrità psico-fisica del minore laddove vi sia un concreto pericolo di diffusione del materiale pedopornografico, ossia deve verificarsi concretamente il rischio di immissione del materiale nel circuito della pornografia minorile²⁷.

Il delitto in commento è un reato comune in quanto può essere commesso da chiunque, soggetto passivo sono i minori di anni diciotto e l'elemento soggettivo si individua nel dolo generico, ossia nella coscienza e volontà di compiere le condotte oggetto della norma incriminatrice.

Nella vicenda giuridica oggetto di analisi la Suprema Corte, illustrando il percorso argomentativo della decisione, ha affermato che la chiave di lettura deve essere rinvenuta nell'art. 600 *ter* comma 1 c.p. necessario per l'interpretazione dei commi successivi il cui contenuto rappresenta il risultato della condotta di utilizzazione del minore. In altri termini, la Corte chiarisce che non vi sarebbe alcun commercio, divulgazione, distribuzione o cessione di materiale pedopornografico senza il presupposto della condotta di produzione del materiale *de quo* per mezzo dell'utilizzazione del minore.

A sostegno della motivazione, la Corte si richiama alla sentenza delle Sezioni Unite del 2000²⁸ che, quantunque emessa durante la vigenza della lettera originaria della norma, è ritenuta

²⁵ L. Gizzi, voce *Pornografia e pedopornografia*, cit., 1; S. Delsignore, *Pornografia minorile (Art. 600 ter)*, cit., 425 s.

²⁶ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 174; S. Delsignore, *Pornografia minorile (Art. 600 ter)*, cit., 420 ss.; G. Ariolli-F. Ottaviano, sub art. 600 *ter* c.p., in AA. VV., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi-E. Lupo, Nuova edizione, Giuffrè, Milano, 2015, 653 s.

²⁷ Cass., Sez. III, 11 ottobre 2011- 23 gennaio 2012, n. 2681, R., in *Foro it.*, 2012, II, 468 ss., con nota G. Fiorani; G. Ariolli-F. Ottaviano, sub art. 600 *ter* c.p., 653.

²⁸ Cass., Sez. Un., 31 maggio 2000, n. 13, Bove, cit., 2983 ss.

un “baluardo interpretativo imprescindibile”²⁹ altresì per le versioni successive della fattispecie ad oggetto.

Nella suddetta pronuncia, i giudici di legittimità erano stati interpellati per decidere se il fatto di sfruttare minori di anni diciotto per realizzare esibizioni pornografiche ovvero per produrre materiale pornografico integrasse o meno una finalità lucrativa. Interpretando il valore del verbo “sfruttare” presente nel testo originale della disposizione, la Corte chiarì che tale locuzione dovesse intendersi nel significato di utilizzare il minore a qualsiasi fine, non necessariamente economico, giacchè per la punibilità della condotta rilevava l’impiego dei medesimi come mezzo anzichè rispettarli come persone.

In altri termini, lo sfruttamento dei minori implica offendere la loro personalità, in particolare giusto il profilo della loro sessualità, che è fragile in quanto non è giunta alla piena maturazione³⁰.

La lettura della Corte fondata sul criterio semantico e sul criterio teleologico ha valorizzato l’*intentio legis* emersa dall’art. 1 l. 269 del 1998 laddove si affermava che l’obiettivo primario della legge era tutelare il minore avverso ogni forma di sfruttamento o abuso sessuale a salvaguardia di un sano sviluppo fisico, psicologico, morale e sociale. La Corte evidenziava inoltre in tale contesto che il legislatore introduceva una tutela penale anticipata finalizzata a reprimere le condotte prodromiche che espongono a rischi il libero sviluppo del minore mercificando il suo corpo ed immettendolo nel circuito della pedopornografia. Al contempo qualificava la fattispecie di cui all’art. 600 *ter* c.p. come reato di pericolo concreto individuando l’offensività nonché la sussistenza del reato, proprio nel concreto rischio di diffusione del materiale pedopornografico cosicchè fossero circoscritte le condotte punibili onde evitare una lesione principio di offensività. Il compito di accertare il concreto pericolo di diffusione del materiale pedopornografico spetterà di volta in volta al giudice che dovrà analizzare gli elementi sintomatici della condotta quali, ad esempio, l’esistenza di una struttura organizzata anche rudimentale, il concreto collegamento dell’agente con soggetti pedofili potenziali destinatari del materiale pornografico, l’utilizzo contemporaneo o differito nel tempo di più minori³¹. I giudici di

²⁹ Cass., Sez. III, 21 marzo 2016, cit.

³⁰ Cass., Sez. Un., 31 maggio 2000, n. 13, Bove, cit., 2985 ss.

³¹ Cass., Sez. Un., 31 maggio 2000, n. 13, Bove, cit., 2987.

legittimità concludevano, infine, riconoscendo la sussistenza del delitto *ex art. 600 ter* comma 1 c.p. laddove si rilevasse l'impiego del minore per produrre spettacoli o esibizioni a cui seguiva il concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto.

Il Supremo collegio nella sentenza in commento aderisce alla suddetta opzione ermeneutica ribadendo la necessità che l'autore della condotta debba essere “soggetto altro e diverso rispetto al minore da lui utilizzato”³², non essendo rilevante il fine che anima il soggetto attivo della condotta tantomeno l'eventuale consenso prestato dal minore. La Corte evidenzia inoltre che “alterità e diversità [...] non potranno ravvisarsi qualora il materiale medesimo sia realizzato dallo stesso minore - in modo autonomo, consapevole, non indotto o costretto – ostando a ciò la lettera e la *ratio* della disposizione”³³. *Rebus sic stantibus* si eleva ad elemento costitutivo del reato il requisito dell'alterità tra il soggetto che realizza il materiale pornografico ed il minore utilizzato.

Il medesimo percorso argomentativo deve essere sostenuto in relazione alla condotta di cessione *ex art. 600 ter* comma 4 c.p.

Il passaggio logico della Corte muove dall'inciso contenuto nel quarto comma, segnatamente la locuzione “il materiale pornografico di cui al primo comma”, riproposta in tutti i commi successivi al primo, che deve essere inteso quale materiale prodotto utilizzando minori e non deve identificarsi, *a contrario*, in materiale pornografico raffigurante minori. A rilevare è l'origine del materiale.

L'opzione ermeneutica adottata dalla Corte è confortata oltre che dal dato letterale della norma ad oggetto anche dalla disciplina delle circostanze aggravanti di cui all'art. 602 *ter* c.p.³⁴,

³² Cass., Sez. III, 21 marzo 2016, cit.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Art. 602 *ter* c.p.: “La pena per i reati previsti dagli articoli 600, 601, 602 è aumentata da un terzo alla metà: a) se la persona offesa è minore degli anni diciotto; b) se i fatti sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi; c) se dal fatto deriva un grave pericolo per la vita o l'integrità fisica o psichica della persona offesa. Se i fatti previsti dal titolo VII, capo III, del presente libro sono commessi al fine di realizzare od agevolare i delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602, le pene ivi previste sono aumentate da un terzo alla metà. Nei casi previsti dagli articoli 600 *bis*, primo e secondo comma, 600 *ter*, primo comma, e 600 *quinqües*, la pena è aumentata da un terzo alla metà se il fatto è commesso con violenza o minaccia. Nei casi previsti dagli articoli 600 *bis*, primo e secondo comma, 600 *ter*, primo comma, e 600 *quinqües*, la pena è aumentata da un terzo alla metà se il fatto è commesso approfittando della situazione di necessità del minore. Nei casi previsti dagli articoli 600 *bis*, primo e secondo comma, 600 *ter* e 600 *quinqües*, nonché dagli articoli 600, 601 e 602, la pena è aumentata dalla metà ai due terzi se il fatto è commesso in danno di un minore degli anni sedici. Nei casi previsti dagli articoli 600 *bis*, primo comma, e 600 *ter*, nonché, se il fatto è commesso in danno di un minore degli anni diciotto, dagli articoli 600, 601 e 602, la pena è aumentata dalla metà ai due terzi se il fatto è commesso da un ascendente, dal genitore adottivo, o dal loro coniuge o convivente, dal coniuge o da affini entro il secondo grado, da parenti fino al

relative ai delitti contro la personalità individuale. Come emerge dal tenore letterale della norma, le circostanze *de quibus* presuppongono la necessaria alterità tra la parte offesa dal reato ed il soggetto attivo. Il dato rileva in quanto si osserva l'intenzione del legislatore di voler proteggere il minore da qualunque condotta tenuta a suo danno, prevedendo un aumento di pena a fronte di comportamenti diversi ma tutti finalizzati all'utilizzazione del minore³⁵.

Alla luce di tali affermazioni risulta evidente l'importanza del valore che la Corte attribuisce al termine "utilizzando"³⁶ minori sostituito, come già osservato nel precedente paragrafo, con la l. 38 del 2006, fonte di attuale dibattito tra dottrina e giurisprudenza.

A tal proposito una parte della dottrina sostiene che il suddetto termine vada inteso quale strumentalizzazione del minore a fini pornografici anche se non diretto a scopo di lucro³⁷. Altra parte della dottrina, quantunque minoritaria, attribuisce *a contrario* maggiore rilievo al pericolo di circolazione del materiale in ragione dell'incontrollabile diffusione delle immagini problematica dell'attuale periodo storico. Presupponendo che il pericolo sia individuabile nella circolazione delle suddette immagini tale orientamento individua la vittima non più nel solo minore utilizzato bensì nella collettività dei minori il cui sano sviluppo fisico e mentale deve essere tutelato onde evitare che i medesimi divengano un mero strumento di soddisfazione sessuale. Tale orientamento ritiene dunque che l'offensività del bene giuridico tutelato sia da individuare nella potenzialità

quarto grado collaterale, dal tutore o da persona a cui il minore è stato affidato per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza, custodia, lavoro, ovvero da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle loro funzioni ovvero ancora se è commesso in danno di un minore in stato di infermità o minorazione psichica, naturale o provocata. Nei casi previsti dagli articoli 600 *bis*, primo comma, e 600 *ter*, nonché dagli articoli 600, 601 e 602, la pena è aumentata dalla metà ai due terzi se il fatto è commesso mediante somministrazione di sostanze alcoliche, narcotiche, stupefacenti o comunque pregiudizievoli per la salute fisica o psichica del minore, ovvero se è commesso nei confronti di tre o più persone. Nei casi previsti dagli articoli 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater*, 600 *quater*.1. e 600 *quinquies*, la pena è aumentata: a) se il reato è commesso da più persone riunite; b) se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolarne l'attività; c) se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave. Le pene previste per i reati di cui al comma precedente sono aumentate in misura non eccedente i due terzi nei casi in cui gli stessi siano compiuti con l'utilizzo di mezzi atti ad impedire l'identificazione dei dati di accesso alle reti telematiche. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con le circostanze aggravanti di cui alla presente sezione, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

³⁵ M. Bianchi, *Il "sexting minorile" non è più reato?*, cit., 141; S. Corbetta, *Osservatorio Corte di Cassazione. Diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 5, 612 s.

³⁶ Art. 600 *ter* comma 1 c.p.

³⁷ F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, cit., 496 s.; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 173; L. Gizzi, *Il delitto di pornografia minorile (art. 600 *ter* primo e secondo comma c.p. e art. 600 *quater* 1 c.p.)*, 401 s.

diffusiva delle immagini a nulla rilevando il requisito dello sfruttamento del minore quale presupposto per la sussistenza della fattispecie *de quo*³⁸.

Nella sentenza oggetto di commento la Corte afferma dunque che il concetto di sfruttamento del minore esclude la punibilità del soggetto agente che cede il materiale pornografico laddove l'immagine sia prodotta dal medesimo soggetto raffigurato.

L'assunto rappresenta il limite della scelta della giurisprudenza che lascia impunte una serie di condotte non considerate tipiche in quanto prive dell'elemento costitutivo dell'alterità tra autore della condotta e persona offesa.

4.1 Il consenso del minore

La Suprema Corte con la recente pronuncia oggetto di commento mostra di aderire al pregresso orientamento giurisprudenziale ove la condotta di produzione di materiale pedopornografico è riconosciuta a condizione che vi sia alterità tra l'autore della condotta ed il soggetto raffigurato nel materiale pornografico. Di riflesso esclude dall'alveo della condotta punibile il materiale prodotto per mezzo di autoscatto giacchè, in tale evenienza, le figure di autore e soggetto utilizzato per produrre immagini coincidono. Tuttavia, nella motivazione la Corte non ha approfondito il profilo del valore del consenso del minore alla realizzazione di materiale pedopornografico, si sofferma su tale questione asserendone l'eventuale irrilevanza.

L'aspetto del consenso del minore rappresenta attualmente una tematica di primaria importanza in quanto si osserva il frequente fenomeno di adolescenti che utilizzano i mezzi di comunicazione virtuali come modalità di approccio alla sfera sessuale, producendo loro stessi le immagini divulgate.

A tal proposito pare opportuno segnalare due pronunce di merito che hanno valorizzato la problematica del consenso del minore.

Segnatamente, la Corte d'Appello di Milano si è espressa in merito ad un caso in cui un ventenne era entrato in contatto su *internet* con una minorenni ultraquattordicenne che gli aveva inviato alcune foto in cui era nuda ed altre in cui era intenta a compiere atti sessuali su sé stessa.

³⁸ L. Picotti, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, in AA. VV., *Scritti per Federico Stella*, II, a cura di G. Forti-M. Bertolino, Milano, 2007, 1292 ss.

I giudici di merito, nel valutare la responsabilità del giovane per i reati a lui ascritti di cui agli artt. 600 *ter* comma 1 e 600 *quater* comma 1 c.p., escludono la sussistenza del presupposto dell'utilizzazione del minore evidenziando l'elemento del consenso manifestato dalla ragazza. La Corte sottolinea che tale consenso debba essere valutato alla luce dei singoli elementi che caratterizzano il caso concreto, quali ad esempio l'età del minore, le modalità della richiesta del consenso, le modalità di espressione utilizzate nella conversazione, il coinvolgimento o meno di terzi, la destinazione successiva delle immagini autoprodotte. Nel caso di specie i suddetti elementi hanno condotto la Corte d'Appello di Milano ad escludere il delitto di detenzione di materiale pedopornografico³⁹.

Del medesimo avviso risulta essere una recente pronuncia del G.I.P. del Tribunale di Firenze in cui erano coinvolti due fidanzati, una minorenni, in particolare diciassettenne, e un maggiorenne che avevano realizzato video ad oggetto i loro rapporti sessuali. La prima parte del video era stato realizzato dalla ragazza, la seconda dal ragazzo su richiesta della compagna. In seguito alla fine della relazione il video era stato diffuso sul *social network Facebook*.

In detta circostanza l'imputato benché sia stato condannato per il reato di divulgazione di materiale pedopornografico è stato assolto per il reato di produzione di materiale a sfondo sessuale atteso che il giudice ha ritenuto necessario ai fini dell'integrazione di tale condotta l'utilizzazione del minore e, di riflesso, la presenza di un soggetto che impieghi il minore per produrre il materiale *de quo*. Orbene il giudice ha considerato l'utilizzazione del minore un elemento costitutivo del reato di produzione di materiale pedopornografico *ex art.* 600 *ter* comma 1 c.p. ma, del pari, ha valorizzato il consenso prestato dalla ragazza che fa venire meno la condotta e quindi uno degli elementi costitutivi del reato ad oggetto⁴⁰.

I giudici di merito, nelle pronunce suesposte, hanno approfondito il profilo del consenso del minore interpretato alla luce delle diverse fasce d'età sicché l'età del minore è eletta a parametro di valutazione ai fini di un giudizio sulla consapevolezza di tale consenso.

³⁹ Trib. Milano, C. App., 17 gennaio 2014, in *Dir. pen. cont.*, 2014, consultabile sul sito www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁴⁰ Trib. Firenze, 27 gennaio 2015- 10 febbraio 2015, in *Dir. pen. cont.*, 2015 consultabile sul sito www.dirittopenalecontemporaneo.it.

Tuttavia, il legislatore, a differenza della scelta intrapresa in merito alla disciplina dei reati sessuali contro i minori, per il reato di pornografia *ex art. 600 ter c.p.* non ha previsto di attribuire rilevanza al consenso del minore ultraquattordicenne.

Per vero, tale opzione ermeneutica è stata oggetto di critica ad opera della dottrina che evidenzia la contraddittorietà tra la libertà di autodeterminazione riconosciuta al minore che ha compiuto il quattordicesimo anno d'età, in ordine ai reati sessuali e l'assenza di rilievo al consenso prestato dal minore stesso, per i reati di cui all'*art. 600 ter c.p.*⁴¹. In altri termini sembra incongruente la scelta del legislatore che attribuisce efficacia scusante al consenso del minore, ultraquattordicenne, oggetto di sfruttamento sessuale e non riconosce alcun valore al consenso dello stesso relativamente al reato di pornografia minorile.

La scelta del legislatore di escludere od eventualmente diminuire la pena nell'ipotesi di valido consenso del minore alla produzione di materiale pornografico è ritenuta, a parere della dottrina, chiara ed univoca. Sebbene con l'introduzione della l. 172 del 2012 fosse stata offerta al legislatore l'occasione di estendere al reato in questione l'ipotesi del valido consenso del minore, in linea con il regime previsto per i reati sessuali, è stata seguita una scelta di segno opposto. *Ergo* il legislatore ha ritenuto irrilevante il consenso prestato dal minore a fini della produzione di materiale pornografico considerando lo stesso incapace di autodeterminarsi alla luce della condizione di vittima che assumerebbe in tale circostanza⁴².

Da ultimo è opportuno richiamare la recente pronuncia della Suprema Corte⁴³ che, in tema di produzione di materiale pedopornografico mediante l'utilizzo di minori, ha ritenuto sussistente il reato di cui all'*art. 600 ter c.p.*, sottolineando l'irrilevanza del consenso prestato dai minori. Nel caso di specie era emerso che i minori avevano inviato all'imputato immagini che ritraevano le loro parti intime, unitamente ad un video di un'attività masturbatoria, dietro la promessa o la dazione di somme di denaro e di regalie. In tale circostanza la Suprema Corte, in conformità alla pronuncia del Tribunale della libertà, ha confermato la sussistenza della fattispecie di produzione

⁴¹ M. La Rosa, *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio*, cit., 4174 s.; L. Gizzi, *Il delitto di pornografia minorile (art. 600 ter primo e secondo comma c.p. e art. 600 quater 1 c.p.)*, cit., 402 ss.; A. Verza, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 9 ss. consultabile sul sito www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁴² M. La Rosa, *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio*, cit., 4174; A. Verza, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, cit., 10 ss.

⁴³ Cass. Sez. III, 17 novembre 2016 (dep. 16 gennaio 2017), n. 1783.

di materiale pedopornografico mediante l'utilizzo di minori sulla base del rilievo che l'imputato aveva indotto i minori a realizzare ed inviare le immagine promettendo in cambio denaro e varie regalie. Di conseguenza la manipolazione dei minori indotti a formare e inviare le immagini in cambio dell'offerta di denaro, privava di qualsiasi valore esimente il consenso degli stessi.

Dunque in tale pronuncia la Corte ha ritenuto di non attribuire alcun valore esimente al consenso dei minori che avevano prodotto le immagini pornografiche in quanto è integrata la condotta induttiva, tratteggiando la differenza con il caso oggetto di analisi nel quale, *a contrario*, si è esclusa la fattispecie *de qua* in ragione della presenza di "selfie" scattati autonomamente e volontariamente.

5. Il fenomeno del "sexting" alla luce dell'orientamento della Cassazione: nuove esigenze di tutela?

La Suprema Corte con la recente pronuncia ha mostrato di aderire all'orientamento precedente affermando la necessità che alla cessione di materiale pedopornografico sia presupposta la produzione del medesimo attraverso l'utilizzazione di un minore.

Se la lettura della norma deve essere ispirata a tale interpretazione, di conseguenza, le condotte previste dai commi successivi al primo, ossia a titolo esemplificativo il commercio, la diffusione, la cessione, devono avere quale necessario presupposto che il materiale pedopornografico sia stato realizzato utilizzando il minore, in altri termini si chiede l'impiego strumentale del medesimo.

La Corte dunque considera materiale pedopornografico ai sensi dell'art. 600 *ter* c.p. in via esclusiva quello alla cui origine vi è l'utilizzo di un minore, il cui eventuale consenso è irrilevante.

Alla luce di tali considerazioni, i giudici di legittimità escludono la configurabilità del reato di cessione di materiale pedopornografico, *ex art.* 600 *ter* comma 4 c.p., allorchè l'immagine sia stata prodotta in modo autonomo, volontario e consapevole dallo stesso minore raffigurato.

L'opzione ermeneutica adottata dalla Corte tuttavia si mostra inadeguata in rapporto alle attuali esigenze di tutela.

Invero è sempre più diffusa tra gli adolescenti la prassi di utilizzare i mezzi di comunicazione virtuali non solo per comunicare bensì quale modalità di approccio alla sfera sessuale. Il minore produce lui stesso immagini a contenuto erotico e, in seguito, le invia a suoi

coetanei integrando quello che viene definito il fenomeno di “sexting”⁴⁴. In altri termini, il minore si autoscatta delle immagini che presentano gli elementi idonei per essere definiti pornografia minorile ai sensi dell’art 600 *ter* comma 7 c.p.

Attese tali premesse merita, a parere di chi scrive, sottolineare il ruolo assunto dal progresso tecnologico del nostro secolo. L’evoluzione dei mezzi di comunicazione quali computer e cellulari, la facilità di utilizzo dei medesimi e la diffusività degli stessi tra gli adolescenti rappresenta un concreto pericolo per la divulgazione di immagini pedopornografiche. Gli adolescenti sono legati al mondo virtuale, lo conoscono fin da bambini e sono in grado di utilizzare con facilità tali tecnologie adoperate sia per comunicare sia per socializzare. La pervasività di tali strumenti, da un lato, e l’immaturità degli agenti, dall’altro, implica il pericolo di una diffusione incontrollata di immagini erotiche autonomamente prodotte dal minore la cui circolazione può avvenire volontariamente, per gioco ovvero a titolo di vendetta.

Rebus sic stantibus, la struttura delle norme in materia di pedopornografia minorile risulta inadeguata a tutelare le forme di strumentalizzazione minorile che oggi si manifestano in schemi comportamentali differenti da quelli che hanno spinto il legislatore ad intervenire.

La Corte risolve la questione giuridica fornendo un’interpretazione letterale della norma, anzi da ultimo afferma che una diversa esegesi comporterebbe un’interpretazione analogica in *malam partem* non consentita dal nostro ordinamento. Tuttavia, a parere di chi scrive, l’interpretazione letterale adottata non si armonizza con le esigenze di tutela dell’attuale contesto storico.

Inoltre, la rigida interpretazione della Corte non consente di dare piena attuazione ai principi sovranazionali, da ultimo quelli statuti con la Convenzione di Lanzarote, il cui obiettivo era proteggere la libera e serena formazione della personalità contro quei comportamenti di sfruttamento e abuso sessuale atti a incidere negativamente sulla medesima. La Convenzione, infatti, non aveva imposto una lettura del sintagma “utilizzo” negli esclusivi termini di “approfittamento” ai fini della configurazione del reato.

Atteso che il legislatore con l’introduzione del reato ad oggetto predispone una tutela anticipata rispetto alle condotte di sfruttamento e abuso nei confronti dei minori lesive della libertà sessuale e del sano sviluppo della loro personalità psico-fisica, non si comprende il motivo del

⁴⁴ A. Verza, «*Sexting* e pedopornografia: i paradossi, in *Ragion Pratica*, cit., 570.

mancato riconoscimento dell'offensività della condotta oggetto della vicenda giuridica. È vero che l'immagine era stata prodotta dalla stessa minore ma la cessione del materiale dal primo destinatario ad ulteriori coetanei, senza alcun consenso della persona offesa, rappresenta un pericolo di divulgazione che i giudici dovrebbero considerare. Il materiale pedopornografico prodotto con le suesposte modalità è pericoloso in quanto potrebbe sfuggire al controllo dei suoi creatori.

La decisione dei giudici di legittimità comporta un vuoto di tutela laddove l'interpretazione letterale non permette di considerare punibili le condotte simili a quella del caso di specie, ove l'immagine oggetto di qualsivoglia cessione, commercializzazione, divulgazione ovvero offerta è stata realizzata autonomamente dal minore raffigurato.

La Corte nella decisione non ha inoltre approfondito il profilo del valore del consenso del minore. A parere di chi scrive la fattispecie consentirebbe ai giudici di meglio vagliare le circostanze e di irrogare delle pene proporzionate se valutasse, in ordine alle fasce d'età, la rilevanza del consenso. Il legislatore ha difatti introdotto la possibilità per il giudice di vagliare il consenso del minore in relazione alla fascia d'età nei reati sessuali ma non ha seguito il medesimo criterio per il reato di pornografia minorile. Sarebbe *a contrario* opportuno estendere la valutazione del valore del consenso altresì al reato in questione in modo tale da individuare una sanzione idonea a punire il disvalore del fatto anche a seconda della fascia d'età interessata.

In circostanze analoghe a quelle ad oggetto sarebbe dunque vieppiù opportuno adottare interpretazioni meno rigide che considerino, oltre al criterio letterale e teleologico, il pericolo di espansione di detto fenomeno culturale e che permettano di dare risposte sanzionatorie adeguate al fine di contrastare tali condotte.

CESARE PARODI

Riti speciali e sopravvivenza del sistema

SOMMARIO: 1. Premessa: i riti speciali, trenta anni dopo. - 2. Il patteggiamento: le scelte del P.M. - 3. Il modello inquisitorio “dolce”: il rito abbreviato.

1. Premessa: i riti speciali, trenta anni dopo.

I riti speciali restano l'essenza e allo stesso tempo un paradosso rispetto alla filosofia che ha improntato il codice vigente: corpi estranei da un lato e pure verosimilmente indispensabili per tentare di fornire una risposta globale ed efficace alle domande di giustizia in sede penale. Molti anni orsono, non a caso, un celebre uomo politico aveva rilasciato sulla legge delega per la riforma del codice di rito nel 1984: *“funzionerà se riusciremo a far pervenire al dibattimento soltanto una piccola parte dei processi”* (1).

È un dato di fatto: il sistema processualpenalistico non può permettersi il lusso di definire con rito ordinario, nella pienezza del contraddittorio, tutti i suoi procedimenti. Al contrario, quella che può essere definita la “deflazione normata” è stata implementata, attraverso l'introduzione non solo di un ulteriore rito speciale- la messa alla prova- ma anche con interventi indiretti, di varia natura, quali la depenalizzazione e la particolare tenuità del fatto.

Dati i presupposti, restano valide e attuali le domande che da tempo gli operatori del diritto hanno dovuto porsi. I riti speciali sono davvero ancora imprescindibili? Le modifiche intervenute- specie con la l.n. 103/2017- ne hanno fundamentalmente stravolti i presupposti? O, piuttosto, profondamente mutato è lo scenario socio-giuridico nel quale le norme sostanziali e quelle procedurali che ne costituiscono il naturale scenario sono applicate?

Crediamo, senza esprimere giudizi di valori, che il giudizio sulla rilevanza dei riti speciali non possa e non debba essere modificato, considerando che oggi più che mai la giustizia necessita di efficienza e celerità, proprio anche in conseguenza di un quadro generale che, se mai fosse

(1) Così l'On. P. CASINI, nell'intervento alla Camera dei deputati del 10 luglio 1984, E. LUPO-G. LATTANZI, *Il nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1991, 708.

possibile, si presenta caratterizzato da criticità ancora più diffuse e da ancor più impellenti esigenze di correttivi.

Un sistema nel quale il “mito” del **contraddittorio** per quasi trent’anni si è scontrato con l’urgenza di porre a disposizione dei cittadini un apparato efficace, equo e sostenibile, ma certamente non perfettamente sintonico con i “fondamenti” di tale mito.

Resta sullo sfondo un ulteriore quesito di carattere generale: chi decide — e come — la misura e il modo nei quali concretamente gli istituti oggetto di analisi s’inseriscono nel sistema, interagendo con il rito ordinario e determinando — *rectius* contribuendo a determinare — il risultato finale del “**prodotto giustizia**”?

La risposta non è univoca: non potrebbe esserlo.

Se davvero si vuole individuare, questo “prodotto giustizia”, si deve aver presente che esso non deriva da un’operazione aritmetica, quanto da una **complessa equazione**. Un’equazione nella quale le variabili devono essere individuate nelle parti processuali, negli interessi dei destinatari delle norme così come nelle singole disposizioni. Nondimeno, variabili devono essere considerate anche quelle organizzative, economiche, tecniche e temporali che non infrequentemente — per quanto conosciute dagli interpreti — non sono considerate in tutta la loro pregnanza, quantomeno con riguardo a due riti “centrali” nel sistema: il patteggiamento e l’abbreviato.

2. Il patteggiamento: le scelte del P.M.

L’applicazione di pena su richiesta era - e resta - un vero caposaldo del sistema. In questo senso altamente verosimile che quando, subito prima dell’entrata in vigore dell’attuale codice di rito, molti commentatori hanno indicato nei procedimenti speciali lo strumento di “sopravvivenza” dell’intero sistema, abbiano pensato a questo istituto.

Un istituto totalmente innovativo rispetto al codice antecedente, pur tuttavia a grandi linee già conosciuto e in parte metabolizzato sul piano culturale, così come molti altri “prodotti” del mercato statunitense. Un prodotto di importazione, dunque, ma con credenziali sufficienti — per caratteristiche e provenienza — a garantire una rapida penetrazione sul mercato nazionale.

Un istituto nuovo, destinato a suscitare il “malcontento” dei puristi del diritto, in quanto ontologicamente destinato a svuotare, per certi aspetti, la stessa essenza del giudizio — da un lato — e le più nobili prerogative della difesa dall’altro.

Un giudizio necessariamente limitato ad aspetti esteriori e formali (sull'esatta qualificazione giuridica del reato, sulla configurazione delle circostanze attenuanti e aggravanti e sulla loro comparazione, ovviamente sul calcolo della pena e sulla congruità della stessa e — altrettanto ovviamente — sulla sussistenza di eventuali cause di non punibilità) formulato senza entrare nel “merito” della decisione, che è affrontata solo in “negativo”, nella prospettiva della sentenza di proscioglimento ex art. 129 c.p.p.

Un istituto rispetto al quale frequentemente a malincuore i difensori rinunciano a prospettare una serie di argomentazioni (così che il giudice non potrà che rinunciare alla possibilità di valutare le stesse), in un'ottica di definizione “forfettaria” delle vicende giudiziarie.

Un'ottica che impone un computo sostanzialmente commerciale sugli aspetti del procedimento — nella quale solo argomentazioni indubitabilmente decisive nella prospettiva assolutoria assumono un valore specifico nella valutazione del rapporto costi/benefici sulla scelta della richiesta di patteggiamento — destinato a sfociare nella logica “mercantile” della trattativa sulla pena.

Un procedimento non infrequentemente vissuto come un male “necessario”, il cui vero effettivo vantaggio deve essere verificato in relazione ai tempi e ai modi della definizione del procedimento stesso.

Il fatto che la richiesta debba intervenire comunque prima del dibattimento (o dell'udienza preliminare, ove il titolo di reato la preveda) ovvero addirittura durante la fase delle indagini preliminari, consentendo di evitare qualsiasi forma di assunzione della prova (assunzione necessariamente lunga e costosa) rappresentava — e rappresenta, in un'epoca nella quale la crisi economica/organizzativa dell'apparato pubblico emerge come dato con il quale è impossibile non “fare i conti” — un incentivo di fortissimo impatto.

Nel quadro descritto, ovviamente delicato risulta il ruolo — non solo in chiave giuridica, quanto anche psicologica — del p.m. La pubblica accusa non decide sulla congruità della pena, ma, statisticamente, sottopone all'organo giudicante una soluzione che — per forza di cose — ha già previamente considerato nella prospettiva di una possibile “avallo” da parte di tale organo.

Differente la prospettiva sul rapporto accusa-difesa. Forse il legislatore aveva immaginato un modello articolato su un'iniziativa (“richiesta” appunto) proveniente dal difensore se non addirittura dall'indagato/imputato. In realtà, non è così; o meglio, spesso non è così.

Se davvero il legislatore ha ipotizzato l'istituto di cui all'art. 444 c.p.p. come uno strumento sinceramente ed efficacemente deflattivo, non vi è ragione per la quale la pubblica accusa non debba proporre alla difesa di percorrere tale strada. È in gioco, molto semplicemente ma altrettanto inequivocamente, l'applicazione in concreto del principio di cui all'art. 97 Cost., sul “buon andamento” dell'attività della pubblica amministrazione, troppo spesso non compiutamente considerato.

Il punto è un altro: quali variabili della già menzionata equazione entrano — e, possiamo aggiungere, entrano legittimamente — nella valutazione sulla congruità della pena da parte del p.m., sia essa proposta da tale organo che oggetto di una richiesta della difesa?

In un approccio ipocrita al problema, sarebbe indispensabile scrivere che tale congruità dovrebbe essere asetticamente valutata ipotizzando la richiesta di pena conseguente a un dibattimento celebrato per quel reato/i e per quell'imputato, ridotta di un terzo.

Non è così; non sempre, quantomeno. Diciamo, benevolmente, che possono esserci altre variabili che influiscono sul computo di congruità.

La “forza” e la “completezza” del quadro probatorio, innanzitutto. Non sempre la soglia di certezza o elevata verosimiglianza sull'affermazione della penale responsabilità che il p.m. dovrebbe doverosamente considerare prima dell'esercizio dell'azione penale si presenta nei medesimi termini. Può essere sufficiente per ipotizzare una condanna certa, ma può essere espressiva di un quadro probatorio più o meno consistente e più o meno completo. E allora, è possibile che il p.m. possa ritenere di prestare il consenso a una pena calibrata in funzione della qualità e complessità del predetto quadro probatorio proprio per eliminare — almeno in alcune situazioni — il “rischio” di un esito incerto del dibattimento. Scelta che, in casi limite, può addirittura essere condizionata, nel caso in cui l'organo giudicante sia stato già individuato, anche considerando l'approccio alla valutazione della prova di quello specifico giudice.

Può capitare, di rado e in ipotesi residuali, ma può capitare. È giusto? E sbagliato? Sappiamo che accade e che, pertanto, anche con questa variabile occorra “fare i conti”.

Ancora, spingendosi oltre in quella che per alcuni potrebbe essere la patologia del sistema, si deve osservare che non infrequentemente il possibile dibattimento, dopo l'esercizio dell'azione penale, è destinato o a svolgersi a una significativa distanza temporale rispetto all'esercizio dell'azione penale o — per altri, differenti e plurimi motivi — a durare per un altrettanto lungo

periodo. La prescrizione non incombe ancora (se così non fosse, sarebbe difficilmente ipotizzabile una richiesta di applicazione pena) ma potrebbe in seguito pesantemente incombere.

Può incidere tale fattore sull'entità della pena ritenuta congrua? Indubbiamente, non si può escludere che anche tale circostanza possa incidere, a torto o a ragione.

Così come, compiendo un ulteriore passo verso gli inferi del mondo giudiziario, dobbiamo considerare la possibilità che il p.m., considerando l'insieme particolarmente gravoso dei procedimenti — in fase di indagine come dibattimentale — in carico al proprio ufficio, possa inserire la prospettiva di ridurre — con il consenso a un patteggiamento a una pena più “ragionevole” — la prospettiva di impegno derivante da un futuro dibattimento.

Né è possibile aprioristicamente escludere che la stessa valutazione di congruità del giudice possa essere condizionata da un analogo fattore, almeno entro certi termini. Attenzione: anche su quest'aspetto non intendiamo esprimere alcun giudizio di valore: non si tratta di giustificare magistrati che vorrebbero “evitare” una quota di lavoro in termini generali e astratti (e su questo non possiamo concordare, ovviamente) quanto di considerare la situazione di coloro che “percorrono” forme di semplificazione per fornire- o cercare di fornire- una risposta il più possibile esaustiva alla domanda di giustizia che incombe sul loro tavolo.

Può non piacere, può non essere in sintonia con la “spirito” del legislatore ma si tratta di un profilo della realtà giudiziaria che sarebbe grave voler escludere o ignorare.

Un ultimo aspetto sulla valutazione della pena deve, infine, essere accennato, anche se in realtà si tratta di un profilo di carattere generale, addirittura generalissimo. In che misura i singoli uffici giudiziari devono garantire, l'uniformità delle pene applicate su base “consensuale”? È possibile, o opportuno o addirittura doveroso (specie in uffici a struttura ontologicamente gerarchica) uno sforzo di uniformità al riguardo, anche considerando il principio di cui agli artt. 3 e 97 Cost., sotto il profilo dell'eguaglianza e comunque dell'imparzialità?

La risposta, per quanto non semplice, porterebbe a ritenere che, se non obbligatorio, un criterio di massima - almeno per le fattispecie di reato più frequenti, per le quali quindi più stridente potrebbe rivelarsi un consenso a pene significativamente difformi — potrebbe risultare altamente opportuno. Molti uffici si sono “attrezzati” in tal senso, altri lo faranno: ogni sforzo in questo senso non potrà che essere tanto utile quanto apprezzabile.

3. Il modello inquisitorio “dolce”: il rito abbreviato

La l.n. 103/2017- cd riforma Orlando- è intervenuta in termini significativi, sul piano quantitativo come qualitativo- sull’istituto del rito abbreviato; intervento mirati in larga misura a “adeguare” le disposizioni normative a quelle che erano indicazioni condivisibili e stringenti espresse dalla Suprema Corte. Un istituto che, pertanto, non esce “stravolto” dal lifting rappresentato dalla legge menzionata, quanto correttamente ricalibrato sugli spunti giurisprudenziali. Una riforma che, pur riconoscendo alcune nuove possibilità operative per il p.m., non ne ha modificato sostanzialmente il ruolo. In questo senso, rispetto alla versione originaria dell'art. 438 c.p. con la l. n. 479/1999, come è noto, è venuta meno la possibilità del p.m. di condizionare con il proprio consenso la possibilità di accedere a tale rito. Una scelta che, pertanto, parrebbe del tutto rimessa alla difesa.

È così indubbiamente, almeno sul piano formale; meno, su quello sostanziale. Al riguardo, è indispensabile chiedersi in quali casi e per quali ragioni la difesa opti — o suggerisca di optare — per il rito abbreviato, al fine di verificare quando l'attività specificamente svolta dal p.m. possa riflettersi sulle scelte difensive.

Indubbiamente la richiesta di giudizio abbreviato può essere la scelta più opportuna ogni qual volta sia prevedibile un'affermazione di penale responsabilità in termini di certezza o elevata verosimiglianza, in particolare quando la pena edittale risulti elevata e quindi maggiore possa essere l'incentivo a fruire della riduzione di un terzo della pena che potrà essere applicata. Una riduzione oggettivamente prevedibile, che, per reati di particolare gravità, può rivelarsi particolarmente vantaggiosa, consentendo tra l'altro di evitare processi lunghi e costosi. Si può trattare, in limitati casi, di una scelta dettata anche dalla volontà di essere giudicati evitando l'udienza pubblica, trattandosi di procedimento in camera di consiglio.

Nondimeno, la scelta del rito abbreviato — rito che rappresenta un “diritto” dell'imputato — può essere vantaggiosa anche quando:

— la difesa possa essere fondata su una lettura in termini astrattamente “giuridici” del fatto, tale da portare a escludere che la qualificazione per la quale è stato esercitata l'azione penale sia corretta o quando si possa escludere che un fatto, per quanto storicamente provato, sia tale da integrare un'ipotesi penalmente rilevante.

— ogni qual volta gli elementi di prova raccolti durante la fase delle indagini non siano tali da escludere il ragionevole dubbio circa la colpevolezza dell'imputato, non risultando certa la sussistenza della prova “storica”.

In entrambi i casi, la difesa può essere tentata di scegliere il rito abbreviato per rimarcare due possibili errori del p.m.: nel primo caso sulla qualificazione giuridica, nel secondo sul “livello” di fondatezza degli elementi in fatto.

La questione in diritto — se considerata risolutiva sul tema della responsabilità — potrebbe anche essere oggetto di discussione, ai fini di una richiesta di sentenza ex art. 425 c.p.p., in sede di udienza preliminare. Può essere vantaggioso inserire la stessa in un contesto di rito abbreviato, in quanto l'eventuale sentenza di non luogo a procedere in esito all'udienza preliminare — ferme restando le possibili impugnazioni — potrebbe essere oggetto di revoca ex art. 434 c.p., a differenza di una sentenza di assoluzione in esito al rito abbreviato.

Più complessa e delicata la valutazione sul secondo profilo. Le criticità probatorie possono in effetti assumere una duplice natura: la prova può essere carente/incompleta ovvero può essere debole e/o contraddittoria.

In tali prospettive — specie nel secondo caso — la prova non sufficiente a fondare una condanna potrebbe pur tuttavia essere ritenuta sufficiente per la celebrazione di un giudizio. Giudizio nel corso del quale le contraddizioni potrebbero essere chiarite e le — almeno parziali — lacune colmate, così che la difesa potrebbe trovarsi, in sede di discussione dibattimentale, a fronteggiare un quadro probatorio decisamente più convincente e completo.

Al riguardo, si deve pertanto tornare al punto di partenza. Il p.m. non è più nella condizione di condizionare, prestando il consenso, la definizione del procedimento con rito abbreviato, ma di fatto la “qualità” del suo lavoro sarà, in molti casi, l'elemento decisivo per giungere a tale possibilità.

In che misura il numero e la complessità di procedimenti assegnati a un sostituto procuratore incide sulla capacità/possibilità da parte di questi di completare le indagini in termini chiari ed esaustivi, predisponendo quindi un materiale probatorio idoneo a una valutazione di responsabilità in caso di richiesta di giudizio abbreviato?

È una domanda legittima e doverosa, al quale, in questa sede, è impossibile fornire una risposta; è sufficiente sapere che si tratta — ancora una volta — di una delle “variabili” sopra descritte che possono condizionare il “prodotto giustizia” finale.

In effetti, sul tema del giudizio abbreviato non vale la pena sottolineare problematiche intrinseche — ontologiche, strutturali e dunque prevedibili — che la pubblica accusa deve affrontare — quali la qualificazione giudica dei fatti o la riferibilità soggettiva dei medesimi — comuni a qualsiasi forma di valutazione prodromica all'esercizio dell'azione penale. Al contrario si deve valutare, per così dire, il “livello probatorio” minimo sufficiente a supportare una prospettiva di dichiarazione di responsabilità. Ove tale livello non risulti raggiunto, la scelta di porre il giudice nella condizione di decidere non sulla necessità di celebrare un giudizio, ma sulla sussistenza delle responsabilità, può essere strategicamente corretta.

Non solo: il giudice può essere posto nella condizione di decidere anche alla luce di ulteriori elementi probatori che la difesa — preso atto del contenuto del fascicolo del p.m. — può evidenziare in esito a indagini difensive (da verbali di sito a documenti e/o consulenze), da depositare prima della richiesta di rito abbreviato, per contrastare la ricostruzione storica dell'accusa ovvero per sottolinearne ed evidenziarne le debolezze, a sostegno dell'innocenza dell'imputato.

L'aspetto problematico di tale soluzione, tuttavia, si annida nel disposto dell'art. 441, comma 5 c.p.p., in base al quale “*Quando il giudice ritiene di non poter decidere allo stato degli atti assume, anche d'ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione...*”.

Il problema — in astratto — è ancora una volta semplice; molto meno lo è nei singoli e concreti casi in cui può presentarsi. È impossibile stabilire in termini generali fino a quale punto l'organo giudicante in sede di giudizio abbreviato potrà e dovrà (e vorrà) farsi “supplente” di carenze investigative o potrà e dovrà (e vorrà) approfondire contraddizioni dell'impianto accusatorio, piuttosto che classificarle quali espressioni di un'insufficienza probatoria.

Se quanto sopra non fosse sufficiente, c'è un'ulteriore variabile — di non poco conto — destinata immancabilmente a condizionare le scelte della difesa in ordine al rito abbreviato. Inutile cercare tracce di tale variabile nel codice o nei commentari: nondimeno, una variabile di assoluto rilievo.

In ogni sede giudiziaria è noto l'approccio dei singoli organi giudicanti, siano essi monocratici che collegiali, alla quantificazione della pena; i G.U.P. non sfuggono a tale logica. E allora, se la prospettiva — in caso di condanna a seguito a richiesta di giudizio abbreviato — è quella di vedersi applicata una pena di entità (nonostante la riduzione del terzo ex lege) — di poco inferiore, pari o addirittura superiore a quella che sarebbe potuto essere applicata in esito al dibattimento, il sistema deflattivo previsto dal legislatore è destinato a “saltare”.

È di tutta evidenza che ogni giudice può e deve decidere in scienza e coscienza non solo in ordine alla sussistenza della penale responsabilità quanto anche sull'entità della pena da comminare. È, purtroppo, altrettanto evidente che laddove le pene applicate per specifiche tipologie di reati in esito al dibattimento siano sistematicamente pari o inferiori a quelle applicate in sede di giudizio abbreviato (in particolare laddove tale rito venga richiesto in occasione dell'udienza preliminare) i flussi di lavoro tra sezioni dibattimentali e ufficio G.I.P. non possono che esserne fortemente condizionati, al punto da imporre verifiche sulla stessa ripartizione organica dei magistrati all'interno del Tribunale.

L'ultima “variabile” destinata a incidere sulle scelte di richiedere il rito abbreviato deriva dalla possibilità per l'imputato - introdotta dalla l. n. 479/1999 e modificata significativamente dalla l.n. 103/2017- di richiedere il cd. “abbreviato condizionato” ex art. 438, c.p.p., ossia una richiesta subordinata a un'integrazione probatoria asseritamente necessaria ai fini della decisione. Richiesta a fronte della quale il giudice ammette il rito “se l'integrazione probatoria richiesta risulta necessaria ai fini della decisione e compatibile con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili”.

Anche rispetto a tale richiesta non è richiesto alcun consenso del P.M.; questi potrà dedurre prove contrarie e esprimere un parere sulla sussistenza delle condizioni, sopra indicate, che consentono l'ammissione al rito. Se quindi in questa prospettiva limitata e residuale è la possibilità per l'accusa di “incidere” sulla ricostruzione dei fatti e sul riconoscimento delle responsabilità, di nuovo di grande rilievo — soprattutto in quanto valutazione che appare caratterizzata da non indifferenti margini di discrezionalità — risulta il ruolo dell'organo giudicante.

In effetti, si tratta di una valutazione che verte su due profili cumulativi, il secondo dei quali, in particolare, sulla compatibilità “con le finalità di economia processuale proprie del procedimento” può essere interpretato — ovviamente legittimamente interpretato — in termini

profondamente differenti. Un aspetto, pertanto, che rende non semplice la previsione, per il difensore, in ordine alla possibilità che la richiesta di giudizio abbreviato condizionato possa essere accolta.

MARISTELLA CERATO

Violenza domestica: proposte di riforma

SOMMARIO: 1. La sentenza CEDU *Talpis c. Italia*. - 2. Violenza domestica e di genere: la Risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura del 9 maggio 2018. - 2.1. (*Segue*) I criteri per la valutazione del rischio. - 3. Due casi. - 4. Una proposta di riforma della vigente normativa. - 5. Conclusioni

1. La sentenza CEDU *Talpis c. Italia*.

Con la sentenza 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, n. 41237/14, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere¹. Secondo la Corte, le autorità italiane non sono intervenute per assicurare protezione ad una donna e ai suoi figli, vittime di reiterate violenze domestiche perpetrate dal marito sino al tentato omicidio della ricorrente e all'omicidio di uno dei figli. La Corte ha, quindi, ritenuto che lo Stato italiano di fatto abbia, con la sua *inerzia*, consentito il reiterarsi delle violenze e non abbia attivato le azioni positive di cui agli artt. 2 e 3 della Convenzione. La sostanziale passività delle autorità nazionali ha creato un contesto d'impunità favorevole alla ripetizione di questi atti di violenza, così violando l'obbligo, sancito anche dalla Convenzione d'Istanbul, di adottare le misure necessarie affinché tutte le forme di violenza rientranti nel campo di applicazione della Convenzione siano trattate senza ritardi ingiustificati e prendendo in considerazione i diritti della vittima in ogni fase del procedimento penale.

La Corte ha ravvisato anche la violazione dell'art. 14 Cedu per la tolleranza nei confronti di fatti indicativi di un'attitudine discriminatoria verso la vittima in quanto donna.

La sentenza *Talpis* individua, quale causa della ritenuta inerzia delle autorità competenti, l'aver sottostimato le violenze subite dalla ricorrente, violenze *di fatto tollerate in un contesto*

¹ Per un commento alla sentenza *Talpis c. Italia*, tra i molti R. Casiraghi *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, *DirittoPenaleContemporaneo*, rivista on-line, fasc. 3/2017, con allegato testo della sentenza Corte EDU; anche Paola De Franceschi *Violenza domestica: dal caso Rumor al caso Talpis cosa è cambiato nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo?*, *Giurisprudenza Penale*, rivista on-line 6 gennaio 2018

sociale, quale quello italiano, in cui, osserva la Corte, le violenze domestiche e la discriminazione subita in proposito dalle donne costituisce un problema grave, come evincibile da numerosi rapporti redatti da organismi sia nazionali che internazionali.

La censura della Corte è particolarmente significativa in quanto la vittima aveva attenuato, nel corso della vicenda processuale, la gravità delle accuse avanzate in precedenza contro il marito, comportamento questo che secondo la Corte non poteva esimere l'autorità giudiziaria dall'approfondimento della situazione.

La vicenda Talpis ha sollecitato in maniera irreversibile una riflessione sulla necessità di apprestare modalità adeguate di tutela e di prevenzione dei reati di violenza domestica.

In esecuzione di quanto emerge dalla sentenza della Corte EDU l'Italia è stata sollecitata a predisporre un *piano di azione* contenente le misure generali adottate dallo Stato per la protezione delle vittime di violenza domestica, finalizzate a "impedire un rischio per la vita e l'incolumità fisica", indicando lo stato attuale del "trattamento giudiziario del contenzioso avente ad oggetto la violenza sulle donne" e, comunque, ogni forma di violenza domestica.

Per quanto concerne la fase delle indagini, sono ormai acquisite modalità di lavoro quali:

-la costituzione presso le Forze dell'Ordine, destinatarie di direttive specifiche, di un pool assegnato alle indagini in tema di reati in danno dei soggetti deboli, i cui componenti hanno ricevuto adeguata formazione e seguono corsi di aggiornamento, anche al fine di garantire alle persone offese le informazioni di cui agli artt. 90 bis e 90 ter c.p.p.;

- la costituzione presso l'ufficio di Procura di un gruppo di lavoro di magistrati per la trattazione di procedimenti relativi a reati di violenza nei confronti dei soggetti deboli, procedimenti che devono essere trattati con priorità;

-l'utilizzo dell'istituto dell'incidente probatorio per assicurare tempestività e genuinità nell'assunzione della prova testimoniale;

-la predisposizione ed utilizzo di sale protette e munite di vetro unidirezionale e apparecchiatura di video ripresa e registrazione per l'audizione delle persone offese,

-l'interlocuzione con i Centri Antiviolenza e centri specializzati

-la collaborazione con i servizi sociali, anche al fine di tutelare i minori coinvolti negli episodi di violenza, a loro volta vittime della c.d. violenza assistita².

Essenziali sono anche le riunioni per l'attuazione delle linee guida nazionali con le Aziende sanitarie e le Aziende ospedaliere in tema di soccorso e assistenza socio-sanitaria alle donne vittime di violenza (come da decreto Presidente del Consiglio 24.11.2017, pubblicato in G.U. 30.1.2018, n. 24).

Ed, infine, nei reparti di Pronto Soccorso sono ormai attuate le modalità operative indicate nel Codice Rosa, al fine di assicurare alle vittime di violenza uno spazio adeguato per esporre quanto accaduto, consentire l'adeguata acquisizione di materiale probatorio e offrire assistenza medica e psicologica³.

2. Violenza domestica e di genere: la Risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura del 9 maggio 2018.

Proprio a seguito della sentenza *Talpis c. Italia*, il Consiglio Superiore della Magistratura con delibera 9 maggio 2018 ha adottato una *Risoluzione sulle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica*, dopo avere acquisito gli esiti del monitoraggio in ordine agli assetti organizzativi degli uffici “per effettuare una rinnovata ricognizione delle buone prassi esistenti e promuovere la conoscenza e diffusione di quelle risultate più virtuose sotto il profilo della tempestività dell'intervento giurisdizionale, della specializzazione dei magistrati e delle forze dell'ordine, delle collaborazioni interistituzionali”.

Il Consiglio Superiore ha ricordato la “drammatica recrudescenza” dei fenomeni delittuosi di violenza di genere contro le donne e di violenza domestica e ha evidenziato che l'efficace tutela delle vittime di violenza domestica richiede la tempestività dell'intervento giudiziario e, prima ancora, la *capacità di cogliere gli indicatori della violenza* da parte dell'autorità giudiziaria. Al paragrafo 7.5. della ricordata Risoluzione, il Consiglio Superiore delinea i profili della *valutazione del rischio* con espressioni chiarissime:

² Giuseppe Spadaro Violenza assistita intrafamiliare, *Il diritto vivente*, rivista on-line, 2/2018.

³ Per le linee guida sui pronto soccorso rosa, www.regioni.it/.../linee-guida-sul-pronto-soccorso-rosa.

“Il magistrato requirente e quello giudicante debbono prestare un’attenzione prioritaria al rischio che le violenze subite dalla vittima si ripetano nel tempo e/o degenerino. La reiterazione e l’*escalation* costituiscono infatti sviluppi fattuali comuni nel fenomeno della violenza di genere, che non di rado possono rinvenirsi alla base degli episodi più gravi e dall’esito infausto. *Un’adeguata risposta del sistema giudiziario in termini di efficacia e tempestività della protezione verso la vittima passa anche per l’individuazione di criteri in grado di riconoscere e valutare tale rischio* e l’utilizzazione degli stessi in alcuni momenti del procedimento che, *ex ante*, possono ritenersi più rilevanti di altri (es. nelle ore immediatamente successive all’intervento/soccorso delle forze di polizia o alla presentazione della denuncia; in prossimità o nelle ore successive ad un’udienza giudiziaria di un procedimento civile di separazione o divorzio o di un procedimento penale; in prossimità della cessazione di misure cautelari o dell’esecuzione della pena), al fine di supportare l’iniziativa del p.m. e la decisione del giudice in ordine all’adozione di misure cautelari, misure di sicurezza provvisorie o altri provvedimenti di protezione (es. gli ordini di protezione del giudice civile, l’allocazione della vittima presso case rifugio) ovvero, ancor prima, al fine di determinare la polizia giudiziaria nell’adozione delle misure pre-cautelari di sua competenza”.

Consegue la necessità per la polizia giudiziaria e per il magistrato di “valutare con estrema attenzione le parole pronunciate e gli atteggiamenti tenuti dalla persona violenta in presenza della vittima, allo scopo di intimorirla o minacciarla. In generale è stata rilevata *l’opportunità di agire in ottica precauzionale e, nell’incertezza, di assumere iniziative e decisioni che, anche quando non vi siano le condizioni di fatto e di diritto per adottare misure cautelari nei confronti della persona violenta, si indirizzino alla protezione della vittima, ad esempio attraverso il suo trasferimento in luoghi protetti o l’attivazione di altre reti di supporto”.*

2.1. (Segue) I criteri per la valutazione del rischio.

Nella Risoluzione 9.5.2018, le modalità di valutazione del rischio costituiscono un momento centrale della riflessione consiliare, propedeutico all’individuazione dei più efficaci strumenti di tutela. Osserva, infatti, il Consiglio: “a questo proposito, merita di essere segnalata *l’esistenza ormai consolidata di protocolli di valutazione del rischio* sviluppati nell’ambito

degli studi e delle ricerche sulla violenza di genere, la cui conoscenza si è diffusa nell'ultimo decennio anche presso le forze di polizia attraverso programmi di formazione *ad hoc*. Il più accreditato di tali strumenti, il c.d. *protocollo SARA* (Spousal Assault Risk Assessment – Valutazione del rischio di violenza domestica) è espressamente contemplato, insieme alle sue più recenti versioni SARA-PLUS e SURPLUS, dal Piano nazionale antiviolenza 2015-2017 che lo considera uno strumento (orientativo e non vincolante) adatto alla sperimentazione da parte di tutti i soggetti destinatari delle linee guida sulla valutazione del rischio che il Piano stesso reca al proprio allegato “D”. Tra i destinatari di tali linee guida è inclusa anche l'autorità giudiziaria, nella cui attività, sia in sede di indagini preliminari che in sede di esecuzione, le indicazioni dei protocolli potranno assumere il valore di un contributo ulteriore, necessariamente non vincolante, per la lettura del quadro probatorio a disposizione”.

Osserva, inoltre, il Consiglio Superiore che “presso alcuni uffici giudiziari è in uso la buona prassi di adottare un criterio di assegnazione *“per precedente”* allo stesso magistrato di tutte le notizie di reato a carico del medesimo indagato, ovvero riguardanti il medesimo gruppo familiare o la stessa persona offesa, così da favorire, in tempi brevi, valutazioni più adeguate in ordine alla *“personalità”/“qualità”* dell'indagato, nonché la rilevazione di rischi per l'incolumità della persona offesa; ciò tenuto conto del fatto che gli autori dei reati di interesse presentano, di regola, un'elevata *“recidiva specifica”* e trasmodano sovente da iniziali condotte genericamente minacciose e aggressive a forme ingravescenti di violenza, che potrebbero rivelarsi esiziali per l'incolumità della vittima”.

La Risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura auspica e sollecita la formazione di una *cultura della prevenzione* e la diffusione di questa cultura quale primario strumento di tutela. Come è stato osservato in altra sede, “la conoscenza delle situazioni di pericolo (da cui possono svilupparsi coscienza e autodifesa) dovrebbe essere alimentata, diffusa e comunicata in modo adeguato e comprensibile, dagli appartenenti al mondo scientifico, tecnico e politico-amministrativo⁴.

3. Due casi

⁴ Marilinda Mineccia Chi valuta, chi decide, chi giudica –a cura Dipartimento della Protezione Civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri, edizioni ETS, 2013.

Primo caso:

Tizio è imputato di capo A)- art. 582 c.p. (lesioni in danno della convivente guaribili in gg.5 come da referto del Pronto Soccorso), capo B)-ancora 582 c.p.(lesioni in danno della convivente di giorni otto come da referto da pronto soccorso) e capo C)- art. 612 c.p. per avere minacciato la convivente dicendole “non mi portare davanti al giudice perché divento veramente cattivo”(!), episodi accaduti da fine aprile a fine luglio del medesimo anno.

Esito: il giudice dichiara non doversi procedere in ordine ai reati ascritti per intervenuta remissione di querela.

È stata spontanea la remissione di querela? È stata espressione di libera autodeterminazione? E come si è attuata la doverosa presenza tutelante delle istituzioni? Nel fascicolo non vi è nulla, solo un grande silenzio in proposito.

Come diceva Tacito, *ubi solitudinem faciunt, pacem appellant.*

Secondo caso:

Tizio imputato capo A- del reato di cui all'art. 572, 61 n. 11 quinquies c.p. per avere offeso la moglie con espressioni ingiuriose, per averla minacciata di ucciderla brandendo un coltello da cucina, per averla in numerose occasioni colpita con pugni, schiaffi, calci e violente spinte, anche durante il periodo di gravidanza, cagionandole lesioni personali consistite in frattura della 7° costa destra giudicate guaribili in gg. 28 e, in epoca successiva, le lesioni di cui al capo B, con l'aggravante di aver commesso il fatto in presenza della figlia minore, fatti accaduti secondo l'imputazione nell'arco di tredici anni; capo B- del reato di cui agli art. 582, 585(lesioni refertate al Pronto Soccorso con prognosi di giorni sei) in relazione all'art. 576 n. 1 e 5 c.p. e 61 n. 2 c.p. nonché art. 577 u.c. c.p., con le aggravanti di avere commesso i fatti per eseguire il reato di cui al capo A, in occasione della commissione del delitto di cui all'art. 572 c.p. e ai danni della moglie convivente

Esito: assolto per capo A perchè il fatto non sussiste. In motivazione della sentenza si legge che sono state accertate condotte censurabili ed illecite dal punto di vista penale ma non tali da realizzare un clima avvilente e mortificante per la vittima. Nel periodo in contestazione -tredici anni -l'imputato avrebbe percosso la moglie circa tre-quattro volte all'esito di liti, prevalentemente per motive di gelosia e per il carattere forte di entrambi i coniugi. Si tratta al più

di comportamenti sintomatici di immaturità e facilità all'ira, ma non sufficienti ad instaurare quel gravissimo clima di sopraffazione che invece è insito nella fattispecie di cui all'art. 572 c.p.

Per capo B, vista la prognosi di giorni sei, non sussistendo aggravante ulteriore rispetto al rapporto di coniugio, venuta meno l'aggravante del nesso teleologico, il fatto deve ritenersi perseguibile a querela di parte, querela rimessa dalla persona offesa, con conseguente declaratoria di non doversi procedere per essersi il reato estinto per remissione di querela.

In questo caso, oltre alla solitudine della vittima, si accede all'immaturità e facilità all'ira dell'imputato come giustificabili tratti caratteriali!

Per una effettiva tutela è dunque essenziale, anche per le autorità giudiziarie e le forze dell'ordine, *acquisire gli strumenti utili per la valutazione degli indicatori di violenza*, imparare ad ascoltare anche i silenzi delle persone offese. E comprendere il linguaggio non verbale del corpo delle vittime.

La Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, recepita dal Decreto legislativo 15 dicembre 2015, n. 212 recante *Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*, ha fornito numerose indicazioni, trasfuse nel nostro ordinamento. Innanzitutto, ha fornito un chiaro parametro per definire la “*violenza nelle relazioni strette*”, costituita dalla violenza attuata “dall'attuale o ex coniuge o partner della vittima o da un altro membro della sua famiglia, a prescindere dal fatto che l'autore del reato conviva o abbia convissuto con la vittima” (considerando 18).

Sono state introdotte norme relative all'obbligo di informazione della persona offesa in ordine ai propri diritti e all'obbligo di utilizzo di un linguaggio a lei effettivamente comprensibile, al fine di comprendere la valenza e le conseguenze di quanto dichiarato (art. 1 comma 1, lett. b) D.Lgs. 212/2015).

Sono stati finalmente recepiti i criteri per individuare le condizioni di particolare vulnerabilità della persona offesa (art. 90-quater c.p.p.) al fine di consentirne l'escussione con l'ausilio per la polizia giudiziaria e il pubblico ministero di esperti in psicologia e il ricorso all'incidente probatorio per evitare reiterate vittimizazioni secondarie (art. 392 comma 1 bis ultima parte c.p.p.)

Anche per quanto concerne l'esecuzione delle misure cautelari e delle misure di sicurezza detentiva, la persona offesa, che ne abbia fatto richiesta, ha diritto di essere informata in ordine alla effettività e modalità di esecuzione della misura.

Nella vita quotidiana, le norme indicate sono funzionali alla tutela *se* la vittima denuncia o querela, *se* non rimette la querela nei casi in cui è consentito, *se* non attenua in successive dichiarazioni quanto in precedenza evidenziato. *Tuttavia*, la pluralità degli studi compiuti nei casi di violenze domestiche ha ormai in modo univoco appurato che:

1-le vittime delle violenze sono in misura nettamente prevalente donne che molto spesso non denunciano/querelano (secondo alcune stime, oltre il 90% delle vittime non denuncia il fatto- cfr. *Violenza sulle donne: le denunce sono solo la punta dell'iceberg, il 90% ancora teme*, di Linda Laura Sabbadini - LaStampa 05 Agosto 2018)⁵;

2-altrettanto spesso tali denunce/querelle vengono ritirate⁶;

3-il modello del comportamento violento dell'aggressore segue uno schema tipico, iniziando con singoli gesti violenti (minacce, lesioni lievi) per proseguire con l'attuare condotte sempre più invasive e intimidatorie.

Questi dati fattuali costituiscono il motivo di inciampo e di arresto delle azioni di tutela e a questi si ritiene che l'ordinamento debba dare, nei limiti del possibile, una risposta concreta e progettuale. In particolare, si ravvisano le seguenti discrasie rispetto alla doverosa protezione nei confronti delle vittime:

a-nel vigente sistema, la remissione della querela da parte della vittima può essere solo processuale (cfr. art. 612 *bis*, comma 4 c.p.), cautela peraltro di fatto mitigata dalla possibilità di una remissione anche davanti alla polizia giudiziaria, in un contesto, quindi, non garantito dalla presenza del giudice terzo rispetto alle parti. Si è infatti ritenuto che in tema di delitto di atti persecutori, è idonea ad estinguere il reato non solo la remissione di querela ricevuta dall'autorità giudiziaria ma anche quella effettuata davanti ad un ufficiale di polizia giudiziaria, atteso che

⁵ Per i dati statistici relativi alla violenza sulle donne, www.istat.it/violenza-sulle-donne, con apposito portale internet che fornisce un quadro informativo sulla violenza contro le donne in Italia. Il Ministero della Giustizia nel 2017 ha pubblicato *Femminicidio in Italia. Inchiesta statistica (2010-2016)* a cura della Direzione Generale di statistica; Relazione finale della Commissione parlamentare sul fenomeno del femminicidio e la violenza di genere.

⁶ Claudia Pecorella *Sicurezza vs Libertà? la risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra istanze repressive e interessi della vittima*, testo della relazione svolta al Convegno internazionale "Quali politiche per la sicurezza?", Perugia 14-15 novembre 2014, *DirittoPenaleContemporaneo*, rivista on-line

l'art. 612 bis comma 4 c.p., facendo riferimento alla remissione "processuale", evoca la disciplina risultante dal combinato disposto degli artt. 152 c.p. e 340 c.p.p., che prevede la possibilità di effettuare la remissione anche con tali modalità"(cfr. Cass. Pen. sez. 5 sentenza n. 18477 del 26.2.2016).

b- incide anche la mancata previsione nei reati di cui agli artt. 582 (lesioni) e 612 c.p. (minaccia) di un' aggravante costituita dalla presenza di una relazione, perdurante o esaurita, con l'autore del fatto, come ora specificamente indicato nell'art. 612 bis c.p. per il reato di atti persecutori. Si consideri che questi reati (minaccia, lesioni) sono spesso prodromici all'attuazione di condotte lesive ben più gravi e ,comunque, indicativi di una distorta comunicazione nella relazione;

Si ritiene, quindi, che il modo in cui il sistema è oggi organizzato favorisce di fatto, nell'attuale contesto storico e sociale, il verificarsi di errori nella valutazione del rischio e la mancata tutela delle vittime di violenza domestica⁷.

4. Una proposta di riforma della normativa

Le *discrasie di sistema* evidenziate inducono a ritenere possibili ed utili modifiche dell'attuale normativa per sciogliere il nodo cruciale della reticenza delle vittime a presentare querela o denuncia e per offrire loro sostegno adeguato nel momento in cui intendono rimettere la querela, in modo che tale scelta sia pienamente consapevole.

Innanzitutto, è necessario *cogliere nelle parole e nei gesti della persona offesa la sua storia*, dandole uno spazio di ascolto "al fine di ricostruire i fatti di un procedimento penale (che) appare una azione ovvia, in realtà ascoltare con completezza ed autenticità implica sforzo e notevole impegno...a volte si ascolta una persona nel senso di *sentire* quello che dice, ma senza *comprendere* veramente il significato delle sue parole e la situazione nella quale si è trovata, perché non si è in grado di calarsi nella soggettività di chi ascolta. Il giudice, il pubblico ministero che conduce le indagini, l'operatore di polizia giudiziaria, devono sviluppare questa capacità, che non consiste nell'identificarsi con l'altro _ perché altrimenti non si riuscirebbe a valutare _ ma nel sapere *entrare nella soggettività umana e psicologica dell'altro*, per poi

⁷ Come nel modello dello human error proposto da James Reason, in M. Krogerus e R. Tschappeler Piccolo manuale delle decisioni strategiche, Rizzoli, 84-85.

rientrare nella propria e quindi ritornare a vedere la situazione in modo globale, dal di fuori, con la serenità e il distacco dell'imparzialità. Imparzialità è anche assenza di pregiudizi, costante tentativo di superare i propri schemi precostituiti"⁸.

E questa cautela, deve essere attuata in tutti i casi di possibili reati commessi nel contesto di una relazione affettiva distonica, anche in quelli apparentemente meno gravi, perchè, come è ormai acquisito, il comportamento violento procede secondo un crescendo, sicuramente favorito dalla percezione da parte dell'autore dell'impunità.

In particolare, è auspicabile l'introduzione di una specifica previsione normativa che assicuri alla persona offesa da reati commessi nell'ambito di una perdurante o pregressa relazione affettiva *nel momento della remissione di querela*:

- a- un concreto sostegno psicologico;
- b- una piena informazione delle conseguenze giuridiche della scelta, in termini comprensibili, sotto il profilo linguistico e del contesto culturale di appartenenza.

5. Conclusioni

La sentenza *Talpis c. Italia* richiede allo Stato italiano un cambiamento culturale profondo. La Corte di Strasburgo auspica la formazione di una *cultura della prevenzione* e dell'attenzione ai fattori indicatori di rischio. Sollecita, altresì, la formazione di una consapevolezza sociale per ritenere inviolabile il rispetto dell'integrità psico-fisica altrui.

L'effettiva verifica della volontà processuale delle vittime e la tempestiva applicazione delle norme per sanzionare comportamenti lesivi, *privandoli del rinforzo sociale costituito dalla loro sottovalutazione*, sono potenti fattori di cambiamento. Infatti, attraverso l'applicazione delle norme si trasmettono importanti messaggi, strumenti di formazione e di informazione.

Diviene essenziale negli operatori una preparazione interdisciplinare, intesa come costruzione di un nuovo sapere da sviluppar ben prima dell'ipotetica instaurazione di un processo penale, oltre che, ovviamente, durante lo stesso.

E non dovrebbero ritenersi giustificabili le condotte lesive perché attuate in situazioni di turbamento emotivo, quali una convivenza conflittuale o una separazione in corso.

⁸ Mineccia, cit.

PIETRO POLLIDORI

La tutela penale dei lavoratori all'estero

Il tema di questo scritto riguarda una problematica di assoluto rilievo, aumentato ancor di più negli ultimi anni - in modo esponenziale, negli ultimi quindici anni - dalle drammatiche vicende dagli atti di terrorismo nei confronti di dipendenti di società italiane che operano all'estero. La questione tuttavia concerne una vasta tipologia di situazioni, riguardanti reati comunque commessi in danno di lavoratori all'estero.

Innanzitutto, dal punto di vista della procedura, si ricorda che recentemente è stata introdotta dalla L. 131/2016 la norma (art 10 cpp co 1 bis) che prevede, nei casi di reati commessi interamente all'estero in danno di cittadini, la *competenza territoriale* del Tribunale di Roma, e quindi della locale Procura, quando la stessa non può essere determinata altrimenti ai sensi del primo comma del predetto art. 10 cpp. I criteri indicati da tale norma sono il luogo di residenza, di dimora, del domicilio, dell'arresto o della consegna dell'imputato e, in caso di pluralità di imputati, il giudice competente per il maggior numero di essi.

Circa la *giurisdizione* italiana, invece, è prevista, a determinate condizioni tassativamente indicate, dall'art. 10 cp, nel caso di reato commesso dallo *straniero* - ad esempio organizzazioni criminali - all'estero in danno di cittadino italiano.

Per quanto concerne invece la commissione di illeciti, in danno di lavoratori, in territorio estero *da parte di cittadini italiani*, la giurisdizione italiana è indicata dall'art. 9 c.p.

In tale ambito, in ordine alle condizioni di procedibilità (*rectius*, di punibilità) nei casi di infortuni sul lavoro - morte o lesioni di lavoratori italiani all'estero - è stato ribadito dalla giurisprudenza di legittimità (Cass pen. 17/10/2014 n. 43480) la giurisdizione italiana ex art. 9 c.p., tra gli altri casi, anche ex co. 2 del medesimo articolo, su istanza della persona offesa nel caso di denuncia di prossimi congiunto del lavoratore deceduto.

In generale, dal punto di vista del diritto sostanziale, deve evidenziarsi che è prevista una responsabilità sia in ambito civile - derivante dall'art. 2087 cc, che però in questa sede non interessa - che penale del datore di lavoro italiano. Concerne, in larga misura, vicende relative ad imprese italiane operanti al di fuori del territorio nazionale.

Il principio ispiratore è quello per cui il datore di lavoro è responsabile nei confronti dei dipendenti, avendo un obbligo di protezione; ciò vale non solo in relazione a tutti i rischi, non solo infortunistici ma anche di sicurezza per eventi di altra natura.

I soggetti nei cui confronti c'è il dovere di protezione sono tutti i dipendenti in servizio all'estero, a qualsiasi titolo, anche in servizio temporaneo.

La normativa vigente applicabile in sede penale è quella del d.l.vo. 81/2008, relativa alla sicurezza dei lavoratori, e del d.l.vo 231/2001, concernente la responsabilità delle imprese per illeciti amministrativi derivanti da reati.

Quest'ultimo decreto legislativo ha introdotto sanzioni, indicate dall'art. 9, quando vengono accertati reati - ivi compresi quelli nei confronti dell'incolumità personale - in danno di dipendenti, commessi nell'interesse dell'imprenditore da parte di soggetti riconducibili all'ente nell'ambito del ruolo funzioni. Si deve quindi verificare, nel procedimento penale, se nell'organizzazione dell'azienda erano state posti in essere congrui sistemi di prevenzione dei reati indicati specificamente.

Tra le altre fattispecie per cui si applica il d.l.vo n. 231, e quindi il sistema sanzionatorio amministrativo nei confronti degli enti per i quali viene accertata la trasgressione ad adeguate procedure organizzative, sono indicate quelle ex artt. 630 e 289 bis cp, relative a sequestro di persona a scopo di estorsione, o di terrorismo, ma altresì (art. 25 del medesimo decreto legislativo) quelle relative all'omicidio colposo ed alle lesioni gravi commesse in violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori .

Peraltro, tale normativa si applica, ex art. 4 del decreto 231, anche nelle ipotesi di enti che hanno la sede

principale in Italia per reati commessi all'*estero* dove sta operando, *solo* però *se* non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto (co 1).

Ai sensi del citato Testo Unico 81/2008, il datore di lavoro, persona fisica, ha l'obbligo (art 28) - sanzionato con pene previste da tale testo - di realizzare un adeguato Documento di valutazione di rischi (DVR), con riferimento a quelli connessi all'espletamento del lavoro nello specifico contesto estero dove i dipendenti andranno a svolgere il proprio servizio, e quindi anche in relazione all'ipotesi, come accennato precedentemente, del sequestro di persona e comunque per qualsiasi contesto.

In particolare, l'art. 28 cit. prevede l'obbligo di valutare tutti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari - tra cui, evidentemente, deve intendersi anche quelli connessi ad aggressioni da parte di organizzazioni criminali - e di adottare le relative misure di prevenzione e protezione. Ovviamente, con l'espressione "rischi particolari" possono essere comprese innumerevoli categorie di eventi e di attività lavorative.

Sul punto, si è espressa chiaramente in conformità la "Commissione per gli Interpelli", istituita presso il Ministero del Lavoro, in seguito a specifico quesito formulato nel 2016 da un'associazione sindacale, per un quesito relativo ai lavoratori delle compagnie aeree.

Tra le applicazioni, in sede giudiziaria, di tale complesso normativo, può citarsi a mero titolo di esempio quella, recente, relativa al procedimento per iniziativa della Procura di Roma a carico di dirigenti di impresa italiana per il decesso in Libia, nel marzo del 2017, di due dipendenti.

Il procedimento inerisce l'omessa adozione di doverose misure di protezione e precauzione nei confronti degli stessi in occasione del loro trasferimento, avvenute in mancanza di condizioni di sicurezza, nel luogo di lavoro, in occasione del quale avvenne il loro sequestro da parte di organizzazioni criminali.

Ciò considerato, è utile ora esaminare brevemente la questione nell'ipotesi di *distacco*, che ben può verificarsi in relazione a dislocazione di lavoratori dipendenti in impresa, operante anche all'estero, collegata a quella -in Italia - che effettua appunto il distacco.

Si verifica, ex art. 30 d.l.vo 276/2003, quando un datore di lavoro pone temporaneamente, per un effettivo interesse della propria impresa, i lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa.

Orbene, ai sensi dell'art. 3 del d.l.vo 81/08, nel caso di distacco, tutti gli obblighi di prevenzione e protezione sono a carico dell'impresa a cui vengono inviati i lavoratori, salvo l'obbligo del soggetto che, invece, effettua tale dislocazione di informare e formare il lavoratore sui rischi connessi alle mansioni da svolgere. Per quest'ultimo (impresa italiana operante in Italia), permane, quindi, una posizione di garanzia

Tale principio - già di per sé chiaro - è stato altresì ribadito dalla giurisprudenza di legittimità (ex plurimis, Cass sez IV, 15/4/2015 n. 15696). La S.C. ha infatti precisato che il datore di lavoro che realizza il distacco conseguentemente, è responsabile quando la sua condotta omissiva ha anch'essa, oltre a quella dell'impresa ricevente - cagionato l'evento lesivo per il lavoratore per mancata adozione di misure precauzionali e di informazioni, al medesimo, in presenza di situazioni pericolose, o comunque di rischi.

La sua condotta, d'altronde, non potrebbe essere scriminata dal principio dell'affidamento, non applicabile in questo caso che non sussiste proprio per la colpevole inosservanza da parte del datore di lavoro di regole e norme precauzionali.

ANNA FERRARI

Modelli di gestione amministrativa di carcere e misure alternative alla pena detentiva: le peculiarità dell'ordinamento italiano nel quadro europeo

SOMMARIO: 1. L'iter normativo. - 2. «Comunità» e collocazione europea. - 3. La gestione del minorile. - 4. Forme di coordinamento fra «prison» e «probation».

1. L'iter normativo.

Nell'ambito dell'esecuzione penale, uno dei temi attualmente oggetto di discussione a livello europeo è quello sulla preferenza da accordare a modelli di gestione unitaria o separata fra «prison» e «probation»¹: i concreti risvolti sono evidenti in termini di lotta al sovraffollamento carcerario, garanzia di dignità delle condizioni di detenzione, risocializzazione e responsabilizzazione del condannato.

L'opzione dell'Italia per la separazione fra amministrazione del sistema penitenziario rispetto alla gestione delle misure alternative alla detenzione si è sviluppata con un *iter* complesso avviato nel 2015: anteriormente l'ordinamento italiano aveva optato per la gestione unitaria e, così, al solo Dipartimento per l'Amministrazione Penitenziaria facevano capo entrambi i settori².

La scelta del modello separato si ricollega alla cd sentenza pilota sul caso Torreggiani³; come è noto, si tratta di quella particolare forma di pronuncia che la Corte EDU utilizzata quando ci si trova di fronte ad un problema strutturale della legislazione di un determinato Stato. In questi casi, la Corte non si limita ad individuare il problema e a condannare lo Stato convenuto ma si spinge ad indicare, nel dispositivo, le misure più idonee che il Paese interessato è chiamato a realizzare per porre rimedio alla criticità rilevata: segue uno stretto monitoraggio della Corte EDU

¹ Il tema è stato al centro della 23^a Conferenza dei Direttori dei servizi di *prison* e *probation* del Consiglio d'Europa, Estonia, 19-20 giugno 2018.

² L'Irlanda e la Grecia hanno sistemi separati mentre Finlandia, Bulgaria ed Estonia sono esempi di modelli unitari.

³ Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia.

sulla adozione o meno di tali misure. E fra le misure adottate dall'Italia⁴ va annoverata la riorganizzazione del sistema di «probation» che, attraverso la separazione dalla gestione degli istituti di pena, è stato posto su di un piano di autonomia rispetto all'esecuzione inframuraria.

In specie, il D.P.R. 15 giugno 2015, n. 84 di riorganizzazione del Ministero della Giustizia recante «Regolamento di riorganizzazione del Ministero della giustizia e riduzione degli uffici dirigenziali e delle dotazioni organiche» nel prevedere un'articolazione amministrativa suddivisa in quattro Dipartimenti ha attribuito al Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità l'intero sistema di «probation»: quanto ai destinatari, si occupa degli adulti e dei minori di età; quanto alla tipologia di misure, spazia dall'istituto della messa alla prova fino alle misure alternative alla pena detentiva.

Il processo di separazione del «probation» dall'amministrazione penitenziaria è proseguito con il D.M. 17 novembre 2015 con cui sono stati individuati presso il Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità gli uffici di livello dirigenziale non generale, definendone i compiti, nonché le articolazioni dirigenziali territoriali in esecuzione di quanto previsto dall'art. 16 D.P.R. n. 84/2015.

Il D.M. 23 febbraio 2017 ha, poi, fatto degli Uffici Locali di esecuzione penale esterna la capillare articolazione sul territorio del sistema di «probation». Inoltre, il D.M. 1° dicembre 2017 ha dotato i servizi di «probation» di un ruolo del Corpo di Polizia Penitenziaria⁵.

2. «Comunità» e collocazione europea.

La scelta del termine «Comunità» che compare nella denominazione del nuovo Dipartimento non è casuale e affonda le radici nell'esperienza di «probation» europea compendiata nella Raccomandazione Rec (2017)3 sulle sanzioni e misure di comunità adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel marzo 2017. Quest'ultima adotta una definizione molto ampia di «misure e sanzioni di comunità» posto che comprende tutti quegli istituti giuridici che se, da una parte, incidono sulla libertà personale dell'interessato attraverso restrizioni quali

⁴ Oltre a molti altri strumenti quali l'istituto della liberazione anticipata speciale, l'ampliamento dell'applicabilità della detenzione domiciliare, i rimedi risarcitori e compensativi per far fronte alla detenzione degradante, l'introduzione del Garante nazionale diritti persone detenute o private della libertà personale.

⁵ Recante «Misure per l'Organizzazione del personale del Corpo di Polizia Penitenziaria negli Uffici di esecuzione penale esterna, nonché per l'individuazione dei compiti e per la selezione del medesimo personale».

l'imposizione di obblighi o la sottoposizione a condizioni, tuttavia, mantengono la persona sul territorio e fuori dal circuito carcerario⁶. Nel nostro ordinamento, rientrano nella nozione di «misure e sanzioni di comunità» sia le misure alternative alla detenzione disciplinate nella legge di ordinamento penitenziario⁷, che le misure di sicurezza non custodiali come la libertà vigilata ma anche l'istituto della messa alla prova di cui all'art. 168bis cod. pen. ed il lavoro di pubblica utilità. La competenza del Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità, infatti, si estende anche a tali ultimi istituti che prescindono dalla sentenza di condanna definitiva ma che tuttavia incidono sensibilmente sulla libertà personale al di fuori del circuito carcerario. Un ambito di operatività che, pertanto, si sovrappone a quello della citata raccomandazione e proietta il Dipartimento in dimensione europea.

3. La gestione del minorile.

La denominazione data al nuovo Dipartimento fotografa un tratto essenziale del modello separato italiano che costituisce una particolarità che non ha paralleli in Europa: si ha, invero, una gestione amministrativa congiunta fra «probation» per gli adulti e per i minori di età pur se attraverso due distinte Direzioni generali.

Ma vi è un'ulteriore importante peculiarità che non trova riscontro in altri Paesi europei: non soltanto il Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità gestisce congiuntamente «probation» per adulti e minorenni, ma anche il sistema degli istituti di pena per i minori di età. L'intervento normativo che ha separato l'amministrazione penitenziaria e le misure alternative in Italia si è, infatti, sviluppato mantenendo la pregressa unitarietà con riguardo all'autore di reato minorenni⁸: si è *innestato*, se così si può dire, sul minorile il settore del «probation» per adulti.

Si potrebbe obiettare che si sia trattato di un'operazione di mero *maquillage*: in realtà, la *ratio* di tale scelta pare sia maturata nella considerazione che il sistema di esecuzione penale

⁶ È importante notare che la raccomandazione si rivolge anche all'indagato e all'imputato e, quindi, non soltanto all'esecuzione penale in senso stretto che, nel nostro ordinamento, è di competenza della magistratura di sorveglianza. Ed infatti, la raccomandazione afferma espressamente che detta regole per qualunque misura assunta prima della definitività della decisione oltre che per ogni sanzione irrogata da un'autorità giudiziaria o amministrativa consistente in restrizioni alla libertà personale da eseguire fuori dal carcere: la raccomandazione si rivolge, pertanto, anche i giudici di cognizione.

⁷ Come l'affidamento in prova al servizio sociale.

⁸ Il Dipartimento per la Giustizia Minorile gestiva, infatti, sia gli istituti minorili che le misure alternative alla detenzione.

minorile ha dato impulso, almeno dall'entrata in vigore del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 sul nuovo processo penale minorile⁹, ad istituti normativi e prassi virtuose che rappresentano il modello attuale di «probation» per gli adulti. Si pensi all'istituto della messa alla prova che ha avuto origine proprio nel settore minorile, ove rappresenta la regola e non l'eccezione¹⁰. La messa alla prova per gli adulti si sviluppa, infatti, a partire dalla L. 28 aprile 2014, n. 67 recante «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili»; e si modella sulla base dell'esperienza minorile pur con tratti peculiari, primo fra tutti la possibilità di ricorrervi solo per talune tipologie di reato¹¹.

Lo stesso può dirsi per l'istituto della mediazione penale, una *faccia* della giustizia riparativa che non conosce nel nostro ordinamento una disciplina organica¹², che nasce come mediazione penale minorile e da lì è mutuato per gli adulti. Il citato Decreto n. 448 del 1988 all'art. 28 ha, infatti, previsto la possibilità per il giudice di promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato. E nella messa alla prova, l'art. 464*bis* cod. proc. pen. stabilisce che il programma preveda le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa.

⁹ Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, recante «Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni».

¹⁰ Si pensi, ad esempio, che la messa alla prova per i minori di età non conosce limite in relazione al tipo di reato commesso, esperibile anche per l'omicidio volontario. Le tipologie di reati rispetto alle quali la mediazione penale minorile appare maggiormente indicata sono: reati procedibili a querela di parte; reati evocativi di conflitti di prossimità ove di fatto è mancata, nella vicenda umana, la comunicazione; delitti familiari; delitti in contesti ambientali ristretti (scuola, luoghi di svago e ricreazione); reati caratterizzati da condotta reiterata di sopraffazione con vittima cd soggetto debole: è il caso del bullismo e del cyberbullismo in cui la mediazione può coinvolgere l'intera comunità scolastica; delitti di deturpamento e imbrattamento di beni immobili o mezzi di trasporto ovvero laddove il bene pubblico è una vittima cd istituzionale. Per i reati di sangue, di violenza sessuale, di estorsione, nel contesto della criminalità organizzata, va tenuto presente il rispetto del *tempus* adeguato a intraprendere un percorso di mediazione penale: è fortemente sconsigliato l'intervento della mediazione nella fase immediatamente successiva al fatto di reato nei delitti più gravi. Pare utile in tali casi, differire la mediazione penale alla fase dell'esecuzione della pena, a processo terminato.

¹¹ Qui opera il principio delle preclusioni derivanti dal tipo di reato per cui si procede ed al limite edittale della pena (anni quattro).

¹² Pur se vi sono stati progetti di legge in tal senso come il decreto recante «Disposizioni in materia di giustizia ripartiva e mediazione reo-vittima in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83, 85, lett. F), della L. 23 giugno 2017, n. 103» che all'art. 1 stabilisce che l'accesso ai programmi di giustizia riparativa è previsto per tutti i condannati e gli internati, senza sbarramenti oggettivi o preclusioni soggettive.

Tutti motivi questi che spiegano perché la gestione *separata* scelta dall'ordinamento italiano per l'autore di reato maggiorenne¹³ diventa, tuttavia, *unitaria* quanto alla gestione del settore minorile.

4. Forme di coordinamento fra «prison» e «probation».

Il nuovo modello organizzativo che ha separato la gestione degli istituti di pena dal sistema delle misure alternative alla detenzione in carcere conosce forme di coordinamento e di interazione reciproca fra il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e il Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità: ciò avviene attraverso più strumenti, quali le circolari interdipartimentali e la formazione congiunta del personale.

In particolare, e con riguardo al primo profilo, con la circolare interdipartimentale¹⁴ del 29 settembre 2016 si è regolata l'attività di collaborazione nel trattamento penitenziario tra Uffici Interdistrettuali di Esecuzione Penale Esterna e Provveditorati dell'Amministrazione Penitenziaria. Sono state, così, introdotte linee guida comuni di indirizzo alle strutture operative dei due Dipartimenti con la finalità di prevenire il sovraffollamento carcerario. Queste linee guida comprendono la previsione di accordi territoriali fra Provveditorati dell'Amministrazione Penitenziaria e Uffici Interdistrettuali di Esecuzione Penale Esterna aventi ad oggetto modalità operative volte al miglior utilizzo delle risorse umane in una prospettiva di integrazione e collaborazione ai sensi dell'art. 4 Reg. Esec. Ord. Penit¹⁵.

Così come nella medesima circolare si è previsto che nei servizi di «probation» sia introdotta la figura del funzionario di servizio sociale referente per i rapporti con gli istituti di pena ed incaricato dei procedimenti relativi alla popolazione detenuta. In parallelo, all'interno dell'istituto penitenziario viene individuato un funzionario che cura i rapporti con i referenti dei servizi di Esecuzione Penale e Esterna soprattutto per fare emergere le priorità d'intervento: quali, ad esempio, l'osservazione dei detenuti con presupposti oggettivi e soggettivi che consentono, quanto meno teoricamente, l'accesso a misure alternative, nonché il trattamento dei detenuti con

¹³ Istituti di pena al Dipartimento per l'Amministrazione Penitenziaria, misure alternative alla detenzione al Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità.

¹⁴ Del Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità e del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria.

¹⁵ Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230 recante «Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà».

particolari problematiche personali, sanitarie e famigliari. Il sistema penitenziario dell'Estonia conosce una figura analoga che ha sviluppato ed amplificato nelle competenze fino a farle assumere un ruolo chiave nella risocializzazione del detenuto. Si tratta della cd «persona di contatto», di formazione universitaria, che redige il piano di trattamento ed è determinante per il passaggio alla fase dell'esecuzione extramuraria; la persona di contatto ha anche la potestà disciplinare e decisionale sui colloqui e permessi concessi al condannato. Detto operatore penitenziario gestisce un numero massimo di trenta detenuti di cui ha, dunque, una conoscenza diretta: il tema del rapporto immediato col condannato è particolarmente sentito a livello europeo. Si pensi che in Svezia ogni agente di «probation» gestisce al massimo venticinque soggetti.

Tornando all'ordinamento italiano ed all'aspetto della formazione del personale quale ulteriore forma di coordinamento fra i due Dipartimenti, va osservato che se il reclutamento del personale è di norma separato, tuttavia il personale di Polizia Penitenziaria è reclutato unitariamente per gli istituti di pena e gli Uffici di Esecuzione Penale esterna; solo in una fase successiva alla assunzione viene svolto un interpellato che seleziona -sulla base di una domanda volontaria- il personale della Polizia Penitenziaria da distaccare presso i servizi di «probation»¹⁶.

Con la formazione continua, però, si torna alla scelta unitaria: questa è gestita dalla Direzione generale della formazione che è un'articolazione del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria. La programmazione delle attività formative è annuale sulla base delle esigenze formative segnalate anche dal Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità.

¹⁶ Si è sopra citato il relativo recente decreto ministeriale che assegna ai servizi di probation un contingente ad hoc.