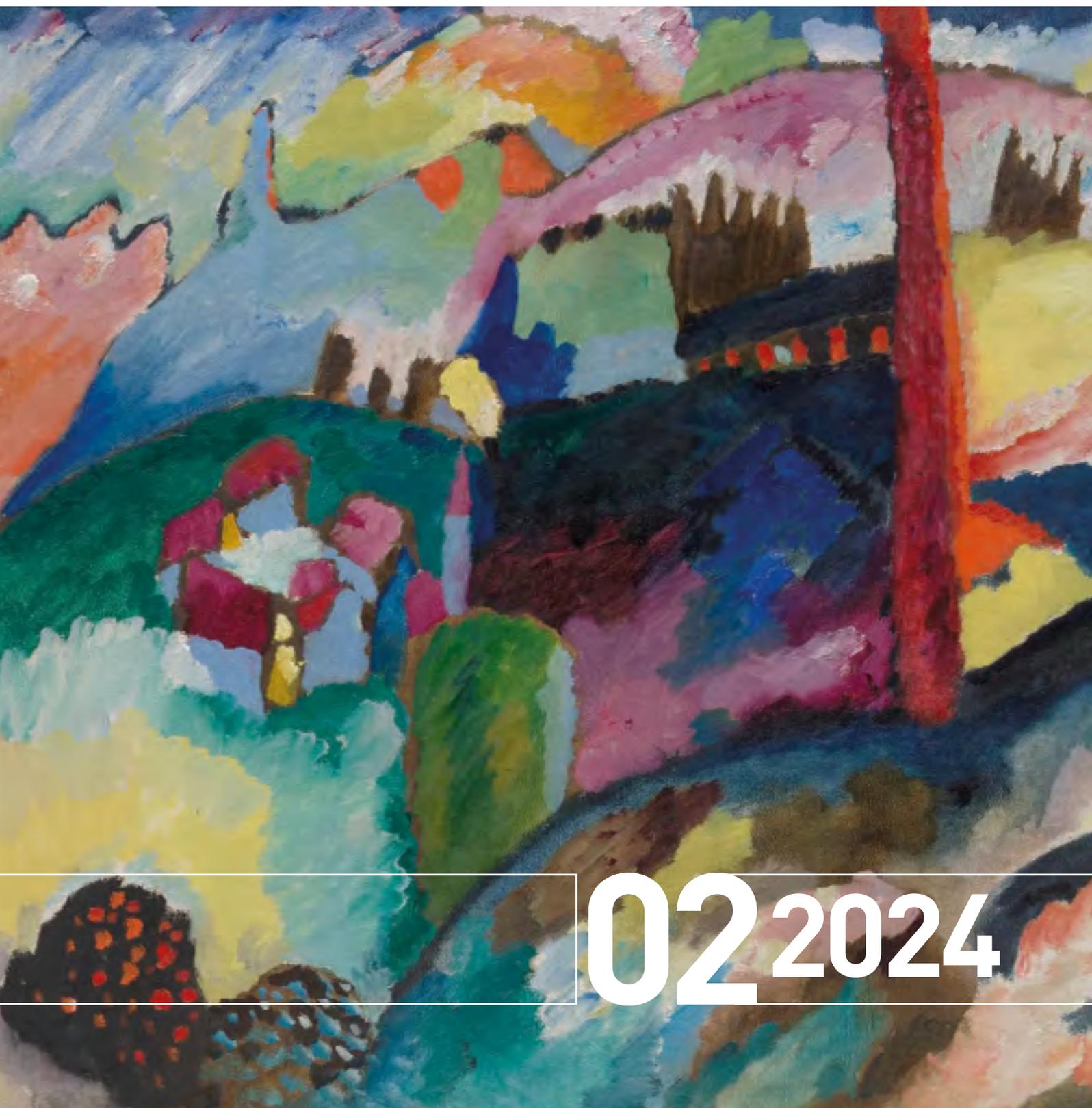


Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di Magistratura Indipendente



02 2024

Direttore

Giovanni MAMMONE, *Presidente emerito della Corte di cassazione*

Comitato di direzione

Alberto BARBAZZA, *Magistrato addetto all'ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*

Cecilia BERNARDO, *Magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Manuel BIANCHI, *Magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Paolo BRUNO, *esperto nazionale distaccato presso la Direzione giustizia della Commissione europea*

Alessandro CENTONZE, *Consigliere della Corte di cassazione*

Marina CIRESE, *Consigliere della Corte di cassazione*

Vittorio CORASANITI, *Magistrato addetto al Gabinetto del Ministro della Giustizia*

Luca D'ADDARIO, *Magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*

Antonio D'AMATO, *Procuratore della Repubblica di Messina*

Alessandro D'ANDREA, *Consigliere della Corte di cassazione*

Cosimo D'ARRIGO, *componente della Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici*

Lorenzo DELLI PRISCOLI, *assistente di studio presso la Corte costituzionale*

Paola D'OVIDIO, *componente del Consiglio superiore della magistratura*

Gianluca GRASSO, *Consigliere della Corte di cassazione*

Stefano GUIZZI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Ferdinando LIGNOLA, *sostituto Procuratore generale presso la Corte di cassazione*

Nicola MAZZAMUTO, *Presidente del Tribunale di sorveglianza di Palermo*

Enrico MENGONI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Loredana MICCICHÉ, *Consigliere della Corte di cassazione*

Corrado MISTRI, *Procuratore generale presso la Corte di appello di Trento*

Antonio MONDINI, *Consigliere della Corte di cassazione*

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

Giuseppe PAVICH, *già Consigliere della Corte di cassazione*

Francesca PICARDI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Paolo PORRECA, *Consigliere della Corte di cassazione*

Guido ROMANO, *Magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Alessio SCARCELLA, *Consigliere della Corte di cassazione*

Ugo SCAVUZZO, *Presidente di sezione del Tribunale di Patti*

Paolo SPAZIANI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Giselda STELLA, *Magistrata addetta all'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia*

Luca VARRONE, *Consigliere della Corte di cassazione*

Andrea VENEGONI, *componente della Procura europea - EPPO*

Il diritto vivente

Rivista quadrimestrale di Magistratura Indipendente

Pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura Indipendente
ISSN 2532-4853 Il diritto vivente [online]

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, Paesaggio con ciminiera di una fabbrica

Sommario

| | |
|---|----|
| Gli autori | 4 |
| I controlli del datore di lavoro a tutela del patrimonio aziendale di Silvia BURELLI..... | 5 |
| Collegialità della custodia in carcere ed interrogatorio preventivo nel d.d.l. “Nordio” di Antonio D’AMATO..... | 23 |
| Il nuovo istituto della riabilitazione disciplinare tra normativa primaria e circolare del C.S.M. di Francesco LUPIA..... | 39 |
| Confisca per equivalente e concorso di persone di Caterina MELONE..... | 52 |
| La riforma del reato di abuso d’ufficio e le sue implicazioni su reati correlati di Linda PURI..... | 66 |

Relazioni tenute in occasione del Convegno Nazionale di Magistratura Indipendente

“Le sfide della giurisdizione: i magistrati, la legge e la politica”, Venezia, 10 e 11 novembre 2023

| | |
|---|-----|
| La legge e il giudice sul mulo - di Luigi CAVALLARO..... | 78 |
| L’analogia, fra libertà dell’interprete e rispetto delle scelte del Legislatore - di Lorenzo DELLI PRISCOLI..... | 83 |
| Lo statuto della dirigenza e le nuove ipotesi di responsabilità disciplinare alla luce dell’art. 107 terzo comma della Costituzione - di Paolo CORDER..... | 99 |
| Il ruolo della Scuola superiore della magistratura nella formazione dei magistrati che rivestono posizioni di responsabilità organizzativa - di Gianluca GRASSO..... | 115 |

Legenda

● Civile ● Lavoro ● Ordinamento Giudiziario ● Penale

Gli autori

Silvia BURELLI, *Consigliere della sezione lavoro della Corte di Appello di Venezia*

Antonio D'AMATO, *Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Messina*

Francesco LUPA, *Giudice del Tribunale di Tivoli*

Caterina MELONE, *praticante Avvocato*

Linda PURI, *laureata in giurisprudenza, già tirocinante in Corte di cassazione*

Luigi CAVALLARO, *Consigliere della Corte di Cassazione*

Lorenzo DELLI PRISCOLI, *assistente di studio presso la Corte costituzionale*

Paolo CORDER, *Presidente del Tribunale di Udine*

Gianluca GRASSO, *Consigliere della Corte di cassazione*

I CONTROLLI DEL DATORE DI LAVORO A TUTELA DEL PATRIMONIO AZIENDALE

di Silvia BURELLI, Consigliere della sezione lavoro della Corte di Appello di Venezia

Sommario

1. Premessa
2. La giurisprudenza di legittimità più risalente sui controlli tramite agenzia investigativa
3. ...(segue) e sui c.d. controlli difensivi
4. Il rafforzamento della tutela del lavoratore nell'attuale assetto della giurisprudenza di legittimità: i controlli difensivi "in senso stretto"
5. ...(segue) considerazioni sull'applicabilità dei recenti approdi giurisprudenziali in materia di controlli difensivi "in senso stretto" anche ai controlli svolti tramite agenzie investigative
6. Violazione dei presupposti di legittimità dei c.d. controlli difensivi "in senso stretto" e (in) utilizzabilità della prova
7. Osservazioni conclusive

1. PREMESSA

Il tema dei controlli del datore di lavoro è uno degli ambiti in cui maggiormente si avverte l'importanza che, nella nostra materia, rivestono la persona del lavoratore e i diritti fondamentali che l'ordinamento gli riconosce in primis in quanto persona, con particolare riferimento alla libertà, alla dignità e alla riservatezza delle informazioni che lo riguardano (artt. 2, 3, 41 Cost.; Titolo I dello Statuto dei diritti dei lavoratori, l. 300/1970). Si tratta di valori fondamentali anche nel contesto degli ordinamenti sovranazionali: la Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea tutela, in particolare, la dignità umana (art. 1), la libertà e la sicurezza (art. 6), la vita privata e familiare, il domicilio e le comunicazioni (art. 7), la protezione dei dati di carattere personale (art. 8). La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo tutela, in particolare, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza (art. 8). Il diretto collegamento tra la tutela del lavoratore e i diritti fondamentali deriva dal fatto che il rapporto di lavoro è uno dei principali ambiti ove trova esplicitazione la personalità dell'individuo e questa consapevolezza permea sia la regolamentazione positiva sia la giurisprudenza: entrambe, sotto vari profili, hanno cercato di conformare le prerogative datoriali a questa peculiarità. E tra le prerogative datoriali vi è, per l'appunto, il potere di controllo dell'attività dei lavoratori, non espressamente previsto in via generale, a differenza del potere di impartire direttive (art. 2086; art. 2094; art. 2104, comma 2; art. 2105 c.c.) e di quello disciplinare (art. 2106 c.c. e art. 7 Statuto), ma ritenuto coesistente al potere direttivo, ontologicamente correlato alla posizione del

datore nell'ambito dell'organizzazione di lavoro, nonché estrinsecazione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.)¹.

Di qui il lungo cammino che la legislazione e la giurisprudenza giuslavoristica, nei rispettivi ambiti, hanno percorso, e, come dimostrano i recenti arresti della Corte di Cassazione in materia, ancora continuano a percorrere alla ricerca di un corretto bilanciamento tra poteri di controllo del datore di lavoro e protezione del lavoratore, alla luce non solo del progresso tecnologico e dei moderni modelli organizzativi, ma anche delle sollecitazioni derivanti dal diritto e dalla giurisprudenza sovranazionale².

Un lungo cammino che, sul piano normativo, si incentra sulle previsioni degli artt. 2, 3, 4, 5, 8 dello Statuto dei diritti dei lavoratori che, in funzione della tutela dei loro diritti di libertà e dignità, hanno posto limiti al potere di controllo datoriale, circoscrivendo l'impiego delle guardie giurate alla sola tutela del patrimonio aziendale, con espresso divieto di loro adibizione alla vigilanza sull'attività lavorativa (art. 2), in quanto controllo riservato al datore di lavoro e ai suoi collaboratori (art. 3); introducendo un obbligo di informazione dei lavoratori sui nominativi e sulle mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa (art. 3); regolamentando l'utilizzo degli impianti audiovisivi e degli altri strumenti dai quali possa derivare anche il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori (art. 4); regolamentando, inoltre, gli accertamenti sullo stato di salute del dipendente (art. 5) e le "visite personali di controllo" (art. 6); vietando al datore di lavoro l'effettuazione di indagini sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione della sua attitudine professionale (art. 8).

Sul piano giurisprudenziale, si è cercato di circoscrivere – proprio sulla base dei richiamati principi statutari e di quelli generali, anche di matrice sovranazionale – l'ambito di applicazione di forme di controllo datoriale non espressamente disciplinate, attraverso il progressivo affinamento di due elaborazioni teoriche, quella relativa ai controlli tramite agenzie investigative e quella relativa ai c.d. controlli difensivi.

2. LA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ PIÙ RISALENTE SUI CONTROLLI TRAMITE AGENZIA INVESTIGATIVA...

Sin dagli anni '80 la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che l'art. 2 dello Statuto, nel limitare l'impiego delle guardie giurate da parte del datore di lavoro a scopi di tutela del patrimonio aziendale, non esclude che tale finalità possa essere perseguita anche mediante l'attività di soggetti diversi, ed in particolare di agenzie di investigazione, "attesa – in difetto di specifiche limitazioni (stabilite dalla legge o dall'autorità) – la libertà della difesa privata"³.

Si trattava, già in tali risalenti fattispecie, di controlli che erano ritenuti legittimi in quanto non aventi ad

[1] Su tali profili, v. Dessì, Il controllo a distanza sui lavoratori. Il nuovo art. 4 Stat. lav., Napoli, 2017, 12 ss.

[2] Il riferimento è, in particolare, a Cass. 25732/21, Cass. 18168/2023, Cass. 28378/2023, i cui approdi verranno ampiamente esposti nel prosieguo.

[3] Si veda, in tal senso, Cass. 2042/1983. Conformi, Cass. 2697/84; Cass. 4271/1985; Cass. 2813/1989; Cass. 10313/98.

oggetto la prestazione lavorativa in sé e per sé considerata, ovverosia in quanto non funzionali alla verifica dell'impiego, da parte dei dipendenti, della diligenza richiesta nell'adempimento della prestazione lavorativa strettamente intesa (vigilanza riservata al datore di lavoro e ai suoi collaboratori dall'art. 3 dello Statuto), bensì in quanto funzionali ad accertare specifici illeciti (in genere di rilevanza penale), potenzialmente lesivi del patrimonio aziendale, già commessi o in corso di esecuzione, anche se connessi o occasionati dall'esecuzione della prestazione lavorativa. Se ne desume che, già all'epoca, il ricorso a tale tipologia di controlli conseguiva, in concreto, alla sussistenza quantomeno di un "sospetto" dell'avvenuta commissione di un illecito o della sussistenza di un illecito in corso di commissione, ancorché inizialmente tale circostanza non fosse esplicitamente assunta dalla giurisprudenza a presupposto di legittimità dei controlli medesimi. Nella giurisprudenza successiva si è assistito ad una progressiva chiarificazione dei presupposti di legittimità del ricorso al controllo datoriale a mezzo di agenzia investigativa.

In particolare, pur non richiedendosi necessariamente che un illecito fosse già stato commesso, si è fatto riferimento alla sussistenza quantomeno di un "sospetto" o di una "mera ipotesi che illeciti siano in corso di esecuzione"⁴, per il legittimo avvio del controllo. È, peraltro, significativo osservare che, in base alla descrizione della fattispecie concreta contenuta in alcune di tali risalenti sentenze, emerge che il "sospetto", ancorché non ulteriormente qualificato, era fondato non su una mera rappresentazione soggettiva del datore di lavoro, ma su elementi oggettivamente riscontrabili (ad es. differenze inventariali che inducevano a supporre l'esistenza di furti/appropriazioni indebite).

3. ...(SEGUE) E SUI C.D. CONTROLLI DIFENSIVI

La teorica dei controlli c.d. difensivi si è sviluppata nella vigenza del testo dell'art. 4 dello Statuto anteriore alla novella del 2015 che non prevedeva la tutela del patrimonio aziendale tra le finalità che consentivano, nel rispetto delle garanzie procedurali ivi indicate (accordo sindacale o autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro), l'installazione di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature da cui potesse derivare, in via indiretta o c.d. "preterintenzionale", il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, ma contemplava solo le esigenze organizzative e produttive o relative alla sicurezza del lavoro.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale consolidata⁵, l'art. 4, nella formulazione ante novella del 2015, contemplava due livelli di protezione della sfera privata del lavoratore.

[4] In tal senso, Cass. 18821/2008, relativa, peraltro, ad una fattispecie in cui il sospetto non era una mera rappresentazione soggettiva del datore di lavoro, ma si fondava su riscontri oggettivi (differenze inventariali che lasciavano supporre la perpetrazione di furti/appropriazioni indebite). Si vedano, altresì, Cass. 3590/2011; Cass. 4984/2014; Cass. 848/15; Cass. 20433/16; Cass. 15867/17; Cass. 15094/2018.

[5] Si veda la compiuta ricostruzione operata da Cass. 25732/21. In dottrina, sul tema, v. Di Paola, I controlli sui lavoratori, Milano, 2022, 3 ss.; Maresca, Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav., in AA.VV., Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore, a cura di Tullini, Torino, 2017; Marazza, I controlli a distanza del lavoratore di natura "difensiva", ivi, 27 ss.

Un primo livello di tutela, c.d. “pieno”, era fondato sulla previsione del comma 1 del precedente testo, che vietava in modo assoluto l’uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori. Il c.d. controllo “diretto”, o “fine a se stesso” sulla prestazione lavorativa a mezzo della strumentazione in esame era, dunque, vietato in quanto, nel consentire un controllo impersonale e potenzialmente continuativo dei lavoratori, era ritenuto foriero di un ambiente lavorativo “disumano” ed eccessivamente stressante ⁶.

Un secondo livello di tutela, c.d. “affievolito”, era fondato sulla previsione del comma 2 del precedente testo, che ammetteva l’utilizzo delle predette apparecchiature, se giustificato da esigenze inerenti all’impresa oggettive e tipizzate dal legislatore (esigenze organizzative e produttive o ragioni di sicurezza sul lavoro) e nel rispetto dei citati vincoli procedurali, anche se tale installazione poteva consentire, in via indiretta, il controllo dell’attività lavorativa.

Il legislatore, dunque, pur riconoscendo che la vigilanza sul lavoro è necessaria nel contesto dell’organizzazione produttiva, ha, sin dagli anni ’70, cercato di salvaguardare la “dimensione umana” dell’ambiente di lavoro, incompatibile con una vigilanza continua e “anelastica”, tale da sopprimere ogni margine di riservatezza del lavoratore.

La precedente formulazione dell’art. 4 dello Statuto lasciava, tuttavia, irrisolto il problema della legittimità dei controlli del datore di lavoro a tutela del patrimonio aziendale, a fronte di illeciti commessi dal personale: l’esigenza di tutela del patrimonio aziendale non era, infatti, contemplata tra quelle dell’originario comma 2 dell’art. 4, né poteva prospettarsi una interpretazione analogica di tale articolo, anche in relazione alla sanzione penale da cui era (ed è) presidiato ⁷.

In ogni caso, si osservava che, anche laddove la tutela del patrimonio potesse essere ricompresa tra le esigenze produttive, viceversa contemplate dalla precedente formulazione dell’art. 4, nondimeno la necessità di applicare le garanzie procedurali (oltre alle correlate incertezze legate al raggiungimento dell’accordo sindacale o all’ottenimento dell’autorizzazione amministrativa e alle relative tempistiche), avrebbe sostanzialmente vanificato l’esigenza di attuare un controllo rapido e tale da consentire la conservazione del patrimonio del datore di lavoro a fronte di un illecito già commesso o in corso di esecuzione ⁸.

In tale contesto, la giurisprudenza ha elaborato la categoria dei c.d. controlli difensivi a tutela del patrimonio aziendale, individuando tre condizioni, due necessarie e una eventuale, in presenza delle quali si riteneva che gli accertamenti datoriali, ancorché attuati attraverso impianti audiovisivi o altri strumenti idonei a consentire

[6] Su tali profili, v. Dessì, Il controllo a distanza sui lavoratori, cit., 4 ss.; Di Paola, I controlli sui lavoratori, cit., 6 ss.; Carinci, Il controllo a distanza sull’adempimento della prestazione di lavoro, in AA.VV., Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore, a cura di Tullini, Torino, 2017, 48 ss.

[7] Si vedano le considerazioni contenute nell’excursus storico svolto da Cass. 25732/21.

[8] Si osservava, inoltre, che “non corrisponde ad alcun criterio logico-sistematico garantire al lavoratore, in presenza di condotte illecite sanzionabili penalmente o con sanzione espulsiva, una tutela maggiore di quella riconosciuta ai terzi estranei all’impresa” v. Cass 10636/17.

il controllo a distanza del lavoratore, non soggiacessero ai presupposti previsti dall'art. 4.

La prima condizione necessaria era che il controllo datoriale avesse la finalità di accertare specifici comportamenti illeciti del lavoratore.

Il secondo presupposto necessario era che gli illeciti da accertare fossero lesivi del patrimonio o dell'immagine aziendale.

Il terzo presupposto era che i controlli fossero attuati ex post, dopo il verificarsi del comportamento illecito (requisito che consentiva di evitare che il controllo c.d. difensivo si trasformasse in una mera e generalizzata sorveglianza a distanza sull'attività lavorativa, in elusione dell'art. 4). Tale presupposto era, tuttavia, ritenuto meramente eventuale e veniva inteso in funzione confermativa della natura "difensiva" del controllo, sicché si riteneva che esso potesse anche mancare, essendo sufficiente il "mero sospetto" circa l'avvenuto compimento di illeciti.

Nonostante la categoria dei controlli difensivi, anche laddove esercitati a mezzo di strumenti tecnologici, fosse, dunque, collocata al di fuori del perimetro applicativo dell'art. 4, la giurisprudenza ha, comunque, sin da subito evidenziato che "in nessun caso può essere giustificato un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore"⁹.

Sicché, al fine di soddisfare la medesima ratio di contenimento del potere datoriale in funzione della salvaguardia della dignità e della riservatezza del lavoratore sottesa alle previsioni statutarie, l'orientamento giurisprudenziale in esame è ricorso in prima battuta ai principi di correttezza e buona fede, onde evitare, anche nell'ambito dei c.d. controlli difensivi, che il controllo datoriale si estrinsecasse con modalità eccessivamente invasive.

In tale prospettiva limitativa del potere datoriale, in epoca più recente in alcune sentenze di legittimità si è richiesto, anziché il "mero sospetto", il "ragionevole sospetto" dell'avvenuto compimento di un determinato illecito e si sono richiamati, in una prospettiva di bilanciamento tra le contrapposte esigenze, i criteri della adeguatezza, della proporzionalità, della pertinenza e non eccedenza rispetto all'obiettivo perseguito, desumibili dalla normativa sulla tutela della privacy. In tale, più moderna, prospettiva si sono ritenuti illegittimi i controlli ricadenti su aspetti personali e privati della vita del dipendente, estranei all'accertamento di uno specifico illecito¹⁰.

La teorica dei controlli c.d. difensivi è stata, dunque, elaborata al fine di ricercare il bilanciamento delle contrapposte esigenze in un ambito - quello dell'utilizzo di impianti audiovisivi, e tecnologici in generale, a tutela del patrimonio aziendale - inizialmente non disciplinato dall'art. 4.

La "matrice" della costruzione giuridica che ne sta alla base è, peraltro, comune a quella dei controlli tramite agenzie investigative, anch'essi ritenuti legittimi in quanto non ricadenti negli ambiti disciplinati dallo Statuto (in quel caso, dagli artt. 2 e 3) e, in particolare, in quanto oggetto del controllo non era l'attività

[9] Così Cass. 15892/2007; Cass. 4375/2010; Cass. 16622/2012; Cass. 9904/2016; Cass. 18302/2016.

[10] Si veda Cass. 26682/2017 e i precedenti ivi richiamati, tra cui Cass. 22313/2016.

lavorativa in senso stretto ma l'illecito commesso dal dipendente, eventualmente in connessione con l'attività lavorativa, a pregiudizio del patrimonio aziendale ¹¹.

Ed invero, la giurisprudenza ha espressamente riconosciuto che l'elaborazione della categoria dei controlli difensivi è derivata da quella sui controlli tramite agenzie investigative ¹². Anche la dottrina ha evidenziato la sovrapponibilità delle due tipologie di controllo ¹³, quanto a finalità (tutela del patrimonio e dell'immagine aziendale) e quanto a caratteristiche (carattere eminentemente occulto).

4. IL RAFFORZAMENTO DELLA TUTELA DEL LAVORATORE NELL'ATTUALE ASSETTO DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ: I CONTROLLI DIFENSIVI “IN SENSO STRETTO”

L'art. 23 del d.lgs. 151/2015 ha inciso profondamente sulla formulazione dell'art. 4 dello Statuto. Per quanto qui di specifico interesse, la tutela del patrimonio aziendale è stata inserita nel testo della disposizione tra le esigenze oggettive che consentono, alle condizioni ivi stabilite, l'installazione di impianti audiovisivi e di altri strumenti di controllo dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. A seguito di tale novella si è posta, dunque, la questione della “sopravvivenza” della categoria giurisprudenziale dei c.d. controlli difensivi alla luce del nuovo testo dell'art. 4.

La recente giurisprudenza di legittimità ¹⁴ ha risolto tale questione in senso affermativo, sulla base della distinzione tra controlli difensivi (id est controlli a difesa del patrimonio aziendale) “in senso lato” e “in senso stretto”. I primi sono quelli rientranti nell'art. 4 novellato, in quanto, per effetto dell'installazione degli impianti in questione, riguardano indistintamente tutti i dipendenti (o gruppi di dipendenti) che, nello svolgimento dell'attività lavorativa, sono posti a contatto con l'oggetto della tutela (patrimonio aziendale). Tali controlli, quindi, rientrando nell'alveo applicativo dell'art. 4, devono rispettare i presupposti di legittimità ivi stabiliti. I controlli difensivi “in senso stretto” sono, viceversa, diretti ad accertare specifiche condotte illecite lesive del patrimonio aziendale attribuibili – “in base a concreti indizi” – a singoli dipendenti, a prescindere dalla circostanza che l'illecito sia posto in essere durante la prestazione lavorativa o meno. Tali controlli, anche se effettuati con strumenti tecnologici, restano, anche a seguito della riforma dell'art. 4, al di fuori del suo perimetro applicativo ¹⁵.

[11] Per tale considerazione, si veda Cass. 25732/2021.

[12] V. Cass. 25732/2021.

[13] Tursi, Note minime in tema di controlli difensivi del datore, onere della prova e utilizzabilità delle prove illecitamente acquisite nel processo, in *Labour & Law Issues*, 2023, pag. 7 ss. dell'estratto.

[14] Si vedano Cass. 25732/2021; Cass. 18168/2023. In dottrina, Romei, Il “ragionevole sospetto” in Cassazione, in *Lav. Dir. Europa*, 1/2023.

[15] Si è, inoltre, precisato che la categoria dei controlli difensivi non autorizza l'acquisizione e l'utilizzo di informazioni ottenute in violazione delle prescrizioni dell'art. 4, perché in tal modo si estenderebbe eccessivamente l'area del controllo difensivo con elusione della portata precettiva dell'art. 4 medesimo (Cass. 25732/21).

Secondo la giurisprudenza in esame, dunque, l'art. 4 novellato - pur includendo la tutela del patrimonio aziendale nel novero delle esigenze che possono consentire l'utilizzo di strumenti tecnologici da cui derivi, quale effetto indiretto, il controllo dell'attività dei lavoratori - non elide l'esigenza a fronte della quale è stata originariamente elaborata la categoria dei controlli difensivi.

Inoltre, la giurisprudenza più recente, mantenendo fermo il principio per cui "in nessun caso può essere giustificato un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore", ha compiuto significativi passi in avanti nel difficile bilanciamento tra i contrapposti interessi (controllo da parte del datore di lavoro da un lato, ed esigenze di tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore dall'altro). La categoria dei controlli difensivi ("in senso stretto") trova, oggi, una rinnovata e più strutturata sistematizzazione alla luce del quadro normativo in materia di tutela della privacy e della giurisprudenza EDU che ha interpretato in modo estensivo il concetto di "vita privata" di cui all'art. 8 della Convenzione, sino a ricomprendervi anche la "vita privata sociale" e la "vita professionale".

In particolare, Cass. 18168/2023, relativa ad un caso concreto in cui era stata posta in essere una attività investigativa sia di tipo tecnologico (controllo della posta elettronica aziendale), sia di tipo non tecnologico (pedinamenti), ha confermato la distinzione tra controlli difensivi "in senso lato", da ricondursi nell'ambito applicativo dell'art. 4 Statuto, e controlli difensivi "in senso stretto", che restano al di fuori del predetto alveo applicativo "non avendo ad oggetto la normale attività del lavoratore" ma essendo "diretti ad accertare specificamente condotte illecite ascrivibili – in base a concreti indizi – a singoli dipendenti, anche se questo si verifica durante la prestazione di lavoro".

La sentenza si segnala perché compie una approfondita esegesi dei presupposti di legittimità dei controlli difensivi "in senso stretto". Rispetto alla più risalente giurisprudenza, risultano invariate le prime due condizioni relative alla finalità del controllo (volto ad accertare specifici comportamenti illeciti del lavoratore) e dell'inerenza di tali illeciti al patrimonio o all'immagine aziendale.

Il passo in avanti nella tutela del lavoratore si coglie nel consolidamento strutturale del terzo presupposto: attuazione del controllo ex post, dopo l'insorgenza di un sospetto, non già "mero", bensì, in recepimento della giurisprudenza EDU in materia di rispetto della "vita privata" anche nell'ambito del rapporto di lavoro, di un sospetto qualificato da un particolare grado di fondatezza ("fondato/ragionevole").

In tale prospettiva, il sospetto non può risiedere in un "puro convincimento soggettivo" del datore di lavoro, ma deve essere oggettivamente giustificato da indizi "materiali e riconoscibili" in base alle circostanze del caso concreto ¹⁶.

Il controllo deve essere attuato "ex post": solo a partire dal momento in cui sussiste il "fondato sospetto" il

[16] Sul punto, v. Cass. 18168/2023 che richiama la sentenza della Corte EDU Lopez Ribalda e altri c. Spagna, 17 ottobre 2019, nella parte in cui ha chiarito che, ai fini del rispetto dell'art. 8 CEDU, "non è accettabile la posizione secondo cui anche il minimo sospetto di appropriazione illecita possa autorizzare l'installazione di strumenti occulti di videosorveglianza". Analoghe considerazioni si rinvergono nella sentenza della Corte EDU Barbulescu c. Romania, 5 settembre 2017.

datore di lavoro potrà porre in essere il controllo difensivo teso a raccogliere informazioni utilizzabili per contrastare il comportamento illecito.

Parte della dottrina ¹⁷ ha ravvisato delle criticità in ordine a questo profilo, evidenziando che in tal modo si addossano al datore di lavoro gli effetti negativi del compimento dell'illecito che ha originato il fondato sospetto legittimante l'inizio dei controlli. Controlli che, quindi, sarebbero utili solo per trovare elementi comprovanti la commissione di eventuali ulteriori illeciti.

Tuttavia – tenendo presente la ratio sottesa all'elaborazione giurisprudenziale del presupposto in esame, ovverosia quella di non consentire una dilatazione eccessiva dei controlli difensivi e di non rendere “a valle”, a seconda dei suoi esiti, lecito un controllo che, nel momento in cui è stato avviato, non lo era per difetto dei presupposti – potrebbe sostenersi che, se, al fine di evitare un controllo generalizzato sulla normale prestazione di lavoro, il controllo difensivo “in senso stretto” deve essere avviato dopo l'insorgenza di un fondato sospetto di illecito (già compiuto o in corso di esecuzione), e quindi se solo da quel momento è legittima la raccolta di dati, questo non esclude necessariamente che gli elementi raccolti da quel momento in poi siano di formazione anteriore o riguardino fatti accaduti prima.

In altri termini, potrebbe sostenersi che, se quello che si vuole evitare è che si legittimi, per così dire, “a valle”, sol perché si è effettivamente scoperta la prova di un illecito, un controllo difensivo che, quando è stato avviato, era illegittimo per mancanza di presupposti (per es. per l'insussistenza di un fondato sospetto, ma anche per le modalità con cui è stato posto in essere, v. infra), tale finalità non è vanificata dal fatto che, avviato il controllo in presenza di tutti i presupposti legittimanti, dopo il suo avvio venga acquisito un elemento probatorio anteriore, consentendo così, in ipotesi, la prova anche dell'illecito che ha legittimato l'avvio dei controlli ¹⁸.

Un ulteriore profilo di rafforzamento della tutela del lavoratore è rappresentato dal focus che la più recente giurisprudenza giuslavoristica ha effettuato con riferimento al bilanciamento tra i contrapposti interessi, alla stregua di un apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto.

Il passo in avanti compiuto dalla giurisprudenza in esame consiste nell'aver individuato le regole secondo cui effettuare tale bilanciamento, regole rivolte innanzitutto al datore di lavoro, onerato di “calibrare” l'impatto

[17] Romei, Il “ragionevole sospetto” in Cassazione, cit., 13 dell'estratto, che evidenzia come “... un conto è il momento dal quale il controllo difensivo può attivarsi; altro conto è la sua estensione nel tempo... il ragionevole sospetto legittima il controllo difensivo ed anche occulto, ne costituisce la ragione sostanziale, ma non anche la ragione della limitazione temporale. Il pericolo di una acquisizione lunga ed ininterrotta di dati è eliminato dalla esistenza di un ragionevole sospetto. Ma una volta che tale condizione sia soddisfatta il controllo dovrebbe poter avvenire senza alcuna limitazione temporale, proprio perché legittimato dall'esistenza di un sospetto”.

[18] La prospettiva interpretativa è controversa. In senso contrario, con riferimento alla precisazione “non in relazione a quelli già registrati” parrebbe porsi il seguente passaggio di Cass. 25732/21: “Facendo il classico esempio dei dati di traffico contenuti nel browser del pc in uso al dipendente, potrà parlarsi di controllo ex post solo in relazione a quelli raccolti dopo l'insorgenza del sospetto di avvenuta commissione di illeciti ad opera del dipendente, non in relazione a quelli già registrati”.

concreto dei controlli rispetto alla sfera personale del lavoratore e, in seconda battuta, rivolte al giudice, in sede di controllo giudiziale di tale calibrazione.

Laddove sia riscontrabile un trattamento di dati personali, il bilanciamento dovrà tener presente il complesso dei principi espressi, a tutela di qualsiasi cittadino, dal Codice della Privacy (d.lgs. 196/2003, come modificato dal d.lgs. 101/2018) e dal Regolamento UE 2016/679: proporzionalità, pertinenza, correttezza (anche sotto il profilo degli incumbenti informativi), non eccedenza e minimizzazione.

Tali principi, secondo la Corte di Cassazione, sono coerenti con i criteri di bilanciamento indicati ai giudici nazionali dalla giurisprudenza EDU, nella prospettiva di garantire il rispetto della “vita privata” anche in ambito lavorativo: - la preventiva informazione del lavoratore sul monitoraggio; - il grado di invasività nella sfera privata dei dipendenti (in relazione al luogo in cui si svolge il monitoraggio e alle persone che possono venire a conoscenza dei risultati); - l’esistenza di una giustificazione per il controllo, la cui pregnanza deve essere valutata in rapporto al grado di invasività del controllo in concreto attuato; - la possibilità di perseguire lo scopo con mezzi o modalità meno invasivi nella vita privata del dipendente; - le modalità con cui gli esiti del controllo sono stati utilizzati.

Non si tratta di un catalogo tassativo di condizioni che devono tutte necessariamente concorrere al fine della legittimità dei controlli in questione, bensì di parametri da utilizzare nel giudizio di bilanciamento, tenuto conto delle circostanze del caso concreto.

Alla luce di tale importante precisazione, rinvenibile non solo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, ma anche nella giurisprudenza EDU¹⁹, potrebbe sostenersi che, in materia di controlli difensivi “in senso stretto” - a differenza di quanto stabilito dall’art. 4, comma 3, Statuto che richiede la preventiva e adeguata informazione del lavoratore quale condizione di utilizzazione dei dati raccolti con gli impianti audiovisivi e gli strumenti ivi contemplati - il controllo non potrà dirsi illegittimo sol perché non sia stata data

[19] Si richiama il seguente passaggio della già citata sentenza Edu Lopez Ribalda: “L’obbligo di fornire preventiva informazione agli individui oggetto di monitoraggio circa l’estensione di tale monitoraggio, costituisce soltanto uno dei molteplici criteri che devono essere presi in considerazione al fine di valutare la proporzionalità della misura adottata nel caso concreto Tuttavia, se una tale informazione preventiva risulta mancante, l’adozione di misure di salvaguardia individuabili sulla base degli ulteriori criteri di valutazione rilevanti assume una maggiore importanza ai fini della valutazione spettante alla Corte ...”.

Del resto, anche nella citata sentenza Barbulescu, nella decisione della Corte Edu non ha pesato solo l’omessa informativa preventiva che il datore di lavoro, in base al regolamento aziendale, avrebbe dovuto dare al lavoratore in relazione ad applicazioni di messaggistica, ma sono state valorizzate anche le seguenti ulteriori circostanze: le autorità nazionali non avevano valutato il grado di invasività del monitoraggio delle comunicazioni del dipendente (il datore di lavoro era venuto a conoscenza anche di circostanze personali e relative alla vita affettiva del dipendente), non avevano valutato la sussistenza di specifiche ragioni giustificatrici del monitoraggio, né avevano valutato la possibilità di ricorso a mezzi meno invasivi. Sicché la Corte Edu ha ritenuto sussistente la violazione dell’articolo 8 della Convenzione poiché non era stata assicurata, nemmeno in sede giurisdizionale, “un’adeguata protezione al diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata e della sua corrispondenza” e poteva ritenersi che le autorità nazionali “conseguentemente non siano pervenute a un giusto equilibrio degli interessi in gioco”.

l'informazione preventiva al lavoratore. Anzi, in considerazione della circostanza che i controlli difensivi "in senso stretto" sono generalmente, per loro natura, occulti, l'formativa preventiva potrebbe non risultare un idoneo criterio di bilanciamento nel singolo caso concreto, pena la vanificazione dello specifico controllo posto in essere (in presenza di tutti gli altri presupposti di legittimità sopra esaminati). E, del resto, non appare di significativa utilità, nella prospettiva della tutela del lavoratore, che il datore di lavoro lo abbia informato, in via generale e preventiva, della astratta possibilità di eseguire controlli difensivi "in senso stretto" all'emergere di fondati sospetti di illecito. Piuttosto, l'avvenuta informativa preventiva potrebbe essere un elemento decisivo di valutazione laddove il controllo difensivo "in senso stretto" si svolga su dati raccolti grazie alle apparecchiature e agli strumenti di lavoro contemplati dall'art. 4 Statuto: ed invero, la violazione della disciplina dell'art. 4 Statuto non potrebbe essere elusa attraverso lo strumento dei controlli difensivi (nemmeno se intesi "in senso stretto")²⁰.

Del resto, anche alla luce del Regolamento UE sul trattamento dei dati personali, il diritto di informativa subisce limitazioni ed esclusioni, in particolare nel caso in cui l'formativa abbia l'effetto di "rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità" (legittime) per cui i dati sono trattati (art. 14, comma 5, lett. B). Un possibile elemento di "contrappeso", in favore delle esigenze datoriali, al descritto consolidamento delle garanzie del lavoratore nella elaborazione della categoria giurisprudenziale dei controlli difensivi "in senso stretto" è rappresentata dalla piena utilizzabilità dei dati raccolti a seguito di un controllo rispondente a tutti i presupposti di legittimità, senza limitazioni derivanti dalla tipologia di illecito il cui sospetto ha inizialmente costituito la "fonte d'innescio" del controllo. La giurisprudenza ha, infatti, recentemente chiarito che: "Il sospetto – oggettivamente sussistente e giustificato – consente l'avvio delle indagini investigative e la loro legittimità, ma non ne limita affatto l'oggetto.

Certo questo non può sconfinare in controlli sulla prestazione lavorativa, che non possono essere affidati a terzi estranei all'organizzazione datoriale (art. 3 L. n. 300/1970). Ma nel caso in esame non si è verificato questo sconfinamento, atteso che i comportamenti scoperti a seguito delle predette indagini hanno avuto ad oggetto prestazioni rese in favore di terzi (non in concorrenza con Telecom Italia) durante l'orario di lavoro o per scopi estranei all'attività di impresa datoriale. Quindi gli esiti di quelle indagini sono stati utilizzati dalla datrice di lavoro non per controllare la prestazione lavorativa (anche sotto il profilo della sua esattezza), bensì per accertare prima e dimostrare poi le falsità integranti "artifici e raggiri" tipici di un vero e proprio reato (truffa), posto in essere dal dipendente nel momento in cui trasmetteva i dati attraverso il sistema WFM."²¹. Con tale motivazione la Suprema Corte ha rigettato il motivo di doglianza secondo cui, poiché il fondato

[20] V. Cass. 25732/21: "41. Occorre però chiarire cosa si intenda per tale controllo. Esso infatti non dovrebbe riferirsi all'esame ed all'analisi di informazioni acquisite in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 4 St.lav., poiché, in tal modo operando, l'area del controllo difensivo si estenderebbe a dismisura, con conseguente annientamento della valenza delle predette prescrizioni".

[21] V. Cass. 28378/2023.

sospetto che aveva giustificato l'avvio delle "indagini cc.dd. difensive" (si trattava di un pedinamento tramite agenzia investigativa: per la riconducibilità anche dei controlli tramite agenzia ai controlli difensivi "in senso stretto", v. paragrafo seguente) era relativo al compimento, da parte del dipendente, di attività in concorrenza con il datore di lavoro, i relativi esiti (negativi con riferimento allo svolgimento di attività in concorrenza) non avrebbero potuto essere utilizzati per contestare al dipendente un illecito diverso (svolgimento in orario di lavoro di attività in favore di terzi, ancorché non in concorrenza con il datore di lavoro).

Certamente nel caso deciso dalla Suprema Corte l'illecito supposto che ha costituito la fonte di innesco per i (legittimi) controlli era affine a quello che, in concreto, all'esito dei controlli medesimi, è stato accertato. Ma il principio è stato delineato in via generale, in modo tale, quindi, da ricomprendere anche l'ipotesi in cui, avviato il controllo per un fondato/ragionevole sospetto di un illecito di un certo tipo, all'esito dei controlli se ne scopra (anche) uno di tipologia del tutto diversa, nemmeno sospettato nel momento di avvio dei controlli. Del resto, una volta che, attraverso il rispetto dei sopra esaminati presupposti, i controlli difensivi (in senso stretto) sono stati legittimamente avviati, nel corretto bilanciamento degli interessi in gioco, per la legittima finalità di tutela del patrimonio aziendale a fronte di attacchi provenienti dall'interno dell'organizzazione, non sarebbe ragionevole limitare l'utilizzabilità da parte del datore di lavoro dei dati legittimamente raccolti sol perché gli esiti consentono di provare (anche) una tipologia di illecito in relazione al quale, al contrario di quello che ha innescato i controlli, non era in origine trapelato alcun elemento indiziario.

5. ...(SEGUE) CONSIDERAZIONI SULL'APPLICABILITÀ DEI RECENTI APPRODI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CONTROLLI DIFENSIVI "IN SENSO STRETTO" ANCHE AI CONTROLLI SVOLTI TRAMITE AGENZIE INVESTIGATIVE

Attesa la comune matrice giurisprudenziale dei presupposti di legittimità dei controlli tramite agenzie investigative e dei controlli difensivi "in senso stretto", si pone la questione dell'applicabilità della più recente elaborazione giurisprudenziale di cui si è dato conto nel precedente paragrafo anche ai controlli a mezzo agenzie investigative²². La risposta affermativa presuppone la possibilità di includere i controlli tramite agenzia investigativa nel novero dei controlli difensivi "in senso stretto" o comunque la ravvisabilità, anche nei controlli tramite agenzia investigativa, delle medesime esigenze di tutela del trattamento dei dati personali e della "vita privata" ex art. 8 CEDU sottesi ai recenti arresti giurisprudenziali in materia di controlli difensivi "in senso stretto".

Entrambe le strade risultano percorribili. Innanzitutto, è possibile ricondurre i controlli tramite agenzia

[22] Cass. 18168/2023 si è pronunciata, come detto, con riferimento ad una fattispecie in cui, tramite agenzia investigativa, erano stati svolti controlli difensivi in senso stretto di tipo tecnologico e anche pedinamenti. La Corte ha enunciato principi generali in materia di controlli difensivi in senso stretto, in alcuni passaggi citando espressamente i controlli di tipo tecnologico, in altri senza apparentemente distinguere tra le due tipologie di controlli che nel caso concreto venivano in rilievo.

investigativa alla categoria dei controlli difensivi “in senso stretto”, che appare idonea a ricomprendere sia i controlli difensivi (in senso stretto) di tipo tecnologico che quelli di tipo non tecnologico.

Un tanto è stato già rilevato dalla giurisprudenza, si veda la sentenza Cass. 17723/17 che ha espressamente qualificato il controllo tramite agenzia investigativa come “controllo difensivo”: “si tratta di un’attività investigativa svolta da un’agenzia privata e connessa ad una specifica indagine su pretese violazioni di un dipendente in relazione a compiti esterni fuori sede, indagine che ricade nella figura del “controllo difensivo” da parte del datore di lavoro in una sfera eccedente i luoghi di lavoro (cfr. Cass. 26 novembre 2014, n. 25162 e molte ancora)”. Del resto, più di recente, Cass. 25732/21 ha espressamente dato atto che la giurisprudenza sui controlli difensivi è “derivata” da quella sui controlli tramite agenzia investigativa, così ponendo in rilievo la loro comune matrice concettuale: “30. Si è osservato che la giurisprudenza ammissiva dei “controlli difensivi” nella vigenza del vecchio testo dell’art. 4 St. lav, e quindi della legittimità del controllo anche in assenza del preventivo accordo sindacale o dell’autorizzazione amministrativa, dato che oggetto del controllo sarebbe stata non già l’attività lavorativa, bensì l’illecito commesso durante la prestazione lavorativa, derivava da quella che ammette, ai sensi dell’art. 3 St. lav., i controlli occulti tramite agenzie investigative diretti ad accertare condotte penalmente rilevanti dei lavoratori in occasione della prestazione (Cass., 22 maggio 2017, n. 12810; Cass., 4 dicembre 2014, n. 25674; Cass., 4 marzo 2014, n. 4984).”.

Ancor più di recente, Cass. 28378/2023 ha dichiarato tout court di applicare i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di controlli difensivi “in senso stretto” di tipo tecnologico di cui alla citata Cass. 25732/21 anche in relazione ad una fattispecie che aveva ad oggetto un controllo consistito in un pedinamento tramite agenzia investigativa. La Corte, in quel caso, pur non qualificando espressamente come controlli difensivi (in senso stretto) quelli espletati a mezzo di agenzia investigativa, ha richiamato i recenti arresti in materia di controlli difensivi svolti a mezzo di impianti tecnologici e i relativi presupposti di legittimità: - controllo finalizzato alla “tutela di beni estranei al rapporto di lavoro o ad evitare comportamenti illeciti”; - “presenza di un fondato sospetto circa la commissione di illecito”; - “corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alla libertà di iniziativa economica, rispetto alle imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore”; - la condizione che “il controllo riguardi dati acquisiti successivamente all’insorgere del sospetto”²³. In secondo luogo, anche nei controlli tramite agenzia investigativa vengono in rilievo le medesime esigenze di tutela del trattamento dei dati personali e di rispetto della “vita privata” ex art. 8 CEDU, sottesi ai recenti arresti giurisprudenziali in materia di controlli difensivi “in senso stretto”. In particolare, anche il controllo tramite

[23] Ed invero, dalla lettura della sentenza Cass. 25732/21 emerge che è stata valutata la sussistenza di un “fondato sospetto” di illecito (svolgimento da parte del lavoratore, durante l’orario di lavoro fuori sede, di attività non inerenti alla prestazione lavorativa o in concorrenza con il datore di lavoro), basato su elementi oggettivi e riscontrabili (la circostanza che il lavoratore, contravvenendo alle indicazioni del datore di lavoro, operasse all’esterno dei locali aziendali sempre senza divisa e senza esporre il tesserino), indicati anche nel mandato all’agenzia investigativa.

agenzia investigativa pone il problema della tutela dei “dati personali”, ovvero sia delle informazioni riferite al lavoratore attenzionato ²⁴, come riconosciuto da Cass. 17723/17: “...Condivisibili appaiono invece le considerazioni in ordine al doveroso rispetto da parte anche di un’Agenzia investigativa, in relazione ad un controllo cosiddetto “difensivo” disposto dal datore di lavoro ed eseguito al di fuori della sfera lavorativa propriamente intesa, delle norme di cui al d. lgs. n. 196/2003 ...”. Ed invero, dalla valenza generale della normativa sul trattamento dei dati personali discende che essa deve essere rispettata anche laddove vengano disposti controlli a mezzo di una agenzia investigativa che implicano il trattamento di “dati” del (ovvero sia informazioni riferibili al) lavoratore. Tale conclusione è confermata dalla circostanza che il Garante per il trattamento dei dati personali, avvalendosi dei poteri conferitigli dal d.lgs. 196/2003 (si vedano il previgente art. 12 e i vigenti artt. 2 quater e 154 bis) ha emanato un provvedimento recante “Regole deontologiche relative ai trattamenti di dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive o per fare valere o difendere un diritto in sede giudiziaria” (Provvedimento 60/2008), a mente del quale, tra le altre previsioni, è stabilito che “L’atto d’incarico deve menzionare in maniera specifica il diritto che si intende esercitare in sede giudiziaria,nonché i principali elementi di fatto che giustificano l’investigazione e il termine ragionevole entro cui questa deve essere conclusa”. Previsione che conferma che anche i controlli tramite agenzia investigativa devono essere svolti per una finalità lecita (l’esercizio di un diritto, in particolare in sede giudiziaria), devono mantenersi nei limiti della pertinenza rispetto a tale finalità, possono essere disposti solo a seguito dell’insorgenza di un fondato sospetto di illecito, basato su elementi oggettivi e riscontrabili (al punto che nel mandato devono essere indicati i “principali elementi di fatto che giustificano l’investigazione”) e devono mantenersi nei limiti della proporzionalità, anche sul piano dell’estensione temporale dell’indagine (essendo richiesta l’indicazione del “termine ragionevole entro cui questa deve essere conclusa”).

Alle regole deontologiche che il Garante è autorizzato ad emanare è riconosciuta valenza normativa (essendo prevista anche la loro pubblicazione in Gazzetta Ufficiale), ed in particolare quella di “fonti normative integrative” ²⁵. Il loro rispetto è “condizione essenziale per la liceità e la correttezza del trattamento dei dati personali” (v. previgente art. 12, comma 3, d.lgs. 196/2003, nonché l’attuale art. 2 quater, comma 4).

[24] Ed invero, il Regolamento UE, all’art. 2, definisce il suo ambito materiale di applicazione come segue: “Il presente regolamento si applica al trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi”.

L’art. 4 definisce: - “dato personale”: “qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»)”; - “trattamento”: “qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l’ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l’organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l’adattamento o la modifica, l’estrazione, la consultazione, l’uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l’interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione”; - “archivio”: “qualsiasi insieme strutturato di dati personali accessibili secondo criteri determinati, indipendentemente dal fatto che tale insieme sia centralizzato, decentralizzato o ripartito in modo funzionale o geografico”.

[25] Cass. 28378/2023 che richiama Cass. 12834/2014

Ne consegue l'applicabilità del principio *iura novit curia* e l'obbligo per il giudice di individuarle e farne applicazione, anche in difetto di allegazione della parte interessata.

Infine, anche i controlli tramite agenzia investigativa pongono il problema della conciliabilità delle esigenze datoriali con il rispetto della "vita privata" del lavoratore, secondo la tutela accordata dall'art. 8 Cedu, come interpretato dalla giurisprudenza EDU. Ed invero, come chiarito, in particolare, dalla sentenza della Corte EDU *Barbulescu v. Romania*, l'articolo 8 della Convenzione, attraverso l'utilizzo dell'espressione "vita privata", intende tutelare il diritto allo sviluppo personale dell'individuo, sia nel senso dello sviluppo della sua personalità che dello sviluppo dell'autonomia personale. In tale prospettiva, dall'art. 8 si ricava anche il diritto a condurre una "vita sociale privata", ovverosia la tutela della riservatezza dell'individuo anche rispetto alle relazioni sociali che egli sceglie di intrattenere. E, tra queste relazioni, devono essere incluse anche quelle che si instaurano nell'ambito professionale, tenuto conto "che per la maggior parte delle persone la vita lavorativa rappresenta una significativa, se non la più importante, possibilità di sviluppare rapporti con il mondo esterno". In definitiva, i referenti normativi Statutari di partenza tenuti presente dalla giurisprudenza nell'elaborazione delle due tipologie di controlli in esame sono diversi, ma le finalità e le esigenze coinvolte sono le medesime: sia per il controllo tramite agenzie investigative, sia per i controlli difensivi ("in senso stretto") di tipo tecnologico, la giurisprudenza ha ragionato innanzitutto "in negativo" o "per esclusione", evidenziando l'estraneità dei primi agli artt. 2 e 3 dello Statuto e l'estraneità dei secondi all'art. 4 dello Statuto. Ma, a ben vedere, i profili di estraneità ai divieti/limiti Statutari ed in forza dei quali le due tipologie di controllo sono state ritenute ammissibili risultano comuni: entrambe sono poste in essere dal datore di lavoro in chiave difensiva rispetto alla tutela del patrimonio e in relazione a eventuali specifici illeciti commessi da singoli dipendenti. Inoltre, con riferimento ad entrambe le tipologie di controlli viene in rilievo la necessità di tutelare la dignità e la riservatezza del lavoratore, sia sotto il profilo della tutela dei dati personali, sia sotto il profilo della tutela della sua "vita privata", come sopra delineata.

In conclusione, se, alla luce di quanto precede, i due costrutti esegetici sono sovrapponibili²⁶, al punto che la categoria dei controlli difensivi è storicamente derivata dall'elaborazione giurisprudenziale sui controlli a mezzo di agenzia investigativa e questi ultimi costituiscono, nella sostanza, una tipologia di controllo difensivo "in senso stretto" (in particolare di natura non tecnologica), dovrebbe coerentemente concludersi che anche i controlli tramite agenzia investigativa sono assoggettati agli stessi presupposti di legittimità elaborati dalla più recente giurisprudenza per la categoria dei controlli difensivi "in senso stretto".

In tale prospettiva, deve ritenersi che anche i controlli tramite agenzia investigativa possono essere disposti a tutela del patrimonio o dell'immagine aziendale solo a seguito dell'insorgenza di un fondato/ragionevole sospetto di illecito commesso da un dipendente o da un gruppo di dipendenti, nel rispetto della normativa sul trattamento dei dati personali e con modalità tali da realizzare un corretto bilanciamento dei contrapposti

[26] Tursi, Note minime in tema di controlli difensivi del datore, cit., pag. 9 dell'estratto.

interessi, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, secondo gli “indici di bilanciamento” desunti dalla giurisprudenza Edu in tema di rispetto della vita privata ex art. 8 CEDU. Se la linea di sviluppo che si coglie nelle citate recenti sentenze di legittimità verrà confermata, la considerazione unitaria dei controlli difensivi “in senso stretto”, sia di matrice tecnologica che di matrice non tecnologica (come i controlli a mezzo agenzia investigativa realizzati attraverso appostamenti e pedinamenti), rappresenterà un ulteriore passo in avanti nella tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore.

6. VIOLAZIONE DEI PRESUPPOSTI DI LEGITTIMITÀ DEI C.D. CONTROLLI DIFENSIVI “IN SENSO STRETTO” E (IN)UTILIZZABILITÀ DELLA PROVA

L’onere di allegare e provare il rispetto dei presupposti di legittimità del controllo difensivo “in senso stretto” incombe sul datore di lavoro, trattandosi di fatti costitutivi del relativo potere ²⁷.

Si tratta di un onere che investe, innanzitutto, le circostanze su cui si basa il “fondato/ragionevole sospetto”, che devono essere temporalmente collocate, al fine di individuare il momento a partire dal quale le informazioni raccolte sono utilizzabili nel procedimento disciplinare e, successivamente, in giudizio. Inoltre, l’onere in discorso include anche le circostanze che evidenziano l’avvenuto bilanciamento, da parte del datore di lavoro, delle contrapposte esigenze, a seguito della valutazione dell’impatto concreto dei controlli nei confronti della sfera personale del lavoratore interessato, nonché l’attuazione dei controlli nel rispetto dei principi di proporzionalità, pertinenza, non eccedenza e minimizzazione ²⁸.

In caso di mancato assolvimento dell’onere della prova, si ritiene che, risolvendosi il controllo in una violazione dei principi generali in materia di trattamento dei dati personali, la sanzione sia quella prevista dal relativo corpus normativo: l’inutilizzabilità degli elementi raccolti ²⁹. A tal proposito, va rilevato che, sin dall’originaria stesura dell’art. 11 del Codice della Privacy, l’inutilizzabilità non conseguiva a qualsivoglia violazione della disciplina in materia, ma solo alle violazioni della “disciplina rilevante” (v. testo art. 11, comma 2, d.lgs. 196/2003 prima delle modifiche apportate dal d.lgs. 101/2018) ³⁰.

[27] Cass.18168/2023 che richiama anche il principio di vicinanza della prova; Cass. 28378/2023.

[28] Anche per tale considerazione, v. Cass. 18168/2023.

[29] Si veda Cass. 17723/2017, secondo la quale la “violazione dei principi fissati dal cosiddetto “codice della privacy” del 2003 condurrebbe alla inutilizzabilità processuale ed ancor prima disciplinare dei dati. Una soluzione opposta porrebbe il sistema interno in tensione con una disciplina di derivazione sovranazionale; peraltro nel complesso dibattito dottrinario che ha seguito la revisione dell’art. 4 L. n. 300/1970 che ha reso la norma più permissiva ma ha richiamato circa l’utilizzabilità delle informazioni raccolte la regolamentazione sulla privacy la prevalenza degli Autori hanno sottolineato che questo richiamo è ad abundantiam, solo a fini di rafforzamento della certezza del diritto, perché l’obbligo di rispettare tale normativa sussisteva anche prima”. In senso conforme, Cass. 18168/2023.

[30] L’originario testo dell’art. 11, comma 2, era il seguente: “2. I dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati”.

L'attuale disciplina (v. art. 2 decies d.lgs. 196/2003)³¹ ha mantenuto la limitazione della sanzione dell'inutilizzabilità alla "disciplina rilevante" in materia, ma ha introdotto, attraverso il rinvio all'art. 160 bis del medesimo testo normativo, la clausola di salvaguardia delle disposizioni processuali di riferimento³². A fronte di tale disciplina normativa, il primo interrogativo attiene all'individuazione della "disciplina rilevante" che determina la sanzione dell'inutilizzabilità. Appare, allo stato, ragionevole l'orientamento secondo il quale l'inutilizzabilità non consegue a qualsiasi violazione della disciplina in materia di trattamento dati, ma solo alla violazione delle norme "di maggior peso, in quanto aventi carattere centrale nell'ambito della complessa normativa" e direttamente correlate agli interessi sostanziali tutelati da tale corpus normativo³³.

Il secondo interrogativo, stante l'introduzione della clausola di salvaguardia delle disposizioni processuali di riferimento ad opera della novella del 2018, attiene alla latitudine del concetto di inutilizzabilità, ed in particolare alla questione se l'inutilizzabilità sussista anche nell'ambito del processo civile, ancorché il codice di procedura civile, a differenza del codice di procedura penale, non preveda la categoria giuridica dell'"inutilizzabilità". Vale la pena puntualizzare che l'interrogativo non si pone laddove risulti applicabile, *ratione temporis*, l'art. 11, comma 2, d.lgs. 196/2003, il quale prevedeva una inutilizzabilità "assoluta" (senza limiti, né clausole di salvezza)³⁴. Quanto alla disciplina introdotta dal combinato disposto degli artt. 2 decies e 160 bis, vi sono argomenti sia di natura processuale che di natura sostanziale che portano a concludere per l'inutilizzabilità della prova raccolta in violazione della "disciplina rilevante" in materia di trattamento dei dati personali anche in sede processualecivile. L'approccio "processuale", pur escludendo l'applicazione diretta o analogica dell'art. 191 c.p.p.³⁵, ha evidenziato che, anche se non espressamente disciplinata dal codice di procedura civile, la categoria dell'inutilizzabilità della prova o dell'atto processuale

[31] L'attuale testo dell'art. 2 decies prevede: "1. I dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati, salvo quanto previsto dall'articolo 160-bis."

[32] L'art. 160 bis d.lgs. 196/2003, rubricato: "Validità, efficacia e utilizzabilità nel procedimento giudiziario di atti, documenti e provvedimenti basati sul trattamento di dati personali non conforme a disposizioni di legge o di Regolamento" prevede: "1. La validità, l'efficacia e l'utilizzabilità nel procedimento giudiziario di atti, documenti e provvedimenti basati sul trattamento di dati personali non conforme a disposizioni di legge o di Regolamento restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali."

[33] Di Paola, I controlli sui lavoratori, cit., 171.

[34] Sul punto Cass. 28378/2023.

[35] Sul punto, Cass. 8459/2020 che sottolinea la "diversa rilevanza degli interessi che vengono in questione nel giudizio penale (*status libertatis*) ed in quello civile, nel quale il Giudice non incontra i limiti della "tipicità" del mezzo probatorio", posto che nel giudizio civile le prove atipiche sono tendenzialmente ammissibili e utilizzabili (salvo che il mezzo di prova costituisca *ex se* lesione di un diritto fondamentale della persona) e la questione che si pone attiene alla maggiore o minore efficacia probatoria riconosciuta loro dal prudente apprezzamento del giudice del merito. L'art. 191 c.p.p. prevede: "1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento".

è ricavabile secondo una interpretazione sistematica dell'intero ordinamento processuale³⁶. Si è evidenziata, inoltre, una esigenza di coerenza sistematica tra i vari rami dell'ordinamento, non potendosi ammettere che, da un lato, sul piano del regime della tutela dei dati personali, un determinato trattamento venga qualificato come "illecito", ma, dall'altro lato, l'ordinamento processuale consenta l'ingresso nel giudizio civile e, dunque, l'utilizzabilità quali prove, di circostanze apprese attraverso un trattamento illecito di dati personali. Consentire alla parte processuale di trarre vantaggio, sul piano della prova, da una attività illecita (illecito trattamento di dati) risulterebbe contrario ai principi sul giusto processo (art. 111 Cost.)³⁷. Sul piano sostanziale, si è rilevato che il diritto alla protezione dei dati personali costituisce un diritto assoluto e una libertà fondamentale della persona ex artt. 1 e 2 d.lgs. 196/2003 ed ex art. 1 Regolamento UE. In tale prospettiva, la condotta illecita consistente nella violazione di un diritto fondamentale previsto da una norma di diritto sostanziale (acquisizione di un dato che non poteva essere acquisito) non potrebbe divenire lecita in sede processuale, attraverso l'utilizzazione, quale prova, di quel dato nei confronti di chi ha subito la predetta violazione³⁸.

A ragionare diversamente, l'utilizzo probatorio "integrerebbe proprio quel pregiudizio che la norma di divieto intende impedire a tutela del diritto dello stesso soggetto cui la legge intende apprestare la protezione". Sicché non si tratterebbe tanto di individuare sul piano processuale la categoria, non espressamente prevista, dell'inutilizzabilità della prova, ma, a monte, proprio della impossibilità di configurare come prove (nemmeno sub specie di prove atipiche) elementi conoscitivi acquisiti in modo tale da ledere una libertà fondamentale. Le conclusioni che precedono sono confermate della ratio dell'inutilizzabilità prevista dal Codice Privacy, secondo la lettura della più recente giurisprudenza: "scoraggiare la ricerca, l'acquisizione e, più in generale il trattamento "abusivi" di dati personali e per realizzare questa funzione il rimedio previsto dal legislatore è quello di impedirne la realizzazione dello scopo (id est la successiva utilizzazione di quei dati)"³⁹.

Coerentemente, a fronte dell'"inutilizzabilità" degli elementi conoscitivi acquisiti in violazione delle disposizioni in materia di trattamento dei dati personali, non dovrebbe risultare ammissibile la prova

[36] Così Cass. 28378/2023 che richiama il regime delle preclusioni istruttorie ex art. 182 c.p.c.; il regime della nullità degli atti ex art. 157 c.p.c.; la giurisprudenza secondo cui il mancato rispetto del termine – ordinatorio – per ottemperare all'istanza di esibizione ex art. 210 c.p.c. non comporta l'inutilizzabilità della produzione documentale fuori termine; la giurisprudenza in materia di inutilizzabilità della scrittura privata disconosciuta ove non sia raggiunta la prova della provenienza dalla parte che l'ha disconosciuta.

[37] V. Cass. 28378/2023.

[38] Si veda Cass. 8459/2020 che ha evidenziato che "Il principio che stabilisce la estraneità dalle fonti di prova - anche atipiche - di quelle acquisite con modalità tali da ledere le libertà fondamentali e costituzionalmente garantite, quali la libertà personale, il diritto alla segretezza della corrispondenza, la inviolabilità del domicilio, è stato ripetutamente affermato da questa Corte" dovendo affermarsi il "principio secondo cui rimane precluso l'accesso a quelle prove la cui acquisizione concreti una diretta lesione di interessi costituzionalmente tutelati riferibili alla parte contro cui la prova viene utilizzata".

[39] V. Cass. 28378/2023.

testimoniale ⁴⁰, trattandosi di circostanze che, già sul piano sostanziale, non potevano essere acquisite.

7. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

In uno sguardo d'insieme, sembra possibile affermare che se, da un lato, la novellazione dell'art. 4 Statuto ha accolto istanze datoriali di ampliamento del ricorso a strumenti tecnologici che consentono anche il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori (si pensi all'inserimento nell'attuale comma 1 dell'esigenza di tutela del patrimonio, alla sottrazione degli strumenti di lavoro e di rilevazione di accessi e presenze alle garanzie procedurali del comma 1, alla espressa previsione dell'utilizzabilità dei dati legittimamente raccolti "a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro"), dall'altro lato, l'evoluzione giurisprudenziale in materia di controlli difensivi ("in senso stretto"), inclusivi, per quanto precede, dei controlli tramite agenzia investigativa, si è mossa nella direzione del rafforzamento della tutela dei lavoratori, in un contesto di accresciuta sensibilità per i temi del rispetto del trattamento dei loro dati personali e della loro "vita privata/professionale", veicolati dal diritto e dalla giurisprudenza sovranazionali.

Il risultato di tali evoluzioni è un rinnovato interesse per una tematica "tradizionale", le cui moderne coordinate si possono dire tracciate con chiarezza dalla giurisprudenza di legittimità sin qui esaminata.

Il compito, senz'altro non facile, di applicare gli esposti principi ai casi concreti spetterà, essenzialmente, al giudice del merito che dovrà maneggiare con cautela concetti "elastici" quali quello di "fondato/ragionevole" sospetto di illecito e i parametri di bilanciamento dei contrapposti interessi, prestando attenzione a tutte le peculiarità della vicenda da ricondurre a sintesi, alla luce del principio per cui l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno alla libertà e alla dignità umana (art. 41 Cost.).

[40] In tale prospettiva, v. Cass. 33367/2021.

COLLEGIALITÀ DELLA CUSTODIA IN CARCERE ED INTERROGATORIO PREVENTIVO NEL D.D.L. “NORDIO”

di Antonio D’AMATO, Procuratore della Repubblica di Messina

Sommario

1. Modifica della custodia cautelare. I cardini della riforma: a) contraddittorio anticipato e b) collegialità nella decisione della misura della custodia in carcere. Profili ordinamentali-organizzativi.

1a. La collegialità della decisione. Ricadute sulla organizzazione dei Tribunali.

1b. L’attuale geografia giudiziaria. La valutazione dell’impatto della riforma sui Tribunali piccoli e medio piccoli.

1c. L’ossimoro: piccoli tribunali ed esigenze di specializzazione.

1d. Un recente esempio di declinazione della giustizia, coniugando organizzazione e specializzazione: i reati lesivi degli interessi finanziari dell’Unione europea e la Procura Europea (EPPO): le ricadute nazionali. Spunti di riflessione per una rivisitazione della geografia giudiziaria.

2. Brevi riflessioni di natura procedurale sulla prospettata riforma.

2a. L’opportunità di fissare un termine entro il quale il giudice della cautela debba provvedere.

2b. Alcune criticità: la previsione dell’interrogatorio preventivo (o successivo) condotto da un solo giudice del “collegio cautelare”.

2c. Interrogatorio preventivo.

1. MODIFICA DELLA CUSTODIA CAUTELARE. I CARDINI DELLA RIFORMA: A) CONTRADDITTORIO ANTICIPATO E B) COLLEGIALITÀ NELLA DECISIONE DELLA MISURA DELLA CUSTODIA IN CARCERE. PROFILI ORDINAMENTALI-ORGANIZZATIVI

Punto di partenza della riflessione è la privazione della libertà personale prima della condanna¹; da sempre oggetto di approfondimenti e rimediazioni, come testimoniato dai numerosi interventi sia del legislatore, da quando è entrato in vigore il nuovo codice di procedura penale del 1989; sia della Corte Costituzionale; sia,

[1] Il contributo è la rielaborazione dell’audizione dell’autore , in data 12 settembre 2023, dinnanzi alla Commissione Giustizia del Senato, in ordine al DDL N. 808 (*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all’ordinamento giudiziario e al codice dell’ordinamento militare*).

infine, dalla copiosa letteratura degli studiosi del processo penale².

Il vuoto dei fini della nostra Carta costituzionale (art. 13 Cost.), colmato dalla giurisprudenza costituzionale e da quella ordinaria, ha generato un dibattito mai sopito, che, tuttavia, ha avuto il merito di realizzare un modello processuale in continua evoluzione, il cui approdo attuale è costituito da un sistema connotato da controlli nel merito³; dalla pluralità di misure, graduate e proporzionali rispetto alla gravità del fatto e alle esigenze da tutelare; tenendo, come bussola, la garanzia dei diritti della difesa, la cui tutela si è andata progressivamente affinando e potenziando (si vedano, le leggi. n. 332/1995 e n. 47/2015), nonché, più di recente, della persona offesa.

Il dibattito che, talvolta, assume toni aspri, trova la sua spiegazione nel fatto che il provvedimento restrittivo, a differenza delle decisioni di merito, è connotato da peculiari elementi, fra i quali: il solipsismo della decisione (quasi sempre) senza contraddittorio (dunque a sorpresa), posticipato al momento dell'interrogatorio di garanzia e poi, in sede, eventuale, di riesame; l'immediata esecutività⁴.

Questa premessa, certamente non esaustiva, appare, tuttavia, utile per affrontare alcuni profili del ddl Nordio.

Il tema è disciplinato dall'art. 2 del d.d.l. 808, attraverso l'interpolazione di molteplici emendamenti agli artt. 291, 292, 294, 299, 309, 313 e 328 cpp.

Due sono i cardini su cui appare imperniata la riforma: a) contraddittorio anticipato e b) collegialità nella decisione della misura della custodia in carcere e della provvisoria applicazione della misura di sicurezza detentiva.

La modifica all'art. 328 cpp appare ispirata all'esigenza di garantire che la custodia cautelare in carcere preservi la sua natura di *extrema ratio* nel ventaglio delle misure cautelari previste dal codice e dunque di implementare le garanzie che ne accompagnano l'applicazione⁵.

1A. LA COLLEGIALITÀ DELLA DECISIONE. RICADUTE SULLA ORGANIZZAZIONE DEI TRIBUNALI

Partiamo, immediatamente, da quest'ultimo aspetto, la collegialità, per evidenziare talune ricadute negative, soprattutto di carattere organizzativo, sugli uffici giudiziari, con serio rischio di rallentamento se non di paralisi dell'amministrazione della giustizia.

Orbene, non vi è dubbio che la collegialità della decisione dovrebbe essere un presidio di garanzia per la persona sottoposta alle indagini, in quanto assicura una maggiore ponderazione della decisione rispetto a quanto potrebbe garantire la natura monocratica del giudice, immune da sollecitazioni e osservazioni critiche

[2] A. Spangher, *Misure cautelari*, in *Digesto/pen.*, Torino, 2014, 120 ss.

[3] A. De Caro, *Libertà personale (profili costituzionali)*, in *Digesto/pen.*, Agg. I, Torino, 2005, 289 ss.

[4] E. Marzaduri, *Misure cautelari (principi generali e disciplina)*, in *Digesto/pen.*, VIII, Torino, 1994, 62 ss.

[5] Per questo modello, cfr. E. Marzaduri, *Misure cautelari (principi generali e disciplina)*, cit., 62 ss.

rispetto ai suoi intendimenti (almeno fino all'applicazione della misura, a seguito della quale la proposizione del riesame o dell'appello garantisce un controllo, per l'appunto, collegiale, con perimetri cognitivi differenti a seconda del mezzo d'impugnazione proposto).

La previsione della “collegialità cautelare” rappresenta, dunque, una soluzione apprezzabile nella prospettiva di innalzare lo *standard* delle garanzie per la persona indagata, benché, anche in ordine a tale proposta, non vanno trascurate le possibili criticità nella organizzazione giudiziaria⁶.

In particolare, essa genera l'aumento del numero dei magistrati da destinare, in pianta organica all'ufficio g.i.p./g.u.p.; e ciò non solo perché il numero dei giudici chiamati a pronunciarsi sull'applicazione della custodia in carcere passa da uno a tre, ma anche perché ciò comporterà, quale effetto inevitabile, l'incremento della platea dei giudici incompatibili per le successive fasi (udienza preliminare, riti alternativi come il giudizio abbreviato, dibattimento, impugnazioni). Problema che, se potrà essere adeguatamente fronteggiato con idonee misure organizzative per gli uffici giudiziari di grandi dimensioni⁷ (avuto riguardo alla pianta organica⁸); potrebbe rivelarsi a dir poco disastroso per le sedi piccole e medio piccole, nelle quali, evidentemente le sole misure organizzative non saranno sufficienti ad evitare il verificarsi dei rischi testé paventati, tenendo conto, peraltro, che l'eventuale proposizione del riesame avverso la misura custodiale da parte della difesa (evento statisticamente molto frequente), comporta la definitiva “eliminazione”, dalla “cerchia” dei magistrati che possono essere chiamati a svolgere funzioni di G.u.p. o di giudici nella fase del giudizio, di almeno sei giudici (tre che, in base alla riforma, si pronunceranno sull'applicazione originaria, tre che compongono il

[6] La dottrina ha da tempo segnalato l'opportunità di affidare ad un organo collegiale la valutazione cautelare, anche laddove la decisione abbia ad oggetto misure meno afflittive della custodia in carcere: tra gli altri, v. E. Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in Aa.Vv., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali. Atti del convegno di Trento, 11-13 ottobre 2013*, Milano, 2014, p. 17 ss.; G. Conso, *La collegialità del g.i.p.: per un'ipotesi praticabile*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 401 ss.

[7] Per “uffici di grandi dimensioni” s'intendono i Tribunali di Bari, Bologna, Brescia, Cagliari, Catania, Firenze, Foggia, Genova, Lecce, Messina, Milano, Napoli, Napoli nord, Palermo, Reggio Calabria, Roma, Salerno, Santa Maria Capua Vetere, Taranto, Torino, Venezia e le Corti di appello di Bari, Bologna, Brescia, Cagliari, Catania, Firenze, Genova, Lecce, Messina, Milano, Napoli, Palermo, Reggio Calabria, Roma, Salerno, Torino e Venezia.

[8] Peraltro, occorrerebbe por mano alla modifica - di competenza del CSM - del rapporto fra numero dei magistrati che compongono l'Ufficio GIP/GUP ed il numero dei pubblici ministeri; e ciò soprattutto presso i 26 tribunali distrettuali, dove hanno sede gli uffici del GIP distrettuale competente a provvedere sulle richieste di misura cautelare della Direzione distrettuale antimafia. Attualmente alle sezioni g.i.p./g.u.p. dei tribunali, per assicurarne la piena funzionalità, deve comunque essere assegnato un numero di magistrati adeguato alle esigenze e non inferiore ad un terzo rispetto al numero di magistrati previsti in organico presso la relativa Procura della Repubblica e ad un decimo rispetto all'organico dell'intero tribunale. Tale percentuale dovrà essere maggiorata in misura non inferiore ai 2/5 rispetto all'organico della Procura per gli uffici del tribunale capoluogo del distretto presso il quale opera la direzione distrettuale antimafia, e ciò al fine di assicurare la massima celerità nella trattazione dei procedimenti *ex art 51, comma 3-bis c.p.p.* Il dimensionamento della sezione GIP/GUP deve tenere espressamente conto del rapporto con il carico di lavoro dei giudici del dibattimento, avuto riguardo in particolare al numero di definizioni di procedimenti nel corso della fase delle indagini preliminari o all'esito dell'udienza preliminare.

tribunale della libertà, la cui sede *ex art.* 309, comma 7, cpp, potrebbe coincidere con quella del Giudice che ha emesso l'ordinanza impugnata). Su questo versante il legislatore sembra aver prestato attenzione, tanto è vero che si è preoccupato della funzionalità dei piccoli tribunali, prefigurandosi il rischio di rallentamento dell'attività giudiziaria, per effetto dell'insorgere di situazioni di incompatibilità.

Ed è per tali ragioni che ha introdotto la disposizione finale, che differisce di due anni, rispetto alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, la entrata in vigore della riforma. Si tratta di un differimento strategico, volto alla copertura delle piante organiche, attraverso l'assunzione in ruolo di 250 magistrati per opera di un reclutamento straordinario. Occorre tuttavia interrogarsi sull'adeguatezza di questo unico rimedio a scongiurare il paventato rischio di rallentare, se non addirittura, paralizzare la giustizia nei piccoli tribunali.

Sul punto appare appena opportuno soffermarsi sui numeri, al fine di immediatamente saggiare la tenuta del sistema rispetto alla riforma; per, poi, passare ad esaminare eventuali ulteriori riforme che sarebbero auspicabili sul piano ordinamentale-organizzativo.

Cominciamo dai piccoli e medio piccoli Tribunali. Uno sguardo di insieme alla geografia giudiziaria può essere di ausilio alla comprensione degli effetti che ne possono scaturire e fermo restando che sarebbe opportuna una approfondita analisi dell'impatto della nuova regolamentazione.

1B. L'ATTUALE GEOGRAFIA GIUDIZIARIA. LA VALUTAZIONE DELL'IMPATTO DELLA RIFORMA SUI TRIBUNALI PICCOLI E MEDIO PICCOLI

Sul nostro territorio la giustizia è ripartita, per esigenze organizzative, fra 26 Distretti di Corte d'appello, fra loro dimensionate in maniera eterogenea: si va da Distretti di Corte d'appello con meno di 100 magistrati (ad es. Campobasso) a Corti d'Appello con oltre 1000 magistrati (Napoli, Roma).

Con le conseguenze che è facile immaginare in termini di uniformità (sotto tutti i profili, dai contenuti ai tempi) di risposta alla domanda di giustizia, a sua volta, condizionata dagli assetti organizzativi.

Su questo versante, svariate circolari del Consiglio Superiore della Magistratura fissano, a giusta ragione, regole o linee guida organizzative diverse in ragione della dimensione degli uffici, così come fa pure il Ministero della giustizia, con uno sforzo a livello centrale che non sempre riesce a conseguire l'obiettivo e con il rischio concreto di suddividere gli uffici di serie A) dagli uffici di serie B).

Il dibattito consiliare è ricco di riferimenti a uffici piccoli e grandi sia per le linee guida organizzative sia per la individuazione dei criteri (differenti) per la scelta dei candidati a posti direttivi.

Del resto, è lo stesso legislatore, ad esempio, all'art. 87 delle disposizioni transitorie del d. lgs. 150/2022 (Riforma c.d. Cartabia, settore penale), a prevedere uffici a doppia velocità sul versante telematico in ragione,

evidentemente, della loro dimensione⁹.

Basti pensare a quanto sarebbe tutto più facile in presenza di Distretti giudiziari equidimensionati fra di loro. Sui 140 Tribunali attualmente esistenti in Italia:

- solo 21 sono considerati uffici di grandi dimensioni, con un numero di giudici che varia fra le 50 e le 350 unità;
- 26 hanno un numero di magistrati fra le 20 e le 25 unità;
- 58 hanno meno di 20 magistrati;
- una dozzina sono micro-tribunali con meno di 10 magistrati (ad esempio, Aosta, Rovereto, Urbino, Lancia-
no, Lanusei).

Orbene, se già ora i Tribunali di piccole e medie dimensioni entrano in crisi, allorquando si manifestano emergenze, le più svariate, quali la scopertura di qualche unità; ovvero, ad es., la gravidanza e la maternità; l'assenza prolungata di un magistrato; la vacanza sovente prolungata a seguito di ritardi nella copertura dei posti vacanti. È facile prevedere quanto questa crisi potrà acuirsi, con la riforma sulla collegialità della decisione cautelare. E ciò proprio nel momento in cui la carenza di magistrati per i vuoti di organico è pari a quasi il 15% di scoperture non colmabili a breve (mancano circa 1500 magistrati).

Peraltro, la riforma Cartabia sulle piante organiche flessibili distrettuali non pare abbia generato gli effetti sperati. Trattandosi, invero, di un tramutamento a tutti gli effetti, i bandi di concorso sono andati per la maggior parte deserti: la copertura dei posti vacanti presso sedi disagiate forse avrebbe dovuta essere associata alla previsione di benefici economici.

La situazione delle piante organiche dei magistrati è fortemente critica anche a causa di una distribuzione non sempre razionale del personale di magistratura: al Tribunale di Napoli Nord, che insiste su un territorio con circa 1 milione di abitanti, vi è una pianta organica con meno di 100 magistrati; nel vicino tribunale metropolitano di Napoli, con una popolazione di oltre 1 milione 300 mila abitanti, la pianta organica è di circa 350 magistrati.

1C. L'OSSIMORO: PICCOLI TRIBUNALI ED ESIGENZE DI SPECIALIZZAZIONE

Colgo l'occasione anche per approfondire la riflessione sui tribunali piccoli e medio piccoli. La tendenza del legislatore degli ultimi 30 anni è quella della concentrazione in capo agli uffici distrettuali di competenze specialistiche; e ciò sia per gli uffici giudicanti (si pensi, ad es., al tribunale delle imprese, al tribunale del riesame per le misure cautelari personali, al GIP distrettuale per le misure cautelari richieste dalla DDA,

[9] Art. 87. Disposizioni transitorie in materia di processo penale telematico 1. ...; 2. ...; 3. Con decreto del Ministro della giustizia, da adottarsi entro il 31 dicembre 2023 ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentiti il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense, sono individuati gli uffici giudiziari e le tipologie di atti per cui possano essere adottate anche modalità non telematiche di deposito, comunicazione o notificazione, nonché i termini di transizione al nuovo regime di deposito, comunicazione e notificazione.

per un limitato periodo di tempo si pensi alla competenza per i reati in materia di inquinamento ambientale e roghi tossici), sia per quelli inquirenti (si pensi alla Direzione distrettuale antimafia; ai reati in materia di terrorismo, ai reati di pedopornografia); si pensi ancora alla cooperazione giudiziaria passiva, tutta concentrata presso le procure distrettuali e presso i rispettivi giudici dirimpettai. E ciò a tacere del Tribunale per i minorenni. Anche dall'Unione europea pervengono indicazioni verso la specializzazione dei magistrati, tanto nel civile quanto nel penale. In effetti, la esigenza della creazione di gruppi di lavoro specializzati di magistrati nella fase delle indagini preliminari (e ciò riguarda, quindi, anche l'ufficio del Pubblico Ministero) è suggerita se non addirittura imposta dalle fenomenologie criminali moderne, che richiedono adeguati modelli investigativi basati su tecniche di indagine, di certo, non improntate alla genericità degli accertamenti. È da più di trent'anni, in sostanza, che si è abbandonata l'idea del magistrato del pubblico ministero in grado di saper fare, bene e contemporaneamente, ogni tipo di indagine. E al riguardo il riferimento non è solo ai reati in materia di mafia o corruzione; ma si fa riferimento alla materia ambientale, a quelli da c.d. codice rosso (violenze sessuali, violenze intrafamiliari, violenze in danno di minori), ai reati in materia di criminalità economica.

La medesima esigenza di specializzazione riguarda i giudici delle indagini preliminari e del dibattimento penale (la Commissione Parlamentare sui femminicidi della precedente Legislatura concluse i lavori con una relazione, attraverso la quale non ha mancato di stigmatizzare gli assetti organizzativi di quei tribunali che non avevano dato impulso alla specializzazione dei giudici del GIP e del dibattimento in tale materia). Essa riguarda anche il campo civile (si pensi alla materia fallimentare e societaria).

Va da sé che un tribunale di piccole o medie dimensioni non può garantire la specializzazione in suddette materie; specializzazione oggi sempre più richiesta e che necessariamente non potrebbe essere garantita in uffici giudiziari di piccole dimensioni, dove tutti i magistrati sono chiamati a giudicare su tutto.

Si tratta di argomenti a sostegno di una riforma delle circoscrizioni giudiziarie nella direzione di un equidimensionamento degli uffici.

1D. UN RECENTE ESEMPIO DI DECLINAZIONE DELLA GIUSTIZIA, CONIUGANDO ORGANIZZAZIONE E SPECIALIZZAZIONE: I REATI LESIVI DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE EUROPEA E LA PROCURA EUROPEA (EPPO): LE RICADUTE NAZIONALI SPUNTI DI RIFLESSIONE PER UNA RIVISITAZIONE DELLA GEOGRAFIA GIUDIZIARIA

Con la legge n. 127/2022, recante “*Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti normativi dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2021*“, viene proseguito, attraverso la delega al Governo (art. 9), “*il compiuto adeguamento della normativa nazionale al regolamento (UE) 2017/1939, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»*). È interessante notare come la legge di delegazione europea 2021 (n. 127/2022) abbia fatto

propri gli esiti del dibattito consiliare, avendo previsto, all'art. 9¹⁰, come punto di delega, la rivisitazione della competenza prevista dal codice di procedura penale in modo da concentrare negli uffici giudiziari distrettuali la trattazione dei procedimenti per i reati che offendono gli interessi finanziari dell'Unione europea¹¹. Perdendosi altresì l'occasione per la riscrittura di una geografia giudiziaria nella direzione di una distrettualizzazione delle competenze, al fine di facilitare, semplificandoli, i rapporti di coordinamento investigativo fra i PED e le singole procure nazionali.

2. BREVI RIFLESSIONI DI NATURA PROCEDURALE SULLA PROSPETTATA RIFORMA

Come sopra detto, la misura cautelare sarà disposta dal collegio solo nel caso in cui si debba applicare la custodia cautelare in carcere. Si tratta di una figura inedita.

2A. L'OPPORTUNITÀ DI FISSARE UN TERMINE ENTRO IL QUALE IL GIUDICE DELLA CAUTELA DEBBA PROVVEDERE

Viene, anzitutto, da chiedersi se non sia opportuno prevedere un termine entro il quale il collegio debba pronunciarsi. L'opportunità scaturisce dalla considerazione che, sovente, la immediatezza della decisione cautelare rispetto alla data di commissione del fatto serve a contrastare effettivamente le situazioni di pericolo (inquinamento probatorio, pericolo di fuga, probabilità di commissione dei fatti della stessa specie di quelli per i quali si procede ovvero con uso di armi) che si tende a scongiurare attraverso la misura cautelare

[10] Art. 9, legge 127/2022: 1. *Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, nel rispetto dei principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, uno o più decreti legislativi per il compiuto adeguamento della normativa nazionale al regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, attuato con il decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 9, modificando la disciplina della competenza prevista dal codice di procedura penale in modo da concentrare negli uffici giudiziari distrettuali la trattazione dei procedimenti per i reati che offendono gli interessi finanziari dell'Unione europea in ordine ai quali la Procura europea può esercitare la sua competenza, indipendentemente dalla circostanza che detta competenza sia esercitata. ...*

[11] Sul punto appare illuminante il passaggio della relazione di accompagnamento del ddl di delegazione europea 2021 (XVIII LEGISLATURA A.C. 3208): *«Come osservato dal Consiglio superiore della magistratura nel parere reso il 25 marzo 2021 in merito alla proposta di accordo con il procuratore capo europeo formulata dal Ministro della giustizia, la circostanza che « i due/tre PED che opereranno presso le varie sedi si troveranno ad esercitare le proprie funzioni almeno in due distretti, in alcuni casi addirittura quattro (come i PED assegnati alla sede di Roma [...] o alla sede di Palermo [...]), comprendenti numerosi uffici giudiziari dislocati anche in regioni diverse », comporterà che tali magistrati « dovranno coordinare le indagini in ambiti territoriali molto vasti, ma soprattutto garantire la presenza in udienza, in primo e secondo grado, presso numerosi uffici giudiziari, tra loro distanti, e non sempre raggiungibili con i mezzi di trasporto in dotazione all'Amministrazione della Giustizia (si pensi ai PED assegnati alla sede di Roma che comprende anche la Sardegna) ». Al fine di contenere, nei limiti del possibile, la frequenza e la durata gli spostamenti dei PED durante la fase processuale, con il criterio di delega in esame si prevede, dunque, di « modificare la disciplina della competenza prevista dal codice di procedura penale in modo da concentrare negli uffici giudiziari distrettuali la trattazione dei procedimenti per i reati che offendono gli interessi finanziari dell'Unione europea in ordine ai quali la Procura europea può esercitare la sua competenza, indipendentemente dalla circostanza che detta competenza sia esercitata ».*

più affittiva¹².

Pertanto, al fine di evitare che il Pubblico Ministero possa essere indotto a ricorrere alla emissione di decreti di fermo, la cui procedura di convalida e successiva emissione di ordinanza cautelare si sottrae alla decisione collegiale, ci si chiede per quali ragioni non prevedere un termine: si potrebbe colmare questa lacuna prevedendo un termine finale, oltre il quale non andare e prevedere espressamente che il P.M., nelle more della decisione collegiale, possa (debba) trasmettere -mancando ogni ipotesi di arresto provvisorio- documentazione ulteriore a sostegno delle esigenze cautelari preclusive del contraddittorio; di tal che, il giudice potrebbe pronunciarsi, senza attendere la presentazione dell'indagato.

2B. ALCUNE CRITICITÀ: LA PREVISIONE DELL'INTERROGATORIO PREVENTIVO (O SUCCESSIVO) CONDOTTO DA UN SOLO GIUDICE DEL “COLLEGIO CAUTELARE”

Al fine di garantire la piena esplicazione della portata garantistica della modifica sarebbe, tuttavia, più opportuno estendere la prescrizione della collegialità (quando venga richiesta l'applicazione della custodia in carcere) al giudice chiamato ad effettuare l'interrogatorio preventivo che, in base alla proposta di modifica già esaminata, dovrebbe precedere l'applicazione di tutte le misure cautelari personali: al contrario, il nuovo art. 291, comma 1-*quinquies*, cpp, prevede (nel testo “prospettato” dal D.d.l.) che, «*Nel caso di cui all'articolo 328, comma 1-quinquies*» (e cioè nel caso in cui venga richiesta l'applicazione della misura cautelare più affittiva) «*all'interrogatorio procede il presidente del collegio o uno dei componenti da lui delegato*»: il rischio è di far degradare la garanzia della collegialità, rendendo gli altri due componenti del collegio, che non hanno partecipato all'interrogatorio anticipato, debitori del patrimonio informativo, costituito anche da valutazioni e percezioni raccolte dal giudice che ha condotto l'interrogatorio¹³.

E criticità analoghe valgono per l'interrogatorio di garanzia “tradizionale” (ovvero successivo all'applicazione della misura): invero, benché sia prevista (a prescindere dalla necessità di procedere all'interrogatorio anticipato a norma dell'art. 291, comma 1-*quater*) la garanzia della collegialità per l'applicazione della misura della custodia in carcere, tale garanzia non riguarda l'interrogatorio di garanzia, in quanto allo stesso dovrà provvedere (stando al “nuovo” testo dell'art. 294, comma 4-*bis*) il presidente del predetto collegio o un componente da questi delegato (al pari di quanto avviene nei casi in cui la misura cautelare sia stata disposta dalla corte di assise o dal tribunale).

Sarebbero, poi, necessarie delle espresse disposizioni per le ipotesi problematiche, come quando viene chiesto il carcere ma si ritiene di applicare misura meno affittiva; ovvero per la competenza sulle richieste di revoca e/o sostituzione; ovvero, ancora, per l'applicazione degli arresti domiciliari con braccialetto.

Senza tali accorgimenti, sarebbe meglio rimanere al GIP monocratico.

[12] G. Illuminati, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2023, 890 ss.

[13] G. Spangher, *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva*, in *PenaleDP*, 27 giugno 2023.

2C. INTERROGATORIO PREVENTIVO

Inserendo, dopo il comma 1-*ter* dell'art. 291, cpp, cinque commi, si prevede, segnatamente, che all'interrogatorio dell'indagato il giudice debba procedere, «con le modalità di cui agli articoli 64 e 65», «prima di disporre la misura» (nuovo comma 1-*quater* art. 291 c.p.p.); e che l'invito a presentarsi per rendere l'interrogatorio vada «comunicato al pubblico ministero e notificato alla persona sottoposta alle indagini e al suo difensore almeno cinque giorni prima di quello fissato per la comparizione» (nuovo comma 1-*sexies* art. 291 c.p.p.). Quanto al contenuto del suddetto invito, si prescrive che quest'ultimo deve contenere, tra l'altro, «la descrizione sommaria del fatto» (nuovo comma 1-*septies* lett. c) art. 291 c.p.p.) e «l'avviso di deposito nella cancelleria del giudice della richiesta di applicazione della misura cautelare, degli atti presentati ai sensi dell'art. 291, comma 1, nonché della facoltà di prendere visione ed estrarre copia di tutti gli atti depositati, ivi compresi i verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate, con diritto alla trasposizione delle relative registrazioni su supporto idoneo alla riproduzione dei dati» (nuovo comma 1-*octies* art. 291 c.p.p.). Modificando l'art. 292 c.p.p. si segnala la previsione della nullità dell'ordinanza che dispone la misura cautelare «se non è preceduta dall'interrogatorio nei casi previsti dall'art. 291, comma 1 *quater*, nonché quando l'interrogatorio è nullo per violazione delle disposizioni di cui ai commi 1-*septies* e 1-*octies*» (nuovo comma 3 *bis* art. 292 c.p.p.). L'istituto, previsto nel DDL, esiste già nell'attuale codice di rito ed attiene all'applicazione della misura interdittiva (art. 289 c.p.p.) della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, tranne se tale misura sia applicata in luogo di quella coercitiva richiesta dal pubblico ministero. In tale ultima ipotesi, infatti, non si ha l'interrogatorio preventivo dell'indagato ma si procede nei termini di cui all'art. 294 comma 1-*bis* cpp¹⁴.

Si tratta di una previsione generale applicabile a tutti i reati. La riforma la prevede, invece, solo per una determinata categoria di reati e quando non ricorrono specifiche situazioni.

E' escluso infatti:

- a) quando sussista un pericolo di inquinamento delle prove o di fuga dell'indagato (art. 274, comma 1, lettere a) e b) c.p.p.
- b) quando sussista il pericolo di reiterazione nel reato se si tratta di uno dei delitti indicati nell'art. 407, comma 2, lett. a) o nell'art. 362, comma 1-*ter*, ovvero di gravi delitti commessi con l'uso delle armi o con altri mezzi di violenza. Si deve quindi procedere all'interrogatorio preventivo degli indagati incolpati, ad esempio, per reati contro la pubblica amministrazione e per i reati economici se non ricorrono le ipotesi di cui alla lett. a).

In questi casi, il giudice, ove proceda all'interrogatorio preventivo, deve depositare tutti gli atti trasmessi dal pubblico ministero unitamente con la richiesta di applicazione della misura, con facoltà dell'indagato di prenderne visione ed estrarne copia. Si legge nella relazione illustrativa del DDL che tale istituto «*da un lato evita l'effetto dirompente sulla vita delle persone di un intervento cautelare adottato senza possibilità di*

[14] E.N. La Rocca, *Misure cautelari (profili innovativi)*, in *Digesto/pen.*, Torino, 2016, 223 ss.

difesa preventiva, dall'altro si mette il giudice nelle condizioni di poter avere un'interlocuzione (e anche un contatto diretto) con l'indagato prima dell'adozione della misura».

Nessuna eccezione è prevista nel caso di richiesta relativa a indagati incolpati di reati diversi.

Potrebbe, ad esempio, accadere che, solo per alcuni di essi, debba procedersi ad interrogatorio preventivo, previsto a pena di nullità.

Con la conseguenza che la previsione di una *discovery* piena degli elementi probatori acquisiti può consentire anche al coimputato, su cui pende una richiesta di misura a sorpresa, di venire a conoscenza degli atti.

Per evitare tale indiscutibile criticità, che minerebbe alla radice l'effetto a sorpresa tipico del giudizio cautelare, il pubblico ministero, nell'ambito dello stesso procedimento, dovrebbe operare con richieste da trasmettere al giudice delle indagini preliminari in tempi sfasati, anticipando la valutazione, applicazione ed esecuzione di quelle a sorpresa, procedendo, solo successivamente, alla richiesta di misura cautelare nei confronti degli altri indagati che non rientrano nei casi di cui alle lett. a) e b) sopra citate, per le quali il giudice dovrà procedere all'interrogatorio preventivo.

Orbene, l'interrogatorio di garanzia, a dispetto del *nomen* assegnato all'istituto (in contrapposizione all'interrogatorio con finalità marcatamente investigative), nel corso dei decenni successivi alla sua introduzione non ha dato buona prova sotto il profilo dell'effettiva utilità per il soggetto destinatario dell'applicazione di una misura cautelare. Una delle più evidenti criticità evidenziate dalla dottrina consiste, infatti, nella posizione di debolezza (anche psicologica) che caratterizza l'intervento dell'indagato, già destinatario del provvedimento restrittivo, nonché nel limitato intervallo temporale concesso alla difesa per apprestare (eventualmente) un'utile strategia nella prospettiva di ribaltare o quantomeno modificare gli assunti posti alla base dell'ordinanza cautelare, sia sotto il profilo dei gravi indizi di colpevolezza, sia sotto il profilo delle esigenze caute-

lari, sia, infine, con riferimento alla scelta della misura¹⁵. Parte di questi aspetti problematici troverebbero rimedio nella previsione dell'interrogatorio *ante cautela*. L'art. 2, comma 1, lett. d), n. 2 del D.d.l. dispone che all'art. 291 c.p.p., «dopo il comma 1-*ter*, sono inseriti i seguenti: “1-*quater*. Fermo il disposto dell'articolo 289, comma 2, secondo periodo, prima di disporre la misura, il giudice procede all'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini preliminari con le modalità indicate agli articoli 64 e 65, salvo che sussista taluna delle esigenze cautelari di cui all'articolo 274, comma 1, lett. a) e b), oppure l'esigenza cautelare di cui all'articolo 274, comma 1, lett. c), in relazione ad uno dei delitti indicati nell'articolo 407, comma 2, lett. a), o nell'art. 362, comma 1-*ter*, ovvero a gravi delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza

[15] Cfr., al riguardo, le osservazioni critiche di C. Valentini, *Com'è difficile trovare l'alba dentro l'imbrunire: note sparse sul futuro interrogatorio ante cautela*, in *AP.*, 2023, 1 ss., la quale osserva: «Triste manifestazione tipica dei diritti apparenti di cui è cosparsa il nostro codice di rito, conosciamo bene l'istituto, amichevolmente noto come interrogatorio di garanzia, tratteggiato dall'art. 294 c.p.p. Cordero lo definirà – ancora “fresco di stampa” – nei termini di “istituto ignoto” al previgente codice, e non per caso, posto che sin da subito si è letta in esso l'ispirazione ad un'autentica congerie di principi di elevatissimo valore: diritto di difesa, ovviamente, e presunzione di non colpevolezza, ma anche il diritto di ogni persona arrestata o detenuta ad essere tradotta al più presto dinanzi ad un giudice, secondo i termini dell'art. 5, par. 3, CEDU. E invece, nei molti anni trascorsi dall'entrata in vigore, nel 1989, ad oggi, l'interrogatorio *ex art.* 294 c.p.p. ha mostrato in pieno le sue fattezze di garanzia apparente; sarebbe sufficiente chiedere ad un qualsivoglia rappresentante della classe forense che ne abbia fatto esperienza in un processo di altrettanto qualsivoglia livello, per comprendere appieno la conclamata inutilità di un orpello normativo ormai buono solo per ragioni, diciamo così, culturali, ovvero per tentare di imprimere in giovani menti studentesche il concetto che la privazione di libertà di un essere umano non può avvenire senza che questo essere umano abbia avuto una reale occasione di colloquio con il suo Giudice. Purtroppo, per quanto a conoscenza di chi scrive, mancano statistiche ministeriali sul punto ed anzi duole notare che non si riscontra traccia dell'argomento neppure nell'ultima Relazione al Parlamento *ex L.* 16 aprile 2015, n. 47 del Ministero della Giustizia, aggiornata ad aprile 2022. Il possesso di dati numerici sarebbe interessante, poiché varrebbe a dimostrare l'assoluta sterilità di una norma condannata dalla prassi al limbo dell'inefficacia: non si va lontani dal vero, probabilmente, nell'immaginare che in trent'anni a stento sia rintracciabile una sola ipotesi di revoca o attenuazione della misura cautelare disposta a seguito di interrogatorio di garanzia. Insomma, l'art. 294 c.p.p. potrebbe sottotitolarsi: ode ad un istituto inesistente. Del resto, sono stati molteplici, negli stessi anni, i rilievi degli studiosi sul punto. Fondato com'è su di una piattaforma conoscitiva formata solo da atti dell'inquirente, per di più uno ormai prasseologicamente inottemperante all'obbligo di approfondire anche tutti gli eventuali fondali ridondanti a discarico, come pure impostogli dall'art. 358 c.p.p., l'interrogatorio di garanzia muove proprio da questa debolezza intrinseca, per poi mostrarla, sfaccettata sotto plurimi aspetti: l'inesistenza di un obbligo giudiziale di emettere un provvedimento motivato dopo l'interrogatorio; la violazione dei tempi imposti dalla CEDU per l'accesso ad un giudice; per converso, l'inflessibilità di quei cinque giorni, che non tollerano rinvii su richiesta della difesa; l'ineffettività di un contraddittorio che, in buona sostanza, avviene in condizioni di totale sbilanciamento: da una parte l'inquirente, che richiede la privazione della libertà sulla scorta di un compendio probatorio raccolto per mesi, se non anni; dall'altra l'individuo in custodia, sconvolto dalla frattura psicologica dell'entrata nell'“istituzione totale”, anzi inebetito e dunque per lo più incapace di attendere a quell'aspetto troppo spesso sottovalutato del diritto di difesa, che consiste nella cooperazione tra la difesa personale e la difesa tecnica. Insomma, la crassa inutilità dell'istituto disciplinato dall'art. 294 c.p.p., anzi il suo atteggiarsi come vera e propria garanzia canzonatoria, fa tornare forzatamente alla mente i noti strali filosofici lanciati, proprio all'alba del nuovo codice, contro il persistere dell'istituto medesimo della custodia cautelare: “*Io penso ... che la stessa ammissione in via di principio della carcerazione ante iudicium, qualunque fine le si voglia associare, contraddice alla radice il principio di giurisdizionalità: che non consiste nel poter essere arrestati solo per ordine di un giudice, ma per poterlo essere sulla base di un giudizio*”, *giudizio tanto inesistente, nel caso di specie, da lasciar dire appresso che “il tratto inconfondibilmente poliziesco dell'istituto ... resta il carattere arbitrario e in tutti i casi non cognitivo ma potestativo dei suoi presupposti”*».

personale».

La disposizione, esordendo con la clausola di salvezza relativa a quanto disposto dall'art. 289, comma 2, secondo periodo, c.p.p., lascia intatta la (più ampia) portata applicativa dell'interrogatorio anticipato nell'ipotesi in cui venga richiesta dal Pubblico Ministero, nel corso delle indagini preliminari, l'applicazione della misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio. Con riferimento a quest'ultima, infatti, l'interrogatorio dovrà essere disposto in anticipo rispetto alla decisione del G.i.p. (salvo che la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio sia disposta dal giudice in luogo di una misura coercitiva richiesta dal pubblico ministero) anche laddove le esigenze cautelari sottese alla richiesta del P.M. siano quelle contemplate alle lettere *a*) e *b*) dell'art. 274, comma 1 (anche se in concreto appare difficilmente ipotizzabile l'applicazione di una misura interdittiva per prevenire un pericolo di fuga).

Proprio la sussistenza di tali esigenze, nel quadro normativo che dovrebbe scaturire dalla novella, rappresenta il criterio che inibisce l'operatività dell'istituto con riferimento a tutte le altre misure cautelari personali. Più precisamente, l'interrogatorio anticipato non dovrebbe avere luogo, qualora sussista taluna delle esigenze cautelari di cui all'art. 274, comma 1, lett. *a*) e *b*) (ovvero le esigenze cautelari consistenti, rispettivamente, nel "pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova" e nella circostanza che "l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto e attuale pericolo che egli si dia alla fuga"), oppure l'esigenza cautelare di cui all'articolo 274, comma 1, lett. *c*) (definita con espressione di sintesi come pericolo di reiterazione del reato), in

relazione ad uno dei delitti indicati nell'articolo 407, comma 2, lett. a)¹⁶, o nell'articolo 362, comma 1-ter¹⁷, ovvero a gravi delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale: «Restano pertanto suscettibili di interrogatorio anticipato le situazioni di reiterazione di reati della stessa specie con i relativi limiti di pena per la misura applicabile. Si tratta, a ben vedere, delle ipotesi per le quali si era celebrato il referendum che tuttavia non aveva raggiunto il quorum».

La previsione di tali “eccezioni” all'applicabilità dell'interrogatorio anticipato (eccezioni che di fatto, data la loro “vastità”, invertono l'ordine regola-eccezione al punto da mantenere l'interrogatorio anticipato nella categoria degli istituti di potenziale scarsa frequenza applicativa) ridimensiona fortemente la portata innovativa della novella, atteso che, al netto delle menzionate circostanze ostative, la nuova previsione dovrebbe trovare applicazione soltanto laddove sussista esclusivamente l'esigenza cautelare di cui alla lett. c) dell'art.

[16] Si tratta, come è noto, dei delitti in ordine ai quali la durata massima delle indagini preliminari è di due anni, ovvero, nel dettaglio:

delitti di cui agli articoli 285, 286, 416 bis e 422 del codice penale, 291-ter, limitatamente alle ipotesi aggravate previste dalle lettere a), d) ed e) del comma 2, e 291-quater, comma 4, del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43;

delitti consumati o tentati di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice penale;

delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416 bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo;

delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché delitti di cui agli articoli 270, terzo comma, e 306, secondo comma, del codice penale;

delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo, escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110;

delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni;

delitto di cui all'articolo 416 del codice penale nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza; 7-bis) dei delitti previsti dagli articoli 600 600 bis, comma 1, 600 ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609 bis nelle ipotesi aggravate previste dall'articolo 609 ter, 609 quater, 609 octies del codice penale, nonché dei delitti previsti dagli articoli 12, comma 3, e 12 bis del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni”.

7-bis) dei delitti previsti dagli articoli 600 600 bis, comma 1, 600 ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609 bis nelle ipotesi aggravate previste dall'articolo 609 ter, 609 quater, 609 octies del codice penale, nonché dei delitti previsti dagli articoli 12, comma 3, e 12 bis del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni”.

[17] A norma del quale “Quando si procede per il delitto previsto dall'articolo 575 del codice penale, nella forma tentata, o per i delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 572, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies e 612 bis del codice penale, ovvero dagli articoli 582 e 583 quinquies del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del medesimo codice, il pubblico ministero assume informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa”.

274, comma 1 (giacché la ricorrenza di almeno una delle esigenze di cui alle lettere *a*) e *b*) sarebbe di per sé sufficiente a escludere l'applicabilità della norma in esame) e sempre che la menzionata esigenza di cui alla lett. *c*) non sia riferibile alle (molteplici) fattispecie richiamate (tramite un rinvio mobile agli artt. 407, comma 2, lett. *a*) e 362, comma 1-ter, c.p.p.). In astratto, la *ratio* delle eccezioni *de quibus* appare condivisibile: invero, ricorrendo un pericolo di inquinamento probatorio o un pericolo di fuga, l'avviso all'indagato della fissazione dell'interrogatorio di garanzia (propedeutico all'eventuale applicazione di una misura cautelare e non posticipato rispetto ad essa) sarebbe certamente percepito come un segnale di "allarme" che, anziché preservare le esigenze cautelari emergenti nel caso concreto, imprimerebbe un'accelerazione alla relativa compromissione. In altri termini, ove fosse effettivamente sussistente (dunque non solo ipotizzato) un concreto e attuale pericolo per l'acquisizione e la genuinità della prova, la consapevolezza della possibilità (*recte*: della probabilità) di un'imminente limitazione delle proprie libertà potrebbe spingere il soggetto interessato a concretizzare proprio il suddetto pericolo (*id est*: ad attivarsi, personalmente o per interposta persona, al fine di eliminare e/o modificare quegli elementi di prova eventualmente a suo carico).

Analogamente, ove fosse realmente sussistente un pericolo di fuga, questa si concretizzerebbe ben prima dell'interrogatorio e (anche) in ragione dell'avviso dello stesso, che escluderebbe qualsiasi dubbio circa la sussistenza di indagini a proprio carico. Come si osserva nella Relazione al D.d.l., dunque, il contraddittorio anticipato è stato imposto in quelle situazioni in cui, «nel corso delle indagini preliminari, non risulti necessario che il provvedimento cautelare sia adottato "a sorpresa". In tal modo, quindi, ove consentito dalle concrete circostanze, da un lato si evita l'effetto dirompente sulla vita delle persone di un intervento cautelare adottato senza possibilità di difesa preventiva, dall'altro si mette il giudice nelle condizioni di poter avere un'interlocuzione (e anche un contatto diretto) con l'indagato prima dell'adozione della misura».

In concreto, però, le eccezioni esaminate rischiano di vanificare il senso della novella: invero, nella prassi le disposizioni che disciplinano le due esigenze in parola è oggetto di un'interpretazione scarsamente selettiva e dunque idonea a far ritenere integrati i pericoli ivi contemplati con eccessiva frequenza. E proprio il rapporto di reciproca esclusione fra la sussistenza di tali esigenze e l'interrogatorio anticipato priverebbe quest'ultimo di un'ampia fascia di potenziali occasioni applicative.

Non è chiaro, inoltre, se l'interrogatorio debba essere disposto, ogniqualvolta il Pubblico Ministero formuli una richiesta di applicazione di misure cautelari (fondate sulle esigenze di cui alla lett. *c*) dell'art. 274, con le eccezioni già descritte), o soltanto laddove il G.i.p., dopo un primo esame (e prima dell'interrogatorio), non escluda la possibilità di accogliere la suddetta richiesta¹⁸.

[18] Dubbi analoghi sembrano paventati da G. Spangher, *Pacchetto Nordio*, op. cit.: «Non è chiaro se il giudice debba sempre procedere all'interrogatorio ovvero solo nel caso in cui valuti la possibilità della sua applicazione. *Quid iuris* in caso di richiesta di attenuazione del carcere ovvero di arresti domiciliari disposti invece del carcere? Il conservato riesame pone problemi in caso di doppia conforme in quanto disposta collegialmente, nonché quelli relativi al rischio di confessioni e di collaborazioni effettuate per evitare la misura cautelare inframuraria».

Sotto il profilo delle modalità di svolgimento dell'interrogatorio in esame, poi, giova anzitutto premettere che lo stesso debba essere preceduto, a norma del nuovo comma 1-*sexies* dell'art. 291 c.p.p., dalla notificazione dell'invito a presentarsi alla persona sottoposta alle indagini e al suo difensore, «almeno cinque giorni prima di quello fissato per la comparizione, salvo che, per ragioni d'urgenza, il giudice ritenga di abbreviare il termine, purché sia lasciato il tempo necessario per comparire. Il giudice provvede comunque sulla richiesta del pubblico ministero quando la persona sottoposta alle indagini preliminari non compare senza addurre un legittimo impedimento, oppure quando la persona sottoposta alle indagini preliminari non è stata rintracciata e il giudice ritiene le ricerche esaurienti, anche con riferimento ai luoghi di cui all'articolo 159, comma 1».

Il termine dilatorio concesso, qualora vengano ravviste ragioni d'urgenza (ipotesi che si preannuncia alquanto frequente dato il “contesto cautelare”), risulta dunque indeterminato nel minimo, posto che il generico riferimento al «tempo necessario per comparire» appare dotato di scarsa capacità definitoria e rimesso – di fatto – al prudente apprezzamento del giudice. Se dunque appare auspicabile la previsione di un più preciso riferimento temporale minimo (quantomeno in grado di evitare inviti *ad horas*), ove così non fosse si dovrebbe opportunamente parametrare il termine concesso alla consistenza degli atti depositati nella cancelleria del giudice ai sensi dell'art. 291, comma 1: infatti, il nuovo comma 1-*octies* del medesimo articolo prevede che l'invito a comparire, funzionale all'interrogatorio anticipato, contenga «l'avviso di deposito nella cancelleria del giudice della richiesta di applicazione della misura cautelare e degli atti presentati ai sensi dell'articolo 291, comma 1, nonché della facoltà di prendere visione ed estrarre copia di tutti gli atti depositati, ivi compresi i verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate, con diritto alla trasposizione delle relative registrazioni su supporto idoneo alla riproduzione dei dati».

Proprio al fine di consentire alla difesa un esame completo degli atti depositati, sarebbe anzi opportuna la previsione della facoltà di richiedere un differimento dell'interrogatorio, purché, ovviamente, tale dilazione non comporti un grave pregiudizio per le esigenze cautelari emergenti nel caso di specie.

Quanto eventualmente emerso nel corso dell'interrogatorio anticipato si riverbera, poi, nelle motivazioni dell'ordinanza applicativa della misura: si prevede, infatti, attraverso una modifica dell'art. 292, comma 2-*ter*, che l'ordinanza sia nulla non solo qualora (come già previsto fino ad ora) non contenga la valutazione degli elementi a carico e a favore dell'imputato, di cui all'articolo 358, nonché all'articolo 327-*bis*, ma anche laddove non contenga, nel caso di cui all'articolo 291, comma 1-*quater* (e cioè quando debba essere disposto l'interrogatorio anticipato), «una specifica valutazione degli elementi esposti dalla persona sottoposta alle indagini nel corso dell'interrogatorio».

Tale specifica comminatoria di nullità si aggiunge a quella che il D.d.l. si propone di introdurre al comma 3-*bis* dell'art. 292, secondo cui «L'ordinanza è nulla se non è preceduta dall'interrogatorio nei casi previsti dall'articolo 291, comma 1-*quater*, nonché quando l'interrogatorio è nullo per violazione delle disposizioni di cui ai commi 1-*septies* e 1-*octies*», ovvero per violazione delle disposizioni che disciplinano il contenuto

dell'invito a comparire (con la conseguenza, forse non opportunamente valutata, che ogni violazione relativa al contenuto dell'invito dovrebbe integrare una causa di nullità dell'interrogatorio e conseguentemente della successiva ordinanza) e l'avviso di deposito nella cancelleria del giudice della richiesta di applicazione della misura cautelare e degli atti presentati ai sensi dell'articolo 291, comma 1, nonché della facoltà di prendere visione ed estrarre copia di tutti gli atti depositati, ivi compresi i verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate, con diritto alla trasposizione delle relative registrazioni su supporto idoneo alla riproduzione dei dati.

Infine, laddove venga disposto l'interrogatorio anticipato, non si provvede all'interrogatorio di garanzia "posticipato" (rispetto all'applicazione della misura), che dovrebbe svolgersi ai sensi dell'art. 294 c.p.p. Nella medesima ipotesi, qualora venga proposta la richiesta di riesame a norma dell'art. 309 c.p.p., l'autorità giudiziaria procedente dovrà trasmettere al Tribunale della libertà non solo (come già previsto) gli atti presentati a norma dell'articolo 291, comma 1, c.p.p. nonché tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini, ma altresì, «in ogni caso, le dichiarazioni rese dalla persona sottoposta alle indagini ai sensi dell'articolo 291, comma 1-*quater*».

Occorre segnalare come non siano previste eccezioni al contraddittorio preventivo nel caso in cui i presupposti per lo stesso emergano soltanto in relazione ad alcuni degli indagati, con il rischio di vanificare "l'effetto sorpresa" anche nei confronti di coloro per i quali sussistano, ad esempio, le esigenze di cui alle lett. *a*) e *b*) dell'art. 274 c.p.p. o di cui alla lett. *c*) in ordine ai reati per i quali è escluso l'interrogatorio *ante* cautela: come suggerito dai primi commentatori, per evitare tale indiscutibile criticità, che minerebbe alla radice l'effetto a sorpresa tipico del giudizio cautelare, il pubblico ministero, nell'ambito dello stesso procedimento, dovrebbe operare con richieste da trasmettere al giudice delle indagini preliminari in tempi sfasati, anticipando la valutazione, applicazione ed esecuzione di quelle a sorpresa, procedendo solo successivamente alla richiesta di misura cautelare nei confronti degli altri indagati che non rientrano nei casi di cui alle lettere *a*) e *b*) sopra citate per le quali il giudice dovrà procedere all'interrogatorio preventivo.

IL NUOVO ISTITUTO DELLA RIABILITAZIONE DISCIPLINARE TRA NORMATIVA PRIMARIA E CIRCOLARE DEL C.S.M.

di Francesco LUPIA, Giudice del Tribunale di Tivoli

Sommario:

- 1. Il quadro normativo.**
- 2. Per un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 25-bis.**
- 3. Sull'illegittimità del requisito *ultra legem* introdotto dal Consiglio.**
- 4. Riflessioni finali.**

1. IL QUADRO NORMATIVO

Il nuovo art. 25-bis del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 ha introdotto il tanto sospirato istituto della riabilitazione per le sanzioni disciplinari dell'ammonizione e della censura.

La disposizione in particolare statuisce “1. La condanna disciplinare che ha comportato l'applicazione della sanzione disciplinare dell'ammonizione perde ogni effetto dopo che siano trascorsi tre anni dalla data in cui la sentenza disciplinare di condanna è divenuta irrevocabile, a condizione che il magistrato consegua una successiva valutazione di professionalità positiva. 2. La condanna disciplinare che ha comportato l'applicazione della sanzione disciplinare della censura perde ogni effetto dopo che siano trascorsi cinque anni dalla data in cui la sentenza disciplinare di condanna è divenuta irrevocabile, a condizione che il magistrato consegua una successiva valutazione di professionalità positiva. 3. Per i magistrati che hanno conseguito la settima valutazione di professionalità, la riabilitazione di cui ai commi 1 e 2 è subordinata, oltre che al decorso del termine di cui ai medesimi commi 1 e 2, alla positiva valutazione del loro successivo percorso professionale nelle forme e nei modi stabiliti dal Consiglio superiore della magistratura 4.

Il Consiglio superiore della magistratura stabilisce le forme e i modi per l'accertamento delle condizioni previste per la riabilitazione di cui al presente articolo, comunque assicurando che vi si provveda in occasione del primo procedimento in cui ciò sia rilevante”.

Con la Circolare n. P. 5162 del 15 marzo 2024 (Attuazione dell'art. 25-bis, comma 4 del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, introdotto dall'art. 11, comma 1, lettera f, della Legge 17 giugno 2022 n. 71) il C.S.M. ha dato pronta attuazione all'ultima parte del terzo comma ed al quarto comma dell'art.25-bis.

Restano tuttavia a mio avviso delle perplessità sia attuative che interpretative, che in questo breve scritto mi propongo di mettere in luce.

2. PER UN'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DELL'ART. 25-BIS

La prima questione riguarda l'interpretazione fornita dalla Circolare all'espressione *“a condizione che il magistrato consegua una successiva valutazione di professionalità positiva”*, che si rintraccia nel primo come nel secondo comma dell'art. 25-bis.

Sul punto è doveroso richiamare il testo della relazione illustrativa che accompagna l'approvazione della Circolare:

“Come già evidenziato, del tutto diverso è il tenore della norma primaria per quanto attiene alla posizione degli aspiranti alla riabilitazione che hanno ancora in corso le loro valutazioni di professionalità “ordinarie”. Per queste situazioni è stato infatti previsto (ai primi due commi dell'art. 25-bis D. Lgs. n. 109/2006) che, in aggiunta alla condizione temporale di carattere oggettivo (decorso dei termini di 5 o 3 anni dalla data di irrevocabilità della condanna disciplinare), la riabilitazione potrà essere conseguita all'ulteriore condizione che il magistrato interessato abbia conseguito una “successiva valutazione di professionalità positiva”, senza ulteriori indicazioni o puntualizzazioni circa la decorrenza e, comunque, l'effettiva estensione del periodo in riferimento al quale debba intervenire tale valutazione positiva. È stato quindi chiarito, al primo comma dell'articolo 2 della Circolare, che tale valutazione di professionalità “ordinaria” rilevante ai fini della riabilitazione è quella deliberata dal Consiglio successivamente alla data di irrevocabilità della condanna disciplinare, in quanto, come già evidenziato, solo da tale momento la condanna produrre effetti definitivi nel percorso professionale del magistrato”.

La soluzione proposta dalla Circolare appare fedele al tenore letterale dell'art. 25-bis (*perde ogni effetto dopo che siano trascorsi tre anni dalla data in cui la sentenza disciplinare di condanna è divenuta irrevocabile, a condizione che il magistrato consegua una successiva valutazione di professionalità positiva*), ma non alla ratio dell'istituto della riabilitazione in sede disciplinare.

Viene in rilievo a tal fine la lettera dell'art. 87 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), rubricato “Riabilitazione”, il quale recita *“Trascorsi due anni dalla data dell'atto con cui fu inflitta la sanzione disciplinare e sempre che l'impiegato abbia riportato nei due anni la qualifica di ‘ottimo’, possono essere resi nulli gli effetti di essa, esclusa ogni efficacia retroattiva; possono altresì essere modificati i giudizi complessivi riportati dall'impiegato dopo la sanzione ed in conseguenza di questa. Il provvedimento è adottato con decreto ministeriale, sentiti il Consiglio di amministrazione e la Commissione di disciplina”.*

Così anche il d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), che all'art. 501 (rubricato “Riabilitazione”) stabilisce *“Trascorsi due anni dalla data dell'atto con cui fu inflitta la sanzione disciplinare, il dipendente che, a giudizio del comitato per la valutazione del servizio, abbia mantenuto condotta meritevole, può chiedere che siano resi nulli gli effetti della sanzione”*

Analogo disposizione è rinvenibile nel d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, il cui articolo 1369 (rubricato “Cessazione degli effetti delle sanzioni disciplinari di corpo”) prevede *“I militari possono chiedere la cessazione di*

ogni effetto delle sanzioni trascritte nella documentazione personale. L'istanza relativa può essere presentata, per via gerarchica, al Ministro della difesa dopo almeno due anni di servizio dalla data della comunicazione della punizione, se il militare non ha riportato, in tale periodo, sanzioni disciplinari diverse dal richiamo... In caso di accoglimento dell'istanza le annotazioni relative alla sanzione inflitta sono eliminate dalla documentazione personale, esclusa peraltro ogni efficacia retroattiva".

Suggestivo in tal senso è anche l'art. 57 del d.lgs. 28 giugno 2005, n. 139, disposizione che, seppur non rivolta a dipendenti pubblici, prevede *"Il professionista radiato dall'Albo o dall'elenco può essere riammesso, purché siano trascorsi almeno sei anni dal provvedimento di radiazione. In ogni caso, deve risultare che il radiato ha tenuto, dopo la radiazione, condotta irreprensibile"*.

La somiglianza strutturale e funzionale tra le disposizioni appena richiamate e l'art. 25-bis è evidente (nonostante quanto si dirà più avanti in ordine alla sentenza del 22 giugno 1992, n. 289 della Corte Costituzionale). L'art. 87 tuttavia condiziona chiaramente la proponibilità dell'istanza di riabilitazione alla duplice condizione del decorso di due anni dalla data dell'atto di inflizione della sanzione ed al conseguimento in tali due anni di valutazioni positive. Similmente l'art. 501 prevede un identico lasso temporale, nel quale è sufficiente che si sia mantenuta una condotta meritevole. Di analogo tenore è il summenzionato articolo 1369 (che addirittura non postula ai fini dell'accoglimento successive valutazioni positive, ma solo la mancata irrogazione di ulteriori sanzioni disciplinari diverse dal richiamo).

Tutte le disposizioni richiamate, dunque, delineano l'orizzonte temporale rilevante ai fini dell'accertamento della "buona condotta" (e dunque ai fini della concessione della riabilitazione disciplinare) al periodo immediatamente successivo all'atto di inflizione della sanzione.

La Circolare del C.S.M. propone di individuare la valutazione di professionalità rilevante ai fini della riabilitazione in quella successiva non alla sentenza disciplinare di condanna (atto di inflizione della sanzione), ma al momento in cui essa è divenuta irrevocabile.

Sebbene, come si diceva, una simile interpretazione può apparire la più fedele alla lettera della legge, essa tuttavia rischia di essere foriera di effetti perniciosi e financo di dubbia costituzionalità.

Individuare la valutazione di professionalità rilevante ai fini della riabilitazione in quella successiva al momento in cui la sentenza disciplinare di condanna è divenuta irrevocabile (e dunque all'esaurimento del giudizio innanzi alle Sezioni Unite ex art. 24 del Codice disciplinare) rischia infatti di tradursi in una concreta compressione del diritto dell'incolpato ad avvalersi dello strumento di gravame.

Sebbene infatti l'art. 24 del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 stabilisca che la Suprema Corte *"decide a sezioni unite civili, entro sei mesi dalla data di proposizione del ricorso"*, i tempi di definizione dei processi da parte delle Sezioni Unite sono mediamente un po' più lunghi (solitamente un anno).

Tuttavia, in caso di accoglimento del ricorso, alla fase rescindente segue quella rescissoria (nuovamente davanti alla Sezione Disciplinare del CSM).

Ne discende come i tempi di definizione dell'impugnazione possano dilatarsi notevolmente.

Pertanto per le sanzioni minori (le uniche oggetto di riabilitazione) individuare la valutazione di professio-

nalità rilevante ai fini della riabilitazione in quella successiva al momento in cui la sentenza disciplinare di condanna è divenuta irrevocabile significa porre l'incolpato innanzi alla difficile scelta tra il far valere il proprio diritto costituzionale ad impugnare la decisione disciplinare innanzi all'organo giurisdizionale di legittimità o l'accelerare i tempi per il conseguimento dell'effetto demolitorio della sanzione comminatagli. La compressione del diritto di difesa è evidente.

Si potrebbe obiettare che anche l'art. 179 del codice penale, subordinando l'accesso alla riabilitazione all'avvenuta esecuzione della pena principale (o alla sua estinzione per altra causa), pone le medesime problematiche e che della sua legittimità costituzionale, tuttavia, non si è mai dubitato.

In quest'ottica, tuttavia, appare doveroso rimarcare le differenze tra le ratio (pur contigue) che informano l'istituto della riabilitazione in sede penale ed in sede disciplinare, intuibili già dalla piana lettura delle rispettive discipline.

La riabilitazione penale, invero, “*estingue le pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna*” (art.178 c.p.). Cancella, quindi, le incapacità giuridiche del condannato, ma non elimina la condanna, che continua ad esistere, come confermato dalla persistenza di tutti quegli effetti giuridici che non sono rimossi dal beneficio estintivo e dalla possibilità di reviviscenza del titolo-sentenza in caso di revoca della riabilitazione¹.

Con l'espressione “ogni altro effetto penale”, poi, il legislatore si riferisce a tutti gli effetti che discendono direttamente dalla sentenza di condanna, comportando una diminuzione della capacità giuridica del condannato. Si ritiene concordemente che la riabilitazione non estingua, invece, gli effetti non penali della condanna, tra i quali si annoverano le incapacità giuridiche che non si producono *ope legis*, necessariamente e in modo completamente automatico, ma, ad esempio, in virtù di un provvedimento disciplinare o di un atto discrezionale della p.a.².

La funzione primaria dell'istituto è dunque il reinserimento sociale del condannato, attraverso l'eliminazione degli ostacoli alla vita di relazione e allo svolgimento di attività lavorativa creati sia dalle pene accessorie, sia dagli altri effetti penali della condanna³.

La riabilitazione disciplinare, al contrario, ha effetti molto più radicali e connotazioni funzionali distinte.

Invero ai sensi del summenzionato art. 78 ad essere “*resi nulli*” (ex nunc) sono gli stessi effetti della sanzione disciplinare (dunque della “pena principale”). Tale riabilitazione inoltre determina l'insorgere della possibilità che siano “*modificati i giudizi complessivi riportati dall'impiegato dopo la sanzione ed in conseguenza di questa*”, operando dunque potenzialmente in senso retroattivo sulle valutazioni professionali.

[1] G. Grasso, T. Padovani e M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 2011, pag.296 e ss.; G. Cerquetti, voce *Riabilitazione*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 302 e ss.; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. III, Torino, 1981, p. 775; M. Viaro, voce *Riabilitazione*, in *Nuovissimo dig. it.*, vol. XV, 1968, p. 825 e ss.

[2] G. Cerquetti, *op.cit.*, p. 302 e ss.

[3] G. Marinucci - E. Dolcini, *Manuale di diritto penale: parte generale*, 2009, Milano, p. 604 e ss.

In modo analogo il succitato art. 1369 determina “la cessazione di ogni effetto delle sanzioni trascritte nella documentazione personale”.

Parimenti l’art. 501, già richiamato, prevede che “siano resi nulli gli effetti della sanzione”.

Non dissimile a ben vedere è il tenore letterale dell’art. 25-bis, il quale stabilisce “La condanna disciplinare che ha comportato l’applicazione della sanzione disciplinare dell’ammonimento perde ogni effetto”.

Ad essere nullificati in quest’ultimo caso sono dunque addirittura non i soli effetti della sanzione, ma la stessa condanna (cioè, la sentenza).

La diversità effettuale designata dalle disposizioni relative all’istituto della riabilitazione disciplinare rispetto a quella propria della riabilitazione penale svela la differente funzione perseguita dal primo istituto rispetto al secondo.

Se con la riabilitazione penale, come detto, il legislatore mira al reinserimento sociale del condannato (finalità perseguibile solo a seguito di avvenuta esecuzione della pena o estinzione della stessa), con la riabilitazione disciplinare il fine avuto di mira è quello di rimettere il condannato nello *status quo ante*, obliterando la stessa condanna (o sanzione che ad essa consegue) ed ogni effetto diretto o riflesso della stessa sulla carriera e sulle valutazioni professionali del reo.

Vista in questa prospettiva, ben si comprende perché una disposizione che individui il *dies a quo* per proporre l’istanza riabilitante nella data di definitività della pronuncia punitiva, se non presenta profili di illegittimità costituzionale in ambito penale, li presenta al contrario certamente in ambito disciplinare.

Meglio sarebbe pertanto un’interpretazione ortopedica della lettera dell’art. 25-bis, che individuasse la valutazione di professionalità legittimante in quella immediatamente successiva alla sentenza disciplinare (in modo non dissimile dal dettato dell’art. 87 e delle altre disposizioni summenzionate in materia di riabilitazione disciplinare).

Tale soluzione presenterebbe poi un ulteriore vantaggio equitativo.

Assumendo a parametro la valutazione di professionalità immediatamente successiva alla decisione che commina la sanzione (in luogo di quella più distante della valutazione di professionalità successiva all’irretrattabilità della decisione) assumerebbero rilevanza e valore tutte le condotte virtuose e conformi ai parametri valutativi poste in essere dall’incolpato subito dopo la reprimenda.

In effetti una simile opzione interpretativa non pare impraticabile.

In primo luogo, invero, essa assume i contorni di una soluzione ermeneutica conforme alla lettera dell’art. 24 e 111 della Costituzione e sistematicamente coerente con la lettera dell’art. 87 del Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, dell’art. 1369 del Codice penale militare e dell’art. 501 del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado. In secondo luogo, come si è detto, tale soluzione appare più coerente con la *ratio* dell’istituto, che è intesa a valutare le condotte più prossime al rilievo disciplinare.

In terzo luogo, si deve osservare come la stessa lettera dell’art. 25-bis non precluda una tale soluzione neppure in chiave letterale.

Ed invero nello stabilire “*La condanna disciplinare che ha comportato l’applicazione della sanzione disciplinare dell’ammonimento perde ogni effetto dopo che siano trascorsi tre anni dalla data in cui la sentenza disciplinare di condanna è divenuta irrevocabile, a condizione che il magistrato consegua una successiva valutazione di professionalità positiva*” la disposizione non riferisce espressamente il termine “successiva” all’ultimo significante della preposizione che lo precede (“irrevocabile”), ben potendosi allora ritenere che il riferimento temporale sia inteso con riguardo al lessema ancora precedente “sentenza”.

In questa lente sarebbe ben possibile che la seconda condizione (valutazione positiva successiva alla sentenza disciplinare) si inveri in un momento anteriore al verificarsi della prima condizione (decorso dei 3 o 5 anni dall’irrevocabilità della decisione disciplinare).

Una simile soluzione interpretativa, è bene chiarirlo, non elide il problema di fondo, che è costituito dalla sostanziale illegittimità costituzionale dell’art. 25-bis nella parte in cui ancora il *dies a quo* per la formulazione dell’istanza all’irrevocabilità della sentenza di condanna in luogo che alla data della pronuncia della stessa. La disposizione invero (come già illustrato) è e resta in violazione degli articoli 24 e 111 della Costituzione e forse anche dell’art.3, assumendosi come norma-parametro l’art. 87 del Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, l’art.1369 del Codice dell’ordinamento militare e l’art. 501 del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado.

Con riferimento all’art. 87, è vero che la Corte Costituzionale con sentenza n. 289 del 1992 ha escluso l’applicabilità di tale ultima disposizione ai magistrati in ragione della seguente motivazione “*Del resto, se si può ammettere che la riabilitazione, come istituto in sé considerato, sia espressione di un principio generale e di un’esigenza che, ancorché non rispondenti ad alcuna norma costituzionale, possono comunque trovar applicazione anche all’interno di un sistema disciplinare ispirato a paradigmi giurisdizionali, come quello previsto per i magistrati, ciò non può significare affatto che la raffigurazione di quell’istituto generale sia perfettamente rispecchiata nella particolare fattispecie regolata dall’impugnato art. 87. Infatti, se è ben vero che in ciascuna delle forme di riabilitazione previste nell’ordinamento vigente - segnatamente sia nella riabilitazione penale (art. 178 c.p.) e in quella civile (art. 466 c.c.), sia nella riabilitazione dei pubblici impiegati (art. 87, del d.P.R. n. 3 del 1957) e in quella del fallito (artt. 142-145 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267) - si riscontra un nucleo normativo comune, tanto con riferimento ai presupposti per l’applicazione (decorso del tempo e valutazione della buona condotta) quanto con riferimento agli effetti (estinzione di specifiche incapacità giuridiche e di effetti ulteriori rispetto alla sanzione principale della condanna), non è meno vero che ciascuna delle forme di riabilitazione indicate costituiscono un modello a sé, composto da una diversa combinazione e da una diversa determinazione degli elementi essenziali sopra ricordati. E non vi è dubbio che la scelta di un modello ovvero di un altro e, persino, la scelta di affidare alla riabilitazione ovvero a meccanismi diversi l’eliminazione degli effetti ulteriori della condanna disciplinare spettano al legislatore, il quale, nell’esercizio non irragionevole della sua discrezionalità politica, deve valutare quale istituto o quale modello sia più coerente con il sistema disciplinare considerato”.*

Tuttavia, è altrettanto vero che da tale passaggio motivazionale non è lecito inferire che la Corte abbia ritenuto ammissibile che il Legislatore congegnasse in futuro la figura della riabilitazione disciplinare forgiata *ad hoc* per la Magistratura in chiave compressiva dei diritti di difesa costituzionalmente presidiati.

Pacifici invero la differenza di status e di natura dei procedimenti disciplinari tra impiegati di Stato, militari, insegnanti e magistrati, insormontabile resta la considerazione della disparità di trattamento laddove si ancori il *dies a quo* del termine utile per la riabilitazione per i primi a prescindere dalla definitività del provvedimento amministrativo-sanzionatorio e per i secondi solo al consolidarsi del giudicato disciplinare.

Tanto premesso, se è vero che la soluzione interpretativa qui proposta non vale a sanare quella che (a mio avviso) è un'incostituzionalità di fondo dell'art.25-bis; tuttavia, non vi è dubbio che essa ridurrebbe il margine di iniquità intrinseco nella normativa primaria, determinando una corretta contrazione dei termini per il conseguimento del beneficio.

3. SULL'ILLEGITTIMITÀ DEL REQUISITO *ULTRA LEGEM* INTRODOTTO DAL CONSIGLIO

È ora possibile passare a vagliare un secondo elemento di criticità che a mio avviso è rinvenibile nella Circolare in esame.

Si riporta qui di seguito il passaggio della Relazione Illustrativa in discorso:

“È stata inoltre indicata l'ulteriore condizione che, in sede di valutazione di professionalità del magistrato, risulti comunque “valutato il fatto oggetto della condanna disciplinare. La puntualizzazione è apparsa indispensabile in coerenza con la ratio sottesa al nuovo istituto della riabilitazione disciplinare, e a fronte di alcune incertezze interpretative suscitate dal tenore strettamente letterale della norma primaria qui in attuazione operativa. Da un lato, per i magistrati che hanno già conseguito la settima valutazione di professionalità, il legislatore è chiaro nell'indicare il loro “successivo percorso professionale” quale oggetto di necessario scrutinio in sede di accertamento delle condizioni per accedere all'istituto riabilitativo. Il mero riferimento, invece, alla “successiva valutazione di professionalità positiva” previsto per gli altri casi non consente, in via interpretativa, l'indicazione di puntuali intervalli temporali che debbano costituire oggetto di tale valutazione, ma impone, però, di ritenere necessario che la stessa abbia almeno considerato e valutato, nell'ottica dello scrutinio di professionalità dell'interessato, il fatto o la condotta già oggetto di condanna disciplinare e ne abbia, quindi, apprezzato l'impatto nel profilo professionale del riabilitando. Del resto, diversamente argomentando, risulterebbe del tutto priva di logica giuridica, e comunque in chiaro contrasto con la ratio sottesa all'istituto, una eventuale pronuncia di riabilitazione fondata sul mero decorso del tempo indicato dalla legge (5 o 3 anni dalla data di irrevocabilità della condanna) e su una valutazione di professionalità positiva deliberata dopo il decorso dei predetti termini ma avente ad oggetto, per ipotesi, un quadriennio (o un biennio, o un anno, a seconda delle situazioni previste dalla circolare di riferimento) di attività temporalmente antecedente rispetto alla data di pronuncia della sentenza o alla stessa data di commissione dell'illecito disciplinare”.

Le motivazioni poste a fondamento delle conclusioni cui giunge la Circolare sono parzialmente condivisibili.

Lo sono in particolare nella misura in cui essa rimarca la necessità che le valutazioni di professionalità che legittimano l'istanza di riabilitazione debbano avere ad oggetto, almeno in parte, un arco di tempo posteriore alla data in cui fu comminata la sanzione.

Una simile considerazione, d'altronde, consente di armonizzare il sistema riabilitativo dei magistrati con quello di tutti gli altri dipendenti pubblici.

Invero il summenzionato art. 87, come già chiarito, richiede due valutazioni positive nei due anni successivi alla comminatoria della sanzione.

Orbene, poiché normalmente la performance organizzativa e individuale viene valutata annualmente, non vi è dubbio che l'art. 87 postuli ai fini della riabilitazione che le valutazioni positive abbiano ad oggetto i due anni immediatamente successivi all'infrazione della sanzione disciplinare.

Anche le altre disposizioni summenzionate parimenti relative a dipendenti pubblici rimarcano come l'orizzonte temporale da vagliare per apprezzare la buona condotta del reo debba essere necessariamente successivo all'adozione dell'atto afflittivo.

In questo quadro l'osservazione prospettata dalla Circolare consente di giungere ad un'interpretazione sistematicamente armonica dell'istituto della riabilitazione disciplinare in ambito pubblicistico.

Diversamente deve ritenersi per il passaggio che evidenzia la necessità che la valutazione di professionalità legittimante *“risulti comunque aver valutato il fatto oggetto della condanna disciplinare”*.

Mi pare francamente un requisito non necessario e snaturante, se assumiamo (com'è doveroso fare) da un lato che il giudizio disciplinare e la valutazione di professionalità assolvano a due funzioni ben distinte e dall'altro (e soprattutto) che l'istituto della riabilitazione (in ciascuna delle sue declinazioni, disciplinari e penali) è fenomeno giuridico che guarda al futuro, fondato su un sindacato improntato esclusivamente al *post delictum* e non già all'illecito commesso.

Quanto al primo punto, occorre richiamare sia il diritto scritto, costituito dalla Circolare del CSM in tema di valutazione di professionalità, sia l'orientamento consolidato del Giudice Amministrativo.

Giova allora rammentare come la Circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007 *“Nuovi criteri per la valutazione di professionalità dei magistrati, con le modifiche apportate dall'Assemblea plenaria nelle sedute del 25 luglio 2012, 6 marzo 2014, 13 marzo 2014, 14 maggio 2014, 23 luglio 2014, 24 luglio 2014, 10 settembre 2014, 26 marzo 2015, 12 aprile 2017, 25 ottobre 2017 e 21 febbraio 2018”* espressamente contempli un capo (il XII) dedicato ai rapporti tra valutazioni di professionalità e procedimenti disciplinari pendenti.

Per quel che qui interessa il comma secondo di tale capo prevede in caso di illeciti disciplinari di modesta rilevanza (quali sono quelli suscettibili di essere sanzionati con ammonimento o censura e dunque possibile oggetto di riabilitazione) una facoltà di sospensione del procedimento di valutazione di professionalità da parte del CSM, condizionata alla ricorrenza della seguente condizione *“che l'accertamento dei fatti oggetto del procedimento penale e/o disciplinare incida sulla definizione della procedura di valutazione della professionalità”*.

Tale disposizione è chiaramente ispirata al principio generale di autonomia tra processo giurisdizionale

(qual è quello disciplinare che si svolge innanzi alla relativa sezione del CSM) e procedimento amministrativo (qual è quello avente ad oggetto la valutazione periodica di professionalità).

Già in base a tali rilievi, che evidenziano l'autonomia del piano valutativo rispetto a quello disciplinare, appare difficile ammettere che la ponderazione del fatto materiale sussumibile nel secondo all'interno del primo possa assurgere a condizione di ammissibilità del beneficio riabilitativo.

La radice funzionale di quest'ultimo, invero, matura in chiave essenzialmente premiale rispetto ad un quadro diverso da quello professionale.

La riabilitazione assume valenza nella lente della non reiterazione della violazione della lettera disciplinare (della buona condotta in termini disciplinari), non della conformità ai parametri valutativi di professionalità.

In quest'ottica il conseguimento di una successiva valutazione di professionalità positiva non ha pertanto valore in sé, ma in quanto sintomatica della buona condotta del reo, che diviene così meritevole del beneficio.

D'altronde la stessa lettera della norma primaria depone in tale senso.

La collocazione temporale della valutazione di professionalità e (alla luce di quanto detto) dell'arco temporale oggetto della stessa in un segmento storico successivo a quello della comminatoria della sanzione evoca la reale funzione della stessa: vagliare la condotta del Magistrato nella fase successiva non solo alla commissione dell'illecito, ma alla stessa irrogazione della sanzione.

Se tale è allora la funzione assolta dalla valutazione di professionalità nella lente dell'art.25-bis, alcuna ragione impone o suggerisce di richiedere che essa contempra una specifica ponderazione del fatto storico sussunto nella fattispecie disciplinare.

Né a diverse considerazioni induce la lettura del comma 3 del citato capo XII della Circolare summenzionata, laddove prevede *“I fatti accertati in sede disciplinare sono oggetto di autonoma valutazione da parte del Consiglio superiore della magistratura ai fini della valutazione di professionalità, indipendentemente dall'esito, di condanna o di assoluzione, del procedimento disciplinare”*.

In ordine al possibile significato da attribuire a tale precetto consiliare si è espresso anche il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. IV 26 febbraio 2019, n. 1339), osservando come *“Il fatto, sebbene successivamente accertato nella sua rilevanza disciplinare, non perde la sua autonomia quale condotta materiale, come confermato dalla circostanza che - mentre in sede disciplinare la sanzione è stata applicata in conseguenza della accertata lesione del prestigio della magistratura - nella diversa sede del giudizio sulla progressione di carriera quella medesima condotta è stata autonomamente apprezzata - nella piena completezza informativa assicurata dal vaglio disciplinare - come sintomatica di una grave mancanza di equilibrio. Sussiste, cioè, una ipotesi di pluriqualificazione giuridica della fattispecie, a fini disciplinari ed a fini di progressione di carriera, fermo restando che, come correttamente osservato dal T.a.r., l'esistenza di precedenti disciplinari e penali rileva comunque, in sé, ai fini della progressione di carriera, in quanto concorre alla valutazione complessiva della personalità professionale del magistrato. Pertanto, deve escludersi che vi sia stata una duplicazione degli effetti sanzionatori, atteso che la sanzione disciplinare ha sì concorso alla valutazione globale delle competenze tecniche del magistrato e della sua personalità professionale, ma la condotta*

materiale sanzionata è stata autonomamente valutata rispetto ai parametri professionali, quale circostanza idonea a rivelare una grave mancanza di equilibrio”.

Ferma restando la specificità dell’attuale giudizio in relazione a ciascuno dei parametri indicati dalla legge, è tuttora la normativa vigente ad attribuire possibile rilievo alle risultanze disciplinari, purché esse incidano su uno degli elementi necessari a fondare il giudizio di professionalità. Le eventuali condotte che in precedenza abbiano formato oggetto di un provvedimento disciplinare possono rilevare non già in vista di un’inammissibile duplicazione di sanzione bensì ai fini di un accertamento proteso al pieno apprezzamento obiettivo della personalità professionale del magistrato. Il pregiudizio disciplinare nel quale sia incorso il magistrato, pertanto, non può automaticamente dar luogo a un esito negativo di professionalità, ma deve formare oggetto di apprezzamento in relazione al caso concreto⁴.

In tale senso il Tar Lazio n. 4924/2010 con riferimento a un precedente disciplinare cui il CSM aveva attribuito rilievo determinante in sede valutativa, ha stabilito che *«la latitudine (pur riconoscibile) della valutazione discrezionale in argomento rimessa all’organo di autogoverno» non può «estrinsecarsi nella apodittica assolutizzazione di tale precedente, la cui concreta rilevanza va invece commisurata con riferimento: alla gravità degli addebiti e della sanzione inflitta; alla collocazione temporale dei fatti a fondamento delle contestazioni; alla durata delle relative condotte; alla persistenza di atteggiamenti, anche successivamente alle contestazioni e/o alla inflizione della condanna, omogeneamente stigmatizzabili; comunque dovendo dare conto il giudizio sull’idoneità, laddove gli elementi sopra indicati dimostrino attuale consistenza (e, quindi, il precedente disciplinare si riveli suscettibile di essere preso in considerazione), della prevalenza di essi sul complesso degli altri elementi rilevanti”.*

Alla luce del quadro consiliare e di quello pretorio, pertanto, non vi è dubbio che valutazione di professionalità e giudizio disciplinare siano sindacati distinti, poiché improntati a diversi parametri e criteri, così come non è parimenti in discussione che il secondo possa influenzare il primo con la forza del giudicato che è propria delle sue sentenze (vincolando la Commissione in sede di valutazione in ordine alla sussistenza o insussistenza del fatto materiale o dell’elemento soggettivo. A tal riguardo va tuttavia segnalato che l’assemblea plenaria nella seduta del 10 settembre 2014 ha respinto, a maggioranza, una proposta di delibera di sesta commissione che tendeva a introdurre un certo automatismo tra esito disciplinare e valutazione di professionalità, definendo i contenuti del giudicato e del principio del “dedotto e deducibile” utilizzabili in sede di verifica della professionalità⁵.

La considerazione della possibile vincolatività o valenza del giudicato disciplinare all’interno della momento

[4] G. Grasso, *Procedimento disciplinare e valutazione di professionalità: differenze e interferenze*, in *La Magistratura*, Gennaio-Luglio 2015 - Anno LXIV - Numero 1-2, 24 luglio 2015.

[5] *Amplius*, G. Grasso, *op.cit.* e P. Serrao D’Aquino, *Le valutazioni di professionalità dei magistrati. Parte seconda. I nodi problematici: le fonti di conoscenza, il rapporto con il disciplinare, gli sfasamenti temporali, le modalità espressive*, in *Giustizia Insieme*, 23 settembre 2020.

valutativo di professionalità non deve tuttavia trarre in inganno, poiché nella lente dell'istituto riabilitativo, essa svanisce, appartenendo irrimediabilmente alla valutazione del passato, laddove invece, come già rimarcato, la funzione assolta dalla valutazione di professionalità in sede di riabilitazione si colloca tutta nell'arco temporale futuro (cioè successivo alla commissione dell'illecito).

Come già rimarcato, invero l'intima essenza del giudizio di riabilitazione (non importa se penale o disciplinare) è in proiezione futura rispetto all'illecito commesso ed alla sanzione comminata.

Tale è l'orizzonte temporale in cui va apprezzata la buona condotta del reo al fine di stabilire se riconoscerli o meno il premio rappresentato dalla riabilitazione.

Prendendo a prestito le parole di Cerquetti *“L'istituto, incentrato sul requisito della “buona condotta” che si richiede che il condannato abbia posto in essere per la durata del tempo prescritto, ha funzione premiale e promozionale, in vista della risocializzazione del reo. Per un verso, infatti, la riabilitazione costituisce, per tutto il periodo del tempo di ‘prova’, un incentivo alla attuazione delle positive condotte richieste, producendo sul reo un effetto di educazione e di creazione di abitudine al rispetto della legge. In primo luogo, va individuato il periodo di tempo per il quale è richiesto che il condannato abbia tenuto una buona condotta. A tal proposito, si è rilevato che la formula normativa dell’art. 179, 1° co. lascia intendere che le due condizioni ivi previste - il decorso del tempo stabilito dalla esecuzione o dalla estinzione della pena principale e la buona condotta - si integrino reciprocamente, sì che la seconda non può che essere riferito al periodo di tempo la cui decorrenza costituisce la prima. Non dovrebbe attribuirsi rilevanza, pertanto, alle condotte antecedenti alla compiuta esecuzione o alla estinzione della pena principale”*.

Traslando il ragionamento all'istituto della riabilitazione disciplinare, ove (come chiarito) l'orizzonte temporale di valutazione della buona condotta diparte non dall'esecuzione della pena, ma dal *decisum* disciplinare, pare evidente come tutto ciò che vi è prima non assuma alcuna rilevanza.

Ed allora assumere la ponderazione del fatto storico da cui il procedimento disciplinare ha avuto la propria scaturigine quale presupposto indefettibile di idoneità della valutazione di professionalità positiva ad assumere la qualifica di requisito legittimante l'istanza di riabilitazione vale a snaturare la funzione di tale ultimo istituto.

Esso invero non guarda più al futuro, al fine di premiare il reo che ha dimostrato di essersi redento, ma al passato, lì dove il peccato è già stato commesso.

Il requisito introdotto dalla Circolare n. P. 5162 del 15 marzo 2024 non determina tuttavia solo uno snaturamento dell'istituto della riabilitazione, ma comporta anche consistenti problemi applicativi, che possono giungere sino all'assurdo di imporre all'incolpato di “auto-denunziarsi” in sede valutativa e di sincerarsi che tale denuncia abbia un effettivo seguito in sede di valutazione di professionalità.

E' vero infatti che la Circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007 e il d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 a più riprese introducono strumenti volti ad agevolare il raccordo tra il giudizio disciplinare ed il procedimento valutativo. Così si prevede che *“Laddove lo ritenga necessario, il Consiglio giudiziario può assumere informazioni su fatti specifici segnalati dai suoi componenti o dai dirigenti degli uffici o dai consigli dell'ordine degli avvo-*

cati incidenti sulla professionalità del magistrato, ivi comprese situazioni concrete ed oggettive di esercizio non indipendente della funzione e comportamenti che denotino evidente mancanza di equilibrio o di preparazione giuridica” e prima ancora che i dirigenti degli uffici nei loro rapporti menzionino “l’indicazione di situazioni rappresentate da terzi, di cui i dirigenti degli uffici abbiano tenuto conto, trasmesse ai titolari dell’azione disciplinare e sempre che si riferiscano a fatti specifici incidenti sulla professionalità del magistrato, ivi compresi situazioni concrete ed oggettive di esercizio non indipendente della funzione e comportamenti che denotino evidente mancanza di equilibrio o di preparazione giuridica - gli eventuali atti o segnalazioni di situazioni rappresentate da terzi, di cui i dirigenti degli uffici abbiano tenuto conto, trasmessi ai titolari dell’azione disciplinare o penale, sempre che si riferiscano a fatti specifici incidenti sulla professionalità del magistrato, ivi comprese situazioni concrete ed oggettive di esercizio non indipendente della funzione e comportamenti che denotino evidente mancanza di equilibrio o di preparazione giuridica.”

Similmente l’art.14 del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 al comma 4 recita *“Il Consiglio superiore della magistratura, i consigli giudiziari e i dirigenti degli uffici hanno l’obbligo di comunicare al Ministro della giustizia e al Procuratore generale presso la Corte di cassazione ogni fatto rilevante sotto il profilo disciplinare. I presidenti di sezione e i presidenti di collegio nonché i procuratori aggiunti debbono comunicare ai dirigenti degli uffici i fatti concernenti l’attività dei magistrati della sezione o del collegio o dell’ufficio che siano rilevanti sotto il profilo disciplinare.”*

Infine, lo stesso art. 14 al comma 3 impone un onere di comunicazione dell’esercizio dell’azione disciplinare da parte del Procuratore generale presso la Corte di cassazione al CSM *“Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione ha l’obbligo di esercitare l’azione disciplinare, dandone comunicazione al Ministro della giustizia e al Consiglio superiore della magistratura, con indicazione sommaria dei fatti per i quali si procede”*

Tuttavia tali cautele non garantiscono né che vi sia un’effettiva conoscenza da parte della Commissione del C.S.M. competente in sede valutativa della pendenza del procedimento disciplinare (laddove la notizia del fatto sia pervenuta alla Procura, ma l’azione disciplinare non sia stata ancora esercitata), né ancora meno che quest’ultima possa avere contezza del fatto già commesso e che sarà oggetto del procedimento disciplinare prima e della condanna disciplinare poi (laddove appunto un procedimento disciplinare non sia principiato, perché la notizia del fatto non è ancora pervenuta alla Procura).

Ciò significa che prevedere quale requisito di idoneità ai fini riabilitativi che la valutazione di professionalità **“risulti comunque aver valutato il fatto oggetto della condanna disciplinare”**, vale quasi ad imporre al colpevole un obbligo di autodenunciarsi in tale sede. Se infatti egli omette di riferire la pendenza del procedimento disciplinare o (in difetto di esso) la commissione del fatto astrattamente rilevante sotto tale profilo, il rischio è quello di vedere postergato il momento in cui potrà accedere allo strumento premiale della riabilitazione. E ciò senza tener conto dell’ipotesi in cui lo stesso interessato possa non aver percezione di aver commesso un tale illecito.

Infine, anche tale cautela, al pare degli strumenti di raccordo disegnati dalla Circolare n. 20691 dell’8 ottobre

2007, potrebbe non essere sufficiente.

Laddove invero la Commissione (in difetto di formale conoscenze della pendenza di un procedimento disciplinare) dovesse ritenere la notizia del fatto materiale infondata o irrilevante, ben potrebbe non ponderarla espressamente nella formulazione della valutazione, così arrecando di fatto un pregiudizio all'interessato, che vedrebbe compromessa la sua facoltà di avvalersi dell'istituto della riabilitazione.

4. RIFLESSIONI FINALI

In conclusione, fermo il valido impianto della Circolare n. P. 5162 del 15 marzo 2024, forse sarebbe in caso di ripensarne in parte il contenuto:

- 1) individuando la valutazione di professionalità legittimante in quella immediatamente successiva alla sentenza disciplinare;
- 2) eliminando la menzione della necessità che la valutazione di professionalità legittimante “risulti comunque aver valutato il fatto oggetto della condanna disciplinare”.

CONFISCA PER EQUIVALENTE E CONCORSO DI PERSONE

di Caterina MELONE, praticante Avvocato

Sommario:

1. Premessa
2. L'orientamento prevalente
3. L'orientamento minoritario
4. L'unità del reato concorsuale

PREMESSA

Nell'ambito della disciplina del concorso di persone nel reato si assiste ad una originale interpretazione della confisca per equivalente¹. La finalità di assicurare l'ablazione del provento illecito ha comportato, infatti, l'introduzione di una 'confisca solidale'. Nel caso di concorso di persone nel reato, la confisca per equivalente può essere applicata per l'intero importo nei confronti di uno qualsiasi dei concorrenti, anche se il profitto o il prezzo del reato non sia transitato nel suo patrimonio. Con la presente riflessione si cercherà di comprendere tale soluzione ermeneutica, ponendo l'attenzione sulle ragioni su cui essa si fonda.

Dall'analisi delle ragioni poste a fondamento dell'orientamento prevalente della giurisprudenza emergerà un quadro confuso, nel quale l'unica certezza sembra essere che né la pena né la misura di sicurezza sono

[1] Sull'argomento, tra i tanti v. T. Trincherà, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Giappichelli, Torino, 2020; D. Fondaroli, *La poliedrica natura della confisca*, in *Arch. pen.*, 2, 2019. F. Vergine, *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, CEDAM, Padova, 2012; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bononia University Press, Bologna, 2007; T. Epidendio, *La confisca tra sanzione e misura di sicurezza*, in L. Camaldo, A. Bana (a cura di), *VI Convegno di studi - Sequestro, confisca e recuperi a tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea. La legislazione comunitaria e l'attuazione nei Paesi membri*, Bruxelles, 2010; V. Manes, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2015, pp. 1259 ss.; V. Manes, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 1, 2010, pp. 101 ss.; V. Maiello, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2012, pp. 43 ss.; V. Maiello, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 440 ss.; S. Finocchiaro, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2020, pp. 322 ss.; V. Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 724 ss.; E. Nicosia, *La confisca, le confische. Funzioni politico criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Giappichelli, Torino, 2012; M. Romano, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1692.

categorie adatte a contenere la confisca.

L'ORIENTAMENTO PREVALENTE

Secondo l'orientamento prevalente², la confisca per equivalente è applicabile, nel caso di concorso di persone nel reato, nei confronti di uno qualsiasi tra i concorrenti per l'intero importo del ritenuto profitto o prezzo del reato, anche se lo stesso non sia affatto transitato o sia transitato in minima parte nel suo patrimonio e sia stato, invece, materialmente appreso da altri. Il principio trova un limite nel divieto di duplicare la misura ablativa, la quale non può superare l'utilità complessivamente ricavata dal reato.

Tale soluzione si è affacciata nel panorama giurisprudenziale a seguito dell'introduzione nel codice penale dell'art. 322-ter ad opera della legge 29 settembre 2000, n. 300 ed è stata avallata dalla Corte a Sezioni Unite nel 2008³. In tale occasione, le Sezioni Unite hanno affermato che «di fronte ad un illecito plurisoggettivo deve applicarsi il principio solidaristico che informa la disciplina del concorso nel reato e che implica l'imputazione dell'intera azione delittuosa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente. Più in particolare, perduta l'individualità storica del profitto illecito, la confisca di valore può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato (entro logicamente i limiti quantitativi dello stesso), non essendo esso ricollegato, per quello che emerge allo stato degli atti, all'arricchimento di uno piuttosto che di un altro soggetto coinvolto, bensì alla corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito, senza che rilevi il riparto del relativo onere tra i concorrenti, che costituisce fatto interno a questi ultimi»⁴. La Corte ha precisato che «ove la natura della fattispecie concreta e dei rapporti economici ad essa sottostanti non consenta d'individuare, allo stato degli atti, la quota di profitto concretamente attribuibile a ciascun concorrente o la sua esatta quantificazione, il sequestro preventivo deve essere disposto per l'intero importo del profitto nei confronti di ciascuno, logicamente senza alcuna duplicazione e nel rispetto dei canoni della solidarietà interna tra i concorrenti»⁵.

Dunque, secondo le Sezioni Unite il principio solidaristico opera soltanto laddove non si possa individuare la quota di profitto attribuibile al singolo concorrente.

[2] Cass. pen., Sez. 2, 17 marzo 2023, n. 22073, Rv. 284740 - 01; Cass. pen., Sez. 5, 26 febbraio 2020, n. 19091, Rv. 279494-01; Cass. pen., Sez. 5, 20 ottobre 2020, n. 36069, Rv. 280322; Cass. pen., Sez. 2, 24 novembre 2020, n. 9102; Cass. pen., Sez. 6, 10 aprile 2018, n. 26621, Rv. 273256; Cass. pen., Sez. 3, 5 dicembre 2017, n. 56451, Rv. 273604; Cass. pen., Sez. 3, 12 maggio 2015, n. 27072, Rv. 264343; Cass. pen., Sez. 5, 20 maggio 2015, n. 25560, Rv. 265292; Cass. pen., Sez. 2, 9 gennaio 2014, n. 5553, Rv. 258342; Cass. pen., Sez. 2, 16 novembre 2012, n. 8740, Rv. 254526; Cass. pen., Sez. F., 28 luglio 2009, n. 33409, Rv. 244839; Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, Rv. 239926; Cass. pen., Sez. 2, 6 novembre 2008, n. 45589, Rv. 242777; Cass. pen., Sez. 2, 20 settembre 2007, n. 38599; Cass. pen., Sez. 2, 21 febbraio 2007, n. 9786; Cass. pen., Sez. 2, 6 luglio 2006, n. 30729, Rv. 234849; Cass. pen., Sez. 2, 14 giugno 2006, n. 31989, Rv. 235128; Cass. pen., Sez. 5, 16 gennaio 2004, n. 15445, Rv. 228750.

[3] Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, Rv. 239926.

[4] Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, Rv. 239926.

[5] Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, Rv. 239926.

Il “principio della responsabilità solidale tra correi”⁶ in riferimento alla confisca per equivalente si è consolidato nel tempo in una cospicua parte della giurisprudenza di legittimità, la quale ha, però, ritenuto irrilevante la quota effettivamente percepita dal singolo concorrente.

A fondamento di tale orientamento depongono due ordini di ragioni: l’unità del reato concorsuale e la natura sanzionatoria della confisca.

Quanto alla prima ragione, secondo i Giudici di legittimità, il principio «trova giustificazione, a livello dogmatico, ove si osservi che, per la teoria monistica cui è, notoriamente, ispirata la disciplina del concorso di persone nel reato, ciascun concorrente, la cui attività si sia inserita con efficienza causale nel determinismo produttivo dell’evento, risponde anche degli atti posti in essere dagli altri compartecipi e dell’evento delittuoso nella sua globalità, che viene considerato come l’effetto dell’azione combinata di tutti. Questo principio solidaristico, che implica l’imputazione dell’intera azione delittuosa e dell’effetto conseguente in capo a ciascun concorrente, quale che sia l’entità del contributo prestatto, comporta anche solidarietà nella pena, nel senso che, a norma dell’art. 110 c.p., ciascuno risponde della pena stabilita per il reato, salve le disposizioni di legge volte a graduare la sanzione penale a seconda della valenza che ciascuna partecipazione assume nel contesto generale del concorso, sulla base dei parametri normativi di cui agli artt. 112 e 114 c.p. »⁷.

La soluzione è coerente, poi, con la natura della confisca per equivalente, che costituisce «una vera e propria misura sanzionatoria, che si affianca alla pena detentiva»⁸, e, pertanto «è irrilevante quale sia la “quota” di profitto eventualmente incamerata dall’indagato o anche solo se egli abbia effettivamente ricavato una parte dello stesso a seguito della consumazione in concorso con altri. Ciò che conta è solo che il suddetto profitto sia effettivamente conseguito e che lo stesso non sia più (in tutto o in parte) acquisibile nella sua identità fisica “storica” o in quella che gli autori del reato gli hanno impresso procedendo alla sua trasformazione»⁹. La Corte ha, tuttavia, precisato che non si tratta di una vera e propria pena, perché «operando la confisca - ed il sequestro - per equivalente soltanto nella ipotesi di impossibilità di applicare la ordinaria misura della confisca del profitto o del prezzo del reato, quale istituto sostanzialmente surrogatorio di quest’ultimo, non può certo presupporre una sorta di *novatio* della misura, tale da trasformare il provvedimento ablatorio in una vera e propria pena patrimoniale. È del tutto evidente, infatti, che risulterebbe a dir poco eccentrica rispetto al sistema ed alla stessa tavola dei valori costituzionali, la possibilità di far discendere l’applicazione di una pena dalla semplice e casuale eventualità rappresentata dalla impossibilità di rinvenire - e conseguentemente aggredire - il profitto o il prezzo del reato. Per altro verso, ove il legislatore avesse davvero inteso imprimere alla confisca per equivalente le stigmate della sanzione criminale, non si spiegherebbe la previsione della irretroattività sancita dal richiamato L. n. 300 del 2000, art. 15, bastando a tal fine il generale precetto sancito

[6] Cass. pen., Sez. 5, 20 ottobre 2020, n. 36069, Rv. 279494.

[7] Cass. pen., Sez. 2, 17 marzo 2023, n. 22073, Rv. 284740.

[8] Cass. pen., Sez. 6, 10 aprile 2018, n. 26621, Rv. 273222.

[9] Cass. pen., Sez. 6, 10 aprile 2018, n. 26621, Rv. 273222; Cass. pen., Sez. 5, 20 maggio 2015, n. 25560, Rv. 258342.

dall'art. 25, comma 2, della Carta Fondamentale. Il paradigma della “gradualità” della confisca per equivalente in rapporto al *quantum* di contributo offerto nella realizzazione dell'illecito concorsuale (...) non può quindi rappresentare, in assenza di una specifica disposizione legislativa, un criterio legittimamente applicabile, muovendosi esso al di fuori dello schema legale e delle stesse finalità, indubbiamente general-preventive, che il peculiare istituto mira a soddisfare. Precludere, infatti, la realizzazione del profitto desunto da taluni reati attraverso la ablazione diretta dello stesso o del valore corrispondente, equivale a postulare, in capo ai singoli partecipi, una “responsabilità per l'intero” del tutto legittima, giacché spetta alla discrezionalità del legislatore calibrare – nel rispetto del principio di ragionevolezza – la disciplina dei presidi volti ad impedire (e prevenire) che l'utile comunque desunto dal reato possa essere, in tutto o in parte, mantenuto nella disponibilità (giuridica e patrimoniale) di chi abbia a qualsiasi titolo concorso nella realizzazione dell'illecito. E ciò – evidentemente – anche a prescindere da qualsiasi rilievo in ordine ai diversi “gradi” di responsabilità, ovvero all'ammontare effettivo del profitto che “singolarmente” ciascun coautore del fatto abbia desunto dal reato»¹⁰.

Dunque, osserva la Corte che, «costituendo una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti, la confisca per equivalente assume preminente carattere sanzionatorio. E quale effetto sanzionatorio del reato, essa può interessare ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del prezzo o profitto accertato, salvo ovviamente l'eventuale riparto»¹¹.

Secondo tale orientamento giurisprudenziale, la soluzione «non può inoltre ritenersi tale da violare i principi di personalità della responsabilità penale e di proporzionalità del trattamento sanzionatorio, in ragione del fatto che la misura è conseguente e proporzionata alla produzione del profitto illecito e non alla sua effettiva disponibilità, essendo quindi ragionevole che tutti coloro che siano concorsi a produrlo rispondano con i propri beni dell'impossibilità di recuperarlo»¹².

Ancora, si è sostenuto che «non può ritenersi che nel caso in cui la misura ablativa ricada su colui che materialmente ha ricavato una minore utilità dal reato (o non ne abbia ricavato affatto) l'interferenza statale si riveli “sproporzionata”, giacché la proporzione della “sanzione ablativa”, così come ordita dal legislatore, va parametrata alla produzione del profitto illecito e non alla sua effettiva disponibilità, talché è ragionevole (e dunque perfettamente in linea con i principi costituzionali ed eurounitari) che tutti coloro che siano concorsi a realizzarlo rispondano con i propri beni dell'impossibilità di recuperarlo (Sez. 5, n. 25560 del 20/05/2015, Gilardi, in motivazione). In altri termini, se la confisca misura di sicurezza del profitto storico ha ad oggetto quello effettivamente rinvenuto nella disponibilità dei singoli concorrenti nel reato, la confisca di valore, proprio in ragione della sua natura, li colpisce indifferentemente - nella misura dell'ablazione complessiva

[10] Cass. pen., Sez. 2, 9 gennaio 2014, n. 5553, Rv. 258342; v. Cass. pen., Sez. 2, 6 luglio 2006, n. 30729, Rv. 234849.

[11] Cass., Sez. 5, 16 gennaio 2004, n. 15445, Rv. 228750.

[12] Cass. pen., Sez. 5, 26 febbraio 2020, n. 19091, Rv. 279494; Cass. pen., Sez. 6, 10 aprile 2018, n. 26621, Rv. 273256; Cass. pen., Sez. 5, 20 maggio 2015, n. 25560, Rv. 265292.

di beni di valore equivalente a quello del profitto storico - per il solo fatto che essi hanno indistintamente collaborato alla produzione di un profitto. Pertanto, qualora non sia possibile individuare ed apprendere il profitto del reato nella sua identità e consistenza originaria, ed al fine di non frustrare la finalità di sottrarre all'imputato o al condannato qualsivoglia vantaggio economico conseguente all'attività illecita, pur quando se ne siano perse le tracce, si ammette la possibilità di eseguire la misura per l'intero nei confronti del singolo concorrente, indipendentemente dalla quota di profitto pervenuta nella sua disponibilità»¹³.

Secondo la Suprema Corte si tratta «di principi coerenti con la finalità anche dissuasiva e deterrente riferibile alla confisca di valore in considerazione della sua ormai pacifica qualificazione come sanzione (Sez. U., n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264435), ed in linea con lo scopo di sottrarre alla disponibilità del reo qualsivoglia vantaggio economico derivante dalla commissione dell'illecito, anche quando non sia esperibile la confisca diretta»¹⁴.

Al concorrente colpito per intero dalla misura ablativa è riconosciuta la facoltà di agire in sede civile nei confronti degli altri compartecipi allo scopo di ottenere la ripetizione di quanto confiscatogli in eccedenza rispetto alla quota di profitto percepito.

L'ORIENTAMENTO MINORITARIO

Una minoritaria parte della giurisprudenza tende a mitigare l'applicazione della 'confisca solidale' tra concorrenti. La Suprema Corte ha ritenuto che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente non possa eccedere, per ciascuno dei concorrenti, la misura del profitto allo stesso attribuibile¹⁵, precisando che «laddove non sia possibile, anche in ragione dei non ancora definiti rapporti economici esistenti tra i concorrenti, accertare l'esatto ammontare del profitto riferibile all'imputato, l'entità da sottoporre a sequestro potrà essere stabilita secondo canoni presuntivi, salvo il necessario definitivo accertamento in sede di confisca»¹⁶. Successivamente, il principio solidaristico affermato dalle Sezioni Unite del 2008 è stato reinterpretato alla luce degli artt. 1298 e 2055 c.c. e la Corte ha precisato che in base agli articoli citati, nel caso di responsabilità per fatto illecito, le parti di ciascun debitore si presumono uguali. I Giudici di legittimità hanno osservato che la circostanza che agli altri concorrenti non possa essere chiesta la quota di spettanza, «non determina, tuttavia, che il ricorrente debba rispondere anche per le quote riferibili agli altri concorrenti e, quindi, per l'intero, assumendo, nel caso della confisca, il criterio della solidarietà e segnatamente quello della solidarietà interna, una valenza diversa rispetto al momento dell'adozione del sequestro preventivo al fine della confisca, in ragione della natura "eminente sanzionatoria", della confisca obbligatoria cosid-

[13] Cass. pen., Sez. 5, 20 ottobre 2020, n. 36069, Rv. 280322.

[14] Cass. pen., Sez. 5, 26 febbraio 2020, n. 19091, Rv. 279494.

[15] Cass. pen., Sez. 6, 23 giugno 2006, n. 25877, Rv. 234850; v. Cass. pen., Sez. 6, 5 giugno 2007, n. 31690; Cass. pen., Sez. 6, 20 febbraio 2009, n. 10690, Rv. 243189.

[16] Cass. pen., Sez. 6, 5 giugno 2007, n. 31690, Rv. 236900.

detta “per equivalente”¹⁷. La Corte in tale occasione ha, pertanto, ritenuto che «al momento della confisca, il criterio della solidarietà interna di cui all’art. 1298 c.c., che assume, in mancanza di norme specifiche, un indubbio parametro di riferimento, per quanto concerne la determinazione delle quote, da presumersi, ai sensi del secondo comma, uguali, riveste anche valenza nei confronti dello Stato, dovendo il giudice modulare la sanzione (la natura eminentemente sanzionatoria della confisca per equivalente è stata recentemente affermata da Sez. Un, n. 18374 del 31/01/2013) per il singolo concorrente»¹⁸.

Più recentemente, la Corte di cassazione si è posta in netto contrasto con l’orientamento maggioritario ed ha affermato che «per quanto in linea di massima debba aversi riguardo al principio solidaristico in forza del quale ciascun concorrente può essere assoggettato alla confisca, una volta che il profitto abbia perduto la sua individualità storica (...) la confisca per equivalente, che ha natura affittiva e sanzionatoria (Sez. U. n. 31617 del 26/6/2015, Lucci, Rv. 264435) non può eccedere la concreta entità del grado di responsabilità del singolo concorrente, potendosi altrimenti prospettare una sanzione sproporzionata, non conforme neppure alla sfera dei principi convenzionalmente rilevanti, come desumibili dall’art. 7 C.E.D.U. e dall’art. 1 del Protocollo n. 1 della C.E.D.U., come interpretato dalla Corte di Strasburgo (si rinvia all’analisi del tema da parte di Corte E.D.U. Grande Camera, 28/6/2018, G.I.E.M. e altri contro Italia). Vuol dirsi in particolare che nel caso di accertato concorso di più persone del reato, se per un verso la misura cautelare del sequestro finalizzato a confisca, quale strumento propedeutico alla realizzazione dell’interesse perseguito, può coinvolgere per l’intero uno dei concorrenti (ed in tal senso possono essere letti numerosi arresti: si rinvia ad esempio a Sez. 5, n. 19091 del 26/2/2020, Buonpensiere, Rv. 279494; Sez. 3, n. 56451 del 5/12/2017, Maiorana, Rv. 273604), non altrettanto può dirsi per l’imposizione effettiva della confisca, avente natura sanzionatoria, la quale dunque non può prescindere, ove possibile, dalla definizione dei criteri di riparto della misura tra i soggetti compartecipi dell’azione criminosa. Il criterio deve essere commisurato al grado di partecipazione al profitto, pur tradottosi poi nella determinazione sostitutiva di un valore, partecipazione che può peraltro essere desunta anche da criteri sintomatici, in assenza di elementi diversi, idonei a corroborare il giudizio, fermo restando che, ove non risulti possibile utilizzare un criterio attendibile di riparto, risulta legittima la suddivisione dell’importo pro-quota tra i compartecipi. Né potrebbe incidere la circostanza che, come nel caso in esame, non tutti i concorrenti vengano giudicati contestualmente, giacchè l’attribuzione dell’importo a carico di ciascun concorrente finirebbe per dipendere irrazionalmente da elementi casuali e non previamente definibili»¹⁹.

Possiamo a questo punto distinguere quattro linee interpretative:

La confisca per equivalente e il sequestro preventivo ad essa finalizzato possono interessare indifferentemente uno o più concorrenti anche per l’intera entità del profitto accertato, essendo irrilevante la quota di profitto

[17] Cass. pen., Sez. 5, 12 dicembre 2014, n. 20101.

[18] Cass. pen., Sez. 5, 12 dicembre 2014, n. 20101; Cass. pen., Sez. 1, 16 novembre 2016, n. 4902.

[19] Cass. pen., Sez. 6, 20 gennaio 2021, n. 4727, Rv. 280596.

eventualmente incamerata dall'imputato o dall'indagato²⁰;

La confisca e il sequestro preventivo ad essa finalizzato possono interessare indifferentemente uno o più concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, ma solo nel caso in cui la natura della fattispecie concreta non consenta di individuare, allo stato degli atti, la quota di profitto concretamente attribuibile a ciascun concorrente o la sua esatta quantificazione²¹;

Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente può interessare per l'intero uno dei concorrenti, ma la confisca per equivalente non può eccedere, per ciascuno dei concorrenti, la quota di prezzo o profitto a lui attribuibile e, nel caso di impossibilità di una esatta quantificazione, le quote devono presumersi in parti eguali²²;

Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente può interessare per l'intero uno dei concorrenti ma la confisca deve essere commisurata al grado di partecipazione al profitto del singolo concorrente e, nel caso in cui non sia possibile utilizzare un criterio attendibile di riparto, risulta legittima la suddivisione dell'importo pro-quota tra i compartecipi²³.

Inquadrate, seppur per brevi linee, il panorama giurisprudenziale, possiamo ora soffermarci sulle ragioni poste a sostegno dell'orientamento prevalente.

L'UNITÀ DEL REATO CONCORSALE

L'orientamento che impone la 'regola solidale' alla confisca per equivalente è stato sin da subito criticato dalla dottrina²⁴. In particolare, si rileva che non sarebbe pertinente far discendere l'unicità del profitto dall'unitarietà della fattispecie concorsuale ex art. 110 c.p., i cui effetti si esaurirebbero nell'individuazione delle condotte penalmente rilevanti, senza ripercussioni in punto di sequestro e confisca²⁵. Infatti, l'art. 110 c.p.

[20] Cass. pen., Sez. 5, 26 febbraio 2020, n. 19091; Cass. pen., Sez. 5, 20 ottobre 2020, n. 36069; Cass. Pen., Sez. 2, 24 novembre 2020, n. 9102; Cass. pen., Sez. 6, 10 aprile 2018, n. 26621; Cass. pen., Sez. 3, 5 dicembre 2017, n. 56451; Cass. pen., Sez. 5, 20 maggio 2015, n. 25560.

[21] Cass. pen., Sez. 2, 18 aprile 2023, n. 22053; Cass. pen., Sez. 6, 10 giugno 2022, n. 33757; Cass. pen., Sez. 6, 21 ottobre 2020, n. 6607; Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654; Cass. pen., Sez. 5, 15 luglio 2008, n. 37693.

[22] Cass. pen., Sez. 5, 12 dicembre 2014, n. 20101; Cass. pen., Sez. 1, 16 novembre 2016; n. 4902.

[23] Cass. pen., Sez. 6, 20 gennaio 2021, n. 4727.

[24] Senza pretesa di esaustività, v. F. Vergine, *Il "contrasto"*, cit.; V. Mongillo, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale (seconda parte: misure cautelari interdittive e sequestro preventivo ai fini di confisca)*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2010; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali*, cit.; D. Fondaroli, *La "strana coppia": sequestro e confisca per equivalente, c.d. solidarietà passiva tra i correi*, in *Arch. pen.*, 2011, 2, 4; G. Civello, *Confisca per equivalente e concorso di persone: tra responsabilità individuale e "principio solidaristico"*, in *Arch. pen.*, 1, 2024; V. Manes, *Nessuna interpretazione*, cit.; A. Gaito, *Sequestro e confisca*, cit.; R. Romanelli, *Confisca per equivalente*, cit.; M. Amisano Tesi, voce *Confisca per equivalente*, in *Dig. pen.*, Aggiornamento, IV-I, Utet, Torino, 2008; A. M. Maugeri, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 491.

[25] D. Fondaroli, *La "strana coppia"*, cit., p. 5.

non prevede alcuna ‘responsabilità per l’intero’ per la confisca per equivalente, né prevede una ‘solidarietà della pena’²⁶. L’art. 110 c.p. dispone che “quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita”. La norma ha la funzione di tipizzazione della condotta al fine di ricondurla alla fattispecie incriminatrice astratta²⁷ e, nel caso in cui la condotta sia già tipizzata ha la funzione di ricondurla alla disciplina prevista dagli artt. 110 ss. c.p.

Il legislatore del 1930, seguendo la logica autoritaria dell’epoca, si è ispirato alla concezione monistica, seguendo un orientamento fondato sulla equiparazione eziologica e sanzionatoria dei contributi concorsuali²⁸. Tuttavia, le deroghe a tale ‘monismo’ possono svolgere una funzione sistematica, consentendo di interpretare la disciplina in un’ottica di differenziazione dei singoli contributi. La disciplina codicistica, dunque, può – e deve – essere interpretata conformemente ai valori costituzionali, che hanno nel tempo ampliato la loro portata²⁹. L’unica interpretazione costituzionalmente conforme è, infatti, quella che consenta una differenziazione sanzionatoria dei contributi concorsuali.

Invero, l’unità del reato concorsuale non comprende né l’omogeneità dell’elemento psicologico di tutti i

[26] V. G. Civello, *Confisca per equivalente*, cit., p. 11, secondo l’Autore, «quand’anche si volesse far dire all’art. 110 c.p. qualcosa che, in realtà, esso non dice – e cioè che dal modello unitario del reato concorsuale derivi, necessariamente e per sillogismo, la possibilità di applicare la confisca in modo “solidaristico” rispetto a tutti i correi –, a questo punto l’argomento proverebbe troppo: infatti, se si parte dal presupposto che tale modello unitario implichi, *ipso iure*, l’applicazione di un identico trattamento sanzionatorio concreto a tutti i concorrenti nel reato, a questo punto si dovrebbe altresì imporre il principio dell’identica pena in concreto a tutti i concorrenti, mentre invece il nostro sistema consente – *rectius*, impone – al giudice di commisurare la sanzione in relazione a ciascun correo, alla luce della sua specifica “posizione” oggettiva e soggettiva».

[27] Evidenzia S. Seminara, *Accessorietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato. Considerazioni sul senso di una disputa dottrinale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2021, p. 423, che «ciò risulta evidente nella prospettiva processuale, ove l’imputazione al concorrente, all’autore del tentativo e del reato commissivo mediante omissione avviene sempre mediante la contestazione della norma incriminatrice accompagnata da quella estensiva della tipicità, così dimostrando che il processo di qualificazione del fatto si realizza in forza di una convergenza fra la norma generale e le fattispecie di parte speciale». Sul tema v. T. Padovani, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Giuffrè, Milano, 1973; A. Pagliaro, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Giuffrè, Milano, 1966.

[28] Come è noto, il legislatore del 1930 ha accolto il modello unitario di tipizzazione del concorso di persone, modello che si contrappone a quello differenziato previsto dal previgente codice Zanardelli. La disciplina codicistica di cui agli artt. 110 ss. c.p. opera, dunque, una tipizzazione di natura causale, riconducendo alla fattispecie plurisoggettiva tutte le condotte dotate di efficacia eziologica nei confronti dell’evento lesivo. Rileva P. Semeraro, *Concorso di persone*, CEDAM, Padova, 1986, p. 81, che la scelta compiuta dal legislatore si fonda su ragioni di natura dogmatica, e cioè per una coerenza sistematica con il principio dell’equivalenza delle condizioni di cui agli artt. 40 e 41 c.p., nonché da esigenze di politica criminale, consistenti nell’agevolare la repressione delle forme di reità collettiva. rimuovendo le difficoltà connesse al modello differenziato.

[29] V. P. Semeraro, *Concorso di persone*, cit., l’Autore rileva «l’irragionevolezza della disciplina accolta nell’art. 110 c.p.; sancire un’equiparazione sanzionatoria, quale è quella prodotta tramite l’accomunamento di tutte le azioni tipiche e atipiche in una medesima pena edittale, non costituisce scelta conforme a quanto disposto dall’art. 3 Cost. che impone non solo l’obbligo per il legislatore di trattare penalmente in modo analogo fatti e comportamenti che hanno connotati analoghi, ma anche l’obbligo di disporre sanzioni penali di diversa entità per fatti e condotte che si presentano diversi (avuto riguardo alle modalità di manifestazione o al tipo di beni giuridici offesi)».

concorrenti, né la loro punibilità. Autorevole dottrina ha evidenziato che l'unità è nel fatto, «inteso nella sua dimensione lesiva ovvero come accadimento materiale penalmente significativo»³⁰, e non invece nel reato. Accogliendo le riflessioni della dottrina, anche la Corte di cassazione a Sezioni Unite ha affermato la possibilità di qualificare diversamente il fatto concorsuale in capo ai concorrenti³¹. L'approdo a cui sono giunte le Sezioni Unite mostra come «il dogma dell'unità del reato concorsuale»³² sia da considerarsi ormai superato. Di talché, dall'art. 110 c.p. non risulta possibile ricavare un principio solidaristico che comporti l'imputazione della misura ablativa per l'intero in capo ad uno qualsiasi dei concorrenti³³. Ritenere vigente un tale principio significherebbe negare al contempo il principio di proporzionalità della pena, che impone una graduazione della sanzione penale sulla base della gravità del fatto commesso³⁴. Una pena così configurata determina, peraltro, una palese disparità di trattamento tra correi, prospettando dubbi di ragionevolezza. Già a questo punto il ragionamento della Suprema Corte ci sembra una forzatura logica.

Tale principio solidaristico deriverebbe allora da una confusione tra l'obbligazione solidale di contenuto restitutorio e risarcitorio e la misura per equivalente³⁵. Mentre nella prima ipotesi si è di fronte ad una responsabilità civilistica che incombe sul responsabile del fatto di reato, nonché su tutti coloro che rispondono per il fatto del terzo, la confisca per equivalente è una misura che consente l'ablazione del provento del reato. Se la solidarietà passiva è una soluzione comprensibilmente adottata dal legislatore per aumentare le probabilità di ristoro del danneggiato, la stessa non risulta estensibile alla confisca, perché manca una base legale e perché non vi è identità di *ratio*.

L'articolo 187 c.p., così come l'art. 2055 c.c., mirano infatti a garantire al soggetto danneggiato l'effettivi-

[30] S. Seminara, *Sul "dogma"*, cit., p. 820; v. C. Pedrazzi, *Il concorso di persone nel reato*, G. Priulla Editore, Palermo, p. 91, secondo l'Autore «non è di unità del *reato* che bisogna parlare, ma di unità del *fatto*: un'unificazione non può concepirsi sul piano dell'elemento soggettivo. L'unità del reato non si concilierebbe d'altronde con la pluralità delle pene: naturalissima poiché, se una è l'offesa al bene giuridico, più sono le ribellioni alla legge, tante quanti sono i concorrenti colpevoli. Più reati dobbiamo vedere se hanno un elemento, il fatto, in comune».

[31] Cass. pen., Sez. Un., 14 dicembre 2023, con cui le Sezioni Unite hanno dato risposta affermativa alla questione: «Se, in tema di concorso di persone nel reato di cessione di sostanze stupefacenti, il medesimo fatto storico possa essere ascritto a un concorrente a norma dell'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 e a un altro concorrente a norma dell'art. 73, comma 5, del medesimo d.P.R.». In attesa della pubblicazione delle motivazioni, v. Cass. pen., 25 luglio 2023, n. 32320; Memoria della Procura generale della Corte di cassazione, Udienza delle Sezioni Unite penali del 14 dicembre 2023 (RG 27140/2023), in *sistemapenale.it*. V. A. Morelli, *Diversi titoli di reato per un medesimo fatto concorsuale? Il rompicapo della disciplina del concorso eventuale di persone nel reato: osservazioni a margine di Cass. Sez. III, ord. n. 20563 del 12 maggio 2022*, in *Arch. pen.*, 1, 2023.

[32] S. Seminara, *Sul "dogma"*, cit.

[33] G. Civello, *Confisca per equivalente*, cit., p. 11.

[34] Rileva, F. Vergine, *Il "contrasto"*, cit., p. 416: «sottraendo la confisca del *tantundem* al parametro dell'effettiva percezione dell'utilità derivante dal reato e nei limiti della stessa, si crea una figura che non si è nemmeno finito di chiamare sanzione che già è in contrasto con uno dei principi cardine della pena, ossia quello della proporzionalità della punizione al grado di colpevolezza del reo».

[35] V. A. Gaito, *Sequestro e confisca*, cit., p. 119; F. Vergine, *Il "contrasto"*, cit., p. 207.

tà del risarcimento ottenuto, consentendogli di rivolgersi a ciascuno dei soggetti coinvolti, a garanzia del proprio credito. La confisca, pacificamente considerata una sanzione, non può essere equiparata ad un'obbligazione.

È stato, inoltre, rilevato che l'art. 110 c.p. menziona solo la "pena", non la confisca né le misure di sicurezza. La scelta del legislatore risiede nel fatto che si tratta di una misura che segue la cosa, e non la persona; dunque, la confisca dovrebbe applicarsi al soggetto che effettivamente disponga della cosa³⁶.

Sembra, allora, che la giurisprudenza qualifichi la confisca come una pena al solo fine di far valere un'equiparazione sanzionatoria, per poi assimilarla ad un'obbligazione civilistica nei confronti dello Stato, cambiando nuovamente la sua natura giuridica.

LA FUNZIONE DELLA CONFISCA PER EQUIVALENTE

Come un'attenta dottrina ha rilevato, la giurisprudenza insiste sulla qualificazione come sanzione penale «al solo scopo di giustificare una soluzione ermeneutica dettata più che altro dall'esigenza di assicurare alle casse dello Stato l'effettiva apprensione del profitto del reato, senza preoccuparsi delle conseguenze che tale qualificazione comporta sul piano delle garanzie e del rispetto dei diritti fondamentali»³⁷. Infatti, non si comprende se la natura sanzionatoria sia la premessa, da cui discende l'applicazione della confisca per l'intero nei confronti di uno qualsiasi dei concorrenti, ovvero se sia la conseguenza di tale scelta applicativa.

Se fosse la premessa, l'inferenza natura sanzionatoria–solidarietà della confisca non renderebbe condivisibile l'orientamento. Come già evidenziato, nel nostro ordinamento non c'è un principio di solidarietà della pena³⁸, che, peraltro, porrebbe dubbi di legittimità costituzionale.

Il carattere 'eminentemente sanzionatorio' della confisca per equivalente è riconosciuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria, le quali ritengono che la misura costituisca, sostanzialmente, una pena secondo la nozione fornita dalla Corte Edu. Ciò «comporta l'applicazione dello statuto legale della sanzione penale, presidiata dall'art. 25, secondo comma, Cost. e dall'art. 7 della CEDU»³⁹. In particolare, «la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un "rapporto di pertinenzialità" (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente affittiva»⁴⁰. Costituendo «una forma di prelievo pub-

[36] In tali termini, G. Civello, *Confisca per equivalente*, cit., pp. 9 ss.

[37] V. T. Trinchera, *Confiscare senza punire?*, cit., p. 116.

[38] V. Petrocelli, *Intorno alla così detta responsabilità penale in solido*, in *Foro pen. nap.*, 1927.

[39] Corte cost., 7 febbraio 2017, n. 68.

[40] Corte cost., 2 aprile 2009, n. 97; Corte cost., 20 novembre 2009, n. 301.

blico a compensazione di prelievi illeciti»⁴¹, la confisca per equivalente assumerebbe «i tratti distintivi di una vera e propria sanzione»⁴². Una parte della dottrina si pone in senso critico alla tesi dominante⁴³, rilevando che la funzione della confisca per equivalente non presenti significative differenze rispetto alla funzione della confisca diretta. Entrambe le misure presentano una componente risarcitoria e una componente punitivo-sanzionatoria. Non è possibile in questa sede soffermarsi sul dibattito attorno alla natura della confisca per equivalente, limitandoci solamente a rilevare che sarebbe opportuno che la misura mantenesse una funzione di riequilibrio patrimoniale, in quanto la sua funzione “naturale” è quella di sottrarre al reo il guadagno ricavato dal reato. L’applicazione della ‘confisca solidale’ annulla la funzione “naturale”⁴⁴ e finisce per trasformare la misura in una vera e propria pena che, peraltro, colpisce il reo in misura non proporzionata alla sua colpevolezza. Infatti, confiscando beni per l’intero profitto ad un soggetto che, pur essendo concorrente del reato, non ha partecipato o ha partecipato solo in parte all’utilizzazione del profitto illecito, si genera una situazione per cui il concorrente che ha percepito il vantaggio potrebbe continuare a giovarsene. In questo modo la confisca produce, poi, un impoverimento del soggetto destinatario dell’ablazione.

Tale effetto di impoverimento non è accettabile, perché trasforma la confisca da strumento ripristinatorio in una pena patrimoniale priva di base legale. Inoltre, la generalizzazione indiscriminata della confisca per equivalente è preclusa dalla natura sussidiaria di quest’ultima rispetto alla confisca diretta⁴⁵.

La stessa Corte ha riconosciuto che non è possibile operare una *novatio* della misura ablativa diretta, «tale da trasformare il provvedimento ablatorio in una vera e propria pena patrimoniale. (...) risulterebbe a dir poco eccentrica rispetto al sistema ed alla stessa tavola dei valori costituzionali, la possibilità di far discendere l’applicazione di una pena dalla semplice e casuale eventualità rappresentata dalla impossibilità di rinvenire

[41] Cass. pen., Sez. 5, 16 gennaio 2004, n. 15445. Sulla qualificazione come sanzione, v. In giurisprudenza, v. Corte cost., n. 97 del 2009; Corte cost. n. 301 del 2009; Cass. pen., Sez. Un., 29 settembre 2022, n. 4145, Rv. 284209; Cass. pen., Sez. 3, 2 febbraio 2022, n. 15655, Rv. 283275; Cass. pen., Sez. 3, 21 gennaio 2022, n. 7882; Cass. pen., Sez. 6, 11 maggio 2022, n. 32581, Rv. 282477; Cass. pen., Sez. Un., 29 settembre 2022, n. 4145; Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617; Cass. pen., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 4319; Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2013, n. 18374; Cass. pen., Sez. 5, 26 gennaio 2010, n. 11288; Cass. pen., Sez. 2, 29 settembre 2009, n. 41488; Cass. pen., Sez. 6, 18 febbraio 2009, n. 13098; Cass. pen., Sez. 3, 24 settembre 2008, n. 39173; Cass. pen., Sez. 2, 8 maggio 2008, n. 21566; Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, Rv. 239926; Cass. pen., Sez. 3, 24 settembre 2009, n. 39172; Cass. pen., Sez. 3, 29 gennaio 2009, n. 11912; Cass. pen., Sez. 2, 28 luglio 2009, n. 33409; Cass. pen., Sez. Un., 41936 del 2005; Cass. pen., Sez. 6, 30 gennaio 2019, n. 16872.

[42] Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654; V. in senso critico, G. Civello, *Confisca per equivalente*, cit., p. 17, rileva l’Autore: «dal fatto che la confisca sia qualificabile come “forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti”, per quale motivo dovrebbe poi dedursi che essa abbia “preminente carattere sanzionatorio”? Forse che tutti i prelievi pubblici a fronte di un fatto illecito sono...una pena?».

[43] V. Mongillo, *Confisca (per equivalente)*, cit., E. Nicosia, *La confisca, le confische*, cit.; M. Romano, *Confisca, responsabilità degli enti*, cit.; Trinchera, *Confiscare senza punire?*, cit.

[44] T. Trinchera, *Confiscare senza punire?*, cit., p. 116.

[45] In tali termini F. Vergine, *Il “contrasto”*, cit., p. 209.

- e conseguentemente aggredire - il profitto o il prezzo del reato»⁴⁶. Tuttavia, a fronte di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto che la natura sanzionatoria ed afflittiva giustifica la confisca per equivalente per l'intero importo nei confronti di uno qualsiasi dei concorrenti.

Il carattere sussidiario della confisca per equivalente potrebbe essere sufficiente a dimostrare che non è possibile una 'confisca solidale'.

Il nesso di pertinenzialità manca in tale forma di confisca perché il bene da confiscare – semplicemente – non è più pertinente al reato, nel senso che lo specifico provento del reato non è più confiscabile e, quindi, si confisca il suo equivalente. Un nesso di pertinenzialità continua, però, a rilevare, costituendo comunque un presupposto 'a monte' per poter procedere alla confisca per equivalente.

Quest'ultima, quale strumento surrogatorio, interviene soltanto dopo che è stato inutilmente esperito il tentativo di rinvenire nel patrimonio del reo il provento originario del reato. In altre parole, muovendosi in una logica sostitutiva, è irrinunciabile il requisito dell'equivalenza del valore tra l'entità del prezzo o profitto diretto del reato e il *quantum* confiscabile⁴⁷. Il carattere afflittivo della confisca per equivalente deriva dal fatto che il bene confiscato non è derivato dal reato. La confisca è, però, proporzionata in quanto l'ordinamento ritiene equo recuperare un certo valore proprio da quel soggetto che tale stesso identico valore aveva ritratto⁴⁸.

Applicata in tal modo la confisca per equivalente riacquisirebbe la sua funzione "naturale" e non comporterebbe un pregiudizio per il reo in misura non proporzionale al suo fatto di reato. Del resto, se la finalità è quella di eliminare i vantaggi economici conseguiti con il reato, la confisca non può essere disposta ove tali vantaggi non siano stati realizzati⁴⁹.

Di contro, applicare la confisca per equivalente indistintamente ai concorrenti nel reato per l'intero non è in linea con la funzione ripristinatoria dell'istituto, in quanto manca il necessario rapporto di equivalenza tra illecito arricchimento e bene confiscato.

Peraltro, guardando alla giurisprudenza in materia di confisca diretta possono cogliersi le incongruità insite nell'orientamento giurisprudenziale esaminato. L'art. 240 c.p.⁵⁰, sostengono i Giudici di legittimità, «perimetra il suo ambito di applicazione, oggettivo e soggettivo. Possono essere confiscati solo i beni che hanno costituito il profitto del reato e che appartengono a chi l'ha commesso»⁵¹. La *ratio* della confisca diretta «non è quella di infliggere un'ulteriore sanzione, di natura economica, a chi abbia commesso il reato, ma quella di evitare che costui possa lucrare il profitto che ne è derivato»⁵². Osserva la Corte che, «ove operi una concreta

[46] Cass. pen., Sez. 2, 9 gennaio 2014, n. 5553.

[47] F. Vergine, *Il "contrasto"*, cit., pp. 181 ss.

[48] G. Civello, *La confisca per equivalente*, cit., p. 19.

[49] F. Vergine, *Il "contrasto"*, cit., p. 197.

[50] V. A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Pen.*, 3, 1989, pp. 42 ss.

[51] Cass. pen., Sez. 1, 9 luglio 2021, n. 38034, Rv. 282012; nello stesso senso v. Cass. pen., Sez. 5, 7 dicembre 2017, n. 11981, Rv. 272855.

[52] Cass. pen., Sez. 1, 9 luglio 2021, n. 38034, Rv. 282012.

fattispecie di tipo concorsuale, la confisca, che colpisce ciascun correo per l'intero, si manterrebbe nel perimetro soggettivo dell'istituto, colpendo chi non è estraneo al reato, ma ne travalicherebbe l'ambito oggettivo, espropriando beni di concorrenti che non abbiano tratto personale profitto dal reato, ovvero oltre la misura di tale profitto personale. Non è possibile, in altri termini, far leva sull'art. 110 cod. pen. fuori dell'ambito suo proprio, che è quello di far soggiacere alla pena stabilita per il reato tutti coloro che hanno concorso nel commetterlo; ambito che attiene alla risposta sanzionatoria e non al recupero del profitto del reato che ha una diversa specificità. Si, spiega così il vincolo di solidarietà passiva fra i coimputati nel caso della confisca per equivalente, che ha natura sanzionatoria, mentre, nella diversa evenienza della confisca diretta, sono passibili di ablazione solo le cose che abbiano costituito vantaggio economico immediatamente derivante dal reato»⁵³. Ma l'oggetto della confisca di valore non dovrebbe costituire l'*equivalente* del vantaggio economico derivante dal reato? Non si comprende la ragione di riconoscere una diversa natura giuridica e diverse finalità alla confisca diretta e alla confisca per equivalente, posto che gli effetti economico-patrimoniali sono i medesimi per entrambe le misure ablativo e la scelta di ricorrere a una forma di confisca piuttosto che all'altra è legata a una circostanza del tutto casuale, quale l'impossibilità di rinvenire le cose che rappresentano il profitto diretto del reato.

Le problematiche inerenti all'accertamento del provento di reato e al suo rinvenimento nel patrimonio del reo non possono giustificare scelte ermeneutiche che si pongono in contrasto con la Costituzione. Lo scopo di garantire l'effettiva confisca «anche nell'ipotesi che uno solo degli imputati o indagati sia alla fine riconosciuto colpevole»⁵⁴ non risulta proporzionato al pregiudizio subito dal reo. Tirando le fila del discorso, è più probabile che la natura sanzionatoria sia la conseguenza della 'regola solidale'.

La giurisprudenza di legittimità manca, tuttavia, di confrontarsi con il quadro di valori e principi che permeano l'applicazione della pena.

Se la confisca è una pena, allora non si comprende perché «non è commisurata né alla colpevolezza dell'au-

[53] Cass. pen., Sez. 1, 9 luglio 2021, n. 38034, Rv. 282012. V. anche Cass. pen., 9 gennaio 2014, n. 5553, secondo cui ove si aderisse alla qualificazione giuridica come misura di sicurezza «anche in relazione alla confisca prevista dall'art. 322 ter c.p., si dovrebbe logicamente ritenere che la suddetta misura non potrebbe che essere applicata solo nei confronti degli indagati che abbiano l'effettiva disponibilità del prezzo e/o profitto del reato, proprio perché, una volta confiscato prezzo e/o profitto del reato (o, comunque, l'equivalente ove il prezzo o il profitto non sia rinvenibile), automaticamente verrebbe meno «la possibilità futura del ripetersi di una attività punibile» venendo troncate, alla radice, «l'idea e l'attrattiva del reato». Ad opposta conclusione si perviene, ove, invece, si ritenga che la confisca di cui all'art. 322 ter c.p. sia una mera sanzione patrimoniale con funzione, da una parte, di prevenzione e di strumento strategico di politica criminale, inteso a contrastare fenomeni sistemici di criminalità economica e di criminalità organizzata e, dall'altra, di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti. In tale ottica, è consequenziale ritenere che, quale effetto sanzionatorio del reato, essa può interessare ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del prezzo o profitto accertato, salvo ovviamente l'eventuale riparto del relativo onere nei rapporti interni tra i vari concorrenti, che, però, in quanto fatto interno tra concorrenti, non può ovviamente interessare l'ottica penale».

[54] Cass. pen., Sez. 2, 6 novembre 2008, n. 45589; Cass. pen., Sez. 2, 20 settembre 2007, n. 38599.

tore del reato, né alla gravità della condotta»⁵⁵.

L'affermazione potrebbe essere corretta laddove la confisca per equivalente si riferisca al bene di valore pari al profitto ricavato dal reato dal singolo concorrente, in chiave puramente ripristinatoria.

Nel caso in cui, invece, si ritiene che la confisca sia una pena e come tale vada imposta a qualsiasi concorrente per l'intero importo del profitto, allora è evidente che dovrebbero operare tutti i principi che presiedono alla commisurazione della pena.

Appare, dunque, preferibile l'orientamento inaugurato dalla Corte di cassazione con sentenza n. 4727 del 20 gennaio 2021, secondo cui la confisca per equivalente, «avendo natura sanzionatoria, non può coinvolgere indifferentemente ciascuno dei concorrenti del reato per l'intera entità del profitto accertato, ma deve essere commisurata al grado di partecipazione di ciascun concorrente al profitto, che può essere desunta, in assenza di elementi diversi, anche da criteri sintomatici idonei a corroborare il giudizio di responsabilità, fermo restando che, ove non risulti possibile utilizzare un criterio attendibile di riparto, è legittima la suddivisione dell'importo pro-quota»⁵⁶.

In tale pronuncia la Corte condivisibilmente ritiene che costituirebbe una sanzione sproporzionata la confisca disposta in misura eccedente la concreta entità del profitto, in contrasto con l'art. 7 CEDU e l'art. 1 Prot. n. 1 della CEDU.

La confisca può, infatti, essere considerata legittima ai sensi degli artt. 7 CEDU e 1 Prot. n. 1 CEDU se è fondata su basi legali accessibili e prevedibili e se vi è un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse della collettività e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, che implica sempre un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito⁵⁷.

Se lo scopo che intende raggiungere la confisca per equivalente è quello di ristabilire la situazione economica anteriore al reato o comunque privare il reo del guadagno illecito, potrebbe ritenersi che la 'confisca solidale' non sia proporzionata allo scopo.

[55] Cass. pen., Sez. 2, 18 aprile 2023, n. 22053; Cass. pen., Sez. 6, 10 aprile 2018, n. 26621; Cass. pen., Sez. 3, 19 gennaio 2016, n. 4097.

[56] Cass. pen., Sez. 6, 20 gennaio 2021, n. 4727, Rv. 280596.

[57] Corte EDU, 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia (ric. n. 75909/01).

LA RIFORMA DEL REATO DI ABUSO D'UFFICIO E LE SUE IMPLICAZIONI SU REATI CORRELATI

di Linda PURI, laureata in giurisprudenza, già tirocinante in Corte di cassazione

Sommario

1. Introduzione
2. La storia del reato
3. Definizione di “abuso d'ufficio”
4. Analisi della riforma: sostenitori e critici
5. Relazioni con i reati correlati
6. Analisi conclusiva

1. INTRODUZIONE

L'abuso d'ufficio è un concetto centrale nell'ambito di molti sistemi penali europei attesa l'importanza che riveste per proteggere l'integrità e l'efficienza delle istituzioni pubbliche nonché per la salvaguardia dei diritti dei cittadini e della legalità nello svolgimento degli affari pubblici.

Generalmente il termine “abuso d'ufficio” denota una serie di comportamenti scorretti commessi da individui che detengono una carica pubblica o che operano all'interno di un contesto governativo. Tali comportamenti possono includere, ma non sono limitati a, decisioni arbitrarie, favoritismi, discriminazioni, abusi di autorità e utilizzo improprio delle risorse pubbliche per fini personali o illeciti. In sostanza, l'abuso d'ufficio si manifesta quando un pubblico ufficiale viola i suoi doveri e responsabilità, danneggiando l'interesse pubblico o terzi. La definizione e la sanzione dell'abuso d'ufficio variano da Paese a Paese, ma si basano su violazioni del dovere d'ufficio, l'intenzionalità e i danni causati. La sua complessità può portare a sfide interpretative e dispute legali, specialmente nella determinazione di comportamenti abusivi.

Combattere l'abuso d'ufficio è prioritario per promuovere trasparenza, responsabilità e legalità nel settore pubblico, evitando la corruzione e l'inefficienza che danneggiano la società. Ciò richiede misure legislative adeguate e un'applicazione giudiziaria indipendente.

In particolare, in Italia, il reato di abuso d'ufficio è disciplinato dall'articolo 323 del codice penale, il quale fornisce una cornice normativa per l'individuazione dei presupposti che ne determinano l'applicabilità e stabilisce le relative sanzioni penali.

L'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. è il risultato di un lungo e complesso processo legislativo, che ha subito numerosi emendamenti nel corso degli anni, a tutt'oggi ancora non esaurito.

Invero, il recente disegno di legge n. 808/2023 con cui l'attuale Esecutivo ha proposto l'abolizione dello stesso art. 323 c.p., ha suscitato un interesse accademico e giuridico considerevole, poiché si tratta di una

proposta di riforma che potrebbe avere un impatto significativo sul sistema giuridico italiano e sulla tutela dell'interesse pubblico.

Pertanto, il presente contributo si propone di analizzare la riforma della disciplina dell'abuso d'ufficio. A tal fine, si procederà con un inquadramento del reato, sia da un punto di vista tecnico-giuridico che socio-culturale, per comprendere le motivazioni che hanno portato alla scelta politico-criminale di abolire questa fattispecie criminosa dall'ordinamento italiano.

Successivamente, il focus del contributo si sposterà sulle relazioni del reato di abuso d'ufficio con altri reati correlati. Questo include un'analisi delle eventuali conseguenze che potrebbero derivare dall'accoglimento definitivo della riforma proposta, esaminando il possibile impatto su altre fattispecie di reato dell'abolizione del reato di abuso d'ufficio.

2. LA STORIA DEL REATO¹

Il reato di abuso d'ufficio, introdotto nel panorama giuridico italiano con il Codice Penale del 1930, ha rappresentato, da subito, un parametro di controllo della condotta degli amministratori durante l'adempimento dei loro doveri.

Nel testo originario del Codice Penale del 1930, l'abuso d'ufficio era disciplinato all'articolo 314, il quale puniva il pubblico ufficiale che, nell'esercizio delle sue funzioni, compiva atti contrari ai doveri d'ufficio, arrecando un danno ingiusto alla pubblica amministrazione o a terzi. Questo articolo forniva una prima definizione del reato di abuso d'ufficio e stabiliva le relative sanzioni penali, delineando i contorni iniziali di questa figura giuridica. Nella sostanza si trattava di una fattispecie sussidiaria alla quale si faceva ricorso quando il fatto non integrasse un diverso reato. Si descriveva in termini di "abuso innominato" proprio perché la sua indeterminatezza costituiva il suo tratto distintivo e il suo fondamento.

Tra i principali problemi sollevati dalla norma, uno dei più frequenti è stato il deficit di specificità e determinatezza, il quale non può essere corretto mediante interpretazione, suscitando quindi dubbi sulla compatibilità con l'articolo 25 co. 2 della Costituzione. La Corte Costituzionale, investita della questione, si pronunciò a favore della manifesta infondatezza².

La riforma del 1990, avvenuta con legge del 26 aprile 1990 n. 86, ha segnato un momento di profonda trasformazione nell'assetto normativo del reato di abuso d'ufficio. La disposizione è stata resa sussidiaria solo rispetto a reati sanzionati con maggiore severità, creando così un quadro normativo più preciso e mirato nella sua applicazione. Inoltre, la riforma del 1990 ha ampliato il raggio d'azione della norma includendo gli incaricati di pubblico servizio come soggetti attivi del reato, allineandosi ad altre disposizioni penali e consolidando il principio di responsabilità degli agenti pubblici nel loro agire istituzionale.

[1] Per una più esaustiva ricostruzione storica si veda B. Romano (a cura di) *Il nuovo abuso d'ufficio*, Pacini Editore S.r.l., 2021

[2] Corte Cost., 19 febbraio 1965, n.7, la sentenza è stata pubblicata anche in *Giur. cost.* 1965, p. 50.

Nonostante tali cambiamenti, la struttura fondamentale dell'abuso d'ufficio è rimasta sostanzialmente invariata, mantenendo ferma la sua natura di reato di mera condotta con dolo specifico. Di conseguenza, per poter qualificare una condotta in termini di abuso d'ufficio era necessario dimostrare l'intenzione dell'agente di raggiungere un risultato ingiusto e quindi la finalizzazione della sua attività alla realizzazione dell'evento. In tal modo si garantiva continuità con la normativa precedente.

A partire dal 1997, con la legge n. 234 del 16 luglio, si è verificata una significativa trasformazione nel trattamento normativo dell'abuso d'ufficio. La locuzione "abuso d'ufficio" è stata eliminata dal testo della disposizione e sostituita da una descrizione più dettagliata dei requisiti del reato. Questo cambiamento è stato fatto per fronteggiare le lacune emerse con la riforma del 1990, che aveva ampliato il campo di applicazione del reato, concentrando l'attenzione sulle motivazioni personali del soggetto. La riforma del 1997 ha introdotto meccanismi selettivi per circoscrivere l'abuso d'ufficio, concentrandosi sulla violazione delle norme di legge o di regolamento e sull'omissione del dovere di astenersi in caso di conflitto di interessi.

Questa evoluzione ha spostato l'attenzione dalla generica esercitazione di potere all'effettiva violazione di doveri specifici, enfatizzando la trasgressione delle disposizioni legali o regolamentari che disciplinano l'azione dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio. Il reato di abuso d'ufficio da un reato di tipo "formale" è passato a uno di tipo "materiale" o di "evento", per cui è richiesta un'attenzione maggiore all'effettiva manifestazione di un evento lesivo e agli effetti che questo comporta nell'ambito dell'amministrazione pubblica.

L'intenzione del legislatore era volta a restringere l'ambito di incriminazione, mantenendosi in linea con gli orientamenti della politica criminale, e a limitare l'intervento del giudice penale sulle decisioni discrezionali della Pubblica Amministrazione. Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ridusse la portata rivoluzionaria che aveva mosso l'intervento legislativo, riconoscendo che il requisito della violazione di norme di legge può essere integrato «dall'inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della P.A., per la parte in cui riguarda l'attività dei pubblici funzionari, poiché esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi³» nonché nell'inosservanza dell'art. 97 Cost. nella parte immediatamente precettiva che impone ad ogni pubblico funzionario,

nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni.⁴

È il 2012⁵ quando aumenta la durata della sanzione per chi commette abuso d'ufficio: i termini minimi di pena sono stati incrementati da sei mesi a un anno, mentre quelli massimi sono stati estesi da tre a quattro anni.

[3] Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 25162; Sez. II, 10 giugno 2008; Sez. VI, 17 febbraio 2011, n. 27453

[4] Cass. Sez. VI, n. 41215 del 14 giugno 2012

[5] Art. 1, comma 75, lett. p), della Legge 6 novembre 2012, n. 190

L'obiettivo principale delle riforme legislative sul reato di abuso d'ufficio è stato quello di definire in modo più preciso i suoi elementi costitutivi. Le interpretazioni ambigue e l'interferenza ingiustificata del potere giudiziario, in parte causate dalla formulazione precedente della norma, hanno generato divergenze interpretative e discrezionalità nell'applicazione della legge. Le riforme successive si sono concentrate nel colmare queste lacune normative e garantire una maggiore certezza del diritto, proteggendo gli interessi pubblici e promuovendo i principi di legalità e correttezza nell'amministrazione. E' questo infatti il proposito che ha spinto il Legislatore ad intervenire, di nuovo, sull'art. 323 c.p. L'art. 23, comma 1, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv., con modif., in l. 11 settembre 2020, n. 120, in vigore dal 17 luglio 2020 e attualmente vigente, ha introdotto la corrente formulazione dell'art 323 c.p.: *«Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità»*, sostituendo al comma 1 la precedente espressione *«norme di legge o di regolamento»* con *«specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»*, circoscrivendo in tal modo l'ambito oggettivo di applicazione della fattispecie.

3. DEFINIZIONE DI “ABUSO D’UFFICIO” OGGI

Come visto, l'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. si deve alla riforma del 2020 il cui intento è stato quello di limitare l'applicazione della fattispecie di abuso d'ufficio, ponendo l'accento sull'esercizio del potere discrezionale come elemento determinante cioè quale confine oltre il quale non si configura un abuso di potere.⁶ La riforma, attraverso il conferimento di una maggiore precisione alla normativa, ha tentato di contrastare il fenomeno noto come *“burocrazia difensiva”* (vedi *infra*, cap. 4), il quale si contrappone agli obiettivi di ripresa economica del Paese imposti dagli standard europei, atteso il blocco prolungato imposto per far fronte alla pandemia. Un intervento volto esplicitamente a limitare l'ambito di rilevanza penale, in contrasto con le tendenze delle riforme degli ultimi dieci anni riguardanti i reati contro la Pubblica Amministrazione, in particolare quelle della legge *“spazzacorrotti”*⁷. Obiettivo che non è stato comunque pienamente raggiunto poiché la condotta lascia spazio ad ampie interpretazioni nonché a dibattiti sotto diversi punti di vista, primo tra tutti l'individuazione del bene giuridico tutelato.

[6] In termini, A. ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in www.sistemapenale.it, 1° aprile 2021.

[7] L. 9 gennaio 2019, n. 3 che ha previsto una serie di misure, tra cui l'innalzamento delle pene per i reati di corruzione per l'esercizio della funzione e di appropriazione indebita, per potenziare l'attività di accertamento e repressione dei delitti contro la pubblica amministrazione.

Invero, si può genericamente identificare il bene giuridico tutelato dalla norma in esame nel buon andamento e nell'imparzialità della pubblica amministrazione, laddove il primo presuppone che le attività pubbliche siano svolte in modo tale da garantire il soddisfacimento degli interessi pubblici e dei diritti dei cittadini nel rispetto delle norme di legge e dei principi di equità e giustizia⁸ mentre la seconda implica che l'amministrazione debba agire in modo neutrale e senza favoritismi, trattando tutti i cittadini in maniera equa e imparziale, indipendentemente dal loro status sociale, politico o economico⁹.

Allo stesso tempo l'art. 323 c.p. tutela l'interesse del privato a non essere turbato in diritti costituzionalmente garantiti, affiancando così al bene giuridico pubblico altri beni giuridici a titolarità privata.¹⁰ Questo ultimo profilo è stato recentemente accolto, in particolare dalla giurisprudenza affinché si possa considerare il singolo cittadino come persona offesa dal reato, non solo come individuo danneggiato, con tutte le implicazioni, specialmente in ambito processuale, che tale qualifica comporta¹¹.

Al contrario, la dottrina¹² si è manifestata in opposizione all'impiego della categoria della pluri-offensività, in quanto si ritiene che tale concetto non si concili adeguatamente con il principio di determinatezza della fattispecie. Infatti, si sostiene che il danno causato al privato assume rilevanza solo in via indiretta, essendo una conseguenza di un comportamento che danneggia prevalentemente gli interessi tradizionali della pubblica amministrazione¹³.

In base alla nuova formulazione, il reato di abuso d'ufficio sembra configurarsi solo quando l'agente pubblico viola specifiche regole di condotta definite da norme di legge o atti aventi forza di legge, senza avere spazi di discrezionalità. Questa modifica normativa supporta l'obiettivo della riforma di limitare l'abuso all'omissione di un dovere senza discrezionalità. Di conseguenza, il sindacato sulla discrezionalità dell'amministrazione pubblica è escluso dall'ambito del reato, mentre la giurisdizione del giudice penale è limitata ai casi di attività vincolata. In merito alla revisione della normativa riguardante le condotte caratterizzate da margini di discrezionalità, risulta evidente la rarità delle situazioni in cui un pubblico ufficiale o un incaricato di pub-

[8] A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 205 ss.

[9] A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, cit.

[10] Cass., Sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 5746; Sez. VI, 10 aprile 2008, n. 17642; Sez. VI, 29 marzo 2012, n. 13179 del 29/03/2012.

[11] Il soggetto passivo del reato, o vittima, è il detentore del diritto tutelato dalla legge penale, che riceve un'aggressione a causa dell'atto criminale dell'autore, manifestatasi tramite una lesione o un pericolo. Questo ruolo deve essere nettamente separato da quello del danneggiato, individuo che subisce un danno risarcibile a causa del reato e che ha il diritto di presentarsi come parte civile durante il procedimento penale. La vittima ha accesso a specifici diritti e prerogative processuali, non disponibili al danneggiato, mettendo in evidenza l'importanza di distinguere tra chi subisce direttamente il danno del reato e chi è il legittimo titolare dell'interesse violato dall'azione illegale.

[12] M. CATENACCI, *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.*, in ID. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, 5 ss.

[13] M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, in ID. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, 131 ss.

blico servizio non disponga, anche se in minima parte, di un certo grado di discrezionalità nell'ambito delle proprie funzioni¹⁴. Se da un lato la recente modifica mirava a limitare il suo ambito per garantire determinatezza e precisione, dall'altro ha reso più complesso identificare le condotte rientranti in essa, sollevando sfide probatorie nell'accertamento del grado di discrezionalità del soggetto agente. Tuttavia, come verrà discusso nei paragrafi successivi, l'interpretazione operata è stata meno restrittiva, vanificando l'intento originario del legislatore.

Prima di considerare l'abolizione del reato di abuso d'ufficio e l'applicazione delle leggi penali nel tempo, è importante condurre tre verifiche per accertare se il fatto perda effettivamente rilevanza penale. Queste verifiche considerano la possibilità di modificare l'imputazione o riqualificare il fatto, a seconda della fase procedimentale. La perdita di rilevanza penale avviene solo se, a seguito della modifica normativa, il fatto non può essere ricondotto a un'altra fattispecie diventata applicabile.

La prima verifica riguarda la riconducibilità del fatto alla nuova ipotesi di abuso d'ufficio penalmente rilevante. Se la violazione è attribuibile a una fonte normativa primaria e non lascia spazio alla discrezionalità, rimane rilevante penalmente. Soluzione a cui è pervenuta la Corte di Cassazione in una sentenza relativa a un caso di abuso d'ufficio edilizio-urbanistico¹⁵.

In secondo luogo, è necessario valutare se l'omessa astensione si è verificata in situazioni di interesse personale o familiare, o in altre circostanze specifiche previste dalla legge. Se il fatto è stato precedentemente considerato come omessa astensione prima della riforma, non ci sono dubbi poiché non c'è stata una successione di leggi penali. Tuttavia, se il fatto è stato originariamente contestato come abuso per violazione di norme di regolamento o di legge non specifiche e discrezionali, occorre determinare se possa essere considerato un caso di omessa astensione, ancora rilevante penalmente.

Infine, la terza verifica riguarda la possibilità che il fatto contestato come abuso possa essere ricondotto a un'altra categoria criminale già prevista dalla legge, divenuta applicabile a seguito della modifica legislativa. Se sì, non si verifica l'*abolitio criminis*, ma si pone il problema dell'individuazione della legge più favorevole¹⁶. Invece, è rimasto invariato l'elemento psicologico del dolo intenzionale, così come la modalità alternativa di condotta meramente omissiva, che consiste nella violazione dell'obbligo di astensione. In questo caso, la fonte normativa della violazione è la norma penale stessa, con il rinvio ad altre fonti normative solo in situazioni diverse dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto¹⁷.

Nonostante le revisioni apportate, sembrerebbe che la norma non abbia raggiunto l'obiettivo di ridurre

[14] M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, in ID. (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, cit.

[15] Cass., sez VI, 17 settembre 2020, n. 31873

[16] In questi termini G.L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in www.sistemapenale.it, 2 dicembre 2020.

[17] G.L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, cit.

l'impatto sul sistema giudiziario atteso il permanente divario¹⁸ tra le iscrizioni nel registro degli indagati e le decisioni di merito. A tal proposito, è opportuno rilevare che la mancanza di condanne per abuso d'ufficio può generare una fallacia logica, ignorando il ruolo deterrente del diritto penale e l'importanza di certi reati nel proteggere beni giuridici cruciali. Ad esempio, le poche condanne per inquinamento ambientale non giustificano l'abolizione del reato. Da altro lato, l'alto numero di archiviazioni non riflette la necessità di filtrare le notizie di reato, poiché ogni Pubblico Ministero è obbligato, pena sanzioni disciplinari, a registrarle, senza averne discrezionalità sul punto.

4. ANALISI DELLA RIFORMA: SOSTENITORI E CRITICI

La proposta di abolizione del reato di abuso d'ufficio è stata formalizzata nel disegno di legge presentato dall'attuale Governo. Il 15 giugno 2023, su proposta del Ministro della Giustizia, Carlo Nordio, il Consiglio dei Ministri ha dato il via libera al disegno di legge n. S. 808, che include, tra le altre disposizioni, la proposta di abrogare l'articolo 323 del codice penale. Tale iniziativa è motivata dal persistente squilibrio, poc'anzi presentato, tra le iscrizioni di notizie di reato e le assoluzioni.

Secondo i sostenitori della riforma, l'eliminazione del reato di abuso non lascerebbe un vuoto normativo poiché il sistema dei reati contro la pubblica amministrazione rimarrebbe completo, e i reati comuni sarebbero sanzionati più severamente se comportassero un abuso di potere o una violazione dei doveri pubblici. Inoltre, il complesso sistema nazionale per contrastare le pratiche amministrative scorrette, che include misure preventive come la creazione di piani organizzativi, l'istituzione di Autorità specializzate, e l'accentuazione della trasparenza, rimarrebbe significativo anche senza il reato di abuso d'ufficio. Vi è inoltre una vasta normativa anti-corrruzione che include piani di prevenzione e vigilanza da parte di un'agenzia indipendente, oltre all'attuazione di una direttiva europea sulla protezione dei whistleblower¹⁹. Questo insieme di misure preventive e repressive garantisce una tutela completa degli interessi pubblici senza sovraccaricare il sistema giudiziario e proteggendo l'azione amministrativa e gli indagati da ricadute negative dovute a iscrizioni per fatti non costituenti reati penali.²⁰

Il 10 gennaio 2024 la maggioranza del Senato ha approvato, in prima lettura, il disegno di legge in questione e ha bocciato tutti gli emendamenti delle opposizioni.

L'idea di abrogare completamente il reato è sostenuta da coloro che, oltre a condividere le motivazioni dei proponenti, notano come nonostante le modifiche apportate, la giurisprudenza continui ad allargare l'ap-

[18] Nel 2021, il numero di iscrizioni nel registro degli indagati per abuso d'ufficio è stato di 4.745, mentre nel 2022 è sceso a 3.938. Tuttavia, nella maggior parte dei casi si sono verificate assoluzioni, con 4.121 archiviazioni su 4.745 nel 2021 e 3.536 su 3.938 nel 2022. - Fonte: relazione del Governo al disegno di legge n. 808

[19] Direttiva europea 2019/1937 recepita nel D.lgs. n. 24 del 10 marzo 2023 definitivamente approvato in Italia da parte del Consiglio dei ministri il 9 marzo 2023.

[20] Dalla Relazione al disegno di legge presentato dal Ministro della giustizia e della difesa n. 808: "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare".

plicazione della norma, andando contro le intenzioni del Legislatore, ricorrendo spesso ad interpretazioni estensive. In tal senso, la Corte di Cassazione ha varie volte ribadito che ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio «sussiste il requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione»²¹.

Queste soluzioni sono state oggetto di critica da parte del giudice delle Leggi che, investito della questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1 del decreto legge 76/2020, ha evidenziato come le intenzioni legislative siano state disattese dalla giurisprudenza che «dopo una fase iniziale di ossequio allo spirito della novella, è virata verso interpretazioni estensive degli elementi di fattispecie, atte a travalicare i rigidi paletti che la novella legislativa aveva inteso fissare e a riaprire ampi scenari di controllo del giudice penale sull'attività amministrativa discrezionale»²².

Il comportamento giurisdizionale ampliando l'interpretazione dell'abuso d'ufficio, ha generato la “*paura della firma*” o “*burocrazia difensiva*”, caratterizzata da eccessiva documentazione, lentezza nelle decisioni, centralizzazione e scarsa flessibilità. Questo fenomeno, causato da molteplici fattori come il timore delle conseguenze legali e la mancanza di incentivi per assumere rischi, limita l'efficienza dell'amministrazione pubblica nell'adattarsi alle esigenze dei cittadini e nel raggiungere gli obiettivi istituzionali.

Tuttavia, l'abolizione totale del reato ha suscitato preoccupazioni significative da parte di coloro che temono un calo dell'etica pubblica e la mancanza di allineamento dell'ordinamento italiano con le normative internazionali sulla lotta alla corruzione e con la recente proposta di direttiva europea del 3 maggio 2023²³.

Quest'ultima, avanzata dalla Commissione europea, aderente all'art. 19²⁴, della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione²⁵, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4 nota come Convenzione di Merida, che si ispira, a sua volta, alla Convenzione interamericana del 1996²⁶, prevede la criminalizzazione dell'abuso d'ufficio.

[21] Cass., Sez. U, 29 settembre 2011, n. 155; Sez. 6, 2 aprile 2015, n. 27816; Sez. 6, 13 aprile 2018, n. 19519

[22] Cort Cost., 25 novembre 2011, n. 8

[23] M. Gambardella, “*La proposta di Direttiva in materia di lotta alla corruzione*” al vaglio del Parlamento: qualche riflessione sui reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze, in *sistemapenale.it*, 27 luglio 2023

[24] Art. 19 Convenzione di Merida: «*Ciascuno Stato Parte esamina l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell'esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per se o per un'altra persona o entità*».

[25] Ratificata in Italia con Legge 3 agosto 2009, n. 116

[26] La *Inter-American Convention Against Corruption (IACAC)* è stata adottata dall'Organizzazione degli Stati Uniti d'America il 29 marzo 1996 ed entrata in vigore il 6 Marzo 1997.

La proposta di direttiva dell'Unione Europea impone agli Stati membri di incriminare una serie di comportamenti che favoriscono pratiche corruttive, come conflitti di interesse non dichiarati e violazioni etiche gravi. L'articolo 11 della proposta, intitolato "abuso di funzioni", richiede agli Stati membri di punire penalmente i pubblici ufficiali che, agendo intenzionalmente, compiono o omettono atti in violazione delle leggi per ottenere vantaggi indebiti per sé o per terzi. Ciò implicherà che gli Stati membri debbano introdurre nel loro ordinamento interno il reato di abuso d'ufficio "a vantaggio"²⁷, includendone la sanzione penale. Questo obbligo si estende a comportamenti come favoritismi e utilizzo di interessi privati nel pubblico ufficio, che potrebbero rimanere indifesi in seguito all'abrogazione dell'articolo 323 del codice penale, a meno che non presentino caratteristiche tipiche di corruzione o peculato.

Da un altro punto di vista, secondo alcuni studiosi, l'abolizione del reato di abuso d'ufficio potrebbe esporre la norma a possibili contestazioni di costituzionalità, con potenziali conseguenze negative, sia per contrasto con l'articolo 117 della Costituzione in relazione all'articolo 19 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e aperta alla firma a Merida dal 9 all'11 dicembre dello stesso anno, entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005 e ratificata dall'Italia con la legge n. 116 del 2009, che richiede la penalizzazione di comportamenti abusivi, sia perché lasciando ipotesi di strumentalizzazione della pubblica amministrazione non punite, potrebbe creare delle vere e proprie "zone grigie" nell'ordinamento giuridico²⁸.

Quanto al primo punto, Il Titolo III della Convenzione contro la corruzione impone agli Stati membri di definire penalmente una vasta gamma di atti corruttivi, anche se non già contemplati come reati penali nel diritto interno. Inoltre, specifici atti di corruzione devono essere necessariamente incriminati, mentre altri possono essere soggetti a discrezione nazionale.

L'articolo 19 della Convenzione contro la corruzione si focalizza sull'abuso d'ufficio, esortando gli Stati membri a introdurre disposizioni legislative per criminalizzare gli atti di pubblici ufficiali che abusino delle loro funzioni per ottenere vantaggi indebiti. La Convenzione allarga la definizione di corruzione, includendo comportamenti che ostacolano la giustizia e il riciclaggio di proventi illeciti. Tale approccio riflette l'obiettivo di contrastare la corruzione a ogni livello, inclusa l'attività dell'autorità pubblica per scopi personali o di terzi.

È importante notare che diversi Stati dell'Unione Europea considerano l'abuso d'ufficio un reato. In Francia, l'articolo 432-12 del Code Pénal, che tratta della "*prise illégale d'intérêts*", mira a prevenire conflitti di

[27] L'art. 323 quali eventi sia "l'ingiusto vantaggio" che "l'ingiusto danno": il primo si verifica quando un pubblico ufficiale utilizza la propria posizione o autorità per ottenere un vantaggio personale o per favorire qualcun altro; nel secondo caso invece il pubblico ufficiale agisce in modo scorretto o illecito nell'esercizio delle sue funzioni e, come risultato diretto di questa azione, si verifica un danno per un'altra persona o per l'interesse pubblico. Quindi l'abuso d'ufficio di vantaggio è caratterizzato dal perseguimento di un beneficio personale o per un'altra persona, mentre l'abuso d'ufficio di danno comporta il risultato diretto di un danno per un individuo o per l'interesse pubblico.

[28] Dalla proposta di questione pregiudiziale n. 2, al DDL n. 808

interesse da parte dei funzionari pubblici. Questo reato si verifica quando un funzionario trae un vantaggio personale da un atto ufficiale che è in conflitto con i suoi doveri pubblici, compromettendo così l'integrità dell'azione amministrativa e minando la fiducia del pubblico nell'apparato statale. La legislazione francese mira a garantire la neutralità e l'imparzialità delle decisioni prese dai funzionari pubblici e a proteggere l'interesse pubblico da influenze indebite.

In Spagna, l'articolo 404 del Código Penal punisce la "*prevaricación administrativa*", che si riferisce al comportamento di un funzionario pubblico che agisce in modo arbitrario o illegittimo nell'esercizio delle sue funzioni. Questo reato mira a garantire che i funzionari pubblici rispettino i principi di legalità, imparzialità ed equità nell'amministrazione della giustizia e nell'adozione di provvedimenti amministrativi. La *prevaricación administrativa* è considerata una violazione della fiducia pubblica e può compromettere la credibilità delle istituzioni governative e la fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario.

In Germania, il § 266 "Untreue" (StGB) tratta della "Untreue", che si riferisce all'abuso di fiducia da parte di funzionari pubblici o di altri soggetti che gestiscono denaro o beni per conto di altri. Questo reato è finalizzato a proteggere l'integrità del sistema finanziario e a prevenire comportamenti fraudolenti che danneggiano l'interesse pubblico. Il § 266 Untreue del codice penale tedesco mira a garantire la correttezza e l'onestà nella gestione dei fondi pubblici e privati da parte dei funzionari e degli amministratori, rafforzando così la fiducia del pubblico nel sistema legale ed economico del paese.²⁹

5. RELAZIONI CON I REATI CORRELATI

Una delle critiche più significative all'ipotetica abrogazione del reato di abuso d'ufficio si basa sull'argomento secondo cui questo reato assume una funzione di "*reato-spia*", ovvero sebbene abbia una sua autonomia e un proprio oggetto giuridico, funge anche da indicatore o segnale per altri reati o condotte criminali. In sostanza, il reato spia non è necessariamente collegato direttamente al reato principale che si vuole individuare o reprimere, ma la sua commissione può suggerire la possibilità che siano stati commessi anche altri illeciti. L'articolo 323 c.p., ancorché soggetto a una clausola di sussidiarietà che ne limita l'applicabilità, ha confini intersecanti con altre disposizioni normative, come il peculato, l'omissione di atti d'ufficio e la corruzione. L'abolizione del reato di abuso d'ufficio porterebbe ad un significativo indebolimento del microsistema della corruzione, considerando che questo reato ha un ruolo cruciale all'interno di tale contesto.

Spesso, infatti, costituisce il principale punto di accesso e svolge un ruolo di primo piano nelle manifestazioni più evidenti di corruzione. Se viene eliminata la possibilità di partire da questo punto, si rischia - come affermano i magistrati che operano sul campo contro la criminalità organizzata - di impedire di scoprire anche malaffari molto più ampi che si celano dietro³⁰.

[29] M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulle "ultime" proposte legislative di modifica dei reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite*, in *Giur. Pen. Web*, 2023, 5, p. 6 e s.

[30] Dal fascicolo Iter DDL S. 808

In altri termini, esaminando il rapporto tra abuso d'ufficio e corruzione, quale esempio emblematico della complessa interconnessione tra diversi reati all'interno della pubblica amministrazione, indagare su condotte ascritte alla fattispecie di cui all'art. 323 c.p. consente di rilevare, in modo tempestivo e agevolato, pratiche di corruzione, poiché spesso i comportamenti che configurano l'abuso d'ufficio sono parte integrante di un sistema più ampio di condotte illecite volti a ottenere vantaggi personali o illeciti a scapito dell'interesse pubblico.

Infatti, la sua funzione di "reato-spia" risiede nel fatto che le indagini e i procedimenti giudiziari relativi all'abuso d'ufficio possono rivelare attività illegali più estese e complesse all'interno dell'amministrazione pubblica. Ad esempio, un caso di abuso d'ufficio potrebbe portare alla luce forme di favoritismo, tangenti o malversazioni di denaro pubblico.

Di conseguenza, l'identificazione e il perseguimento di casi di abuso d'ufficio consentono agli investigatori e ai magistrati di avviare indagini più approfondite e mirate sulla corruzione, intervenendo tempestivamente per contrastare tali fenomeni e preservare l'integrità delle istituzioni pubbliche.

6. ANALISI CONCLUSIVA

Molto spesso, la condotta di abuso d'ufficio è associata a comportamenti più gravi e assorbenti, come nel caso del falso ideologico e dell'abuso.

In ambito giurisprudenziale si delineano due orientamenti divergenti riguardo alla potenziale concorrenza tra le due norme, poiché esse tutelano beni giuridici distinti.

Da un lato, si riconosce che i reati di falso ideologico preservano l'integrità e l'autenticità degli atti pubblici, mentre i reati di abuso d'ufficio salvaguardano l'imparzialità e il regolare funzionamento dell'amministrazione³¹. Dall'altro, si discute sull'eventualità di includere l'abuso d'ufficio come ipotesi di reato compreso nel falso ideologico, creando così una sovrapposizione tra le due fattispecie³².

A prevalere è quest'ultimo indirizzo tenendo conto dell'incriminazione prevista nell'art. 323 c.p., per cui il reato di abuso d'ufficio come un'ipotesi residuale.

Tale disposizione indica che, in caso di sovrapposizione con altre norme, l'assorbimento avviene in favore della norma che prevede la sanzione più severa per lo stesso fatto costitutivo di reato.

Si è anche notato che la diversità dei beni giuridici tutelati assume rilevanza solo ai fini di stabilire se applicare o meno il principio di specialità tra le norme, secondo quanto disposto dall'articolo 15 del codice penale.

[31] Cass., Sez. II, 11 dicembre 2013, n. 5546; Sez. V, 1° febbraio 2000 n. 3349 del 01/02/2000; Sez. V, 5 maggio 1998 n. 7581.

[32] Cass., Sez. II, 11 ottobre 2012, n. 1417; Sez. VI, 22 settembre 2009, n. 42577; Sez. V, 9 novembre 2005, n. 45225 del Sez. VI, del 19 maggio 2004, n. 27778.

Inoltre, L'attribuzione del bene giuridico come presupposto per l'operatività della clausola di riserva rischia di compromettere il principio di sussidiarietà, trasformandolo in un principio di specialità.

Le modifiche alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione mirano a limitare le incriminazioni non fondate su un solido substrato di tipicità del fatto.

Secondo un principio di interpretazione legislativa consolidato, la clausola di riserva non può essere limitata ai reati che tutelano lo stesso bene giuridico.

In caso di unico fatto, essa impone l'applicazione del trattamento sanzionatorio più severo, anche se tutela un bene giuridico diverso dalla norma con pena meno severa.

Alla luce di simili conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza di legittimità, è ragionevole affermare che la motivazione per cui l'abuso d'ufficio debba essere mantenuto all'interno dell'ordinamento quale sintomo di altre fattispecie delittuose non trova facilmente accoglimento.

Tuttavia, l'idea di abrogare completamente la normativa in questione appare problematica, considerando anche gli impegni assunti nei confronti della comunità europea e internazionale (vedi *supra* §4).

Piuttosto che procedere con un'abrogazione pura e semplice, potrebbe essere più prudente e produttivo considerare una riformulazione della norma che tenga conto della necessità di proteggere i diritti degli individui e assicurare l'integrità del sistema giudiziario con la necessità di garantire un efficace contrasto della corruzione e degli abusi di potere.

La riformulazione proposta dovrebbe essere orientata a definire chiaramente i criteri per l'applicazione del reato di abuso d'ufficio, evitando che venga utilizzato in modo improprio per condotte che non rientrano nella sua sfera d'applicazione.

Questo richiede una precisa definizione degli elementi costitutivi del reato e dei requisiti che devono essere soddisfatti affinché un comportamento possa configurare un abuso d'ufficio.

LA LEGGE E IL GIUDICE SUL MULO¹

di Luigi CAVALLARO, Consigliere della Corte di Cassazione

“Il giudice e la legge”, recita il titolo della prima sessione di questo convegno al quale ho avuto l’onore di essere chiamato a partecipare. Titolo classico quant’altri mai, che evoca una congerie di domande capitali: che cos’è “la legge” oggi, nell’epoca dell’esplosione delle fonti normative interne e soprattutto sovranazionali? E che rapporto intrattiene (o meglio, deve intrattenere) il giudice con questa molteplicità di fonti del diritto, di cui l’art. 1 prel. c.c. non offre che un elenco ormai spaventosamente monco? L’interpretazione giudiziale è opera di cognizione di un precetto preesistente o piuttosto di creazione del precetto del caso singolo? Per non farvi preoccupare, vi dico subito che non risponderò a nessuna di queste domande. Vi racconterò invece una storia, anzi una favola, che Italo Calvino scrisse quando aveva appena vent’anni e che s’intitola “Il giudice sul mulo”². Se la conoscete già, sono certo che vi divertirete a riascoltarla; se non la conoscete, confido che vi divertirete lo stesso.

In un paese – così comincia la favola – impiccavano un tizio. In quel mentre, arrivò un vecchio su un mulo e la gente si mise a guardarlo. Il vecchio si sedette sotto una grande quercia che stava in mezzo alla piazza e la gente gli chiese: “Chi sei?”.

“Un giudice”, rispose il vecchio.

La gente chiese allora che cos’era un giudice. “Noi lo sappiamo”, dissero gli anziani: “quando le leggi ancora non erano complete, succedeva che venivano i dubbi nel condannare uno o nel dar ragione o torto, e allora c’era quello apposta che decideva delle ragioni e dei torti e delle pene da dare a ognuno.

Quello era il giudice”.

“Bene”, disse la gente, “qui ora il giudice non serve. Qui ora le leggi sono complete, tutto è previsto: non ci sono più dubbi sulla ragione, sul torto, sulle pene. Il giudice non serve”.

“Vabbè”, disse allora il giudice, “io però vi dico che i casi del mondo sono sempre diversi l’uno dall’altro e chiedono leggi nuove ogni momento e ogni uomo”.

“Questa è anarchia”, disse la gente che era intorno.

“No che non è”, disse il vecchio: “perché vera giustizia è ascoltare le doglianze degli uomini e, a seconda dei

[1] Testo rivisto dell’intervento tenuto alla tavola rotonda “Il giudice e la legge”, organizzata nell’ambito del convegno nazionale di Magistratura Indipendente “Le sfide della giurisdizione: i magistrati, la legge e la politica” (Venezia, 10-11 novembre 2023).

[2] Cfr. Italo Calvino, *Il giudice sul mulo*, ora in Id., *Un dio sul pero. Racconti e apologhi degli anni Quaranta*, a cura di B. Falchetto, Milano, Mondadori, 2023, p. 166 ss. Il testo è riprodotto di seguito, con minime modifiche.

casi, giudicare; e per ciascuno dire diversa sentenza, ma con animo uguale e rettitudine. Queste sono le virtù del saggio”.

La gente chiese allora cosa volesse dire “saggio”, ma neanche gli anziani lo ricordavano. Sennonché, essendo la gente sempre curiosa del nuovo e avendo molti in dispetto le leggi scritte, avvenne che si disse al vecchio: “Proviamo cosa sai fare”.

Il vecchio diede ordine che togliessero il basto al mulo e, indicando l’uomo che stavano impiccando, disse: “Cominciamo da quello”.

“Ma quello” disse la gente “se lo impiccano è perché dev’essere impiccato”.

“Vediamo”, disse il giudice, “conducetelo a me”. Così il condannato gli fu condotto e il giudice gli chiese cosa avesse fatto.

“Ha fatto che ha ammazzato sua moglie con un colpo di scure in testa”, dissero gli altri, ma il vecchio rispose: “Bisogna vedere le circostanze”.

“Le circostanze sono previste dai codici”, risposero gli altri e ci fu chi citò dei numeri. “Nei codici c’è tutto”, continuarono: “Dei secoli ci sono voluti per farli, ma adesso sono completi. Ci sono tutti i casi che possono succedere: per esempio, se uno ammazza sua moglie con un colpo di scure in testa. Lì ci sono tutti i casi, le aggravanti, le attenuanti e tutte le combinazioni possibili delle aggravanti e delle attenuanti. Poi, in fondo a ognuna, c’è scritta la pena. Per un caso come il suo c’è scritto: sia impiccato. Dei secoli ci sono voluti per farli!”

“Vediamo”, disse il giudice. Interrogò l’imputato, vide che aveva ragione e lo mandò assolto.

Rimasero tutti stupefatti, senza sapere che dire. Avevano impiegato dei secoli a fare delle leggi che fossero complete e adesso, che capitava un caso che combinava così bene con le leggi, ecco che veniva fuori un tizio su un mulo a dire che tutto era sbagliato.

Nello stupore generale, ci fu uno che pensò di trarre la cosa a suo vantaggio. Andò a casa, prese la scure e ammazzò la moglie. Poi andò a costituirsi e, quando le guardie lo portarono davanti al giudice, gli disse che le cose erano andate esattamente come quello di prima.

“Allora”, disse il vecchio, “vuol dire che questo lo impicchiamo”.

Il reo confessò ci rimase male. “Ma come, ho sbagliato i calcoli? Eppure ho fatto esattamente come quell’altro!” E ripeté tutto al giudice, insistendo che era proprio tutto uguale. Ma sembrava che più quello aggiungeva particolari, più il giudice s’ostinava a condannarlo. “È lì, il brutto”, diceva: “Mai capitate due cose senza niente di differente. Così, se lui aveva ragione, vuol dire che tu hai torto e sarai impiccato”.

La gente non era convinta. “Va bene, lo impicchiamo”, dissero, “però qui succedono dei pasticci. Vogliamo vederci chiaro”.

E così lo impiccarono e poi tornarono dal vecchio: “Che cosa è questa storia”, chiesero, “che uno ammazza la moglie e una volta è innocente e una volta è colpevole? Qui uno non sa più come deve comportarsi!”

“Capirselo da sé, deve”, rispose il vecchio, “se no le leggi scritte non contano”.

“Capire che cosa?”, chiese la gente. Ma nemmeno gli anziani si ricordavano che ci fosse da capire qualcosa

al di fuori delle leggi scritte.

“Qui succedono dei pasticci”, dissero tutti finalmente, “noi non ce ne capiamo”. E rimisero il basto al mulo. Il vecchio salutò tutti, risalì sul mulo e se ne andò, dicono, verso la Mecca. Ma in quel paese, che lo volesse o no, s'erano accorti che qualcosa non andava. Per rimediare, cominciarono a fare leggi contro i giudici.

Fin qui la favola di Calvino: che aveva appunto vent'anni, quando la scrisse, ma – come si vede – saggezza e sapienza come se ne avesse avuti molti di più e, insieme, una laurea in giurisprudenza con tesi di teoria generale del diritto e del processo, lui che non studiò mai diritto.

Ed è su questa favola che vorrei riflettere con voi per qualche minuto. Fin da quando la lessi per la prima volta, tanti anni fa, mi son fatto persuaso che Calvino volesse irridere l'antica pretesa illuministica di ingabbiare la realtà nei codici, che era tornata prepotentemente in auge durante il ventennio fascista; e che, di conseguenza, avrebbe salutato con favore la *nouvelle vague* postmoderna, che vuole il giudice garante della tutela dei cosiddetti “diritti fondamentali” e gli affida all'uopo il compito di bilanciare valori e principi desunti dalla Costituzione e dalle altre carte dei diritti sovranazionali secondo l'*id quod aequum et bonum videbitur*, liberando così il suo giudizio dal rigido e algido dettato della fattispecie legale e rimettendolo, piuttosto, alla valutazione della “comunità interpretante” degli altri giudici, del foro, degli accademici.

Ma anche ammettendo che questa sia stata l'*intentio auctoris* che ha ispirato la favola (Calvino, notoriamente, rimase sempre un anarchico e un libertario), una lettura che privilegi l'*intentio operis* evidenzia nitidamente che un approccio del genere soffre di numerose criticità³.

Anzitutto, balza evidente l'imprevedibilità della decisione giudiziale. “Che abbia sbagliato i calcoli?”, si chiede incredulo il reo confesso quando il giudice lo condanna all'impiccagione: e ha ragione, perché questa intrinseca “incalcolabilità” di una decisione giurisdizionale fondata su principi e valori non è che l'altra faccia dell'incontrollabile soggettivismo del giudice nel bilanciare e ponderare gli interessi in conflitto secondo le proprie personali scelte di valore. Natalino Irti e Massimo Luciani insistono da tempo su questo punto: e non posso che rimandarvi alle loro pagine⁴.

In secondo luogo, e in stretta correlazione, emerge l'ineffabilità di una decisione del genere. Calvino ce la restituisce plasticamente attraverso due verdetti che appaiono del tutto privi di motivazione; ma che l'ineffabilità sia propria di qualunque decisione che pretenda di fondarsi su principi e valori lo vediamo chiaramente in quelle sentenze, sia di merito che di legittimità, che espressamente si propongono di suffragare la plausibilità di una soluzione per la quale non si trova appiglio in una norma di legge: sono sentenze lunghissime, in cui la sovrabbondanza di riferimenti costituzionali o tratti da fonti sovranazionali si accompagna a concettualiz-

[3] Sulla differenza tra *intentio auctoris* e *intentio operis* abbiamo tenuto presente Umberto Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, La nave di Teseo, 2016, spec. p. 36 ss.

[4] V. almeno Natalino Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016; Massimo Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023.

zazioni verbose e, soprattutto, ad un profluvio di citazioni di precedenti di alte corti, in una mescolanza così confusa che il lettore, dopo essersi inutilmente affaticato a cercare il filo conduttore, arriva alla trentesima o cinquantesima pagina così sfinito da essere disposto a credere a qualunque cosa. “Il mistero rende la cosa ineffabile”, diceva Tommaseo nel suo *Dizionario dei sinonimi della lingua italiana*⁵: e la *ratio decidendi* di sentenze di questo genere rimane in effetti misteriosa al lettore, che può solo accettarla perché *ipse dixit*. Non è un caso che, una volta rimosso dal suo incarico, il giudice della nostra favola se ne parta per la Mecca, città santa dell’Islam: al contrario, è la conferma che il suo giudizio poggia su una *sapientia* che può essere soltanto oggetto di fede.

Ancora, risalta la sostanziale non impugnabilità di una decisione cosiffatta. Nella favola lo intuimmo dal fatto che l’impiccagione ha luogo immediatamente dopo il verdetto, ma da un punto di vista logico è evidente che una decisione che sia frutto del “sentimento di giustizia” proprio del giudicante può essere riformata soltanto in nome di un diverso sentimento di giustizia, cioè, in ultima analisi, sostituendo un arbitrio ad un altro. L’impugnazione perde così la sua funzione di revisione preordinata ad una migliore approssimazione alla verità del giudizio per diventare puro e brutto esercizio di potere.

E cosa resta della certezza del diritto e del principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge? Nulla, come attestano le domande preoccupate che la gente rivolge al giudice: “Cosa vuol dire quest’affare che uno ammazza la moglie e una volta è innocente e una volta è colpevole? Qui uno non sa più come deve comportarsi!”

Ma è la chiusa del racconto a proporci una riflessione particolarmente attuale. Può sembrare una cattiveria gratuita quel “cominciarono a fare leggi contro i giudici”, ma un breve sguardo retrospettivo ci dice precisamente che, quando i rivoluzionari francesi fondarono lo Stato moderno, lo vollero “stato di diritto” nel senso di porre tutti i *cives* sotto il basto della volontà politica delle assemblee elettive e istituirono il *Tribunal* (che poi divenne *Cour*) *de cassation* precisamente allo scopo di reprimere qualsiasi “ribellione” dei giudici che si fosse tradotta in una *contravention expresse au texte de la loi*.

C’è insomma una precisa istanza democratica a fondamento della soggezione del giudice alla legge: un giudice che decida contro la legge si fa portatore di un’istanza politica avversa o comunque diversa da quella deliberata dalla maggioranza dei cittadini; diventa un potere autocratico che si erge contro il potere democratico. Lo vorremmo dire, in conclusione, con le parole di un fraterno amico di Calvino, Leonardo Sciascia, che non a caso diffidava di noi giudici: il potere di giudicare i propri simili (che non può essere “finalizzato ad altro che non sia, caso per caso, quello della giustizia secondo legge, secondo lo spirito e la lettera della legge: spirito – si vorrebbe – mai disgiunto dalla lettera”) “non può e non deve essere vissuto come potere”, e anzi, per paradossale che possa apparire, “dovrebbe avere radice nella repugnanza a giudicare, nel precetto di

[5] Citiamo dall’edizione napoletana del 1892 (p. 673).

non giudicare; dovrebbe cioè consistere nell'accedere al giudicare come ad una dolorosa necessità, nell'assumere il giudicare come un continuo sacrificarsi all'inquietudine e al dubbio"; e invece, "una parte della magistratura non riesce a *introvertire* il potere che le è assegnato, ad assumerlo come dramma, a dibatterlo ciascuno nella sua coscienza, ma tende piuttosto ad *estrovertirlo*, ad exteriorizzarlo, a darne manifestazioni che sfiorano, o addirittura attuano, l'arbitrio": e quando ciò accade, quando cioè "i giudici godono il proprio potere invece di soffrirlo", allora "la società che a quel potere li ha delegati, inevitabilmente è costretta a giudicarli"⁶.

E a fare le leggi contro i giudici.

[6] Leonardo Sciascia, *La dolorosa necessità del giudicare*, ora in L. Cavallaro e R.G. Conti (a cura di), *Diritto verità giustizia. Omaggio a Leonardo Sciascia*, Bari, Cacucci, 2021, p. 153 s.

L'ANALOGIA, FRA LIBERTÀ DELL'INTERPRETE E RISPETTO DELLE SCELTE DEL LEGISLATORE

di Lorenzo DELLI PRISCOLI, assistente di studio presso la Corte costituzionale

Sommario:

- 1. La sottile e difficile distinzione tra norma eccezionale e norma speciale**
- 2. Il principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* e l'autonomia della politica**
- 3. Il principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* quale limite all'individuazione di un vuoto normativo**
- 4. Vuoto normativo e leggi speciali**
- 5. Interpretazione estensiva e applicazione analogica**
- 6. Certezza del diritto e analogia come ricerca (talvolta esasperata?) della giustizia del caso concreto**

1. LA SOTTILE E DIFFICILE DISTINZIONE TRA NORMA ECCEZIONALE E NORMA SPECIALE

Nella redazione di una sentenza, ma più in generale in un qualsiasi ragionamento giuridico che abbia quale base di partenza un testo di legge, vanno utilizzati con prudenza e piena consapevolezza concetti quali quelli di norma eccezionale, norma speciale, distinzione tra interpretazione estensiva e applicazione in via analogica, perché un loro uso disinvoltamente errato può permettere, magari anche solo inconsapevolmente, di aggirare le norme in tema di interpretazione e di arrivare a conclusioni anche opposte rispetto a quelle cui si giungerebbe senza il loro uso. Un punto fermo è ad esempio infatti che qualificare una certa norma come eccezionale ne impedisce l'applicazione in via analogica¹, consentita invece qualora la si ritenga "semplicemente" speciale. Si tratta di concetti estremamente complessi, delicati e purtroppo inevitabilmente opinabili, che evidentemente necessiterebbero, per poter essere correttamente utilizzati, di una motivazione rigorosa e convincente quanto alla qualificazione di una certa norma come eccezionale o speciale: motivazione non necessariamente lunga, ma lineare, efficace e soprattutto pervasa di una consapevolezza critica di quello che si scrive e si afferma questo senz'altro sì. Non di rado invece purtroppo si leggono sentenze o dissertazioni giuridiche che ricorrono a questi concetti così complessi e delicati mediante affermazioni apodittiche, tralatticce, scarsamente consapevoli, non adeguatamente calate nella specificità del caso concreto e nel più ampio contesto normativo in cui tale caso si inserisce.

Già Emilio Betti si poneva il problema della differenza tra norme eccezionali e speciali, osservando che «*il divieto di analogia è suscettibile di essere criticato per la difficoltà di determinare con precisione il con-*

retto di norma eccezionale»². Secondo Betti, la qualifica di eccezionalità «esprime il difetto di un'adeguata elaborazione e messa in accordo coi principi dell'ordinamento giuridico... la disciplina del caso costituisce un'interruzione della consequenzialità logica e politico legislativa dei principi, una deviazione dalle sue direttive generali, tale da porsi in collisione con essa e da escluderla, una anomalia la cui estensione aprirebbe una più larga breccia nella normalità e aumenterebbe la disarmonia con la logica dei principi e col disegno di razionale coerenza che se ne ricava», avvertendo però che, accanto alle norme eccezionali vi sono quelle speciali dal momento che si assiste ad un processo di «specializzazione e specificazione di principi che obbedisce all'esigenza di adattare alle varie categorie di rapporti la disciplina preesistente, rendendola più confacente alle loro particolarità... si tratta di una disciplina che non è in contrasto coi principi e non li esclude siccome incompatibili, ma li specifica e li differenzia adattandoli: si pensi al diritto commerciale in confronto col civile».

Anche molti anni più tardi, Francesco Gazzoni analogamente ha affermato di dubitare circa la natura eccezionale di alcune norme ritenendo, offrendo una definizione simile a quella di Betti, che «sono senza alcun dubbio eccezionali solo le norme che dettano regole che derogano a principi cardine dell'ordinamento, cosicché la loro estensione aldilà dei limiti fissati dalla legge creerebbe nell'ambito del sistema condizioni di contraddittorietà»³.

Deve del resto ritenersi che la stessa qualifica di eccezionalità di cui all'art. 14 delle preleggi non possa essere considerata valida immutabilmente una volta per tutte, perché alcune norme – si pensi ad esempio a quelle a tutela del consumatore e in genere a tutela della parte debole⁴ - sono state qualificate, a seconda del periodo storico, dapprima come eccezionali, poi come speciali, poi ancora come principi anch'essi, aventi pari dignità rispetto a quelli espressi dal codice civile. Pertanto, se, negli anni novanta, quando iniziarono ad essere emanate le prime norme a tutela del consumatore, tali norme venivano viste e lette dagli interpreti con una certa diffidenza e dunque considerate come aventi carattere eccezionale e come tali insuscettibili di essere applicate in via analogica, oggi (tutto sommato quindi nel giro di pochi anni) la situazione è radicalmente cambiata: le norme a tutela del consumatore costituiscono ormai principi generali e non eccezioni alla regola,

[2] E. BETTI, *Interpretazione della norma e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, 87, che riprende e sviluppa concetti già introdotti da Bobbio (N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, Istituto giuridico della regia Università, 1938, 41).

[3] Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2024, 21° ed., 52, secondo il quale sono così di certo eccezionali le norme dettate per regolamentare determinate situazioni contingenti (in conseguenza, ad esempio, di terremoti o calamità naturali).

[4] Solo per fare degli esempi si pensi alla disciplina del codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005) o a quella sulla subfornitura (d.lgs. n. 192 del 1998).

con la conseguenza che si tratta di norme considerate astrattamente applicabili in via analogica⁵. In effetti, le discipline a tutela del consumatore ha fatto la sua comparsa timidamente e disordinatamente, senza un criterio cronologico razionalmente comprensibile, con leggi settoriali⁶ e soprattutto con disposizioni caratterizzate dalla circostanza di essere portatrici di principi fortemente in contrasto con quelli consacrati da decenni nel codice civile e che affondano le radici nei principi liberali del Code Napoléon. Ma queste norme a tutela del soggetto debole vivono all'interno di un ordinamento giuridico e si evolvono nella loro interpretazione in relazione all'acquisizione di una sempre maggiore consapevolezza dei rapporti con i principi preesistenti dell'ordinamento: pertanto, superato il primo momento di smarrimento in cui le discipline a tutela dei soggetti deboli sono apparse come decisamente “nuove” e come tali percepite come in contrasto con le “vecchie”, successivamente l'interprete ha iniziato a comprendere che non si trattava di contrasto con i principi espressi con il codice civile ma semplicemente di una specificazione e di un adattamento di essi, così come il principio di uguaglianza si declina come obbligo di trattare in maniera uguale situazioni uguali ma anche nel senso che occorre trattare in maniera adeguatamente diversa situazioni diverse⁷.

[5] Cass. 20 gennaio 2020, n. 1082: in tema di vendita di beni di consumo affetti da vizio di conformità, ove la riparazione o la sostituzione risultino, rispettivamente, impossibile ovvero eccessivamente onerosa, va riconosciuto al consumatore, benché non espressamente contemplato dall'art. 130, comma 2, del d.lgs. n. 206 del 2005, ed al fine di garantire al medesimo uno standard di tutela più elevato rispetto a quello realizzato dalla Direttiva n. 44 del 1999, il diritto di agire per il solo risarcimento del danno, quale diritto attribuitogli da altre norme dell'ordinamento, secondo quanto disposto dall'art. 135, comma 2, del medesimo c. cons. Nella specie, la Corte di Cassazione ha cassato la sentenza di merito che, in presenza di una domanda principale volta alla eliminazione dei vizi ed una, subordinata, di carattere esclusivamente risarcitorio, riconosciuta l'esistenza dei vizi lamentati dal consumatore e, al contempo, l'eccessiva onerosità dell'intervento occorrente per la loro eliminazione, aveva circoscritto il risarcimento nei limiti del solo danno non coperto dalla sostituzione eccessivamente onerosa).

[6] La prima legge a tutela del consumatore è – solo apparentemente strano a dirsi perché è una legge a tutela del mercato, i cui protagonisti sono non solo i professionisti (imprenditori e professionisti intellettuali) ma anche i consumatori – la legge antitrust del 10 ottobre 1990 n. 287: si pensi all'art. 3 che vieta l'*abuso di posizione dominante* consistente nell'impedire gli sbocchi o gli accessi al mercato, a danno dei consumatori; l'art. 4 che permette, per un periodo limitato, intese astrattamente anticoncorrenziali che però diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori; l'art. 6 che consente all'Autorità garante della concorrenza di valutare se le operazioni di concentrazione ostacolano in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante, tenendo conto degli interessi dei consumatori intermedi e finali, nonché del progresso tecnico ed economico purché esso sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza. Successivamente, a seguito della direttiva n. 85/577/CE, varata dal Consiglio il 20 dicembre 1985, che introduceva, a favore della parte contrattuale “debole”, il diritto di recedere dal contratto nel termine di 7 giorni, il legislatore interno, con il decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50, ha varato una disciplina in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali con la quale è stata introdotta una forte tutela del consumatore, in particolare attraverso il diritto di recesso.

[7] Si pensi a principi quali: l'obbligo di informare il consumatore a prescindere da un esame circa un suo sforzo diligente in tal senso; il diritto di recesso del consumatore a prescindere da una apposita pattuizione in tal senso; la nullità di protezione invocabile solo dal consumatore e non anche dal professionista in relazione alla nullità assoluta, l'obbligo della forma scritta in relazione al principio della libertà delle forme, l'inversione dell'onere della prova a favore del contraente debole.

2. IL PRINCIPIO *UBI LEX VOLUIT DIXIT, UBI NOLUIT TACUIT* E L'AUTONOMIA DELLA POLITICA

Per offrire un esempio in un altro campo dei rischi e dei paradossi di un uso troppo disinvolto e non sufficientemente consapevole del concetto di norma eccezionale, può ben evidenziarsi che le norme tributarie agevolative vengono spesso qualificate come norme eccezionali, perché in effetti derogano al principio di uguaglianza in senso formale, ossia al principio secondo cui le norme fiscali devono essere uguali per tutti. Tuttavia, tali norme agevolative ben potrebbero anche definirsi speciali, perché conformi al principio secondo cui occorre trattare in maniera diseguale situazioni diseguali, ma potrebbero altresì essere considerate né eccezionali né speciali, bensì espressione di un principio generale esplicitamente previsto dall'art. 53 della Costituzione, quello secondo cui tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva: e in effetti spesso tali norme vengono varate all'indomani di una calamità naturale – ad esempio un terremoto - che abbia diminuito fortemente la capacità contributiva dei soggetti agevolati. Quasi sempre però il Legislatore circoscrive con nettezza coloro che potranno avvantaggiarsi dell'agevolazione, individuando solo alcune categorie di soggetti quali destinatari dell'aiuto fiscale e non la generalità dei consociati; in altre ipotesi il confine dei soggetti beneficiari dell'agevolazione viene circoscritto in maniera netta, per categorie di soggetti⁸ ma anche nello spazio (ad esempio solo coloro che risiedevano, al momento del terremoto, in uno dei seguenti Comuni) o nel tempo (ad esempio l'agevolazione riguarda solo una annualità d'imposta nonostante gli effetti negativi del terremoto si facciano sentire anche a distanza di anni). Si tratta di distinzioni inevitabilmente opinabili o meglio delle distinzioni in cui non è semplice (o non è possibile) individuare quella soluzione di continuità che permetterebbe di spiegare con certezza perché il legislatore abbia deciso di concedere in un caso l'agevolazione e in un altro no: ad esempio un certo Comune ha avuto dei danni trascurabilmente più gravi rispetto ad un altro pur non essendo quest'ultimo stato inserito nell'elenco dei Comuni beneficiari dell'agevolazione, mentre il primo sì. La conseguenza di quanto detto sinora è che in queste situazioni di confine ben potrebbe individuarsi la stessa ratio e quindi la possibilità di individuare la stessa ratio dell'agevolazione (ossia, volendo banalizzarlo, la necessità di aiutare dei soggetti con degli sconti fiscali in occasione di una calamità naturale, che inevitabilmente li ha indeboliti economicamente). In questo caso l'analogia non sembra essere lecita – ed ecco un possibile errore dell'interprete che invece voglia cimentarsi con tale strumento - non perché la norma sia realmente eccezionale, ma perché una applicazione in via analogica determinerebbe l'invasione della sfera riservata alla politica, ossia la discrezionalità del legislatore: in tal caso dunque la qualifica di una certa norma agevolativa come eccezionale corri-

[8] Cfr. ad esempio Cass., 16 giugno 2021 n. 17010, secondo cui l'art. 32, comma 2, del d.P.R. n. 601 del 1973 - il quale prevede agevolazioni fiscali per gli atti di trasferimento della proprietà o di concessione del diritto di superficie sulle aree espropriate ed utilizzate dai Comuni per la realizzazione di impianti produttivi, industriali, artigianali, commerciali e turistici - è disposizione di stretta interpretazione non suscettibile di interpretazione analogica; pertanto, i benefici da essa previsti spettano soltanto ai Comuni e non ad enti diversi, come le società di capitali di diritto privato, pur se di proprietà pubblica.

sponderebbe ad un avvertimento all'interprete a non avventurarsi in un uso alternativo del diritto⁹ e a lasciare alla politica gli spazi che gli competono.

Il Legislatore, infatti, deve essere libero di scegliere autonomamente quali categorie aiutare e quali no, nella consapevolezza – che deve essere propria non solo del Parlamento ma anche dell'interprete - della inesorabile e crudele limitatezza delle risorse disponibili e in particolare degli stringenti vincoli economici a cui è sottoposto il nostro Paese dopo la riforma costituzionale varata con legge costituzionale n. 1 del 2012, che ha, fra l'altro, modificato l'art. 81 Cost. introducendo il principio della tendenziale necessità del rispetto del pareggio di bilancio.

Il giudice – e l'interprete in genere – dovrebbe dunque arrestarsi di fronte alle scelte discrezionali della politica, evitando di contrapporre ad una legittima (quando non travalichi nell'irragionevolezza: ad esempio le agevolazioni vengono concesse solo ai residenti nei Comuni meno colpiti dal sisma oppure ai soggetti con i redditi più elevati¹⁰) scelta politica una interpretazione fondata sostanzialmente su un uso alternativo del diritto, che, pur partendo da una di per sé non solo legittima ma anche condivisibile valorizzazione di alcuni principi costituzionali quali il 3 comma 2 (uguaglianza in senso sostanziale), 41 comma 2 (utilità sociale) e

[9] N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Giust. civ.*, 2018, 75; N. Rossi, *Dalla "giurisprudenza alternativa" alle problematiche dell'oggi*, in *Questione giustizia*, 2023, 1, relazione presentata all'Università La Sapienza durante la IV Sessione degli incontri di studio su *L'uso alternativo del diritto. Il convegno catanese cinquant'anni dopo*, Roma, 24 marzo 2023. In tale convegno tenutosi a Catania nel 1973 Magistratura democratica criticava la rigorosa separazione tra diritto e politica supportata dal positivismo giuridico, che predicava la soggezione del diritto e dell'interprete alla volontà politica del legislatore, e dunque una concezione eminentemente burocratica dell'attività giudiziaria. In quel convegno il giudice interprete si liberava di tale subalternità e, insieme, della dimensione meramente burocratica della sua attività, contestando il mito della apoliticità della giurisdizione e del giudice. Si veda anche A. LAMORGESE, *L'interpretazione creativa e il valore del precedente nella giurisdizione ordinaria*, in *Federalismi*, 2018, 3, secondo cui la giurisprudenza tende immancabilmente a produrre nuovo diritto positivo, a consolidarsi in autorità, in ragione del nesso con l'insopprimibile margine di libertà degli interpreti nei riguardi di qualunque corpus normativo, cosicché, se è vero che la lettera del testo è l'imprescindibile punto di partenza nell'interpretare le leggi, sarebbe un errore negare che il testo non è di solito quello di arrivo e che la determinazione finale del significato della legge non è sempre uguale al significato dei vocaboli, delle locuzioni o degli enunciati ivi contenuti, se non altro per l'inevitabile incapacità del linguaggio di prevedere tutti gli scenari possibili in un mondo sempre più complesso e variabile.

[10] Esprime questo principio il brocardo latino «*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*»: cfr. Cass., S.U., 7 ottobre 2019, n. 25021, secondo cui la previsione – contenuta nel D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46 e L. n. 47 del 1985, art. 40 - di un «unico» regime giuridico per ogni tipo di scioglimento di comunione comporta, in applicazione del canone interpretativo «*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*», che lo scioglimento della comunione ereditaria, ove abbia ad oggetto fabbricati abusivi (o parti di essi), deve ritenersi sottoposto al medesimo trattamento giuridico («comminatoria di nullità») previsto per lo scioglimento della comunione ordinaria.

il 53 Cost. (capacità contributiva), ne trascuri altri, quali appunto l'81 Cost.¹¹, e soprattutto invada la sfera riservata al legislatore e che in questo particolare settore si esprime con il noto brocardo latino «*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*» (o, detto con formula ancora più sintetica, «*ubi lex voluit ibi dixit*») principio che si contrappone e costituisce un limite ad una eccessiva disinvoltura nell'individuare dei vuoti normativi, presupposto indefettibile per consentire all'interprete di procedere con l'analogia.

3. IL PRINCIPIO *UBI LEX VOLUIT DIXIT, UBI NOLUIT TACUIT* QUALE LIMITE ALL'INDIVIDUAZIONE DI UN VUOTO NORMATIVO

L'applicazione del principio «*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*», richiamando l'attenzione in merito alla reale esistenza o meno di un vuoto normativo, costituisce parte integrante del bagaglio tecnico dell'interprete che voglia consapevolmente fare uso del procedimento analogico per colmare le effettive lacune dell'ordinamento positivo¹². Per procedere all'applicazione in via analogica di una norma, occorre infatti che vi sia identità di *ratio*, che la norma non abbia carattere eccezionale e che sussista un vuoto normativo¹³. Con

[11] Cfr. Cass. 1° dicembre 2023, n. 33592, in cui la questione trattata era quella della sussistenza di un meccanismo di rivalutazione monetaria riferito all'assegno una tantum previsto dall'art. 2, comma 3, della legge n. 210 del 1992, in favore dei congiunti del soggetto deceduto a seguito di malattia cagionata da emotrasfusione infetta. La Cassazione ha ritenuto che tale rivalutazione non fosse possibile perché la legge non prevede un meccanismo di rivalutazione per tale assegno una tantum e quindi esso non può essere istituito dall'interprete, in considerazione del fatto che si tratta di norma incidente sulla spesa pubblica ed a necessaria copertura finanziaria, cosicché vale il brocardo secondo cui il legislatore *ubi lex voluit, ibi dixit*.

[12] Cfr. in questo senso già N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, Istituto giuridico della regia Università, 1938, 103; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008, 216. Cfr. in giurisprudenza, tra le tante, Cass. 10 maggio 2023, n. 12649, nella quale era in discussione il diritto di un lavoratore nei confronti del datore di lavoro a non prestare lavoro notturno sino a quando avrà a suo carico il genitore disabile ai sensi della legge n. 104 del 1992. Nell'ambito delle limitazioni al lavoro notturno previste per particolari esigenze familiari e assistenziali, il D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66, art. 11, comma 2, lett. c), prevede che non è obbligato a prestare lavoro notturno il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della legge n. 104 del 1992. Secondo la Cassazione, essendo sufficiente, sulla base del solo dato testuale, la condizione di disabilità al fine di fruire del beneficio in parola, la necessità che, invece, il disabile sia stato riconosciuto come in situazione di gravità non può trarre decisivo argomento dalla circostanza che la disposizione preveda che il disabile sia "a carico" del lavoratore, perché l'essere "a carico" nulla di dirimente lascia inferire sul grado di invalidità di cui debba essere affetto la persona con handicap, più o meno grave, ma indica una relazione di assistenza che deve evidentemente sussistere tra lavoratore e disabile; infatti, non può certo negarsi che si possa avere cura e fare carico di una persona che presenti una minorazione che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione, anche quando la stessa non renda necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione. Conclude la Cassazione che a conferma dell'esegesi qui condivisa soccorre il tradizionale canone ermeneutico secondo cui «*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*»: infatti, laddove il legislatore ha inteso subordinare la concessione di un beneficio alla circostanza che sussistesse una situazione di handicap con connotato di gravità, lo ha esplicitamente richiesto, come nel caso dei permessi giornalieri e mensili ovvero dei limiti al trasferimento (cfr. legge n. 104 del 1992, art. 33).

[13] Cfr. così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2024, 21° ed., 51.

riferimento a quest'ultimo punto, afferma la Cassazione che il ricorso all'analogia è consentito dall'art. 12 delle preleggi solo quando manchi nell'ordinamento una specifica norma regolante la concreta fattispecie e si renda, quindi, necessario porre rimedio ad un vuoto normativo altrimenti incolmabile in sede giudiziaria¹⁴. Non sempre però è semplice comprendere se il vuoto normativo effettivamente esista: infatti può ben accadere che il legislatore *volutamente* non abbia disciplinato una certa fattispecie astratta, ad esempio per non accordare la stessa tutela pure riconosciuta a fattispecie (apparentemente) simili. Così ad esempio, in una decisione¹⁵, la Cassazione ha ritenuto che non fosse applicabile in via analogica al rapporto tra amministratori e società – nell'ipotesi di rinuncia all'incarico da parte dell'amministratore – la norma di cui all'art. 1727 c.c., che obbliga il mandatario a risarcire i danni provocati al mandante da una sua rinuncia senza giusta causa al mandato o l'art. 2383 c.c., che obbliga la società che abbia revocato un amministratore senza giusta causa a risarcire il danno subito da quest'ultimo. E' stato infatti stabilito che anche a voler equiparare il rapporto tra società e amministratore al contratto di mandato, l'applicazione delle relative norme per analogia potrebbe avvenire, in base al principio «*ubi lex non dixit non voluit*», solo in assenza di disposizioni dell'ordinamento societario per la fattispecie data, mentre, al contrario, deve rilevarsi che, in materia, vi è una disposizione chiara e completa, ossia l'art. 2385 c.c., che nulla stabilisce in ordine alle ragioni del recesso da parte dell'amministratore della società, laddove la ricorrenza di una giusta causa è prevista nella diversa e nient'affatto speculare ipotesi della revoca dell'amministratore da parte della società. Secondo la Cassazione, il difetto di previsione della giusta causa di recesso dell'amministratore equivale semplicemente ad un difetto di protezione giuridica dell'interesse eventuale della società alla continuità dell'attività gestoria, peraltro facilmente suscettibile di essere soddisfatto con l'immediata sostituzione dell'amministratore dimissionario e la nomina di altro amministratore. Detto "difetto" dà luogo, tutt'al più, ad una cosiddetta lacuna impropria, vale a dire a un vuoto normativo eventualmente inopportuno, o contrario alla coscienza sociale, e perciò (ove effettivamente avvertito come tale) da colmare (solo) attraverso un intervento del legislatore; esso non provoca

[14] Cfr. ad esempio Cass., 6 luglio 2002, n. 9852: nella specie, il ricorrente aveva dedotto la violazione dell'art. 12 delle preleggi, sostenendo l'esistenza di una lacuna normativa in materia di diritto del lavoratore, dipendente da impresa in liquidazione, a conservare la sede di lavoro, ed aveva invocato l'applicazione analogica dell'art. 2103 c.c., ma la Cassazione ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso il diritto del lavoratore, già dipendente da una impresa di assicurazioni posta in liquidazione coatta amministrativa e poi assunto dalla impresa cessionaria del portafoglio di quest'ultima, a conservare la precedente sede di lavoro, precisando che in tale materia non sussiste alcuna lacuna normativa ma solo il difetto della tutela invocata dal lavoratore; analogamente Cass., 8 maggio 1991, n. 5085, *Inform. prev.*, 1991, 968, secondo cui l'ingiustificata assenza del lavoratore, per la quale l'art. 5 della legge n. 638 del 1983 prevede la decadenza del lavoratore medesimo dal diritto al trattamento economico di malattia (in misura intera per i primi dieci giorni e in misura della metà per l'ulteriore periodo successivo ai primi dieci giorni), riguarda esclusivamente la visita domiciliare, non essendo necessario per l'operatività della sanzione che l'assenza si estenda alla successiva visita ambulatoriale, tenuto conto della finalità della norma (limitazione dell'assenteismo) e del principio ermeneutico secondo cui «*ubi lex voluit dixit*».

[15] Cass., 13 agosto 2008, n. 21563.

invece una lacuna in senso proprio, che è come dire una situazione normativa incompleta o incoerente, ossia, ancora, a un caso dubbio che, ai sensi dell'art. 12 preleggi, comma 2, richiede l'interpretazione analogica. In effetti, mentre è evidente che l'assenza di giuridica tutela dell'amministratore della società di capitali sarebbe priva di giustificazione, al contrario nessun grave *vulnus* a principi generali, da evitare attraverso l'applicazione analogica dell'art. 1727 c.c., si prospetta nella norma di cui all'art. 2385 c.c. In definitiva, secondo la Cassazione, che il difetto di previsione della necessità di una giusta causa di rinuncia degli amministratori alla carica equivalga a sua implicita esclusione, apparirebbe evidente dal fatto che l'art. 2385 c.c. già dispone in maniera esauriente¹⁶.

Deve osservarsi che la Cassazione, nel motivare l'impossibilità di un'applicazione in via analogica, cita il noto brocardo latino «*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*», usualmente evocato a proposito dell'interpretazione della legge: se infatti in un disposto normativo non è stata espressamente prevista una fattispecie o non è stato analizzato un determinato aspetto, si deve presupporre che il legislatore non li abbia voluti disciplinare e che pertanto, in difetto di una norma, non si debba procedere ad interpretazioni estensive. Il brocardo richiama perciò l'interprete ad attenersi scrupolosamente al testo della norma, evitando di dedurre conseguenze affrettate dal silenzio del Legislatore. E in effetti la Cassazione, a proposito dell'art. 2385 c.c., parla di "disposizione chiara e completa". E' innegabile però che la distinzione effettuata dalla Cassazione tra lacuna propria (susceptibile di essere colmata attraverso l'analogia) e lacuna impropria (che risponderebbe al principio dell'«*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*») è estremamente opinabile ed evanescente, perché evidenza che, in presenza di una lacuna normativa, due principi opposti sono astrattamente suscettibili di essere applicati: quello del «*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*» e quello dell'analogia.

Proprio in virtù della debolezza di questa argomentazione, la Cassazione avverte la necessità di offrire anche un'altra giustificazione all'impossibilità di procedere con l'analogia: la diversità di *ratio* fra le due situazioni messe a raffronto¹⁷. Si dice infatti nella sentenza che la giusta causa è prevista "nella diversa e nient'affatto speculare ipotesi della revoca dell'amministratore da parte della società". E soprattutto da un lato si afferma che, conseguentemente, non vi è una situazione normativa "incoerente" (ovverosia le ragioni delle due norme sono diverse e dunque non vi è quell'identità di *ratio* indispensabile per procedere all'analogia) e dall'altro si rileva che il difetto di previsione della giusta causa di recesso dell'amministratore equivale semplicemente ad un difetto di protezione giuridica dell'interesse eventuale della società alla continuità dell'attività gestoria, facilmente suscettibile di essere soddisfatto con l'immediata sostituzione dell'amministratore dimissionario e la nomina di altro amministratore (quindi senza necessità di ricorrere all'analogia), mentre l'assenza di

[16] A conclusione di questo ragionamento la Corte di Cassazione afferma il seguente principio di diritto: «*I poteri di rappresentanza dell'amministratore di società di capitale cessano per effetto di un valido atto di rinuncia, senza che si renda a tal fine necessaria, salvo specifico patto, la sussistenza di una giusta causa o l'accettazione di quell'atto da parte dei soci*».

[17] Avviene la stessa cosa anche in Cass., 16 luglio 1984, n. 4149, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1742, sentenza secondo la quale i soggetti destinatari di un certo sgravio contributivo vanno determinati alla stregua della lettera («*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*») e della *ratio* (incentivazione di nuovi investimenti nel Mezzogiorno) della legge.

giuridica tutela dell'amministratore della società di capitali sarebbe priva di giustificazione (evidentemente dovendosi dare un minor peso alle esigenze di continuità della società – rispetto ad un amministratore che comunque ha manifestato la sua volontà di lasciarla - rispetto a quelle dell'amministratore-lavoratore). Appare dunque evidente che l'esame in merito alla diversità o somiglianza della *ratio*, quando non sussistano delle conseguenze finanziarie per lo Stato (come nel caso (dato che tutti hanno agevolazioni fiscali di cui si è detto nel paragrafo precedente) e quindi, in definitiva, per i terzi (dato che, come recita l'art. 53 Cost., tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva)¹⁸, è per certi versi criterio più rigoroso e meno opinabile rispetto alla verifica della sussistenza o meno di un vuoto normativo e dotato di una solida base logica e giuridica nell'art. 12 delle preleggi. Questo perché il criterio dell'«*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*», oltre a non avere un sicuro punto di appoggio normativo se non nel generalissimo principio della separazione dei poteri e della esclusività del potere legislativo in capo al Parlamento, si scontra inevitabilmente con l'impossibilità di ricostruire le intenzioni del Legislatore, non potendosi dire infatti con sicurezza se una determinata fattispecie sia stata o meno *volutamente* regolata dal legislatore. Ad esempio, nel caso affrontato dalla Cassazione poc'anzi ricordato, ben potrebbe essere che il Legislatore abbia negligenemente “dimenticato” di prevedere la fattispecie della rinuncia dell'amministratore priva di giusta causa e che, se invece l'avesse ipotizzata, avrebbe deciso di “sanzionare” l'amministratore obbligandolo al risarcimento del danno. Molto più convincente e soprattutto “meno aleatorio” è invece il ragionamento basato sulla diversità di *ratio* e dunque sulla possibilità, in caso di rinuncia all'incarico da parte dell'amministratore, di nominarne immediatamente un altro. In altri termini, per poter seriamente negare la possibilità di procedere ad un'applicazione analogica in virtù della mancanza di un vuoto normativo, occorre dimostrare non solo l'assenza di esso, ma anche la razionalità, logicità, ragionevolezza¹⁹, coerenza con il sistema dell'assenza del vuoto normativo (in caso anche in ragione della non indifferenza per il bilancio dello Stato dell'analogia), il che però è come dire che non può procedersi all'analogia quando la *ratio* di una fattispecie

[18] Il concetto della tutela dei terzi quale limite all'analogia è presente anche in una sentenza della Cassazione (Cass. 7 agosto 2023, n. 23989), laddove, a proposito del riconoscimento del diritto di prelazione al coltivatore diretto sempre allorché eserciti la sua attività in forma individuale mentre in forma associata solo laddove vi fosse adeguata pubblicità nel registro delle imprese che almeno la metà dei soci rivestissero tale qualifica, si afferma che il legislatore ha inteso coniugare il riconoscimento dello sviluppo della forma societaria in agricoltura con la tutela del terzo acquirente, estendendo sì alla società agricola il diritto di riscatto spettante ai coltivatori diretti del fondo confinante, ma alla condizione che almeno la metà dei soci siano coltivatori diretti e che tale qualifica, proprio a tutela del terzo acquirente, risulti dall'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese di cui all'art. 2188 c.c. Al riguardo si cita il principio «*ubi lex voluit ibi dixit*» ritenendosi che interpretazione non può ritenersi foriera di disparità di trattamento tra il coltivatore diretto laddove eserciti la sua attività quale singolo e laddove invece la eserciti all'interno di una società di persone di cui faccia parte quale socio atteso che il differente trattamento è determinato proprio dall'esercizio in forma societaria dell'attività di coltivatore diretto, che, come tale, impone, a tutela del terzo acquirente e della libera circolazione dei beni, una più immediata e certa conoscenza dell'eventuale qualifica di coltivatore diretto dei soci e, conseguentemente, del diritto di riscatto in capo alla società.

[19] Cfr. peraltro A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, Cedam, 2007, 88, che afferma l'ambiguità semantica e ontologica di tale concetto.

concreta non regolata da una norma non corrisponde a quella di altra fattispecie che invece è disciplinata, ossia ancora in altre parole che l'analogia non è possibile non perché manchi un vuoto normativo, ma perché difetta l'identità di *ratio*²⁰.

4. VUOTO NORMATIVO E LEGGI SPECIALI

Si ritiene allora che chiedere all'interprete che voglia procedere all'analogia la dimostrazione della sussistenza di un vuoto normativo – lo si ripete, purché l'analogia non determini delle conseguenze finanziarie per i terzi – sia non solo superfluo ma addirittura talvolta fuorviante. Si pensi infatti al rapporto fra gli artt. 1455 c.c. (valutazione dell'importanza dell'inadempimento ai fini della risoluzione per i contratti in genere) e 1564 c.c. (valutazione dell'importanza dell'inadempimento ai fini della risoluzione per il contratto di somministrazione)²¹. L'art. 1564 c.c., dettato in materia di somministrazione, stabilisce che «*in caso d'inadempimento di una delle parti relativo a singole prestazioni, l'altra può chiedere la risoluzione del contratto, se l'inadempimento ha una notevole importanza ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti*». L'art. 1455 c.c., dettato nella parte generale dei contratti, prevede invece che «*il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra*». Da un confronto tra le due norme, che disciplinano entrambe la stessa materia (la possibilità di risolvere un contratto per inadempimento), appare infatti evidente che l'art. 1564 c.c. si pone in rapporto di specialità rispetto all'art. 1455 c.c.²², stabilendo, rispetto a quest'ultima norma, che il giudice debba valutare con maggiore rigore la gravità dell'inadempimento²³. L'art. 1564 c.c. prevede infatti che l'inadempimento che attribuisce il diritto a chiedere la risoluzione del contratto debba essere di notevole importanza (e non solo “di non scarsa importanza”) e tale da menomare la fiducia dei contraenti circa l'adempimento delle futu-

[20] Cfr. F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, Il Mulino, 2008, 398.

[21] Cfr. Cass. 4 marzo 2022, n. 7187, secondo cui va evidenziata la intrinseca contraddittorietà del percorso motivazionale seguito dalla Corte d'appello, laddove essa ha erroneamente qualificato il contratto inter partes quale somministrazione, anziché vendita, finendo però poi per valutare la gravità dell'inadempimento col parametro dell'art. 1455 c.c., anziché sotto il profilo dell'importanza dell'inadempimento e della sua incidenza sul futuro assetto del contratto di cui all'art. 1564 c.c., unica norma a tal punto applicabile in deroga proprio all'art. 1455 c.c.; analogamente Cass. 6 luglio 2009, n. 15796, secondo cui se in un contratto di somministrazione la domanda è di risoluzione, si applica la norma di cui all'art. 1564 c.c. - secondo la quale l'inadempimento deve avere una notevole importanza e deve essere tale da menomare la fiducia nei successivi adempimenti - in deroga all'art. 1455 c.c.

[22] Cfr. in questo senso Cass. n. 13533 del 15 ottobre 2000, Cass. 17 marzo 1998, n. 2842 e Cass. 21 luglio 1969 n. 2717.

[23] Cfr. Cass., 9 aprile 1963, n. 905, secondo cui l'art. 1564 invece che alternare rende più onerose rispetto a quella generale dell'art. 1453 in relazione al 1455 le condizioni di esperibilità dell'azione di risoluzione”; in questo senso anche O. CAGNASSO, *Eccezioni dilatorie e risoluzione per inadempimento nel contratto di somministrazione*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 419; G. FERRANDO, *Vizi della cosa, importanza dell'inadempimento e criteri obiettivi di valutazione*, *Temi*, 1975, 38; V. RICCIUTO, *Il recente orientamento della Cassazione sui criteri di valutazione dell'importanza dell'inadempimento*, *Riv. dir. comm.*, 1987, II, 454.

re prestazioni²⁴. Nel caso di un contratto di *franchising*, dovrebbe dunque trovare applicazione l'art. 1455 c.c. (norma valida per tutti i contratti), e non l'art. 1564 c.c., non esistendo un vuoto normativo che possa giustificare il richiamo in via analogica di quest'ultima norma.

Tuttavia la *ratio* che giustifica la disposizione dell'art. 1564 c.c., ovvero sia il fatto che il contratto di somministrazione sia un contratto di durata basato su di un rapporto di fiducia fra le parti, che normalmente implica notevoli investimenti da parte dei contraenti e un forte coinvolgimento di essi - e che come tale esige requisiti più severi per la sua risoluzione per inadempimento - si rinviene anche nel *franchising*, in considerazione dell'integrazione fra affiliante e affiliato che caratterizza questi contratti e che consolida ancora di più il rapporto fiduciario fra le parti, con la conseguenza che, se l'interprete fosse lasciato libero di individuare la norma più adatta al contratto di *franchising*, la scelta più corretta dovrebbe ricadere sull'art. 1564 c.c., e non sul 1455 c.c.

Le incongruenze del criterio del "vuoto normativo" emergono anche facendo riferimento all'art. 2557 c.c. Sarebbe infatti ben sostenibile l'affermazione secondo cui tale norma non potrebbe essere suscettibile di essere applicata in via analogica alla cessione di quote societarie o al recesso del socio per l'inesistenza di un vuoto normativo, avendo il legislatore scientemente deciso di non prevedere il divieto di non concorrenza per queste ultime fattispecie, in ossequio al principio "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*". Eppure, la giurisprudenza, anche nel periodo in cui ha negato l'applicabilità in via analogica della norma, non ha mai addotto questa motivazione; e in effetti il legislatore per dissipare ogni dubbio avrebbe potuto ad esempio stabilire che nel caso di cessione di quote di società, salvo patto contrario, non è posto in capo al cedente alcun obbligo di non concorrenza. Le incertezze giurisprudenziali nell'applicazione del criterio del "vuoto normativo" (sia con riferimento all'*an* della sua applicazione sia quanto al *quomodo*) tradiscono, dunque, la fallacità e la tendenziale superfluità di tale requisito.

[24] Secondo Giannattasio la fiducia consiste per il somministrato nel poter contare sulla regolarità e continuità delle prestazioni, e per il somministrante nell'adempimento della controprestazione, «*si che entrambi possano sicuramente confidare che il rapporto continui a svolgersi*». Pertanto, per quanto riguarda la menomazione della fiducia, "non si tratta di una obiettiva impossibilità delle prestazioni, perchè in astratto è possibile un preciso adempimento delle future scadenze, ma quello che induce a risolvere l'intero rapporto è l'insicurezza che sorge in ordine all'adempimento delle prestazioni ancora da scadere" (cfr. C. GIANNATTASIO, *La somministrazione*, in *Tratt. dir. civ.* a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1974, 218). Nello stesso senso Corrado: «*quando il debitore si renda inadempiente in maniera da far sorgere la fondata convinzione che le inadempienze si ripeteranno nel futuro, si verificano i presupposti dell'azione risolutiva del contratto*» (cfr. R. CORRADO, *La somministrazione*, *Tratt. dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, Torino, 1952, 68). Cfr. anche Cass., 27 dicembre 1948, *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, III, n. 1924, 813, con nota di A. DE MARTINI, *Scarsa importanza dell'inadempimento, rifiuto di pagamento parziale e preclusione dell'inadempimento tardivo*; P. BOERO, *La somministrazione*, *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, XVI, Padova, 1991, 333-334. Può ben essere ipotizzabile un inadempimento di notevole importanza tale da non determinare il venire meno della fiducia nella correttezza dei futuri adempimenti: è il caso, ad esempio, di colui che si rifiuta di pagare un ingente quantitativo di denaro ritenendo, a torto, non dovuto il pagamento, pur essendo perfettamente solvibile e disposto a pagare le successive forniture.

5. INTERPRETAZIONE ESTENSIVA E APPLICAZIONE ANALOGICA

L'art. 12 delle preleggi, nel disporre che *«nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore»*, contiene già l'indicazione di due precisi criteri, pari ordinati: quello della necessità di seguire una interpretazione letterale della norma e quello della necessità di guardare anche oltre, alla *ratio legis*.

Si incontrano e si scontrano evidentemente in questa norma da un lato l'esigenza della certezza del diritto, tanto più avvertita per le norme penali per le quali l'art. 14 prevede espressamente il divieto di analogia, e dall'altro il principio secondo cui occorre trattare in maniera uguale situazioni eguali o comunque assimilabili, che è alla base dell'analogia: quest'ultimo principio, come del resto quello della certezza del diritto, è alla base del principio di uguaglianza.

Ad ogni modo è evidente che, quand'anche una norma sia qualificata come eccezionale o comunque – come quelle penali – insuscettibili di applicazione analogica, una strada per permettere all'interprete di ampliare comunque il campo di azione di tale norma si fonda sulla distinzione tra applicazione analogica ed interpretazione estensiva²⁵.

Questi delicati concetti sono stati evidentemente maneggiati dalla Cassazione penale²⁶ laddove ha deciso che il criterio distintivo tra la meno grave fattispecie di interruzione colposa della gravidanza e quella più grave di omicidio colposo si individua nell'inizio del travaglio (nel caso di specie, a seguito di una condotta colposa di una ostetrica, una donna aveva partorito un feto morto, vivo però fino a pochi minuti prima dall'uscita dal corpo della madre) e, dunque, nel raggiungimento dell'autonomia del feto. In motivazione la Corte di Cassazione, richiamando le sentenze della Corte Costituzionale n. 229 del 2015²⁷ e della Corte Europea dei

[25] Cfr. V. ITALIA, *Considerazioni sulle norme eccezionali e sulla loro interpretazione estensiva*, in *Foro amm.*, 2012, 2637. Secondo questo Autore il problema dell'interpretazione delle leggi eccezionali non è nuovo e si è ripresentato in alcune decisioni della giurisprudenza amministrativa. Da un lato, una decisione del Tar Lazio (Sez. I, del 24 dicembre 2011, n. 10184) ha ritenuto che, se la norma è eccezionale non può *«formare oggetto di letture estensive e/o variamente espansive»*. L'interpretazione di queste norme eccezionali *«doveva essere basata sulla lettera, tassatività, e rigidità»*, e queste norme non potevano perciò essere interpretate estensivamente. Dall'altro lato, il Consiglio di Stato (Sez. IV, nn. 5799 e 5939 del 2011) ha stabilito che le norme eccezionali non possono essere interpretate analogicamente, ma potrebbero essere interpretate estensivamente, perché *«nel caso dell'interpretazione estensiva si estende il significato di un termine o di una locuzione oltre il suo significato letterale più immediato, al fine da ricavare dalla disposizione il contenuto normativo genuino che in essa è presente»*. Si è altresì precisato che: il carattere eccezionale non è tale *«da impedire che l'interprete ricerchi il più genuino e congruo significato normativo scaturente dalla disposizione anche attraverso il significato proprio le parole secondo la connessione di esse e l'intenzione del legislatore»*. Ci si trova di fronte a due valutazioni giurisprudenziali opposte. Il Tar Lazio ritiene che le norme eccezionali non possano essere interpretate estensivamente, mentre il Consiglio di Stato ritiene ciò possibile.

[26] Cass. pen., sez. 4, n. 27539, udienza del 30 gennaio 2019, deposito del 20 giugno 2019.

[27] Secondo tale sentenza della Consulta l'embrione, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico e già la sentenza della stessa Corte n. 151 del 2009, del resto, aveva riconosciuto il fondamento costituzionale della tutela dell'embrione, riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.

diritti dell'uomo Perrillo c. Italia del 27 agosto 2015, ha precisato che deve ritenersi legittima l'inclusione dell'uccisione del feto nell'ambito dell'omicidio in considerazione dell'intervenuto ampliamento della tutela della persona e della nozione di soggetto meritevole di tutela, che dal nascituro e al concepito si è estesa fino all'embrione e che, altresì, tale inclusione non comporta una non consentita analogia in «*malam partem*» bensì una mera interpretazione estensiva, legittima anche in relazione alle norme penali incriminatrici. Può avanzarsi qualche perplessità in merito a questa pur ben motivata decisione della Cassazione, intervenuta a decidere su un caso così delicato e complesso. In effetti, l'interpretazione estensiva si giustifica, nella prospettiva della Corte di legittimità, perché la norma in tema di omicidio colposo è interpretata alla luce dell'intero ordinamento e alla luce della sempre maggiore tutela offerta all'embrione. Tuttavia, la motivazione risulta carente laddove non si confronta con il necessario bilanciamento con il valore della certezza del diritto, pur particolarmente importante in diritto penale tanto da imporre il divieto di analogia e della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo anche in presenza di norme penali incriminatrici che non abbiano carattere eccezionale (perché altrimenti sarebbe bastato che l'art. 14 delle preleggi si limitasse a vietare l'analogia per le sole norme eccezionali, non anche per quelle penali). E' infatti innegabile che l'unica distinzione ragionevole tra omicidio colposo e interruzione colposa della gravidanza può essere effettuata prendendo come spartiacque il momento in cui il feto esce dal corpo della donna (potendosi al più semmai ragionare in termini di interpretazione estensiva solo per l'ipotesi in cui il feto sia uscito solo in parte e proprio in quel momento muoia), mentre la tesi sostenuta dalla Cassazione appare discutibile per un verso perché trascura elementi normativi importanti come l'art. 1 del codice civile secondo cui la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita, per un altro verso perché, permettendo al giudice di punire a titolo di omicidio colposo anche l'omicidio del feto, introduce un elemento di distinzione alquanto opinabile, che permette di ampliare l'area della punibilità penale andando a ritroso potenzialmente fino al momento del concepimento del feto, fino così ad arrivare ad una *interpretatio abrogans* del meno grave reato di interruzione colposa della gravidanza, e per un altro verso ancora perché non tiene conto che l'espansione della tutela giuridica del feto – correttamente messa in luce della Cassazione – si ferma però, secondo la stessa sentenza citata della Corte Costituzionale n. 229 del 2015 – nel momento in cui vengono in gioco interessi di persone effettivamente nate²⁸, e nel caso esaminato dalla Cassazione si tratta di un interesse estremamente rilevante di un soggetto già nato, quello ad essere condannato per un reato meno grave corrispondente all'interpretazione piana e letterale della norma che condanna l'interruzione della gravidanza (che è stata effettivamente interrotta dalla condotta colposa dell'ostetrica, sia pure a pochi minuti dalla nascita).

[28] La sentenza della Consulta ha infatti ritenuto suscettibile di «*affievolimento*» la tutela del feto in caso di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale (come il diritto alla salute della donna) che, in temine di bilanciamento, risultino, in date situazioni, prevalenti.

6. CERTEZZA DEL DIRITTO E ANALOGIA COME RICERCA (TALVOLTA ESASPERATA?) DELLA GIUSTIZIA DEL CASO CONCRETO

La seconda parte dell'art. 12 delle preleggi stabilisce che, se una controversia rimane ancora dubbio pur avendosi riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe, il caso va deciso secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato. Si tratta dell'applicazione dello strumento analogico alla sua massima espansione, il trionfo della ricerca della giustizia della singola fattispecie, andandosi a cercare il principio più corretto alla soluzione del caso concreto anche al di là dello specifico corpo normativo "confinante"; così apparentemente, affidandosi ai "principi generali", "volando più in alto".

L'analogia, intesa come ricerca della giustizia del caso concreto, deve sempre mantenersi in un corretto equilibrio con l'esigenza della certezza del diritto, da intendersi, nel settore civile, come possibilità per gli operatori giuridici di fare affidamento su una ragionevole previsione circa l'esito di una eventuale controversia che li riguardi sulla base della normativa e della consolidata giurisprudenza fino a quel momento esistente²⁹. E' per questo motivo che non convince fino in fondo la celeberrima sentenza della Cassazione in tema di abuso del diritto³⁰ la quale, pur sulla base di un principio astrattamente più che condivisibile – quello del divieto dell'abuso del diritto che a sua volta affonda le sue radici nei più nobili principi costituzionali quali quello di uguaglianza e di solidarietà – ha affermato che l'esistenza, in occasione dell'esercizio di un diritto, di uno sproporzionato e ingiustificato sacrificio della controparte rende possibile che il giudice valuti come illegittimo l'esercizio di un diritto espressamente e pacificamente riconosciuto nel contratto ad una delle parti, derivando oltretutto come conseguenza dell'esercizio di quel diritto l'obbligo del risarcimento del danno nei confronti della controparte contrattuale.

Si ritiene però che la Cassazione trascuri eccessivamente tutti i rischi insiti in una decisione sostanzialmente "a sorpresa"³¹, prestando poca attenzione alla meritevolezza dei motivi della parte che ha esercitato il diritto di recesso (che lo ha fatto per esigenze organizzative e non per fare "un dispetto" alla controparte) e che ha concluso quel contratto che contemplava quella particolare clausola attributiva del diritto di recesso a seguito

[29] Cfr. Cass., S.U., 14 febbraio 2019 n. 4135, in *Foro it.*, 2019, I, 1639, secondo cui l'affidamento qualificato in un consolidato indirizzo interpretativo giurisprudenziale, come tale meritevole di tutela, è riconoscibile in presenza di stabili approdi interpretativi della Cassazione, eventualmente a Sezioni Unite, i quali soltanto assumono il valore di "*communis opinio*" tra gli operatori del diritto, se connotati dai caratteri di costanza e ripetizione, mentre la giurisprudenza di merito non può valere a giustificare il detto affidamento qualificato, atteso che alcune pronunce adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un "diritto vivente".

[30] Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giur. comm.*, 2010, II, 828, con nota critica di L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*.

[31] Cass. 19 luglio 2023, n. 21314, secondo cui l'omessa indicazione alle parti di una questione sulla quale si fondi la decisione priva i soggetti processuali del potere di allegazione e di prova sulla questione decisiva, con conseguente nullità della sentenza (cd. «della terza via» o «a sorpresa») per violazione del diritto di difesa tutte le volte in cui chi se ne dolga prospetti, in concreto, le ragioni che avrebbe potuto far valere qualora il contraddittorio sulla predetta questione fosse stato tempestivamente attivato.

di una trattativa con un soggetto pienamente consapevole delle conseguenze cui si esponeva riconoscendo quel diritto e che dalla sua non può vantare neppure la qualifica di consumatore e la relativa presunzione assoluta di inesperienza a suo favore, presupposto della disciplina di tutela rappresentata dal codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005). Si sente forte in questa sentenza e più in genere nell'istituto dell'abuso del diritto l'illusione circa la possibilità di un riferimento oggettivo al mercato, laddove si pretende che il giudice possa dapprima calcolare il rapporto tra il vantaggio (esiguo) di chi esercita il diritto e quello (cospicuo) di chi subisce l'altrui decisione e poi decidere se sia o meno eccessivo (senza che la Cassazione si sia presa la responsabilità di individuare un rapporto numerico tra vantaggi e svantaggi superato il quale si possa presumere l'abuso, così dovendosi ritenere che si debba procedere caso per caso, facendo riferimento, nel caso concreto, alle condizioni soggettive delle parti del contratto, con inevitabili ulteriori possibilità se non di arbitri, di decisioni opinabili), senza considerare che una simile pretesa, prima che incidere in maniera eccessiva sull'autonomia negoziale dei soggetti, appare prima di tutto in concreto velleitaria, arbitraria e quindi in definitiva irragionevole, ossia in contrasto con il principio di uguaglianza, perché, in definitiva, è come se il giudice si arrogasse il diritto di decidere cosa sia "giusto", superando d'imperio la valutazione delle parti. In effetti, il punto sembra essere quello che il principio del divieto dell'abuso del diritto è astrattamente e indiscutibilmente condivisibile e rispondente al principio di uguaglianza, ma, nella sua applicazione concreta, soffre di tali e tanti inconvenienti, da diventare all'atto pratico del tutto inaffidabile e aleatorio, contribuendo a minare severamente la sicurezza dei traffici giuridici che nell'affidamento e nella prevedibilità delle decisioni trova un pilastro decisivo³².

Se a questo si aggiunge che, sempre ragionando in concreto, il sistema giudiziario italiano è afflitto dall'atavico e insoluto problema delle lungaggini delle decisioni, il principio del divieto dell'abuso del diritto mostra tutti i suoi limiti e un forte sospetto di essere irrimediabilmente irragionevole qualora, come nel caso concreto affrontato dalla Cassazione, si sia fatto uso dello strumento analogico – e per di più nella sua massima espansione, facendo cioè ricorso ai principi generali – pur senza aver dimostrato l'esistenza di un vuoto normativo e quindi il primo e imprescindibile presupposto dell'analogia - e pretendendo di contrapporre e far prevalere un principio generale (quello dell'abuso del diritto) rispetto ad altri principi generali quali quello dell'autonomia contrattuale, dell'affidamento, della certezza del diritto e della ragionevolezza in concreto di un certo ragionamento giuridico.

[32] Cfr. Cass., S.U., 12 ottobre 2022, n. 29862 (in *Giur. it.*, 2023, 483, con nota adesiva di M. VANZETTI, *Le Sezioni Unite ribadiscono l'ammissibilità della domanda autonoma di condanna generica*, secondo cui l'interpretazione consolidata di una norma può essere abbandonata solo in presenza di forti ed apprezzabili ragioni giustificative, indotte dal mutare di fenomeni sociali o del contesto normativo, oppure quando l'interpretazione consolidata risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti", atteso che l'affidabilità, prevedibilità e uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di "giustizia" del processo; ne consegue che, ove siano compatibili con la lettera della legge due diverse interpretazioni, è doveroso preferire quella sulla cui base si sia formata una sufficiente stabilità di applicazione nella giurisprudenza della Corte di cassazione.

Conclusivamente, queste brevi considerazioni si propongono di costituire un monito per il giudice a fare un uso dello strumento dell'analogia attento e consapevole, addivenendo, quale che sia l'esito finale dell'esplorazione di tale procedimento, ad una motivazione che tenga conto di tutti gli interessi e i valori costituzionali in gioco, senza pregiudizi e fuggendo dalla tentazione di valorizzare eccessivamente un interesse – pur di grande rilevanza, come la volontà di trattare in maniera uguale situazioni ritenute sufficientemente simili - ma trascurandone degli altri pur di arrivare ad un risultato che ci si sia già più o meno inconsapevolmente prefissi ancor prima di dedicarsi a tale delicata e complessa attività interpretativa.

LO STATUTO DELLA DIRIGENZA E LE NUOVE IPOTESI DI RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE ALLA LUCE DELL'ART. 107 TERZO COMMA DELLA COSTITUZIONE¹.

di Paolo CORDER, Presidente del Tribunale di Udine

VENEZIA 11 NOVEMBRE 2023

ELOGIO DELL'ART. 107 DELLA COSTITUZIONE.

Nobile. Chiedo di parlare.

Presidente Terracini. Ne ha facoltà.

Nobile. Desidero un chiarimento. L'ultimo comma del nuovo testo Conti stabilisce che i magistrati si distinguono per diversità di funzioni e non di grado.

Ora, ad un profano come me, sembrerebbe che questo significhi che per i magistrati non debbano esservi i gradi come per gli altri funzionari dello Stato. È esatta questa mia interpretazione?

Presidente Terracini. L'onorevole Leone Giovanni ha facoltà di rispondere per la Commissione.

Leone Giovanni. Questa formula esprime questa nostra opinione: che, essendosi creato l'ordine giudiziario, nel seno di questo ordine occorre una gerarchia di funzioni. Così la Corte di cassazione è la competenza più alta rispetto agli organi inferiori di merito; ma in questa gerarchia non devono giocare i gradi come per gli impiegati dello Stato. Non occorre per la Magistratura mantenere quella diversità di gradi che, se non erro, è dovuta al fascismo, cioè la equiparazione ai gradi militari. Occorre cominciare a sgretolare questo sistema di equiparazione di gradi. Occorre soprattutto esprimere questo desiderio e questa aspirazione: che in seno alla Magistratura non si discuta di gerarchia di gradi (non ci sia un grado IX, inferiore all'VIII, rispetto al quale deve mantenere un particolare contegno di obbedienza e di subordinazione), ma che ci siano diversità di funzioni, cioè di attribuzioni di organi, che possono essere maggiori o minori, ma esprimono maggiore o minore ampiezza di giurisdizione, non di grado.

Era il pomeriggio del 26 novembre 1947, l'Assemblea Costituente proseguiva l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo IV della Parte seconda del progetto di Costituzione: «La Magistratura» e approvava, fra gli altri, l'art. 107, terzo comma, che recita «i magistrati si distinguono soltanto per diversità delle funzioni»). L'art. 107 Cost. è uno scrigno prezioso che va gelosamente preservato in quanto contiene in sé alcuni dei

[1] Relazione tenuta in occasione del Convegno Nazionale «Le sfide della giurisdizione: i magistrati, la legge e la politica», seconda sessione dedicata a «L'indipendenza della magistratura, tra riforme in vigore e riforme in fieri, organizzato da M.I. – Venezia, 10 e 11 novembre 2023.

principi decisivi per distinguere una dittatura da una democrazia e forse anche per tenere distinte una democrazia compiuta e una democrazia recitativa come l'ha definita Emilio Gentile nel suo saggio *"Il capo e la folla"*. Accanto al basilare principio della soggezione del giudice solamente alla legge, l'indipendenza del giudice è assicurata anche attraverso il paradigma del terzo comma che prevede la possibilità di distinguere i giudici solamente per funzioni. E, indubbiamente, la completa attuazione del principio in questione è stata realizzata, a conclusione della lunga e controversa stagione dei concorsi interni, con le leggi Breganze e Breganzone. Occorre però chiedersi oggi se è in corso un'erosione progressiva, carsica, surrettizia dell'art. 107, 3° comma, Cost.

In particolare, occorre chiedersi se la legge delega n. 71 del 2022, con norme programmatiche (stiamo attendendo i decreti delegati) e norme immediatamente precettive (es. vigenza quadriennale tabelle o legge elettorale CSM), contribuisca o meno a tale destrutturazione ed erosione del principio di indipendenza.

Sotto osservazione sono le seguenti norme:

Art. 8 sulla distribuzione degli affari e dei ruoli;

Art. 14 sulle modifiche all'art. 37 d.l. n. 98 del 2011, conv. in l. n. 111/2011;

Art. 3 sulle valutazioni di professionalità;

Art. 11 sui nuovi illeciti disciplinari.

Il titolo dell'intervento che mi è stato affidato fa riferimento allo *"statuto del dirigente"*.

Ma, più che di un nuovo statuto del dirigente, perché culturalmente rifiuto l'idea che il dirigente abbia uno *status* diverso da quello del magistrato, tenterò di intercettare e mettere insieme in uno stesso contenitore le nozioni di dirigenza, organizzazione, valutazione di professionalità e disciplinare.

In questa ricerca occorre però avere molto chiaro il fatto che da sempre non è operazione semplice quella che tenta di conciliare i due principi di responsabilità da un lato e di indipendenza dall'altro.

Come è stato autorevolmente osservato, certamente si tratta di principi tra loro non inconciliabili, ma che pongono la necessità nella loro pratica attuazione di definire il tipo di responsabilità disciplinare, cioè quali sono gli illeciti disciplinari, qual è il giudice che giudica sugli stessi, qual è il procedimento che si segue e ancora quali sono i valori che si vogliono perseguire con la responsabilità disciplinare.

Così, ad esempio, sembra certamente da escludere che la finalità possa essere quella di spingere i giudici, pur nell'ambito delle nuove esigenze di prevedibilità e possibile omogeneità delle risposte di giustizia, verso un tipo particolare di interpretazione, conformando ad ogni costo le loro decisioni, anziché quella di applicare una sanzione per aver compiuto o tenuto dei comportamenti sufficientemente descritti e vietati dalla legge e da questa considerati appunto quali illeciti disciplinari.

Parimenti, sembra di doversi escludere che tra le finalità del disciplinare via sia anche quella di spingere i giudici verso una sorta di dittatura dei numeri ovvero verso una deriva aziendalistica dell'organizzazione in funzione ancillare del dato numerico, inevitabilmente a discapito della qualità della risposta giudiziaria.

Lo diamo ormai per scontato e non è a mio avviso un bene.

Perché occorre sempre ribadire che per ricercare il fondamento della legittimazione dell'attività giurisdizio-

nale non debbono essere seguite le regole della responsabilità politica, in quanto l'attività del giudice trova la sua legittimazione nel principio di legalità e non nel principio del consenso popolare. Una legge si rispetta perché è approvata dai rappresentanti del corpo elettorale, i quali pertanto sono responsabili nei confronti dei propri elettori, per le scelte politiche che fanno attraverso l'approvazione delle leggi.

Al contrario una sentenza del giudice non viene rispettata perché è una verità assoluta, né perché è una scelta politica, ma perché esprime il rispetto della legalità, in quanto è pronunciata da un soggetto realmente e apparentemente imparziale, tecnicamente preparato e professionalmente capace. E la legalità è fatta di qualità e quantità assieme, senza che la seconda debba prevalere sulla prima.

Fatta questa premessa, veniamo ai potenziali casi di erosione del principio di indipendenza sotteso al terzo comma dell'art. 107 Cost. insiti nella legge n. 71 del 2020.

DISTRIBUZIONE RUOLI Art. 8

All'ordinamento giudiziario, di cui al [regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12](#), sono apportate le seguenti modificazioni:

b) all'articolo 7-ter, dopo il comma 2 è aggiunto il seguente:

“2-bis. Il dirigente dell'ufficio deve verificare che la distribuzione dei ruoli e dei carichi di lavoro garantisca obiettivi di funzionalità e di efficienza dell'ufficio e assicuri costantemente l'equità tra tutti i magistrati dell'ufficio, delle sezioni e dei collegi”.

Principio indubbiamente condivisibile.

E, del resto, si tratta di una norma forse superflua, in quanto già le norme secondarie del CSM prevedono che il dirigente debba prestare attenzione all'equiparazione dei ruoli, non solo in funzione di una equa distribuzione del lavoro tra i magistrati, ma anche al fine di non esporre l'ufficio a squilibri contrari ad un generale principio di efficienza amministrativa. Nelle Circolari in materia tabellare è addirittura previsto un apposito procedimento per il cd. riequilibrio dei ruoli.

Ma credo sia significativo, nel quadro che andrò a delineare, che il legislatore abbia inteso ribadire il dovere dirigenziale in un'apposita norma che però ha in sé altrettanto significative criticità e incongruenze.

Vorrei attirare l'attenzione sulle nozioni generiche di funzionalità ed efficienza. Vorrei attirare l'attenzione sull'avverbio *“costantemente”*, del tutto impraticabile, pena un inefficiente modello di continuo mutamento del giudice assegnatario.

Se a ciò si aggiunge che l'incremento dei ruoli può avere molteplici, talvolta imprevedibili e difficilmente accertabili cause, si deve concludere che non vi era alcuna necessità di introdurre questa norma-monito, la quale – come primo esempio di una pericolosa deriva aziendalistica – punta tutto sui numeri, sulla quantificazione dei ruoli, a prescindere dalla loro consistenza qualitativa.

E, a mio avviso, la schiavitù, la dittatura dei numeri porta inevitabilmente con sé comparazioni e classifiche tra magistrati. E le comparazioni e le classifiche finiscono per condizionare l'operato del magistrato, per distinguerlo non solamente in base all'ampiezza delle sue funzioni. In fondo, se si vuole classificare, si ricorre

ai numeri perché è largamente più semplice; se si fanno prevalere i numeri, si finisce per dover classificare.

PROGRAMMI DI GESTIONE Art. 14

All'[articolo 37 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 15 luglio 2011, n. 111](#), sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, lettera b), le parole: «tenuto conto dei carichi esigibili di lavoro dei magistrati individuati dai competenti organi di autogoverno,» *sono sostituite dalle seguenti*: «con l'indicazione, per ciascuna sezione o, in mancanza, per ciascun magistrato, dei risultati attesi sulla base dell'accertamento dei dati relativi al quadriennio precedente e di quanto indicato nel programma di cui all'[articolo 4 del decreto legislativo 25 luglio 2006, n. 240](#), e, comunque, nei limiti dei carichi esigibili di lavoro individuati dai competenti organi di autogoverno, nonché»; b) al comma 2, dopo le parole: «degli obiettivi fissati per l'anno precedente» sono inserite le seguenti: « anche in considerazione del programma di cui all'[articolo 4 del decreto legislativo 25 luglio 2006, n. 240](#)»;

Orbene, la modifica introdotta, nel prevedere, quale criterio di riferimento per l'individuazione degli obiettivi di rendimento, quello della *“indicazione per ciascun magistrato o per ciascuna sezione dei risultati attesi anche sulla base dell'accertamento dei dati relativi al quadriennio precedente e di quanto indicato nel piano di cui all'art.4 del decreto legislativo 25 luglio 2006, n.240”*, non solo rischia di snaturare le caratteristiche del programma di gestione, correlandone l'ambito ad un aspetto, quello dei “risultati attesi” dall'attività del singolo magistrato, individuale e non più complessivo, ma, soprattutto, sposta l'asse valutativo degli obiettivi di rendimento incentrandolo sul singolo magistrato e non sull'andamento complessivo dell'Ufficio.

In tal modo, il programma di gestione si trasforma, in via surrettizia, da strumento di gestione dell'ufficio, in un'ottica di miglioramento complessivo del suo funzionamento e dunque della sua risposta ai mutevoli cambiamenti della domanda di giustizia, a pericoloso strumento di valutazione del rendimento del singolo magistrato e dei risultati attesi della sua attività, così aprendo a pericolose dinamiche di valutazione per risultati del lavoro del magistrato.

Ciò appare ancor più problematico laddove si tenga conto del fatto che tale spettro valutativo viene legato a un dato oggettivo rappresentato *“dall'accertamento dei dati relativi al quadriennio precedente”*. Ci si affida così a un criterio di valutazione pressoché automatico e senza via d'uscita, senza alcuna possibilità di far valere la situazione particolare dell'ufficio, del magistrato ovvero, ad esempio, la particolare qualità o complessità dei provvedimenti.

La descritta pericolosa dinamica valutativa esce ulteriormente rafforzata dalla previsione secondo la quale il già menzionato programma di gestione deve essere redatto anche alla luce del programma delle attività annuali redatto, a norma dell'art. 4 del D.lgs. n.240 del 25 luglio 2006, da parte del dirigente dell'ufficio giudiziario e del dirigente amministrativo preposto al medesimo ufficio. Si tratta di un programma che per prassi consolidata viene redatto senza alcuna interlocuzione o intervento del singolo magistrato, il quale, però, si

trova a essere valutato anche sulla scorta di tale documento.

Anche in questo caso, dunque, si apre la strada a valutazioni del magistrato, su input del dirigente, impostate su automatismi quantitativi (risultati attesi sulla base dati quadriennio precedente), che rischiano, nel tempo, se non mitigate, a creare comparazioni parziali, graduatorie, classifiche in grado di condizionare l'attività giurisdizionale del singolo e dell'ufficio uscendo così dall'alveo del terzo comma dell'art. 107 Cost.

VALUTAZIONI DI PROFESSIONALITÀ

In sintesi, le novità, per quel che qui interessa:

- a) in riferimento all'espressione dei pareri da parte dei Consigli Giudiziari in seno al procedimento di valutazione della professionalità, è stata prevista l'attribuzione alla componente degli avvocati, quali componenti laici, della facoltà di partecipazione alle sedute con diritto di voto unitario, sulla base del contenuto (positivo o negativo) della eventuale segnalazione espressa dal consiglio dell'ordine (mentre è stata conservata l'attribuzione della facoltà di partecipazione alla discussione, senza diritto di voto, ai professori universitari componenti il consiglio);
- b) avuto riguardo al parametro valutativo della capacità del magistrato di organizzare il proprio lavoro, in caso di valutazione positiva, quest'ultima dovrà essere espressa secondo criteri predeterminati, in una scala che va da discreto a buono, fino a ottimo;
- c) nell'ambito del parametro della laboriosità, è stato aggiunto un ulteriore criterio rappresentato dal rispetto di quanto indicato nei programmi annuali di gestione;
- e) la valutazione del parametro della capacità è stata ampliata sulla base del dato rappresentato dalle «gravi anomalie in relazione all'esito degli affari nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento», con estensione, in ogni caso, ossia anche in assenza di gravi anomalie, del campionamento ai provvedimenti emessi nella fase successiva del procedimento o del giudizio;
- d) istituzione del fascicolo per la valutazione del magistrato o delle performance, contenente i dati statistici annuali e la documentazione necessaria per valutare il complesso dell'attività svolta, ivi compresa la «sussistenza di caratteri di grave anomalia in relazione all'esito degli atti e dei provvedimenti nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e del giudizio».

Le criticità insite in tali scelte sono evidenti, anche se non vanno dimenticati gli aspetti positivi in tema di semplificazione delle procedure.

Dobbiamo dire no:

a un richiamo non pertinente alla verifica della professionalità rappresentato dal criterio del rispetto dei programmi annuali di gestione ex art. 37 D.L. 98/2011, che attiene agli obiettivi di rendimento dell'intero ufficio e non del singolo magistrato.

all'introduzione di parametri di "discreto", "buono" o "ottimo", con riferimento alle capacità del magistrato di organizzare il proprio lavoro».

Come osservato dal CSM nei pareri alla legge delega, la disposizione appare, disallineata rispetto allo sche-

ma disegnato dal legislatore del 2006-2007, imperniato sulla tricotomia del giudizio («positivo», «non positivo», «negativo»), deliberatamente e univocamente ricollegata alla sua natura non comparativa e, appuntandosi sulla verifica delle sole capacità auto-organizzative del magistrato, investe profili in certa misura trasversali ai parametri tipizzati (capacità, laboriosità, diligenza, impegno), destinati ad assumere rilevanza in altra sede, primariamente all'atto della selezione finalizzata al conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi.

Viene poi introdotto un ulteriore aspetto di comparazione estraneo alla procedura di valutazione incentrata sulla verifica della permanenza dei requisiti di capacità, laboriosità, diligenza e impegno e rischia di creare una classifica tra magistrati che potrebbe creare tensione negli uffici. E un nuovo vulnus al terzo comma dell'art. 107 Cost.

Dobbiamo dire no al “fascicolo della performance”. Si tratta, come detto, di un fascicolo per la valutazione del magistrato, rilevante sia in sede di verifica di professionalità che ai fini delle valutazioni delle attitudini per il conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi, diverso da quello personale.

Anzitutto, va sottolineato l'inutile appesantimento burocratico connesso alla presenza di diversi fascicoli personali. Inoltre, la presenza di più fascicoli imporrà una disciplina di raccordo chiara e senza dubbi interpretativi.

In conclusione, si può affermare che gli obiettivi veri del legislatore sembrano essere:

- a) valorizzazione dei criteri aziendalistici tesi al raggiungimento degli obiettivi (anche stabiliti dai capi degli uffici) e al (pur condivisibile) contenimento dei tempi della complessiva risposta alla domanda di giustizia;
- b) apertura alla verifica effettiva di possibili anomalie di tipo qualitativo del lavoro svolto dal singolo magistrato, realizzata però attraverso l'attribuzione del diritto di voto unitario alla componente forense e attraverso il reperimento massivo di informazioni circa la “tenuta” dei provvedimenti emessi dal magistrato nelle fasi successive o in sede di impugnazione;
- c) incremento di poteri e responsabilità dei capi degli uffici, laddove i rapporti positivi consentono il procedimento semplificato.

Ancora una volta siamo di fronte a una scelta legislativa in bilico tra la condivisa necessità che i magistrati mantengano costantemente *standard* adeguati rispetto al servizio che sono chiamati a svolgere e il pericolo che l'attività di valutazione si traduca, magari surrettiziamente, in uno strumento di distorsione della costruzione orizzontale della magistratura voluta dal Costituente.

Ampliamento dei poteri dei capi degli uffici, ancor più pericoloso se si pensa al modello gerarchico delle procure;

primazia dei numeri;

valutazioni fondate su parametri comparativi e classificatori;

ricerche (difficili e scarsamente oggettive) di gravi anomalie rispetto ai gradi di giudizio;

apertura ai giudizi degli avvocati;

rappresentano altrettante potenziali forme di condizionamento e di perdita dell'indipendenza egualitaria delineata dall'art. 107 Cost.

NUOVI ILLECITI DISCIPLINARI

E veniamo ai nuovi illeciti disciplinari.

Essi in larga parte trovano presupposto nelle modifiche all'art. 37 citato.

In particolare, i nuovi compiti del capo dell'ufficio introdotti dalle modifiche dell'art. 37 citato sono i seguenti:

a) in caso di gravi e reiterati ritardi, il capo dell'ufficio deve:

accertarne le cause;

adottare ogni iniziativa per eliminarli;

predisporre piani mirati di smaltimento per i magistrati interessati, con eventuale sospensione delle assegnazioni e/o redistribuzione degli affari;

effettuare verifiche ogni tre mesi;

comunicare tutto al Consiglio Giudiziario;

b) in caso di un aumento delle pendenze dell'ufficio o di una sezione in misura superiore al 10 per cento rispetto all'anno precedente e comunque a fronte di andamenti anomali, il capo dell'ufficio:

ne accerta le cause;

adotta provvedimenti per eliminare le carenze organizzative che hanno determinato l'aumento delle pendenze o il loro andamento anomalo;

effettua una verifica ogni sei mesi;

comunica tutto al Consiglio Giudiziario;

L'inosservanza di tali compiti conduce ai nuovi illeciti disciplinari del capo dell'ufficio:

omessa adozione delle misure per risolvere ritardi e/o aumenti superiori al 10% o anomali delle pendenze;

omessa comunicazione al Consiglio Giudiziario delle condotte del magistrato che non collabora alla eliminazione dei ritardi.

Anche il presidente di sezione esce con nuovi compiti dalle modifiche dell'art. 37.

In caso di ritardi e/o aumenti di pendenze come sopra, il presidente di sezione:

segnala immediatamente al capo dell'ufficio;

indica le cause;

trasmette la segnalazione al magistrato o alla sezione interessati.

Qualora egli non ottemperi a tali obblighi, si materializzano i seguenti nuovi illeciti disciplinari:

omessa segnalazione al capo dell'ufficio delle situazioni di ritardo e/o di aumento superiore al 10% o anomalo delle pendenze;

omessa segnalazione al capo dell'ufficio delle condotte non collaborative del magistrato per l'eliminazione dei ritardi.

Il singolo magistrato, alla luce della novella, viene attinto dai seguenti nuovi illeciti disciplinari.

Al decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 2, comma 1: *reiterata o grave inosservanza*.2) alla lettera n), dopo le parole: «delle norme regolamentari».... sono inserite le seguenti: «..delle direttive».

L'illecito disciplinare si perfeziona, dunque, non solo allorché il magistrato non osserva in modo reiterato o grave norme regolamentari, ma anche se tale inosservanza riguarda direttive.

La norma non chiarisce il significato da attribuire all'espressione «direttive», potendosi così intendere riferita sia a quelle consiliari, sia a quelle del potere esecutivo nell'ambito dei servizi organizzativi e informatici, con conseguenti criticità in punto di tassatività e di effettiva indipendenza dal potere esecutivo.

Resta, soprattutto, da interrogarsi se, nel concetto in esame, siano sussumibili anche le direttive in materia di organizzazione del servizio eventualmente emanate dal capo dell'ufficio e inserite nel DOG, nel programma di gestione ecc.

Se la latitudine della nuova nozione fosse così ampia, non vi è chi non veda come essa possa rappresentare una delle forme di erosione del principio di cui al terzo comma dell'art. 107 Cost. Sono facilmente immaginabili i possibili condizionamenti tra dirigenti e magistrati dell'ufficio in grado di mettere in crisi il prezioso modello orizzontale della giurisdizione ordinaria.

Ma il magistrato può incorrere in illecito disciplinare anche nei seguenti due casi, collegati alle precedenti fattispecie legate ai compiti del capo dell'ufficio e dei presidenti di sezione:

omessa collaborazione del magistrato nell'attuazione delle misure volte a eliminare i ritardi;
reiterazione delle condotte che hanno causato i ritardi.

In questo quadro già abbastanza complesso, va ricordato che la legge delega ha previsto che la segnalazione dei ritardi nel deposito dei provvedimenti può essere effettuata anche dagli avvocati difensori delle parti, con la conseguente possibilità di strumentalizzazioni e con l'assenza di qualsiasi contraddittorio preventivo con il giudice colpito da tali segnalazioni.

Si tratta, a bene vedere, in tutte le ipotesi, di illeciti disciplinari del magistrato collegati alla mancata collaborazione alle iniziative predisposte dal capo dell'ufficio per l'eliminazione di gravi e reiterati ritardi, con specifico riferimento ai piani mirati di smaltimento a tal fine predisposti.

Si tratta, quindi, al pari di quelli ascrivibili al capo dell'ufficio e del presidente di sezione, di illeciti omissivi di pura condotta, che comportano la sanzione, dell'incapacità ad esercitare un incarico direttivo o semidirettivo.

A una prima lettura, potrebbe profilarsi un problema di tassatività della norma, non essendo descritte le condotte di mancata collaborazione del magistrato al piano mirato di smaltimento. La speranza è che i decreti delegati e le norme secondarie colmino tale vuoto.

Ma la speranza finisce qui. Perché sarà inevitabile che le norme di dettaglio saranno funzionali alla descrizione del piano mirato di smaltimento, con indicazione di un cronoprogramma, delle soglie e delle relative verifiche periodiche del rispetto degli obiettivi. Sicché, al verificarsi del mancato raggiungimento di uno di questi obiettivi, potrà dirsi integrato l'elemento materiale dell'illecito disciplinare in esame. Anche in questo caso siamo di fronte a una visione tendenzialmente aziendalistica, produttivistica. Confidiamo che la giurisprudenza disciplinare estenda alcune esimenti dell'elemento soggettivo che ultimamente sta applicando in tema di ritardo nel deposito dei provvedimenti.

Infatti, come è stato osservato anche dal CSM, il legislatore, di fronte all'aumento delle pendenze opta per un

innalzamento della risposta sanzionatoria e rischia di creare eccessive rigidità nella gestione dell'ufficio. Il procedimento disciplinare si converte in uno strumento di governo dell'organizzazione degli uffici, strumento che lo stesso CSM ritiene disfunzionale, anche tenuto conto delle notevoli differenze di ogni tipo tra i vari uffici del territorio italiano.

Significativa sotto tale profilo è la vicenda dell'asimmetria segnalata dal Consiglio nel parere reso con delibera del 21 aprile 2021: era stato messo in evidenza che la disciplina introdotta dal d.l., mentre sanzionava già la prima violazione del dovere, incombente sul capo dell'ufficio, di adottare le misure di cui all'art. 37, co. 5-bis e 5-ter, puniva, invece, la violazione del corrispondente dovere di segnalazione da parte del presidente di sezione solamente se reiterata ai sensi dell'art. 9, co. 1, lett. b), n. 2 del d.l.

Rispondendo ai rilievi del Consiglio, il legislatore, piuttosto che escludere anche per il capo dell'ufficio il rilievo disciplinare della prima violazione, ha ritenuto di estenderlo al presidente di sezione, ampliando così la portata sanzionatoria della novità.

Dai descritti fenomeni di erosione dell'art. 107 terzo comma della Costituzione esce un quadro non rassicurante dei rapporti tra magistrati e dirigenti e, di conseguenza, delle garanzie di indipendenza del singolo magistrato.

Non può essere messo in dubbio che la capacità di rendere giustizia ha poco a che vedere con una performance individuale del magistrato, con parametri di rendimento e di risultato, che assumono significato soprattutto nell'ottica della selezione individuale e di progressioni di "carriera".

Se la giustizia non è solamente una performance, l'impianto di fondo dell'intervento riformatore va contestato. Non vorrei essere frainteso, oggi è principio assodato e condiviso quello secondo il quale il servizio giustizia deve rispondere a criteri di efficienza organizzativa e di tempestività, nozioni quindi necessariamente connesse al dato numerico, quantitativo e di tempo misurabile, ma la valorizzazione di tali elementi non deve oltrepassare certe soglie in nome della considerazione che l'attività giurisdizionale non è paragonabile ad alcun'altra attività umana, tanto meno a una realtà aziendale.

E credo di poter affermare, invece, salve smentite in sede di decreti delegati, che le modifiche, nel complesso, ancorano la professionalità del magistrato e la sua verifica agli aspetti quantitativi del lavoro giudiziario, con accentuazione della possibilità per i dirigenti di pretenderli, con il disciplinare sullo sfondo. È difficile pensare a una maggiore compromissione del modello orizzontale, come a un maggiore condizionamento tra dirigenti e magistrati rispetto a quanto previsto dalle nuove norme in esame.

Rispetto dei programmi di gestione nell'apprezzamento della laboriosità;

determinazione, nell'ambito dei programmi, degli obiettivi di rendimento dell'ufficio con l'indicazione dei risultati attesi;

illecito disciplinare connesso al mancato rispetto delle direttive;

sono esempi concreti della deriva intrapresa, caratterizzata anche da una sorta di nuovo statuto dei dirigenti oscillante tra maggiori compiti di monitoraggio, quasi ispettivi, sull'attività dei singoli magistrati e da più penetranti poteri di potenziale condizionamento in sede di redazione dei rapporti, della distribuzione dei ruoli,

del confezionamento dei programmi di gestione e di DOG ecc..

Ma si tratta di un presunto nuovo statuto decisamente da contestare e da rifiutare.

La collaborazione del magistrato all'organizzazione dell'ufficio è un grande valore, sancito in vari passi della normazione secondaria del CSM, ma le nuove norme sono andate oltre e introducono il rischio dell'adozione di strumenti di condizionamento.

Se poi si pone mente al fatto che sino al 2026 la magistratura tutta è impegnata nel doveroso sforzo di raggiungere i targets del PNRR (peraltro, con le scarse risorse umane e materiali oggi disponibili, con l'introduzione nel settore civile e penale della cd. riforma Cartabia, ennesimo esempio di iperattività normativa, alla quale, invece, dovrebbe contrapporsi una sorta di fermo biologico e con una implementazione faticosa del PPT e ora con il nuovo sistema Minerva, per non voler menzionare la cd. digitalizzazione dei fascicoli che impegna le cancellerie di tutti gli uffici), è fuori di dubbio che la deriva aziendalistica ci allontana sempre di più dal modello costituzionale voluto quel 26 novembre del 1947.

A ben vedere, in buona sostanza, sembra che venga reintrodotta più o meno implicitamente un principio di selezione, di comparazione, contrario allo spirito costituzionale, fondandosi ogni valutazione sulla sola maggiore o minore capacità di definizione dei procedimenti, senza alcuna considerazione qualitativa del lavoro giudiziario.

Anche per il CSM è parso evidente, poi, che in questo modo i magistrati in occasione della valutazione di professionalità tenderanno a preconstituirsì un giudizio specifico ad es. sulla capacità organizzativa da spendere successivamente, in occasione del conferimento di incarichi direttivi o semidirettivi, quando invece il giudizio attitudinale per il conferimento di detti incarichi è ben più ampio, è fondato sulla globale valutazione di professionalità del magistrato (art. 8 T.U. sulla dirigenza).

E ciò senza contare che il parametro della capacità organizzativa è già previsto all'interno del giudizio sulla diligenza. L'introduzione di un nuovo e separato aspetto valutativo, per di più collegato ai solo dati quantitativi, appare superfluo. Ma forse è proprio l'inutilità di una tale previsione che rivela la vera intenzione del legislatore ossia quella di spingere verso verifiche di stampo aziendalistico e produttivistico. La capacità di organizzare non può essere letta unicamente in base ai dati definitivi, ma è rappresentata da un insieme composito e variegato di attitudini, competenze e relazioni che possono produrre benefici al servizio giustizia, anche a prescindere dal nudo dato numerico. Si pensi, per fare un banale esempio, alla capacità di organizzare il proprio ruolo e le udienze in modo tale da evitare lunghe attese alle parti e ai difensori e da permettere un ordinato fluire delle attività.

Ancora, va aggiunto che la capacità del magistrato di organizzare il proprio lavoro vale come indicatore solamente laddove sia realmente il singolo magistrato a stabilire carichi e priorità (cosa che non accade in organismi collegiali ove le fissazioni siano operate da altri) e dove si tenga conto della qualità e complessità dei procedimenti.

Come è stato giustamente sostenuto, la collettività deve essere consapevole dell'introduzione di meccanismi di controllo interni alla giurisdizione che rendono chi l'amministra sensibile ai condizionamenti di chi formu-

la le valutazioni, perché di fatto ne è incisa la condizione professionale e al fine la serenità di giudizio. Sono perfettamente consapevole che all'esterno, tra i cittadini, le descritte posizioni possono apparire di retroguardia, superate, eccessivamente conservatrici, laddove tutti i settori del mondo del lavoro rincorrono i numeri e corrono verso classifiche e graduatorie, ma occorre ancora una volta, come accaduto quel pomeriggio del 26 novembre 1947, occorre rivendicare con forza la peculiarità della giurisdizione.

Come ricordato, proprio il rifiuto di questo tipo di condizionamenti, incompatibili con il disegno costituzionale di un giudice soggetto soltanto alla legge e distinto solo per funzioni, ha portato alla battaglia per l'abbattimento della carriera e all'adozione di meccanismi di valutazione della professionalità non selettivi a cavallo tra gli anni Sessanta e settanta (con le leggi cd. "Breganze e Breganzone"). Si era infatti ritenuto che i meccanismi selettivi non fossero idonei a misurare la professionalità "concreta" dei magistrati, mentre erano certamente uno strumento per conformare il comportamento del magistrato, che diventa soggetto alla valutazione prima che alla legge.

È stato giustamente notato che la tendenza legislativa alla graduazione dei livelli di "apprezzamento" della laboriosità oggettivamente spinge a una competizione interna sui tempi di definizione e potrebbe – se non ben governata da capi degli uffici culturalmente attrezzati – avere effetti indesiderati.

La conseguenza della scelta del legislatore è quella di affidare le valutazioni ad una sorta di modello astratto di magistrato impegnato a raggiungere sempre migliori performance, con una implicita pressante richiesta di risultati e non quella di costruire un sistema di valutazione che ci restituisca un quadro per ogni magistrato.

È chiaro, l'impegno deve essere sempre massimo, ma i risultati, le performance non possono essere valutati con parametri privatistici di pura efficienza, senza uno sguardo approfondito su tutto ciò che non dipende dal magistrato.

Come si fa a misurare la mera produttività in settori peculiari come ad esempio la volontaria giurisdizione?

Come si misura la professionalità di un magistrato chiamato a trattare affari in relazione ai quali si applicano processi di tipo profondamento diverso? E il PNRR ha aggravato tali criticità con le sue griglie di materie diverse da quelle utilizzate nella valutazione dei flussi ordinari.

È vero che oggi, finalmente, il CSM è giunta alla determinazione dei carichi esigibili e degli obiettivi di rendimento. E tale intervento probabilmente porterà un riequilibrio, una sorta di compensazione rispetto all'andamento sopra descritto. Nella delibera concernente i carichi esigibili il Consiglio ha significativamente messo in luce la necessità che si tenga conto anche della qualità del lavoro giudiziario. Ma resta l'amara considerazione che sia dovuto intervenire il CSM per condurre a una sorta di riequilibrio la situazione, agendo in difesa dell'ordine uscito dall'Assemblea Costituente.

Tuttavia, nella contrapposizione tra l'opzione favorita dal legislatore focalizzata su aspetti essenzialmente quantitativi e la risposta più equilibrata del CSM sembra avere la meglio, purtroppo, la prima, se si pensa ad alcuni indizi nelle nuove norme dell'intenzione del legislatore di sottoporre i magistrati a valutazioni di stampo aziendalistico che finiscono, alla lunga, per creare modelli di giurisdizione lontani dal modello orizzontale previsto in Costituzione.

Il primo indizio riguarda la norma che introduce l'apprezzamento del parametro della capacità, dall'acquisizione a campione, da parte dei consigli giudiziari, dei provvedimenti relativi all'esito degli affari trattati dal magistrato nelle fasi o nei gradi successivi.

Come osservato dal CSM, la previsione spiana la strada a un vaglio sulla conformità del lavoro del magistrato, nel suo sviluppo tra le diverse fasi e i diversi gradi, che è fuori dal nostro sistema poiché questo garantisce, attraverso i rimedi processuali, fisiologici margini di variabilità, di evoluzione e anche di verifica del contenuto dei provvedimenti. Questo è il modo in cui funziona e si forma la giurisprudenza.

È vero che il parametro dell'esito delle impugnazioni assume rilievo solamente a fronte di "gravi anomalie", ma è altrettanto vero che trattasi di nozione generica e indefinita che potrebbe convincere a seguire scelte conformistiche non effettivamente volute, senza contare che il risultato delle impugnazioni può dipendere da molteplici fattori talvolta imponderabili e/o difficilmente accertabili.

Con ciò non si vuole certo sminuire la rilevanza delle fasi successive del giudizio di primo grado, né si vuole ridurre l'importanza attuale della prevedibilità delle decisioni e della consapevolezza di decisioni differenti, ma si intende solamente focalizzare l'attenzione sui rischi di una tale scelta, soprattutto laddove lasciata in mano a nozioni generiche e ad accertamenti necessariamente incompleti, non avendo il nostro sistema meccanismi di verifica automatici e predefiniti.

È ancora vero che la circolare del Consiglio Superiore n. 20691 del 2007 aveva incluso, tra i parametri per valutare la capacità, l'esito – nelle successive fasi e nei gradi del procedimento – dei provvedimenti giudiziari emessi o richiesti, da valutarsi ove presentino caratteri di «significativa anomalia». Quindi, la dizione impiegata dalla delega, di «gravi anomalie», è in realtà più restrittiva rispetto al quadro già in vigore. Ma è altrettanto vero che negli ultimi tempi tale parametro è stato abbandonato nei modelli di rapporto di valutazione di professionalità, appunto, perché appunto non compiutamente definibile e accertabile. Se la nozione di grave anomalia si fonda unicamente sulle percentuali di riforma (o per i PM di assoluzione), senza andare a studiare le ragioni delle riforme, si potrebbero verificare effetti distorcenti e ingiusti in ordine alle valutazioni di professionali dei magistrati, in danno della preziosa visione egualitaria voluta dai costituenti. E va ricordato che l'attuale sistema non consente in alcun modo di verificare in concreto i motivi delle varie riforme e la qualità dei provvedimenti di primo e di secondo grado. Si pensi, ad esempio, a casi di riforma per ragioni di mero rito estranee rispetto all'operato del primo giudice, a casi di riforma di sentenze seriali, a casi di riforma dovute a un revirement della Corte di Cassazione o a una novità legislativa.

Il secondo indizio della volontà del legislatore di proseguire nella direzione di una valutazione penalizzante per i magistrati è rappresentato dalla nuova disposizione in tema di voto della componente laica del Consiglio Giudiziario. La riforma prevede l'attribuzione di un voto in materia di valutazioni di professionalità alla componente degli avvocati nei Consigli Giudiziari. Si tratta di un voto, espressamente indicato come «unitario». La legge, pur frutto di un evidente compromesso tra due opposte esigenze culturali espresse all'interno della magistratura (una refrattaria alle valutazioni *extramoenia*, se non a determinate condizioni, e l'altra invece pienamente favorevole all'assegnazione agli avvocati del potere di deliberare sulle valutazioni di pro-

fessionalità dei magistrati), ha scelto comunque di aggiungere al parterre dei valutatori del magistrato anche i rappresentanti del Foro.

Numerose sono le criticità insite in questa scelta.

1) Il cervelotico meccanismo previsto, in sintesi, è il seguente: i Consigli dell'Ordine degli Avvocati segnalano fatti specifici, positivi o negativi, nei confronti di magistrati in servizio negli uffici del circondario; gli avvocati membri del Consiglio Giudiziario esprimono a quel punto un voto unico in occasione della progressione di carriera o di valutazione di quel determinato magistrato: ma cosa accade se la componente del Foro decide in tutto o in parte di discostarsi dalla valutazione contenuta nella segnalazione del Consiglio dell'Ordine? È necessario provocare una nuova deliberazione del consiglio dell'ordine? La nuova eventuale delibera sarebbe vincolante? La legge delega nulla dice e nulla prepara rispetto ai decreti delegati.

2) Si è detto che tale soluzione di compromesso conserva il potere di valutazione complessiva in mano al governo autonomo, ma si dimentica che tale risultato dovrebbe essere per così dire scontato e indiscutibile, laddove, invece, il voto degli avvocati, seppure unitario e seppure mosso da fatti specifici, finirà inevitabilmente per condizionare l'operato dei consigli giudiziari e al termine della corsa anche dei singoli magistrati.

3) E ciò, senza contare che manca comunque la cd. reciprocità che almeno garantirebbe una sorta di equilibrio tra le rispettive prerogative e funzioni.

4) Si è detto che i COA in caso di fatti specifici sono obbligati a motivare i loro rilievi. Ma anche questo elemento è irrilevante, nel senso che è ovvio che i rilievi non potranno essere immotivati. Il nodo non risiede nella eventuale mancanza di motivazione, ma sta nella possibile strumentalizzazione di tali rilievi.

5) E, soprattutto, il procedimento di emersione delle lamentele nell'ambito del Foro è privo di regole, è difficilmente decifrabile, manca di trasparenza.

6) Anche la tesi secondo la quale l'introduzione del voto degli avvocati favorirebbe la conoscenza dei meccanismi interni delle procedure di valutazione dei magistrati e condurrebbe ad una maggiore responsabilizzazione degli avvocati rispetto al funzionamento della giustizia non convince. La conoscenza è già consentita attraverso il cd. diritto di tribuna. La responsabilizzazione è già garantita da vari passaggi normativi in tema di tabelle, programmi di gestione, conferme di direttivi e semidirettivi (art. 71 TU) e così via, ed è giustamente incentrata sull'ufficio e non sul singolo magistrato.

Fino a oggi, opportunamente l'intero sistema di normativa primaria e secondaria prevede che i contributi dell'avvocatura siano espressi sotto forma di segnalazione di fatti specifici, e non nella forma di "pareri" contenenti valutazioni, spettanti, queste ultime, unicamente agli organi di governo autonomo, decentrato e centrale. La legge delega non si limita ad ampliare le fonti di conoscenza, bensì aggiunge aggiungere nuovi soggetti con potere valutativo (fra l'altro, escludendo da tale aggiunta i professori universitari componenti dei Consigli Giudiziari).

Insomma, viene introdotta un'ulteriore forma di condizionamento che si affianca a quelle in precedenza messe in evidenza, in un quadro di insieme che a questo punto si fa allarmante rispetto al modello costituzionale dal quale siamo partiti.

Non si tratta qui di non essere aperti alla trasparenza e al giudizio degli altri, ma si tratta di non creare occasioni di pressione indebite nei confronti dei magistrati.

Invero, il membro laico del CG continua a svolgere, nel corso del mandato consiliare, l'attività forense nello stesso distretto del magistrato in valutazione e tale elemento può tradursi in un fattore incidente sul sereno svolgimento delle funzioni giudiziarie da parte di quest'ultimo e non è escluso che possa dar luogo all'ingresso di valutazioni soggettive ed influenzate dal ruolo di parte.

D'altro canto, che tali preoccupazioni non siano infondate trova conferma nel fatto che i componenti laici del C.S.M. non possono esercitare la professione legale durante il mandato. La *ratio* di tale preclusione è, infatti, da individuarsi nella finalità di assicurare che la partecipazione alle funzioni del governo autonomo della magistratura avvenga, da parte degli avvocati, in condizione di assoluta imparzialità e neutralità rispetto ai magistrati.

Come se non bastassero i descritti indici sintomatici della erosione del principio dell'art. 107 Cost., va segnalato come la valutazione di stampo aziendalistico sia sottoposta ad una ulteriore e rischiosa prova in caso di selezione dei dirigenti e dei semidirettivi: la legge delega reitera, infatti, l'interlocuzione, sebbene in forma "semplificata e riservata", con i magistrati e i dirigenti amministrativi "assegnati all'ufficio giudiziario di provenienza dei candidati", e stabilisce nel prosieguo che il Consiglio debba "specificamente" valutare "gli esiti di tali audizioni e interlocuzioni ai fini della comparazione dei profili dei candidati".

In linea di puro principio, l'ampliamento delle fonti di conoscenza e da salutare con favore, ma a patto che le fonti siano trasparenti, disinteressate e frutto di una sorta di contraddittorio.

Anche il CSM ha sollecitato il legislatore a un ripensamento. Invero, la lettura complessiva della disposizione, invece, parrebbe richiedere, addirittura, l'acquisizione di un "parere", seppure in forma "semplificata e riservata", dei magistrati e dei dirigenti amministrativi, laddove il testo originario del DDL prevedeva solo una interlocuzione con i predetti soggetti. Ma, intanto, l'espressione di un "parere", quale atto della procedura, è incompatibile con la sua acquisizione con modalità riservate, al di là dell'abbandono del principio della trasparenza, a meno di non voler introdurre in modo del tutto sproporzionato il modello *whistleblowing*. La norma è poi generica nell'individuazione dei soggetti chiamati a fornire il parere, senza contare che negli uffici di grandi dimensioni la procedura di selezione potrebbe subire decisivi rallentamenti e appesantimenti. A ciò si aggiunga il fatto che la Commissione risulterebbe obbligata non solo a svolgere l'interlocuzione con colleghi e dirigenti, ma, addirittura, a valutare "specificamente" anche gli esiti di "tali audizioni e interlocuzioni ai fini della comparazione dei profili dei candidati", così imponendo alla medesima di prendere specifica posizione sulle dichiarazioni dei singoli e obbligandola ad una defatigante verifica di 'attendibilità' che esorbita dai connotati ordinari dell'attività amministrativa anche quando, come nel caso che interessa, abbia carattere discrezionale.

Anche qui abbiamo di fronte una norma che introduce potenziali condizionamenti e classifiche incompatibili con il modello orizzontale costituzionale, al quale neppure il capo dell'ufficio deve sfuggire, e che potrebbe essere foriera di turbamento nei rapporti tra i magistrati all'interno degli uffici.

Dopo la *pars destruens*, ecco il tentativo umile della *pars costruens*.

Occorre muovere da dati consolidati e ben conosciuti, ma spesso volutamente dimenticati.

Se proprio si vuole impostare la riforma sull'aspetto quantitativo, allora va ribadito che l'elevatissima laboriosità e la capacità di definizione dei procedimenti da parte dei magistrati italiani (che è cosa diversa dall'arretrato) sono costantemente attestate da fonti internazionali, considerando che in Italia il numero dei magistrati in relazione agli abitanti è inferiore alla media dei Paesi del Consiglio d'Europa (in Italia ci sono 11 giudici ogni 100.000 abitanti, a fronte di una media di 22 giudici ogni 100.000 abitanti). La copertura degli organici dei magistrati e del personale amministrativo: questa è l'unica e risolutiva riforma della giustizia. E allora, anzitutto, per le ragioni esposte, occorre eliminare dall'elenco degli illeciti disciplinare le fattispecie direttamente o indirettamente collegate all'organizzazione dell'ufficio complessivamente considerato, ai programmi di gestione o ai piani di smaltimento e alle direttive del capo dell'ufficio.

Il ricorso al disciplinare, da tempo suggestivamente qualificato come "gigantismo disciplinare", non sembra del tutto conforme ai principi costituzionali: è stato giustamente osservato che se costitutiva della funzione giurisdizionale è la posizione di autonomia e indipendenza della magistratura nel suo insieme e del singolo magistrato in quanto tale, e se ingrediente determinante dell'indipendenza è la serenità dell'agente, un sistema disciplinare costruito e percepito come eccessivamente pervasivo non rappresenta il contesto ideale per l'attuazione di tali principi. E a nulla rilevano i modesti dati di condanna dei magistrati, in quanto, al di là del fatto che le percentuali non sono molto diverse da quelle di altre professioni intellettuali, la mera possibilità del disciplinare può essere fonte di condizionamento.

Occorre quindi una valutazione della professionalità non burocratica, in grado di descrivere la storia professionale del magistrato e le sue esperienze, non finalizzata a creare pagelle e graduatorie tra i magistrati con l'uso di aggettivi, ma con lo scopo di attestare, sulla base di elementi valutativi calati nella realtà, nella intrinseca diversità dei percorsi professionali, che i magistrati mantengono un livello di professionalità adeguato alla prosecuzione delle funzioni.

Ecco, se questa dovrebbe essere la valutazione di professionalità, allora il dirigente deve essere a fianco del magistrato e non sovraordinato, non potenzialmente condizionante, deve parlare lo stesso linguaggio anche organizzativo perché il magistrato è chiamato a collaborare quotidianamente all'organizzazione dell'ufficio. Gestione condivisa che non vuol dire solo informazione preventiva e successiva alle fasi decisionale, ma partecipazione attiva a tali fasi per una responsabilizzazione collettiva che non si limita a dare "medagliette". Ma, come detto, l'opzione del disciplinare va considerata come ultima *Thule*.

Sarebbe utile pensare a strumenti rivolti non tanto alla repressione, quanto, come avviene in altri Paesi europei, alla massimizzazione della funzione proattiva dei codici di etica giudiziaria e dei codici disciplinari. Corollario potrebbe essere una nuova centralità del tema del comportamento deontologicamente e disciplinarmente immune nell'ambito dei programmi di formazione, con corsi impostati su casi concreti. Ancora si potrebbe pensare all'attivazione di una funzione consultiva che assista i giudici nelle decisioni relative ai loro comportamenti funzionali o extra funzionali.

Infine, occorrerebbe ripensare al rapporto tra dirigenza e disciplinare.

È chiaro che esiste una stretta correlazione tra responsabilità disciplinare e ruolo della dirigenza giudiziaria nell'attuale assetto ordinamentale.

È altrettanto vero che talvolta gli illeciti disciplinari contestati al singolo possono essere la spia di forme di organizzazione del lavoro non efficaci o di carenze di attenzione della dirigenza giudiziaria nell'individuare tempestivamente situazioni problematiche, prodromiche alla loro consumazione. E quindi, il dirigente non deve esimersi da attività di controllo continuo e minuzioso.

Tuttavia, le nuove disposizioni in tema di disciplinare paiono confliggere con tale realtà, nel senso che esse finiscono per imporre nuovi e ulteriori obblighi di tempestiva segnalazione di situazioni idonee ad integrare illeciti disciplinari e, configurando anche a carico dei capi ufficio ipotesi di responsabilità derivanti da un'omessa sollecita informativa, rischiano di privilegiare una dimensione burocratica e difensiva del ruolo a detrimento, invece, dell'adozione di efficaci misure organizzative tese a risolvere i problemi, a supportare il magistrato che versi in situazioni di momentanea difficoltà lavorativa e a prevenire comportamenti di possibile rilievo disciplinare.

I possibili antidoti rispetto a una tale deriva sono a mio avviso:

la semplificazione delle regole che presiedono all'organizzazione;

la logica partecipativa;

il principio di responsabilizzazione diffusa.

Con la prima nozione ci si vuole riferire alla pressante esigenza, soprattutto oggi in vista del PNRR, oltre alla già iniziata semplificazione della procedura tabellare, di accorpamento e razionalizzazione della miriade dei testi che incidono in vario modo sulla materia organizzativa, e che hanno prodotto un accumulo difficilmente governabile e nel quale diventa sempre più impervio districarsi (DOG, programma di gestione, progetto organizzativo dell'UPP ecc.), per giungere a fine corsa alla redazione di un TU dell'organizzazione giudiziaria. Quanto al profilo della partecipazione e della responsabilità diffusa, lungi da integrare una riduzione dell'impegno e/o della *accountability* dei capi degli uffici, esso va letto come occasione per introdurre, sull'onda di una tradizione decennale della normazione secondaria del CSM in tema di procedura tabellare, forme di condivisione delle decisioni, ad esempio attraverso il lavoro in staff per determinati settori, per determinate materie o per determinati progetti, forme cioè di effettiva e concreta partecipazione ai vari passaggi decisionali. Non solo quindi mera informazione e/o partecipazione alle consuete e già sperimentate riunioni, ma un *quid pluris*.

Semplificazione e condivisione dei processi decisionali, da un lato, formazione e attività preventiva dall'altro, accompagnate da un modello di valutazione che rifugga da logiche aziendalistiche e da un disciplinare equilibrato paiono, allo stato, le uniche vie che possono condurre alla conservazione del nostro scrigno prezioso, a tutto vantaggio di tutti i fruitori del servizio giustizia.

IL RUOLO DELLA SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA NELLA FORMAZIONE DEI MAGISTRATI CHE RIVESTONO POSIZIONI DI RESPONSABILITÀ ORGANIZZATIVA

di Gianluca GRASSO, Consigliere della Corte di cassazione

Sommario

1. L'evoluzione normativa della formazione dei dirigenti degli uffici giudiziari
2. I corsi di formazione per dirigenti della Scuola superiore della magistratura
3. Problemi attuali, prospettive di riforma
4. La formazione dei dirigenti in Europa

1. L'EVOLUZIONE NORMATIVA DELLA FORMAZIONE DEI DIRIGENTI DEGLI UFFICI GIUDIZIARI.

Il conferimento degli uffici dirigenziali costituisce una delle attività più complesse svolte dal Consiglio superiore della magistratura (CSM), in ragione della delicatezza delle scelte cui il Consiglio è chiamato a effettuare, esercitando una specifica discrezionalità valutativa e di selezione dei candidati¹.

Ciò risulta particolarmente evidente a partire dall'attuazione delle riforme Castelli e Mastella (2005/2007) che hanno inteso superare il sistema del conferimento degli incarichi dirigenziali sulla base di una tendenziale anzianità senza demerito con l'attribuzione di incarichi senza termine.

Il d.lgs. n. 160 del 2006 ha così determinato una vera e propria rivoluzione nel conferimento degli incarichi direttivi, introducendo la temporaneità delle funzioni e il superamento del mero criterio dell'anzianità quale parametro principale.

Il criterio di riferimento è divenuto l'attitudine direttiva (art. 12, commi 10, 11 e 12), diversamente declinata a seconda della tipologia dell'incarico (funzioni semidirettive e direttive di merito, funzioni direttive di legittimità) e i cui indicatori sono individuati dal CSM d'intesa con il Ministro della giustizia (art. 10, comma 3, lett. d).

La disciplina secondaria è contenuta nel testo unico della dirigenza.

[1] AA.VV., *Dieci anni di riforme dell'ordinamento giudiziario*, *Foro it.*, 2016, V, 157; C.M. GALOPPI, *Il testo unico sulla dirigenza giudiziaria*, in AA.VV., *Codice dell'ordinamento giudiziario*, Varese, 2021; L. NAPOLITANO, *Gli incarichi direttivi*, in <https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/adbe34d2-4679-1059-c70b-ce3ddd4ec2c>

Se la frequenza di “corsi di formazione in materia organizzativa e gestionale” rappresenta uno dei parametri da considerare per il conferimento degli incarichi direttivi, particolare rilievo assumono le attività didattiche che la Scuola è chiamata a organizzare e che in base all’attuale disciplina risultano obbligatorie per chiunque aspiri al conferimento di un incarico di primo o di secondo grado.

La materia ha subito numerose modifiche nel corso degli anni che hanno via via incrementato i compiti della Scuola. Ciò che risulta costante è la competenza della Scuola a organizzare attività di formazione per coloro che ricoprono funzioni di responsabilità organizzativa.

Riguardo ai dirigenti degli uffici giudiziari, la Scuola è competente sia per la formazione dei magistrati titolari di funzioni direttive e semidirettive negli uffici giudiziari sia per l’organizzazione di corsi di formazione per i magistrati giudicanti e requirenti che aspirano al conferimento degli incarichi direttivi di primo e di secondo grado.

La formulazione originaria del d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, *Nuova disciplina dell’accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell’articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150*, prevedeva che il conferimento degli incarichi direttivi di merito (art. 35) e di legittimità (art. 41) fosse riservato esclusivamente ai coloro che avessero frequentato l’apposito corso di formazione alle funzioni direttive presso la Scuola superiore della magistratura, il cui giudizio finale sarebbe stato valutato dal CSM.

Il d.lgs. n. 26 del 2006, nella sua formulazione originaria, prevedeva che i corsi di formazione per l’accesso a funzioni direttive - il cui piano doveva essere approvato annualmente dal comitato di gestione della sezione competente nell’ambito dei programmi didattici deliberati dal comitato direttivo, tenendo conto della diversità delle funzioni svolte dai magistrati (art. 23) - dovevano avere ad oggetto lo studio delle problematiche teoriche e pratiche relative all’esercizio delle funzioni del dirigente, con riferimento sia a quelle di natura giudiziaria che a quelle di amministrazione della giurisdizione (art. 27, comma 3). Tali corsi si sarebbero dovuti svolgere presso le sedi della Scuola attraverso la realizzazione di sessioni di studio tenute da professori universitari, associati, straordinari ed ordinari in materie giuridiche, da magistrati che svolgono funzioni di secondo grado, nonché delle giurisdizioni superiori, ordinaria e amministrativa, anche a riposo, e da avvocati dello Stato con non meno di quindici anni di servizio nominati dal comitato di gestione.

Questo sistema è stato soppresso dalla legge 30 luglio 2007, n. 111 *Modifiche alle norme sull’ordinamento giudiziario* che ha eliminato l’intero sistema dei concorsi per l’accesso a funzioni superiori e diverse che rappresentava il cuore dei compiti affidati alla SSM. Per altro verso, la novella ha specificato che tra le funzioni della Scuola rientra proprio la formazione dei magistrati titolari di funzioni direttive e semidirettive negli uffici giudiziari (art. 2, comma 1, lett. d).

L’obbligo di formare tutti gli aspiranti a funzioni direttive di primo e secondo grado è stato tuttavia introdotto nuovamente con il decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193, *Interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario*, convertito con la l. 22 febbraio 2010, n. 24 (Art. 3-quater).

La novella introduce nel titolo III, dopo il capo II, il Capo II-bis “Corsi di formazione per il conferimento

degli incarichi direttivi di primo e di secondo grado” composto dall’articolo 26-bis. Si prevede così l’obbligatorietà dei corsi di formazione per i magistrati giudicanti e requirenti che aspirano al conferimento degli incarichi direttivi di primo e di secondo grado. Tali corsi sono mirati allo studio dei criteri di gestione delle organizzazioni complesse nonché all’acquisizione delle competenze riguardanti la conoscenza, l’applicazione e la gestione dei sistemi informatici e dei modelli di gestione delle risorse umane e materiali utilizzati dal Ministero della giustizia per il funzionamento dei propri servizi.

Al termine del corso di formazione, il comitato direttivo, sulla base delle schede valutative redatte dai docenti nonché di ogni altro elemento rilevante, indica per ciascun partecipante elementi di valutazione in ordine al conferimento degli incarichi direttivi, con esclusivo riferimento alle capacità organizzative.

Gli elementi di valutazione – che conservano validità per cinque anni - sono comunicati al Consiglio superiore della magistratura per le valutazioni di competenza in ordine al conferimento dell’incarico direttivo.

Possono concorrere all’attribuzione degli incarichi direttivi, sia requirenti che giudicanti, sia di primo che di secondo grado, soltanto i magistrati che abbiano partecipato al corso di formazione.

La legge 17 giugno 2022, n. 71², *Deleghe al Governo per la riforma dell’ordinamento giudiziario e per l’adeguamento dell’ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*, diversamente dalle proposte contenute nel disegno di legge Bonafede e nel testo licenziato dalla commissione Luciani, ha novellato direttamente e con efficacia immediata il d.lgs. n. 26 del 2006, relativo alle funzioni della Scuola.

Il risultato è quello di una riscrittura dell’art. 26-bis³ attraverso l’estensione del suo ambito d’applicazione,

[2] Cfr. la rassegna G. De Marzo, G. Grasso e G. Positano (a cura di), *La riforma dell’ordinamento giudiziario: un percorso ancora incompleto (esame della l. 17 giugno 2022 n. 71)*, *Foro it.*, 2023, 43 ss.

[3] «Art. 26-bis (Oggetto). - 1. I corsi di formazione per i magistrati giudicanti e requirenti che aspirano al conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi di primo e di secondo grado sono mirati allo studio della materia ordinamentale, dei criteri di gestione delle organizzazioni complesse nonché all’acquisizione delle competenze riguardanti la capacità di analisi ed elaborazione dei dati statistici la conoscenza, l’applicazione e la gestione dei sistemi informatici e dei modelli di gestione delle risorse umane e materiali utilizzati dal Ministero della giustizia per il funzionamento dei propri servizi.

1-bis. I corsi di formazione hanno la durata di almeno tre settimane, anche non consecutive, e devono comprendere lo svolgimento di una prova finale diretta ad accertare le capacità acquisite.

2. Al termine del corso di formazione, il comitato direttivo, sulla base delle schede valutative redatte dai docenti nonché di ogni altro elemento rilevante, indica per ciascun partecipante elementi di valutazione in ordine al conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, con esclusivo riferimento alle materie oggetto del corso.

3. Gli elementi di valutazione, le schede valutative redatte dai docenti e la documentazione relativa alla prova finale di cui al comma 1-bis sono comunicati al Consiglio superiore della magistratura per le valutazioni di competenza in ordine al conferimento dell’incarico direttivo.

4. I dati di cui al comma 3 conservano validità per cinque anni.

ia di primo che di secondo grado, soltanto i magistrati che abbiano partecipato al corso di formazione in data non

Cfr. L. NAPOLITANO, *La formazione dei dirigenti*, in AA.VV., *Codice dell’ordinamento giudiziario*, Varese, 2021.

riferendolo anche al conferimento degli incarichi semidirettivi, restando circoscritta alle funzioni di primo e secondo grado e lasciando fuori la legittimità e gli uffici di rilievo nazionale.

Si puntualizzano, inoltre, le caratteristiche dei corsi di formazione, che dovranno avere una durata non inferiore a tre settimane e prevedere una prova finale. Tra le materie che devono formare oggetto di studio entrano a far parte quella ordinamentale, nonché l'analisi e l'elaborazione dei dati statistici. Va segnalato che il 22 dicembre 2021 il Ministero della giustizia, il Consiglio superiore della magistratura e la Scuola avevano siglato un protocollo d'intesa "sulla formazione dei magistrati che rivestono posizioni di responsabilità organizzativa"⁴, anticipando quelli che sarebbero poi diventati contenuti della nuova disciplina.

L'esigenza di estendere e rafforzare questi corsi nasce ora anche dall'obiettivo del pieno raggiungimento degli impegni assunti con il Piano nazionale di ripresa e resilienza.

2. I CORSI DI FORMAZIONE PER DIRIGENTI DELLA SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Se l'incarico dirigenziale non viene affidato più o meno automaticamente al magistrato più anziano e se al dirigente, nominato a tempo, si chiede non solo di rappresentare l'ufficio e di svolgere la consueta attività giurisdizionale, ma di rispondere del buon andamento e dell'efficienza dell'ufficio giudiziario secondo moduli che mettono in evidenza performance e risultati, appare evidente la necessità di costruire percorsi formativi che diano ai dirigenti gli strumenti adeguati per svolgere un incarico sostanzialmente manageriale. Si tratta di compiti e di competenze che non sono richiesti al magistrato quando inizia a svolgere le sue funzioni, al di là dei profili legati all'organizzazione del proprio lavoro e a quelli di più recente introduzione riconducibili al lavoro di *equipe* nell'ambito dell'ufficio per il processo o nei moduli organizzativi della Procura della Repubblica.

La Scuola ha maturato in questi anni una specifica competenza nella realizzazione di corsi per aspiranti direttivi⁵. Pur condividendo con la formazione permanente l'approccio teorico-pratico, la formazione degli aspiranti dirigenti si differenzia dalla prima in ragione delle finalità che le caratterizzano, distinguendosi per la tipologia dei formatori (per la formazione degli aspiranti dirigenti ha visto il coinvolgimento di esperti di organizzazione), per le metodologie utilizzate (non solo alternanza di sessioni plenarie con relazioni frontali, con argomenti proposti in forma casistica allo scopo di realizzare il massimo coinvolgimento dei partecipanti anche durante la fase in plenaria, ed altre organizzate con formazioni di gruppi di lavoro ristretti) e per la deroga al criterio della separazione tra "formazione" e "valutazione", indicata nei principi desumibili dal

[4] https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_7_1.page?contentId=SCA360140

[5] Cfr. L. NAPOLITANO, *La formazione dei dirigenti*, in AA.VV., *Codice dell'ordinamento giudiziario*, Varese, 2021.

contesto internazionale ed europeo⁶.

Le prime iniziative sperimentali furono varate dal CSM prima dell'entrata in funzione della Scuola, allorché la formazione dei dirigenti fu affidata ad alcuni teorici dell'organizzazione.

A partire dal 2012⁷ venne avviato dalla SSM un tavolo tecnico con il CSM nel quale sono stati affrontati i diversi problemi relativi all'individuazione dei destinatari dei corsi e ai contenuti che avrebbero dovuto caratterizzare lo svolgimento.

Le difficoltà riscontrate per un rapido avviamento dei corsi avevano portato alla previsione di un regime transitorio durante il quale era sufficiente avere avanzato la domanda di frequenza del corso. Questo regime è stato prorogato più volte ed è terminato nell'ottobre 2015, quando sono partiti i primi corsi per aspiranti dirigenti secondo le previsioni di legge. Questi corsi hanno avuto da subito un numero significativo di aspiranti (oltre 900, la metà dei quali è riuscita a seguire un corso alla Scuola) anche per l'esigenza connessa a una massiccia sostituzione di dirigenti degli uffici giudiziari in ragione della modifica dell'età pensionabile, portata da 75 a 70 anni.

Questa fase iniziale ha risentito della sperimentazione di moduli inediti, spesso derivanti dall'ambito aziendale e dalla teoria dell'organizzazione. Per espressa scelta metodologica, questi corsi non affrontavano nessuno dei temi che fanno parte dei compiti del dirigente di un ufficio giudiziario, quali il regime tabellare, le valutazioni di professionalità, le spese giudiziarie, l'organizzazione della sicurezza e della salute dei lavoratori del proprio ufficio, etc., temi riservati soltanto a coloro ai quali era già stato affidato l'incarico.

Dopo questa fase iniziale, i corsi successivi hanno posto maggiormente l'accento sulla realtà degli uffici giudiziari, ponendo attenzione alle problematiche dell'organizzazione e della gestione dei rapporti con i magistrati, il personale amministrativo, gli avvocati, le istituzioni e le organizzazioni operanti sul territorio⁸.

Anche in questa seconda fase, la scelta degli esperti formatori - coloro che in concreto sono chiamati dal Comitato direttivo a strutturare il programma - è ricaduta su docenti non magistrati che univano alle competenze in tema di organizzazione e gestione una conoscenza dell'ordinamento giudiziario. Tuttavia in questi corsi, specifico spazio è stato riservato a magistrati dirigenti cui sono state affidate relazioni e testimonianze.

Questa impostazione è stata rivista nell'ultimo quadriennio con l'inserimento tra gli esperti formatori di magistrati in quiescenza che avevano maturato un significativo percorso anche in posizione dirigenziale, sia nel settore giudicante sia in quello requirente. La strutturazione del corso è quindi nata anche con l'apporto di

[6] V. il parere n. 4 del 2003 del CCJE, punto 42 <https://rm.coe.int/1680747d37>. Si veda, per i magistrati in tirocinio, la valutazione finale di cui all'art. 22, comma 1, del d.lgs. 26 del 2006, così come per gli aspiranti dirigenti gli «*elementi di valutazione in ordine al conferimento degli incarichi direttivi, con esclusivo riferimento alle capacità organizzative*» (art. 26-bis).

[7] Relazione finale del Comitato Direttivo sull'attività svolta negli anni 2012-2015, https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/642080/RELAZIONE+FINALE+2012_2015.pdf

[8] Relazione finale del Comitato Direttivo sull'attività svolta negli anni 2016-2019, <https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/642080/Relazione+finale+2016-2019.pdf>

esperti formatori che hanno svolto il ruolo di dirigenti negli uffici giudiziari. Ciò ha determinato un ulteriore passo nella direzione di una maggiore rispondenza dei contenuti del corso all'organizzazione giudiziaria e alle principali questioni che il dirigente dovrà affrontare nella gestione di un ufficio giudiziario

La pandemia di Covid-19 ha determinato che tutte queste attività sono state svolte fino al 2022 esclusivamente con moduli di formazione a distanza attraverso la piattaforma di Microsoft teams.

Il corso⁹ è stato così articolato attraverso la previsione di sei sessioni pomeridiane in cui si sono alternate relazioni frontali, testimonianze e gruppi di lavoro. È stata altresì sperimentata la separazione tra aspiranti requirenti e aspiranti giudicanti per alcune sessioni specifiche.

Le modifiche immediatamente vigenti introdotte dalla legge 71 del 2022 hanno spinto il Comitato a una riflessione ulteriore, essendo nel frattempo stati ampliati tutti i fattori rilevanti: la platea degli interessati (semidirettivi accanto ai direttivi di primo e secondo grado), le materie oggetto del corso (la materia ordinamentale, i criteri di gestione delle organizzazioni complesse, l'acquisizione delle competenze riguardanti la capacità di analisi ed elaborazione dei dati statistici, la conoscenza, applicazione e gestione dei sistemi informatici, la conoscenza, applicazione e gestione delle risorse umane e materiali utilizzati dal Ministero della giustizia per il funzionamento dei propri servizi) e la sua durata, fissata in almeno tre settimane.

È stato così costituito un gruppo di esperti formatori cui hanno partecipato esperti di organizzazione giudiziaria, organizzazione aziendale e management pubblico, statistica, contrattualistica e dirigenti giudiziari in quiescenza.

Questo approfondimento ha portato in tempi brevi al varo di un primo corso¹⁰ (20 marzo – 29 maggio 2023) articolato - anche in considerazione del numero significativo di partecipanti e della necessità di procedere speditamente - su tre settimane consecutive di formazione online, laddove possibile anche con una divisione in gruppi per funzione svolta, e tre giorni di attività in presenza (6 sessioni), dedicati alla trattazione degli aspetti organizzativi e di quelli connessi al PNRR. Il corso ha previsto inoltre alcune attività specifiche sulla gestione delle risorse riservate solamente ai magistrati che aspiravano a ricoprire funzioni direttive. Le attività formative sono state affidate a docenti con varie esperienze professionali.

Il secondo corso realizzato in attuazione della novella contenuta nella legge 71 del 2022 si sta svolgendo in questa parte finale del 2023.

Traendo spunto dall'esperienza del primo corso si è cercato di modulare le sessioni prevedendo dei moduli di formazione asincrona - che richiedono uno studio autonomo di materiali didattici - seguiti da sessioni che si svolgono con webinar in diretta sui vari argomenti del corso per permettere approfondimenti e la formulazione di domande sia prima sia durante la sessione dal vivo con i docenti delle varie tematiche. In questo modo si è cercato di ottimizzare tempi e contenuti, riducendo il numero di sessioni ad orari fissi nella prospettiva di una maggiore flessibilità dei tempi di studio, focalizzando l'attenzione sugli approfondimenti richiesti dagli

[9] <https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/cfc4d69e-d04c-8e88-009f-dbb023c7c3b8>

[10] <https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/90ed37bc-6bd0-5eec-0008-5ef4ed5cf744>

stessi partecipanti. Si è ridotto al tempo stesso il numero dei docenti impegnati che nell'ultimo corso avevano superato le 100 unità.

In tale contesto, la Scuola nazionale dell'amministrazione (SNA) e la Scuola superiore della magistratura (SSM) hanno concluso il 18 luglio 2023 un accordo quadro diretto a realizzare iniziative di collaborazione riguardanti attività di formazione, studi, organizzazione di seminari e conferenze sia per i magistrati, requiranti e giudicanti, sia per il personale dirigenziale tecnico-amministrativo e per il personale tecnico-amministrativo titolare di incarichi direttivi da svolgersi presso le rispettive sedi.

I percorsi formativi avranno a oggetto il funzionamento complessivo degli uffici giudiziari, con particolare riguardo alle relazioni interne, ai rapporti con gli altri uffici giudiziari e, più in generale, con tutti gli altri soggetti del sistema giudiziario e con l'ambiente esterno.

3. PROBLEMI ATTUALI, PROSPETTIVE DI RIFORMA.

Il sistema attuale, basato su corsi obbligatori per il conferimento di tutti gli incarichi direttivi e semidirettivi di primo e di secondo grado, pur favorendo una maggiore diffusione della consapevolezza della cultura dell'organizzazione tra coloro che vi prendono parte, non appare particolarmente efficiente.

Imponente è l'impegno organizzativo richiesto alla Scuola per risorse umane (esperti formatori, docenti, coordinatori, personale amministrativo informatico della Scuola) e materiali impegnate nella progettazione, organizzazione e realizzazione di corsi particolarmente complessi, che abbracciano un numero significativo e diversificato di materie, la cui durata complessiva deve essere di almeno tre settimane.

Questi corsi, inoltre, si rivolgono a una platea molto ampia di aspiranti, specie per gli incarichi semidirettivi, e la deroga recentemente prevista di non prevedere la partecipazione di chi abbia già ricoperto funzioni dirigenziali riduce senz'altro il numero dei partecipanti che rimangono comunque molto superiori a quelli di un corso ordinario (in genere contenuto entro le 90 unità).

Se anche il numero dei partecipanti rientrasse negli schemi fisiologici di un corso ordinario, resta comunque il vincolo della durata delle tre settimane che appare non facilmente conciliabile con la necessità di assicurare, da un lato, la continuità e la funzionalità degli uffici in cui gli aspiranti sono inseriti (impensabile portare fuori dagli uffici ed esonerati dal lavoro per tre settimane di seguito e anche per tre settimane in tempi brevi un numero significativo di magistrati) e, dall'altro, con la necessità per il Consiglio di avere in tempi definiti gli esiti dei corsi per poter procedere al conferimento degli incarichi. La realizzazione di un corso in presenza di quattro sessioni articolate su tre giorni ha costi significativi e la previsione di sessioni di tre settimane tutte in presenza richiederebbe un importante impegno di spesa.

La Scuola ha cercato di affinare e razionalizzare la struttura dei corsi per gli aspiranti ricorrendo a moduli di formazione a distanza che combinano, nell'ultima versione del programma, moduli di formazione asincrona, che richiedono uno studio in autonomia, con momenti di confronto, in maniera sincrona, attraverso incontri in diretta che si svolgono in un'aula virtuale (*webinar*). Per l'ultimo corso si è provveduto anche ad aggiornare la piattaforma *moodle* della Scuola.

Con una presenza così significativa di partecipanti, considerati i limiti temporali in cui le sessioni di uno svolgersi e l'utilizzo di metodologie complesse e combinate, il risultato alla fine, è quello del riconoscimento a chi frequenta il corso del requisito della "legittimazione" a partecipare alla selezione, senza alcuna possibilità da parte della Scuola di effettuare una valutazione approfondita delle competenze acquisite a seguito della frequentazione dei moduli, diversamente da quanto previsto dalla lettera della legge. La stessa prova finale è stata articolata in un sistema di domande a risposta multipla, metodo alla fine ritenuto in concreto maggiormente efficiente rispetto agli obiettivi nei fatti perseguibili e da preferire rispetto alla realizzazione di un compito a casa diversi giorni dopo la conclusione del corso, come avveniva in passato, e che richiedeva significativo impegno anche per la correzione con risultati non sempre apprezzabili.

In definitiva, il corso non può che avere una valenza "informativa" più che formativa.

Quello descritto costituisce un approccio realmente efficiente?

Se l'intento è di formare i dirigenti sarebbe forse preferibile investire le risorse attraverso la previsione di percorsi obbligatori di formazione solo per coloro che hanno ricevuto l'incarico.

Attualmente, soltanto una minima parte di coloro che seguono il corso per aspiranti riceverà poi la nomina e le nozioni contenute in un corso di introduzione per aspiranti sono senz'altro più generiche e meno specifiche di quelle previste per un corso mirato a coloro che risultano nominati. Numeri ridotti di partecipanti e divisione per funzione consentirebbero una maggiore efficienza nell'utilizzo delle risorse e sicuramente risultati migliori di quelli attuali.

Si tratterebbe quindi di spostare l'obbligatorietà dei moduli per aspiranti a quelli per dirigenti appena nominati. Ciò non escluderebbe la possibilità di realizzare dei corsi, questa volta facoltativi, e con numeri di partecipanti più consoni ad un corso di formazione, per aspiranti direttivi.

È questo quello che accade nella quasi totalità dei paesi dell'Unione Europea, ove la presenza di corsi obbligatori presuppone l'effettivo conferimento dell'incarico. Sulla formazione per i dirigenti degli uffici giudiziari, interessanti spunti possono provenire dall'esperienza comparata, ove la Scuola ha condotto uno studio specifico a livello europeo.

Ulteriori elementi possono ricavarsi dallo studio condotto nel 2021¹¹ in occasione dei 10 anni di attività della Scuola. Accanto allo studio sul percorso formativo compiuto nel corso del primo decennio di attività della Scuola superiore della magistratura e al questionario sull'attività di formazione a distanza, il Comitato direttivo ha deliberato di realizzare dei gruppi di discussione (focus group) su alcuni dei settori di maggiore

[11] m_P_QUADERNI_SSMPortlet_INSTANCE_3sVGZNRy1oLF_filedownloadid=3498423"https://www.scuolamagistratura.it/web/portalesm/nuovi-quaderni-ssm-frontend?p_p_id=it_intersistemi_ssm_portlets_quadernissm_P_QUADERNI_SSMPortlet_INSTANCE_3sVGZNRy1oLF&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=https://formation.enm.justice.fr/Pages/Parcours-qualifiants.aspx
https://www.ejtn.eu/fr/Ressources/Good-judicial-training-practices/cacheLevelPage&it_intersistemi_ssm_portlets_quadernissm_P_QUADERNI_SSMPortlet_INSTANCE_3sVGZNRy1oLF_filedownloadid=3498423

impatto delle funzioni attribuite alla Scuola (formazione iniziale, permanente, dirigenti, onorari, formazione a distanza e nuove tecnologie), coinvolgendo componenti dei precedenti Comitati ed esperti che nel corso degli anni hanno partecipato a vario titolo (relatori, tutori, esperti formatori, formatori decentrati, componenti del Comitato scientifico del CSM) alla formazione dei magistrati, sia nel circuito del Csm sia presso la Scuola.

Sulla formazione dei dirigenti, il gruppo di discussione ha suggerito di allargare l'ambito di attività formative rivolte ai "direttivi" ad altre categorie: semidirettivi, dirigenti amministrativi, magistrati non direttivi e forse anche la formazione iniziale.

Si è proposto, a tal fine, di introdurre il tema dell'organizzazione nei corsi di formazione iniziale e permanente per creare nel tempo una sensibilità condivisa sul tema dell'organizzazione degli uffici giudiziari. La direzione di un ufficio non è l'attività del singolo, ma è il coinvolgimento di tutti coloro che possono dare un contributo propositivo ideale e di esperienza.

La formazione di base sull'organizzazione "sdrammatizza" il tema della dirigenza e consente ai colleghi di comprendere quanto è complesso dirigere un ufficio, anche per valutare se questo "mestiere" interessa davvero i magistrati che non svolgono funzioni direttive, ma potrebbero ambire a farlo.

L'estensione di corsi ad altre figure consentirebbe di rendere i magistrati consapevoli di fare parte di un sistema complesso e di non sentirsi come monadi.

Riguardo ai dirigenti amministrativi, è stato sottolineato come il corso sull'organizzazione dovrebbe trattare alcuni ambiti specifici: per esempio, il macrosettore delle attività di tipo amministrativo, che svolge il dirigente; il settore delle relazioni tra il direttivo e la realtà sociale, Consiglio superiore e il Ministero; con le realtà territoriali e questo bagaglio di nozioni deve aggiungersi alle classiche tematiche delle attività di organizzazione.

Il coinvolgimento dei dirigenti amministrativi nella formazione dei magistrati direttivi consente di realizzare la condivisione del ruolo e dei valori.

In relazione ai destinatari dei corsi, è stato evidenziato come direttivi e semidirettivi possono essere ragionevolmente accumulati allo scopo di sfumare e stemperare la separazione tra queste due funzioni e consentire un maggiore coinvolgimento del magistrato con funzioni semidirettive nelle logiche delle scelte del dirigente.

Il semidirettivo è un magistrato che svolge ancora prevalentemente la funzione giurisdizionale ma che ha anche compiti manageriali ed è importante che partecipi alle attività organizzative, come ad esempio per le attribuzioni di cui all'art. 47 quater r.d. n. 12 del 1941, con la consapevolezza che si tratta di un elemento funzionale per il buon andamento dell'ufficio.

I partecipanti al gruppo di discussione hanno evidenziato altresì la necessità di incrementare o stabilizzare l'apporto dei relatori esterni all'ordine giudiziario. È stato sottolineato come il numero degli esperti esterni si è nel tempo assottigliato.

È apparso indispensabile fare riferimento agli esperti dell'organizzazione per conoscere la materia sulla

base di criteri anche diversi rispetto a quelli dell'esperienza fornita dai magistrati che già ricoprono incarichi direttivi e che sono chiamati come relatori.

È inoltre apparso opportuno l'utilizzo di un nuovo linguaggio, quello degli analisti della organizzazione, che trasferiscono le competenze aziendali all'organizzazione giudiziaria e questo aspetto è stato apprezzato soprattutto quando l'approccio è stato concreto e non dottrinario.

Punto di comune convergenza è che vadano senz'altro evitate inutili lezioni teoriche.

Riguardo al corso per gli aspiranti direttivi è stata evidenziata la criticità legata alla varietà di funzioni, essendoci uffici con funzioni completamente diverse, dalla sorveglianza ai minorenni, mentre il corso *ex art. 26 bis d.lgs. n. 26 del 2006* è rivolto alla generalità degli aspiranti interessati a ricoprire funzioni giudicanti e requirenti di primo e secondo grado. Il corso così come previsto dalle fonti primarie consente una prima informazione sulle tematiche che andrebbero approfondite in corsi di secondo livello per gli aspiranti che divengono effettivamente dirigenti.

È stata altresì sottolineata l'opportunità di registrare le relazioni più importanti, da utilizzare nelle giornate di aggiornamento (metodo asincrono) sulle tematiche centrali con chi è già diventato dirigente.

In merito alla struttura del corso, è stato suggerito che il corso per aspiranti direttivi debba mantenere almeno due sessioni del pomeriggio dedicate alla prova, che non possa essere ulteriormente ridotta nella sua durata.

Ulteriori criticità sono emerse in relazione al fatto che nelle delibere del Consiglio superiore spesso non si fa menzione del corso, di come è stato espletato e della valutazione espressa in quella sede.

Si è del pari evidenziato che la qualità degli elaborati è andata peggiorando nel tempo e che l'elaborato finale viene considerato come qualcosa di inutile, con il rischio di caduta della credibilità dell'intera iniziativa formativa.

4. LA FORMAZIONE DEI DIRIGENTI IN EUROPA

La Rete europea di formazione giudiziaria (EJTN), all'interno del gruppo metodologie (*Judicial Training Methods, JTM*), ha avviato da alcuni anni specifici approfondimenti dedicati ai profili della *leadership* e che hanno portato anche all'elaborazione di un manuale di formazione nel 2019¹², oltre a diversi incontri e seminari di studio, mentre un programma specifico è dedicato agli scambi tra capi degli uffici.

Qui va peraltro evidenziata la differenza concettuale tra la formazione alla "leadership", che è stata inserita in un progetto di EJTN, rispetto alla formazione di un buon dirigente giudiziario che non deve essere un "leader" ma un buon organizzatore dell'ufficio.

Per comprendere meglio le attività formative per i dirigenti giudiziari, nel 2023 la Scuola ha deciso di realizzare, in collaborazione con la sede di Bologna dell'Istituto di Informatica Giuridica e Sistemi Giudiziari del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) uno studio comparato sui membri e gli osservatori della Rete

[12] https://www.ejtn.eu/Documents/News%20articles/EJTN_JTM_Guidelines_Leadership_Training_2019.pdf

europea di formazione giudiziaria (EJTN), che racchiude tutte le istituzioni della formazione dei magistrati dei 26 paesi dell'Unione Europea e dei candidati ad entrare nell'Unione¹³.

Accanto alla varietà delle esperienze, delle metodologie utilizzate, che privilegiano soprattutto profili partecipativi e a contenuto teorico-pratico, ciò che emerge in modo evidente è l'assenza di corsi obbligatori per tutti gli aspiranti a un incarico dirigenziale, mentre l'obbligatorietà della formazione per coloro cui è stato effettivamente conferito un incarico di responsabilità direttiva.

Tra le diverse esperienze degli altri istituti di formazione giudiziaria può menzionare quella della Scuola francese della magistratura (*École nationale de la magistrature*, ENM)¹⁴, che figura ormai da un decennio tra le migliori prassi di formazione a livello europeo¹⁵.

In Francia, coloro che vorrebbero avere responsabilità di direzione non sono obbligati a seguire una formazione su questi temi. Tuttavia, l'ENM offre la possibilità di seguire vari corsi di gestione, come il *Cycle approfondi à l'administration, à la gestion et au management*, CAGEM, aperto a un gruppo ristretto di 15 magistrati, su candidatura, che permette di acquisire o sviluppare competenze e conoscenze tecniche di gestione, organizzazione e comunicazione, rendendoli allo stesso tempo consapevoli delle sfide e delle nuove esigenze di gestione. Si tratta, peraltro, di un modello non facilmente replicabile in Italia giacché risente delle specificità del sistema francese, ove l'accesso a determinati percorsi di eccellenza presuppone una lettera di sostegno della candidatura da parte del Presidente del tribunale o del responsabile dell'ufficio.

Tuttavia, quando i magistrati sono nominati presidenti di corte di appello o di tribunale o procuratori, essi sono obbligati a seguire un corso di formazione pertinente alla funzione svolta (ad es. *Nouveaux chefs de cour* o *Nouveaux chefs de juridiction*).

[13] SSM, *La formazione dei direttivi e semidirettivi degli uffici giudiziari in Europa*, https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/1750902/231212_Rapporto_Ricerca_Formazione_Dirigenti_Uffici_Giudiziari_Europa_SSM-CNR_DEF.pdf

Il testo è disponibile anche in versione inglese: SSM, *The Training of Presidents of Courts, Chief Prosecutors, and Judicial Middle Management Positions in Europe*, https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/4549682/240226_Quaderno_en.pdf

[14] <https://formation.enm.justice.fr/Pages/Parcours-qualifiants.aspx>

[15] <https://www.ejtn.eu/fr/Ressources/Good-judicial-training-practices/>

INVIO CONTRIBUTI

Al seguente indirizzo:

www.rivistaidirittovivente.it/invia-il-tuo-contributo.htm

è possibile inviare il tuo contributo che sarà esaminato dal Comitato di redazione che provvederà a contattarti in caso di pubblicazione.

02.2024

rivistaidirittovivente.it