



LA MAGISTRATURA

n° 1 | 2023



**RIVISTA SEMESTRALE ONLINE
A CURA DELL'ASSOCIAZIONE
NAZIONALE MAGISTRATI**

Semestrale – In attesa di registrazione presso il Tribunale di Roma

Anno II, n.1

Rivista a cura dell'Associazione Nazionale Magistrati

C/o Palazzo di Giustizia - Piazza Cavour snc - 00193 Roma

Telefoni: +39 06 6861266 • +39 06 6873812

redazione@lamagistratura.it

Direttore Editoriale: Cecilia Bernardo

Direttore Responsabile: Sabrina Iadarola

Redazione: Stefano Celli - Roberta D'Onofrio - Chiara Gagliano - Aldo Morgigni - Andreina Baccaro

Comitato Scientifico: Niccolò Abriani - Michele Ainis - Franco Anelli - Ferruccio Auletta - Santi Bologna - Antonio Briguglio - Roberto Carleo - Vincenzo Chionna - Fabio Cintioli - Agostino De Caro - Alberto De Vita - Marco Evola - Italo Federici - Pasquale Femia - Pietro Paolo Ferraro - Stefano Fiore - Gianluigi Gatta - Fabrizio Guerrera - Eugenia Italia - Anna Lorenzetti - Rocco Maruotti - Roberto Miccù - Michele Nardelli - Giorgio Pino - Guido Romano - Umberto Ronga - Francesca Ruggieri - Federico Russo - Laura Salvaneschi - Claudio Scognamiglio - Gaetano Silvestri - Roberta Tiscini - Michele Trimarchi - Giancarlo Vecchi - Maria Carmela Venuti.

Revisori: Prof. Silvio Martuccelli, presidente (*Università LUISS*) - Prof. Andrea Abbagnano Trione (*Università del Molise*) - Prof. Antonio Albanese (*Università Cattolica di Milano*) - Prof. Andrea Alberico (*Università di Napoli Federico II*) - Prof.ssa Miriam Allena (*Università Bocconi di Milano*) - Prof. Enrico Al Muredeen (*Università di Bologna*) - Prof. Giuseppe Amadio (*Università di Padova*) - Prof. Giuseppe Amarelli (*Università di Napoli Federico II*) - Dott. Marco Bellante (*Università di Roma Tor Vergata*) - Prof. Roberto Bocchini (*Università Parthenope di Napoli*) - Prof. Carlo Bonzano (*Università di Roma Tor Vergata*) - Prof.ssa Lucia Bozzi (*Università di Foggia*) - Prof.ssa Susanna Maria Cafaro (*Università del Salento*) - Prof. Antonio Caratta (*Università Roma Tre*) - Prof.ssa Cecilia Cardarelli (*Università del Salento*) - Prof. Federico Casolari (*Università di Bologna*) - Prof. Antonio Cetra (*Università Cattolica Milano*) - Prof.ssa Camilla Crea (*Università degli studi del Sannio*) - Prof.ssa Donatella Curtotti (*Università di Foggia*) - Prof.ssa Elena D'Alessandro (*Università di Torino*) - Prof. Giacomo D'Attorre (*Università degli Studi del Molise*) - Prof.ssa Elisa De Belvis (*Università Padova*) - Prof.ssa Angela Della Bella (*Università di Milano*) - Prof.ssa Lucia Antonietta Di Bitonto (*Università di Camerino e Università LUISS di Roma*) - Prof. Giovanni Di Rosa (*Università di Catania*) - Prof.ssa Vera Fanti (*Università di Foggia*) - Prof. Giuseppe Fauceglia (*Università di Salerno*) - Avv. Alberto Figone (*Aiaf*) - Prof.ssa Erika Giorgini (*Università Politecnica delle Marche*) - Prof. Marco Gradi (*Università di Messina*) - Prof. Mauro Grondona (*Università di Genova*) - Prof.ssa Monica Lugato (*LUMSA*) - Prof.ssa Manuela Mantovani (*Università di Padova*) - Prof.ssa Elena Marinucci (*Università Statale di Milano*) - Prof. Luca Masera (*Università di Brescia*) - Prof. Vincenzo Mongillo (*Unitelma Sapienza*) - Prof.ssa Teresa Maria Moschetta (*Università Roma Tre*) - Prof. Andrea Nervi (*Università di Sassari*) - Prof. Vincenzo Pinto (*Università di Pisa*) - Prof. Saverio Ruperto (*Università La Sapienza di Roma*) - Prof. Giandomenico Salcuni (*Università di Foggia*) - Avv. Giulia Sarnari (*Aiaf*) - Avv. Mariacarla Serafini (*Aiaf*) - Prof. Michele Sesta (*Università di Bologna*) - Prof. Marco Speranzin (*Università di Padova*) - Prof. Ferruccio Tommaseo (*Università di Verona*) - Prof.ssa Valeria Torre (*Università di Foggia*) - Prof. Andrea Tripodi (*Università di Macerata*) - Prof.ssa Loredana Tullio (*Università degli studi del Molise*) - Prof. Michele Vellano (*Università di Torino*) - Avv. Valeria Vezzosi (*Aiaf*) - Prof.ssa Mariacristina Zarro (*Università Politecnica delle Marche*) - Prof. Salvatore Ziino (*Università di Palermo*).

La pubblicazione degli articoli sulla rivista semestrale La magistratura è subordinata alla valutazione positiva del Comitato dei referees.

I contributi devono essere inviati all'indirizzo redazione@lamagistratura.it. I contributi ricevuti sono valutati in forma anonima secondo le regole di referaggio della Rivista, dandone riscontro agli autori. Non si pubblicano contributi già apparsi in altre riviste.

Tutto il materiale pubblicato sul sito www.lamagistratura.it è protetto da copyright © Anm.

È consentita la riproduzione parziale citando la fonte. Tutti gli articoli firmati sono protetti dalla legge 633/1941 sul diritto d'autore.

Indice

pg. 6 **EDITORIALE**

di Cecilia Bernardo e Sabrina Iadarola

PROCEDURA CIVILE

pg. 9 La proposta ex art 185 bis cpc. L'esportabilità del metodo conciliativo e l'esperienza della Banca Dati Digitale Conciliativa

di Adriano Del Bene

pg. 19 Il neo-introdotta principio di chiarezza e sinteticità degli atti del processo civile: nihil sub sole novum?

di Federica Ferreri

pg. 27 Il rinvio pregiudiziale in Cassazione

di Guido Romano

PROCEDURA PENALE

pg. 43 La "nuova" messa alla prova

di Angelo Salerno

pg. 55 Il ruolo del pubblico ministero nell'esecuzione delle pene pecuniarie e delle confische dopo la "riforma Cartabia"

di Guido Rispoli

PERSONE MINORI FAMIGLIA

pg. 67 La riforma del Processo Civile: un primo commento sulle difficoltà applicative al rito minorile dal punto di vista di un Pubblico Ministero

di Roberta Del Giudice

Two Girls Reading

(Deux Enfants Lisant)

Pablo Picasso

Data: March 28, 1934

Tecnica: oleografia su tela

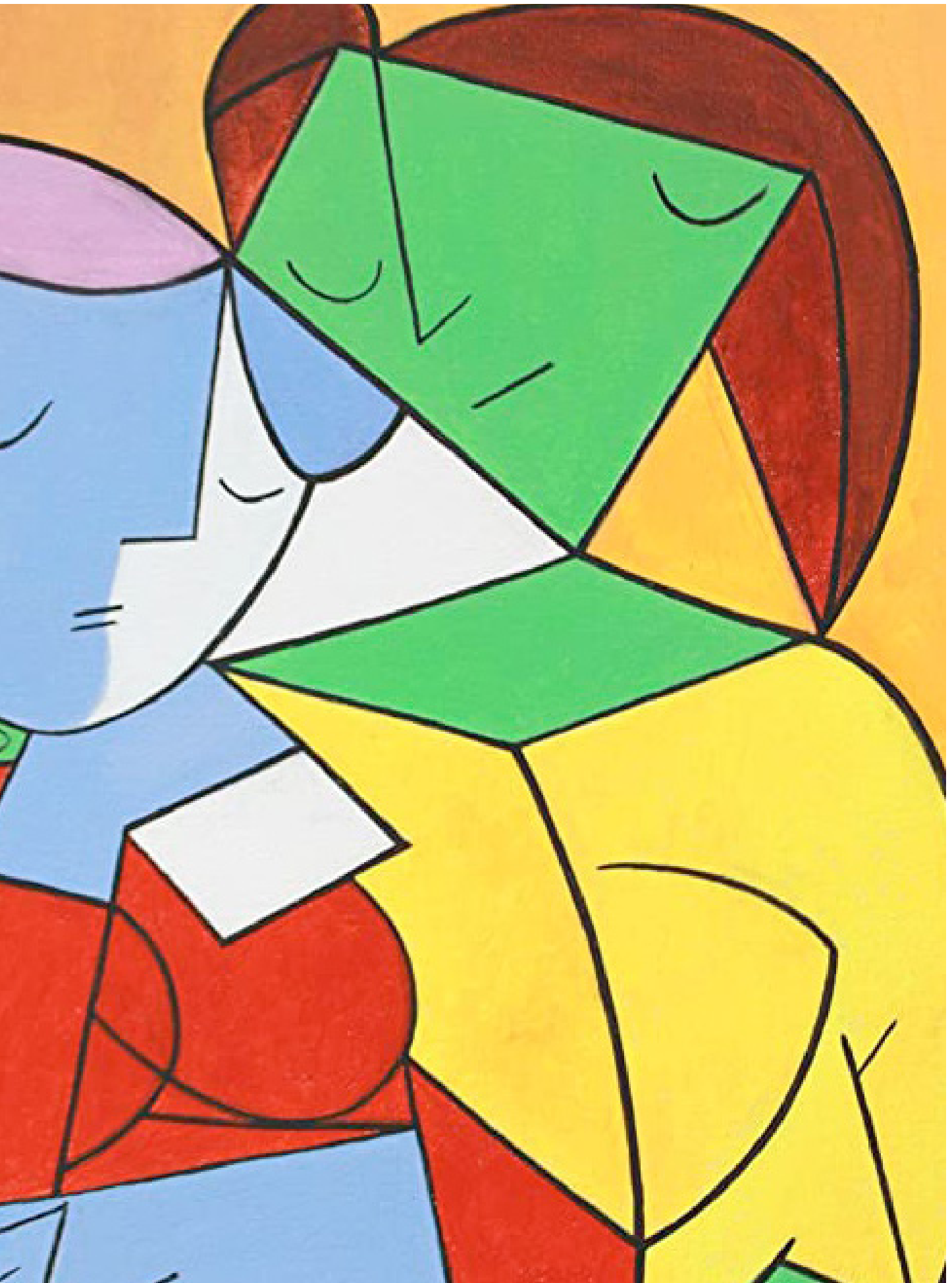
Sito: University of Michigan

Museum of Art

La rivista La Magistratura dedica la copertina del suo primo numero del 2023 a Pablo Picasso, a 50 anni dalla morte del pittore. Il dipinto in copertina è "Two girls reading - Due ragazze che leggono", opera risalente al 1934 di Pablo Picasso, dal 1994 al Museo d'arte dell'Università del Michigan. Le due donne, assorte e sorprese in un momento intimo e profondo, ci restituiscono l'idea di un punto di comunione e di convergenza che avviene nello scritto che entrambe reggono.

Metaforicamente la scelta dell'immagine vuol ricondurre alle due riforme del processo civile e del processo penale richiamate nell'editoriale di questo numero, avvolte tra loro tra entrata in vigore e tempi di slittamento. Per il processo penale il D.lgs. della riforma Cartabia è in vigore dal 30 dicembre scorso, mentre per il processo civile il Governo, con la manovra approvata a dicembre 2022, ne ha anticipato l'operatività al 28 febbraio.





Editoriale

Dedichiamo il primo numero del 2023 de La magistratura principalmente all'esame di alcune delle positive innovazioni introdotte nel mondo della giustizia, che segnano la chiusura di uno dei cantieri più ambiziosi aperti dalla ministra della Giustizia Marta Cartabia, nella primavera del 2021, nate con l'obiettivo di elaborare le innovazioni necessarie a conseguire i target fissati dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Cantiere chiuso, e ciononostante ancora tutto in evoluzione, visto che le due riforme, al di là del lodevole obiettivo, non sono esenti da criticità o da ostacoli dettati dalla possibile piena attuazione.

Con due coevi decreti legislativi, il d.lgs. n. 149 ed il d.lgs. n. 150 del 10 ottobre 2022, il Governo ha dato attuazione alle deleghe per la riforma del processo civile e del processo penale, conferite rispettivamente con la l. n. 206 e con la l. n. 134 del 2021.

Analogamente alla parallela riforma del processo penale, la l. n. 206 del 2021 presenta un duplice contenuto: da una parte delega il Governo alla riforma del processo civile, dettando specifici principi e criteri direttivi, e dall'altra modifica direttamente alcune disposizioni sostanziali e processuali relative ai procedimenti in materia di diritto di famiglia, esecuzione forzata e accertamento dello stato di cittadinanza. I principali obiettivi perseguiti dalla legge delega sono quelli della semplificazione, della speditezza e della razionalizzazione del rito civile in tutte le sue fasi, al fine di perseguire il valore della effettività della tutela giurisdizionale.

L'intervento complessivo non è integralmente sostitutivo del codice e delle altre fonti dell'ordinamento processuale civile, ma si presenta come una organica revisione del processo civile di cognizione e degli ulteriori modelli giudiziali e stragiudiziali. Ciò ha reso necessaria un'attenta opera di coordinamento con le disposizioni vigenti, con l'adozione delle conseguenti abrogazioni e delle opportune disposizioni transitorie.

Tra le novità più importanti relative ai

principi generali, va ricordata la codificazione dei principi di chiarezza e sinteticità, la stabilizzazione dell'udienza a distanza e dell'udienza cartolare, quali modalità alternative all'udienza in presenza, nonché l'implementazione del processo civile telematico, con l'introduzione dell'obbligatorietà del deposito telematico di tutti gli atti delle parti e dell'obbligatorietà delle notifiche pec da parte degli avvocati, nei casi in cui il destinatario sia obbligato a munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata, ovvero quando, pur non essendo obbligato, abbia esercitato la facoltà di eleggere domicilio digitale.

Rilevanti sono anche gli interventi sulla fase introduttiva, al fine di garantirne una maggiore concentrazione. Lo scopo è di giungere alla prima udienza in una situazione in cui il giudice sia in grado di valutare al meglio quale direzione imprimere al processo (effettuare il tentativo di conciliazione, disporre il mutamento nel rito semplificato, ammettere le prove e procedere alla relativa assunzione ovvero valutare che la causa sia matura per la decisione). Per poter raggiungere tale obiettivo, è necessario che, al momento della prima udienza, il thema decidendum ed il thema probandum siano già completamente definiti. A tal fine, l'impianto della riforma prevede una inversione rispetto alla precedente scansione dei tempi processuali, nel senso che le memorie scritte, con le quali le parti definiscono la loro attività assertiva ed avanzano le istanze istruttorie, non vengono più depositate successivamente all'udienza di prima comparizione, con termini a decorrere da essa, ma, al contrario, devono essere depositate prima dell'udienza di prima comparizione, entro termini da calcolarsi a ritroso da essa.

Sono stati, poi, introdotti nuovi strumenti, finalizzati all'accelerazione e semplificazione dell'iter procedimentale e della definizione del giudizio, quali le ordinanze provvisorie, di accoglimento o di rigetto delle domande, e il procedimento semplificato di cognizione.

Altra importante novità è rappresentata

dal rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione da parte del giudice di merito, introdotto dall'art. 363 bis c.p.c., che attribuisce nuovo valore alla funzione nomofilattica della Suprema Corte. Il nuovo strumento consente di ottenere, in via anticipata rispetto allo svolgimento di tutti i gradi di giudizio, l'enunciazione di un principio di diritto su una questione che sia necessaria alla definizione anche parziale del giudizio, che non sia stata ancora risolta dalla Corte di cassazione, che presenti gravi difficoltà interpretative e che sia suscettibile di porsi in numerosi giudizi.

Analogo percorso ha seguito il decreto legislativo attuativo della riforma del processo penale, delegata al Governo con la l. n. 134 del 2021. Il d.lgs. n. 150 del 2022 rappresenta la prima riforma organica del codice di procedura penale del 1989. Come per il processo civile, anche in questo caso l'intervento complessivo non è integralmente sostitutivo del codice, ma ha comportato la modifica di un rilevante numero di articoli e l'introduzione di nuovi istituti, come la giustizia riparativa, o la sensibile innovazione di istituti già presenti, come le sanzioni sostitutive, confluite nella nuova categoria delle pene sostitutive delle pene detentive brevi.

Anche nella riforma penale, l'implementazione del processo penale telematico ha rappresentato uno dei principali settori di intervento della legge che ha delegato il Governo ad introdurre nuove norme per favorire l'efficienza e la celere definizione dei procedimenti giudiziari. Stabilizzando alcune delle innovazioni introdotte con la normativa emergenziale per il contenimento della pandemia da Covid-19, è stato previsto il ricorso generalizzato alle notifiche ed alle comunicazioni telematiche degli avvisi e dei provvedimenti; il deposito telematico di atti, documenti ed istanze, nonché la remotizzazione delle udienze, l'ampliamento delle ipotesi di videoregistrazione o fonoregistrazione di singoli atti ovvero di intere udienze. Ciò per esigenze di speditezza (sostituendo alla macchinosa verbalizzazione riassuntiva la trascrizione di quanto registrato),

ma anche per garantire il controllo sul rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nell'atto e sulle modalità di assunzione della prova.

Tra gli interventi più significativi della riforma del processo penale, va indubbiamente menzionata l'introduzione dei criteri di priorità per la trattazione delle notizie di reato e per l'esercizio dell'azione penale, nonché l'innovazione della disciplina dell'udienza preliminare. In particolare, oltre alla riduzione del numero dei reati per i quali è prevista l'udienza preliminare, è stata modificata la regola di giudizio che il giudice per l'udienza preliminare deve applicare per emettere la sentenza di non luogo a procedere; è stato introdotto un controllo del medesimo giudice sull'imputazione formulata dal pubblico ministero e sono stati previsti nuovi termini e diverse formalità per la costituzione di parte civile.

Come accennato nell'incipit, in questo numero troverete molteplici spunti di riflessione, sia in campo civile che in campo penale, nell'intento, degli autori e della rivista stessa, di seguire sul campo le prime applicazioni concrete dei nuovi impianti normativi e di arricchire, con i nostri interventi, il dibattito giuridico, verificando se le profonde riforme processuali abbiano contribuito all'accelerazione dei processi e dei tempi di definizione delle controversie. Consapevoli, tuttavia, che la durata dei giudizi non dipende tanto dal numero delle udienze istruttorie che si svolgono durante una controversia giudiziale, quanto, piuttosto, dall'equilibrato rapporto tra le risorse umane disponibili ed il numero dei procedimenti in entrata. Finché tale rapporto non sarà equilibrato, intervenendo innanzitutto sulle scoperture degli organici e sulla razionale distribuzione delle risorse sul territorio nazionale, in maniera adeguata rispetto alla domanda di giustizia, ogni riforma processuale, anche quella più innovativa, sarà destinata a fallire.

di Cecilia Bernardo e Sabrina Iadarola



Procedura civile

La proposta ex art 185 bis cpc. L'esportabilità del metodo conciliativo e l'esperienza della Banca Dati Digitale Conciliativa



di Adriano Del Bene

Magistrato in servizio presso la III sezione civile
Specializzata per l'Impresa

It

Il presente contributo intende lumeggiare la disciplina che regola il potere di formulazione di una proposta conciliativa o transattiva da parte del giudice al fine di suggerire una riflessione sui metodi di Alternative Dispute Resolution e sulla possibilità offerta dagli stessi da una parte di deflazionare il contenzioso dall'altra di sperimentare un approccio del giudice lontano dalla "cultura del conflitto".



Relazione conflittuale – conciliazione - progetto negoziale – condivisione - soluzione vertenza – strumento deflattivo – giustizia partecipata

Eng

This paper is about the discipline ruling the possible conciliatory or settlement agreements proposed by the judge, in order to recommend the methods of the Alternative Dispute Resolution. These methods allow to deflate the controversy on one hand, and to try an approach which is far from the "culture of conflict" on the other.



Conflict relationship, conciliation, negotiation, alternative dispute resolution, deflated instrument, participatory justice

Sommario

1. Introduzione; 2. Precedenti legislativi ed iter normativo; 3. Disciplina e funzione dell'istituto; 4. Momento di formulazione della proposta; 5. Il progetto della Banca Dati Digitale Conciliativa; 6. Conclusioni.

1. Introduzione

L'art. 77 del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, c.d. "Decreto del fare" (convertito nella legge n. 98 del 2013) ha introdotto l'art. 185-bis c.p.c. rubricato "*Proposta di conciliazione del giudice*", che affida al giudice il potere discrezionale di formulare alle parti "una proposta transattiva o conciliativa, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto".

Nell'originaria formulazione della norma prima della conversione in legge, era espressamente previsto che il giudice, sulla falsariga del tentativo obbligatorio di conciliazione nel processo del lavoro di cui all'art. 420 c.p.c. (che rappresenta la norma di riferimento, tanto che in dottrina è stato detto che l'art. 185 bis è nato per "partenogenesi" dall'art. 420 c.p.c.) formulasse in via obbligatoria alle parti una proposta conciliativa o transattiva. In sede di conversione, tuttavia, il legislatore ha ritenuto che tale snodo processuale dovesse essere rimesso alla valutazione discrezionale del giudicante, tenendo conto - ove si convincesse di utilizzare il predetto strumento processuale - di precondizioni che tendenzialmente dovrebbero favorire una composizione bonaria della lite (natura del giudizio, valore della controversia, esistenza questioni di facile e pronta soluzione di diritto).

La disposizione è entrata in vigore dal 22 giugno 2013, ex art. 86 del predetto decreto ed in mancanza di una disciplina transitoria, nonché in virtù del principio *tempus regit actum*, è risultata applicabile anche ai processi già pendenti (cfr. Trib. Roma. 23.09.2013 e Trib. Nocera Inferiore, 27.08.2013).

A differenza della *mediazione obbligatoria* - istituito teso a prevenire il ricorso allo strumento processuale, demandando la composizione della controversia ad un soggetto terzo - l'art. 185-bis c.p.c. è destinato ad operare nel corso del giudizio già instaurato, affidando al giudice un potere conciliativo affinché il processo non giunga al suo fisiologico esito, e cioè la pronuncia giudiziale sul fondamento della domanda.

Invero, non vi è dubbio che l'approdo che ha condotto nel 2013 il legislatore a dotare il giudice di questo ulteriore strumento di Alternative Dispute Resolution è il portato di un processo che sin dagli anni 80 (con particolare riferimento all'esperienza giuridica statunitense) cerca di affiancare alla definizione delle liti secondo il modello tradizionale della pronuncia giurisdizionale, un metodo alternativo di soluzione delle controversie, che affonda le radici in una visione diversa del conflitto tra i contendenti del processo, in cui non esiste soltanto l'aspetto patologico del contrasto che genera la lite, ma che favorisca al contrario un terreno di incontro, nel quale il giudice dismette il ruolo di *statutor* ed assume quello di *mediator*, pur conservando la sua funzione istituzionale (e quindi facendo valere l'autorità della toga) per far convergere le parti verso una soluzione condivisa della lite.

Come è stato puntualmente evidenziato dalla dottrina più attenta che ha approfondito il fenomeno conciliativo, gli strumenti di risoluzione alternativa del contenzioso (tra i quali negli ultimi anni sembra essersi affermato con una certa preponderanza quello della proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c.) non si pongono soltanto l'obiettivo del decongestionamento della giustizia civile (sommersa da un incremento della domanda di giustizia sulla quale non sembra in grado minimamente di incidere il decisore politico), ma potrebbero assolvere anche una funzione di allargare l'accesso alla giustizia ai ceti meno abbienti, che non sempre hanno i mezzi e spesso la convinzione e la fiducia di affrontare serenamente i tempi lunghi della giustizia civile.

E ciò anche in ragione del fatto che la cronica e sistematica lentezza della giustizia civile che trova la propria genesi come detto nell'esorbitante ed ingestibile aumento della domanda, è alimentata anche dall'utilizzo strumentale delle forme processuali (abuso del processo, eccessiva procedimentalizzazione e frammentazione delle cause, approccio spesso burocratico alla funzione degli stessi magistrati) che non favoriscono in alcun modo una più celere risoluzione delle controversie.

Peraltro, è stato correttamente opinato che favorire gli strumenti alternativi per la risoluzione delle dispute non equivale a "privatizzare" il monopolio dello Stato nell'opera di distribuzione dei torti e delle ragioni ma significa sondare il campo per una definizione amichevole della lite insorta o insorgenda su diritti disponibili.

Le ADR, quindi, non si sostituiscono al potere del giudicante di decidere la *res litigiosa* ma forniscono strumenti per le parti per attenuare o spegnere il conflitto in via pattizia. Ed in tal senso il contributo che offre il giudice nella sua veste di *mediator* ai sensi dell'art. 185 bis c.p.c. è diretto a realizzare quest'obiettivo nella medesima sede processuale.

2. Precedenti legislativi ed iter normativo

La conciliazione di cui all'art. 185-*bis* trova il principale precedente legislativo - come illustrato nel paragrafo precedente - nell'art. 420 c.p.c., che disciplina il tentativo *obbligatorio* del giudice del lavoro di comporre la lite attraverso una proposta transattiva o conciliativa. A differenza del 185-*bis* c.p.c., dunque, nel processo giuslavoristico il giudice ha l'obbligo di tentare la conciliazione formulando alle parti una proposta, il cui ingiustificato rifiuto costituisce comportamento *valutabile ai fini del giudizio*.

Con la legge n. 353/1990, inoltre, il tentativo di conciliazione giudiziale era stato introdotto anche nel processo ordinario di cognizione all'art. 183 c.p.c., per poi essere abolito dalla legge n. 80/2005.

Altro precedente legislativo può rinvenirsi nell'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 5 del 2005 (rito societario, come noto poi abrogato), che così recitava: *"Quando nel decreto è contenuto l'invito alle parti a comparire di persona, il presidente le interroga liberamente ed esperisce, se la natura della causa lo consente, il tentativo di conciliazione, eventualmente proponendo soluzioni di equa composizione della controversia. Nel relativo verbale è dato comune atto delle posizioni assunte dalle parti. Ove il tentativo non abbia esito positivo, il tribunale può tenerne conto ai fini della distribuzione delle spese di lite, anche ponendole, in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa che non è comparsa o che ha rifiutato ragionevoli proposte conciliative. Se il tentativo riesce, il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo anche per la consegna di cose mobili o il rilascio di immobili, nonché per l'esecuzione di obblighi di fare e non fare"*.

Ed ancora, analizzando gli strumenti di ADR attualmente vigenti, occorre soffermarsi sul rapporto tra la conciliazione proposta dal giudicante *ex art. 185-*bis* c.p.c.* e quella di cui all'art. 185 c.p.c., per poi valutare come tali previsioni siano tra loro compatibili.

In primo luogo, il tentativo di conciliazione *ex art. 185 c.p.c.* che presuppone una richiesta congiunta delle parti può essere esperito dal giudicante in qualunque stato e grado del processo, anche in appello; lo strumento di cui all'art. 185-*bis*, invece, è utilizzabile (secondo una parte della dottrina) solo con riguardo al processo di primo grado, avendo quale limite invalicabile l'esaurimento della fase istruttoria.

La conciliazione *ex art. 185*, inoltre, a differenza della proposta di cui all'art. 185-*bis*, costituisce la naturale prosecuzione dell'interrogatorio libero delle parti *ex art. 117 c.p.c.*; tuttavia, anche la proposta *ex art. 185-*bis** può nascere dall'oralità, e quindi da un confronto "dal vivo" tra le parti, non quale provvedimento preso *ex abrupto* dal giudicante. O meglio nulla esclude che il giudice istruttore all'esito della lettura degli atti introduttivi possa formulare già un progetto di conciliazione da sottoporre ai contendenti ed ai loro procuratori alla prima udienza di trattazione; tuttavia non vi è dubbio che la capacità di far emergere nel contraddittorio delle parti i reali interessi in gioco può essere di ausilio per focalizzare quel punto di incontro e di equilibrio che rappresenta il momento in cui le stesse parti si spogliano dell'animosità che le ha condotte nell'agone processuale per ragionare in termini di composizione bonaria ed amichevole della lite.

La dottrina si è però interrogata se l'art. 185-*bis* debba essere considerato come una "continuazione" di quanto disciplinato all'art. 185 c.p.c., ovvero totalmente avulso da tale previsione. Si ritiene di aderire alla prima interpretazione dell'istituto, che proprio valorizzando l'oralità e lo scambio informativo tra il giudice e le parti che si realizza soprattutto con l'interrogatorio libero delle parti, pone in relazione il tentativo di conciliazione con un ruolo di maggiore iniziativa dello stesso giudicante che culmina nella proposta *ex art. 185 bis*.

E ciò per la prevalente considerazione che qualora si trattasse di un'autonoma modalità di svolgimento della conciliazione, svincolata quindi dai tempi e dalle modalità di cui all'art. 185 c.p.c., il giudice sarebbe tenuto a formulare la proposta ai difensori, anziché alle parti, incidendo sull'efficacia della proposta stessa e, dunque, sulla riuscita dell'istituto stesso.

Invero, la proposta di cui all'art. 185-*bis* deve essere considerata quale naturale prosecuzione dell'art. 185 c.p.c., meglio ancora una sorta di evoluzione di quel momento conciliativo che il giudicante trasforma raccogliendo gli stimoli comunicativi forniti dalle parti ed implementando l'ascolto empatico delle stesse nella proposta che verrà formalizzata in udienza oppure a seguito di riserva.

L'originaria versione dell'art. 185-*bis* introdotta dal d.l. 69/2013 presentava diversi elementi in comune con i summenzionati precedenti legislativi, tra cui, in particolare, il

tentativo di conciliazione disciplinato ex art. 420 c.p.c.

Difatti, era previsto l'*obbligo* per il giudice di formulare la proposta conciliativa ed inoltre che il rifiuto senza giustificato motivo della citata proposta costituisse *comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio*, indipendentemente dalla coincidenza della proposta in questione con la decisione finale.

Con la legge di conversione, invece, la norma ha subito due modifiche di rilievo, assumendo una maggiore autonomia rispetto ai precedenti già esistenti nel sistema ordinamentale:

l'eliminazione dell'obbligatorietà ("il giudice [...] *deve* formulare alle parti una proposta transattiva o conciliativa"), attraverso l'introduzione della locuzione "*ove possibile*";

l'eliminazione dell'inciso per cui il rifiuto ingiustificato della proposta avrebbe costituito un comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio.

La nuova formulazione dell'istituto, pertanto, da un lato - abbandonando l'obbligatorietà della proposta - lascia il campo alla *discrezionalità e sensibilità* del giudicante nell'utilizzare tale strumento processuale, dall'altro libera le parti dal *vincolo* della proposta che derivava inevitabilmente dalla "valutazione negativa del rifiuto".

3. Disciplina e funzione dell'istituto

Lo strumento di cui all'art 185-*bis* può essere applicato sia nei giudizi a cognizione ordinaria aventi ad oggetto diritti disponibili, sia nei procedimenti cautelari (prevedendo la definizione conciliativa a tutto tondo anche del giudizio di merito da instaurare o già instaurato), sia nei procedimenti sommari ex art. 702-*bis*.

La modalità di formulazione della proposta non è normativamente regolamentata, pertanto, il contenuto della stessa è *atipico*. Il dato legislativo non prevede che la proposta formulata dal Giudice ai sensi dell'art. 185-bis cpc debba essere motivata. Invero, l'apparato motivazionale dei provvedimenti giurisdizionali è funzionale alla loro impugnazione.

Atteso che la convergenza delle parti su un'ipotesi conciliativa o transattiva presuppone la decisione di porre fine alla lite, non vi è alcun interesse delle parti ad impugnare, fatta eccezione per quelle proposte che intervengono su materie inerenti a diritti indisponibili.

Parte della dottrina con riferimento in generale agli strumenti conciliativi ha auspicato la previsione di un sistema di controlli volti a verificare la tenuta e legittimità del percorso transattivo anche al fine di valutarne l'eventuale impugnazione e quindi caducazione.

Tuttavia, con specifico riferimento alla proposta formulata ai sensi dell'art. 185 bis c.p.c., occorre focalizzare l'attenzione sulla natura trilaterale della proposta che vede il giudicante in funzione di impulso e di "ratifica" dell'accordo in caso di esito positivo. E comunque la sede processuale in cui si inverte l'assetto condiviso della controversia con gli esiti più svariati per la definizione del giudizio (rinuncia agli atti del giudizio ex art. 306 c.p.c., verbale di conciliazione giudiziale con dichiarazione di estinzione del giudizio o cancellazione ed estinzione ex art. 309 c.p.c. in caso di abbandono della causa) lascia impregiudicata la possibilità di impugnazione laddove residui un interesse delle parti.

Quanto al procedimento, la proposta conciliativa o transattiva potrà essere veicolata tramite apposita ordinanza, con la fissazione di una udienza ad *hoc* in cui si invitano le parti a comparire personalmente; ovvero, può essere formulata dal giudice in udienza, oralmente e quindi inserita nel processo verbale. La ratifica dell'accordo conciliativo nel verbale di udienza ne consente l'utilizzo come titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c. (cfr. Trib. Nocera 07.11.2013).

Nel momento in cui l'accordo è raggiunto, l'esito processuale che ne deriva può essere una pronuncia di estinzione del giudizio (qualora le parti procedano alla rinuncia agli atti con relativa accettazione ex art. 306 c.p.c. oppure sia espressamente previsto nel verbale di conciliazione) ovvero - qualora le parti optino per la mancata comparizione ad un'udienza successiva - un'ordinanza di cancellazione della causa ex art. 309 c.p.c.

La norma, inoltre, distingue due diverse tipologie di proposte che il giudice ha il potere,

alternativamente, di formulare: l'una "conciliativa" e l'altra "transattiva".

La proposta *transattiva*, ex art. 1965 c.c., presenta una natura prettamente contrattuale, e comporta reciproche concessioni tra le parti per porre fine alla controversia *già incominciata*; la proposta conciliativa, invece, consiste in una modalità di composizione della lite dai contenuti più svariati (rinuncia, riconoscimento consacrato in un processo verbale in cui si dà atto dell'incontro delle volontà delle parti). Quest'ultima, pertanto, a differenza della transazione, può prescindere dai *petita* delle parti, mirando alla soddisfazione degli interessi in gioco (cfr. Trib. Milano del 27.11.2013).

Sembrerebbe che la proposta transattiva per la sua connotazione negoziale trovi la sua origine al di fuori del processo sebbene comporti poi - una volta intervenuta la definizione della lite - un provvedimento idoneo processualmente a porre fine al giudizio, potendo peraltro assumere portata definitiva generale del contenzioso tra le parti.

L'emersione delle ragioni del contrasto è senza dubbio la chiave di volta per il buon risultato della proposta; è necessario, a tal fine - come anticipato - favorire un dibattito tra le parti. Spetta al giudicante riuscire ad instaurare una relazione di fiducia con i contendenti per innescare una reale dialettica tra attore e convenuto e consentire al magistrato di districare la complessa relazione conflittuale tra le parti.

L'esito positivo della proposta ex art. 185-bis è garantito dall'*ars mediandi* del giudice, ovvero dalla capacità di calibrare la proposta sulla specifica *res litigiosa*; difatti, spesso, le proposte "onnicomprensive" del conflitto tra le parti - con le quali si intende dare soluzione, ad esempio, anche a giudizi connessi pendenti - sono fallimentari, poiché ambiscono a prefigurare una composizione del conflitto a 360 gradi, che complica non poco l'opera del giudice.

Non è revocabile in dubbio che l'esito positivo della proposta in esame possa essere condizionato dalla particolare sensibilità del giudicante, che possa cogliere anche le dinamiche psichiche che animano i contendenti. Il ruolo del giudicante nell'assumere la funzione di *mediator* presuppone una certa capacità di ascolto empatico e non formale anche per addivenire a fornire un *consilium* all'attore ed alla controparte, che si devono sentire guidate dal magistrato verso una soluzione condivisa.

Illuminante quella posizione della dottrina che ha colto la funzione di mediazione che deve svolgere il giudice anche ai sensi dell'art. 185 bis c.p.c. in uno sforzo intuitivo di saper leggere dentro le situazioni di conflitto per sfrondare l'aspetto patologico del contrasto e così addivenire con il dialogo alla soluzione della vertenza.

Non risulta corretto qualificare la proposta conciliativa ex art 185-bis come una specie di sentenza "allo stato degli atti": difatti, sebbene come anticipato sia necessaria un'accurata conoscenza della controversia al fine di pervenire al migliore assetto condiviso tra le parti, essa non potrà mai sovrapporsi alla decisione sul merito; difatti, in tal caso, mancherebbe il presupposto per la proposizione di una proposta conciliativa e sarebbe necessario dare al giudizio il suo fisiologico esito.

Ciò premesso, affinché la proposta conciliativa raggiunga lo scopo prefissato, è altresì importante che l'accordo sia maggiormente conveniente per le parti, e dunque il risultato ottenuto più appetibile di quanto possa essere riconosciuto in sentenza, soprattutto con riguardo alla durata del processo e dunque alle tempistiche con cui solitamente si giunge alla definizione della controversia.

Di certo il principale vantaggio di cui godono le parti è la "riduzione dei tempi processuali", che viene però compensato dalla riduzione delle pretese economiche.

Si può concludere, pertanto, che tale strumento deflattivo presuppone l'intervento del giudice nell'ottica di spronare e convincere le parti ad addivenire ad un bonario componimento della lite. Difatti, la finalità principale perseguita dall'istituto è quella di coadiuvare le parti a pervenire ad un progetto negoziale e, quindi, alla regolamentazione di un assetto condiviso di interessi per la pacifica risoluzione della controversia.

Inoltre, non va dimenticato che la proposta conciliativa, nei processi in cui sia superato il termine di *ragionevole durata*, anche laddove non consenta di pervenire alla definizione della lite, produce comunque il risultato di escludere la possibilità per le parti che l'avessero rifiutata di richiedere l'indennizzo introdotto e riconosciuto in base alla legge n. 89/2001 (c.d. legge Pinto).

Infine, sebbene sia fondamentale la figura del giudice "mediatore", che sia in grado di impersonare "il volto umano della giustizia" tuttavia, il buon esito della proposta passa

inevitabilmente per la responsabilizzazione dei difensori, ai quali è affidato il delicato compito di veicolarla e condividerla con i propri clienti. In particolare, si condivide quell'opinione che ritiene che per un esito positivo della proposta formulata dal giudice i difensori "debbono acquisire...una diversa cultura facilitativa e trasformativa, non rigidamente *adversarial* e aggiudicativa".

4. Momento di formulazione della proposta

La norma individua un ampio arco temporale nella struttura funzionale del processo in cui il giudice può formulare la proposizione della conciliazione "dalla prima udienza di comparizione e trattazione", fino "all'esaurimento della fase istruttoria".

Molto complessa e di difficile collocazione risulta la valutazione del momento idoneo per la formulazione della proposta stessa; invero, affinché possa essere avanzata una proposta conciliativa che si ponga in chiave soddisfattiva degli interessi delle parti e, dunque, che conduca alla composizione bonaria della controversia, è necessario che il giudice abbia una conoscenza approfondita della stessa (ne consegue che fino a quando non si sia giunti alla fase istruttoria con l'espletamento delle prove richieste ed ammesse, è arduo ipotizzare che il giudicante sia in grado di comprendere ed orientarsi su tutte le questioni che involgono la decisione del caso sottoposto alla sua attenzione).

Per tale ragione, la formulazione della proposta durante la prima udienza di comparizione e trattazione, nella quale sia il *thema decidendum*, e soprattutto il *thema probandum* che si definirà con le appendici scritte ex art. 183 comma 6 c.p.c. a cui difficilmente rinunciano le difese, non sono ancora del tutto definiti, può risultare troppo prematura.

Il termine ultimo fissato dalla norma, ovvero la conclusione dell'attività istruttoria (prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni, a meno che la causa non torni sul ruolo per integrazione dell'attività istruttoria), tuttavia, potrebbe sollevare altrettanti dubbi. Difatti, in tale fase processuale non si può negare che gli elementi di valutazione della fattispecie sono quasi sovrapponibili agli elementi da utilizzare per redigere la motivazione della decisione in sentenza.

A tal punto, occorre chiedersi se l'imparzialità e la terzietà del giudice, caratteri fondanti il giusto processo, non possano essere inficiate dall'esercizio di tale potere conciliativo.

La risposta deve essere senz'altro negativa, in quanto proprio la conoscenza approfondita della controversia è garanzia di terzietà, in quanto permette al giudice di individuare il punto di contatto tra le parti, alla luce dei diversi interessi delle stesse.

Ciò è molto evidente nelle controversie economiche che occupano le sezioni specializzate in materia di impresa, nelle quali anche la conoscenza di aspetti particolarmente tecnici (quali disamina dei bilanci societari e meccanismi regolatori della concorrenza) orientano le scelte del giudice in chiave di composizione "equilibrata" e conveniente della lite per entrambe le parti.

Per fugare qualsiasi dubbio e per garantire l'efficienza dell'istituto in oggetto, il legislatore ha espressamente previsto che la proposta conciliativa formulata non possa costituire *motivo di ricsuzione o astensione* del giudice.

Tuttavia, non si può celare il fatto che, soprattutto per il caso in cui la proposta venga avanzata in *limine litis*, essa possa prefigurare un' "anticipazione del giudizio" sul merito.

Sul punto, parte della dottrina aveva sollevato un dubbio di compatibilità dell'art. 185-bis c.p.c. con la previsione di cui all'art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c., che presume l'incapacità soggettiva del magistrato "quando abbia dato consiglio", e cioè quando abbia espresso un parere sulla controversia.

Si deve affermare, tuttavia, che la proposta conciliativa di cui all'art. 185-bis, sebbene come detto possa prefigurare un'anticipazione della decisione, di certo non può essere considerata equiparabile ad un "consiglio o parere" dato dall'organo giudicante.

La giurisprudenza di merito che si è confrontata sullo snodo processuale più adeguato e quindi anche sul termine ultimo per formulare la proposta ex art. 185 bis si è divisa.

Il Tribunale di Milano ha invero proposto una lettura restrittiva della formulazione normativa, escludendo che la proposta possa essere esternata dopo la chiusura dell'istruttoria, sul rilievo che «una proposta formulata quando la causa è matura per

la decisione significherebbe imporre al giudice di anticipare, esplicitando il contenuto della sua proposta, la sua probabile decisione finale, senza che agli atti possa sopravvivere alcun nuovo elemento istruttorio utilizzabile per la decisione» (cfr. Trib. Milano del 04.07.2013).

Altra giurisprudenza, invece, non esita ad ammettere la proposta anche in apertura dell'udienza di precisazione delle conclusioni. L'adesione a tale indirizzo comporta che il giudice faccia inevitabile riferimento al materiale probatorio acquisito al procedimento, ciò che comporta la trasformazione della proposta transattiva in un «progetto di sentenza», con conseguenze piuttosto ovvie. Il legislatore, peraltro, sembra avere previsto e consentito tale soluzione, tanto che la norma, all'ultimo comma, prevede espressamente - come appena evidenziato - che la proposta di conciliazione non possa costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice.

Il Tribunale Imprese di Napoli aderisce alla tesi meno restrittiva e quindi propende per un'applicazione temporale estensiva della nuova norma, forzando il dato legislativo e giungendo fino all'udienza di precisazione delle conclusioni per sondare la possibilità di definizione bonaria della lite.

Ne consegue che giunti *in limine litis* la proposta ex art. 185 bis c.p.c. - che il giudicante avrà cura di sottoporre alle parti prima della precisazioni delle conclusioni - in tal caso si fonderà su un giudizio prognostico sull'esito della lite alla luce del materiale probatorio già raccolto e delle vicende processuali già registrate.

5. Il progetto della Banca Dati Digitale Conciliativa

Sulla scorta degli esiti incoraggianti del monitoraggio dei primi flussi deflattivi a seguito dell'adozione del modulo conciliativo, è stata promossa la costituzione, nell'ambito dell'Ufficio del Processo, della c.d. **“Banca Dati Digitale Conciliativa” (BDDC)** che ha preso le mosse dal Distretto di Bari e che è stato censito tra le *“Buone Prassi”* del Csm ed è stato diffuso sull'intero territorio nazionale.

Tale progetto innovativo si propone di favorire la cultura della conciliazione in alternativa alla *“cultura della controversia”* e di implementare la definizione più celere del contenzioso civile, valorizzando gli strumenti della c.d. giustizia partecipata, censendo le ordinanze conciliative formulate dal giudice nel rito civile, nel rito del lavoro e nei riti camerali.

La Banca Dati Digitale Conciliativa è quindi una sorta di anagrafe digitale dei successi conciliativi che invero deve coadiuvare anche l'affinamento di un metodo di rilevazione periodica attraverso i sistemi informatici ministeriali delle ordinanze ex art. 185 bis c.p.c. e degli altri provvedimenti che consentono una definizione conciliativa dei processi (ad esempio, verbali di conciliazione) al fine di monitorare l'efficacia deflattiva di tali strumenti.

Invero, la principale funzione della BDDC è quella di contribuire a rafforzare le abilità conciliative di tutti i professionisti delle aule giudiziarie (quindi non solo i magistrati, ma anche avvocati, mediatori, ctu e ctp) affinché si possa creare un linguaggio base e dei modelli conciliativi di riferimento da utilizzare per sollecitare nella maniera più corretta e nel rispetto delle scadenze processuali i meccanismi di autocomposizione per tentare la definizione consensuale ed amichevole del contenzioso.

Il progetto della BDDC si pone quindi non solo come fonte di ispirazione nella compilazione di accordi o provvedimenti *lato sensu* conciliativi, di conoscenza quindi del precedente giurisprudenziale di un Ufficio, ma anche come strumento di studio, approfondimento e stimolo nella stesura delle ordinanze ex art. 185 bis (e di mediazione delegata).

5. Conclusioni

La disamina dell'istituto processuale di recente conio (se si pensa che non è maturato nemmeno il decennio dalla sua entrata in vigore) pone una serie di questioni sul tappeto.

Come è stato puntualmente notato, la proposta ex art. 185 bis c.p.c. ha scontato nella prima applicazione dell'istituto la normale ritrosia del giudicante ad assumere un ruolo propositivo in chiave conciliativa soprattutto in considerazione del ruolo di imparzialità che sembrerebbe oscurato da un giudice mediatore che si pone a contatto con le parti, ne raccoglie i *desiderata* e fa emergere i reali interessi sottostanti alla lite.

Invero, giova evidenziare che i diversi strumenti deflattivi introdotti (quali la mediazione, la conciliazione o la negoziazione assistita) potenziano il profilo dell'autonomia negoziale, ma allontanano il processo civile dall'applicazione delle regole dello *ius dicere*.

Certamente la conciliazione non può essere considerata come un "momento alto di affermazione della giurisdizione", ma piuttosto il fenomeno conciliativo declinato nei vari strumenti messi a disposizione degli operatori del diritto costituisce una modalità alternativa di definizione delle liti che si fonda su un ordine negoziato in un meccanismo processuale in cui vige un ordine imposto e formalizzato.

E' stato paventato che il rischio che si corre con l'introduzione di tali strumenti alternativi alla definizione della lite è quello di snaturare la funzione del giudice: tanto è vero che parte della dottrina è giunta a ritenere che la funzione conciliativa esercitata dal giudice mediante la mera formulazione della proposta sarebbe incompatibile con la funzione decisoria dello stesso.

Tuttavia, sembra più corretto un approccio capace di cogliere le potenzialità dello strumento e della sfida a cui è chiamata la funzione giurisdizionale. Si è parlato, a tal proposito, di "giudice virtuoso" che interviene nel processo, dialoga con le parti, che ha conoscenza approfondita degli atti al punto da capire quando una mediazione può essere utile e quando una proposta conciliativa può essere dirimente. Dunque, un giudice "virtuoso" in quanto risponde all'esigenza di efficienza e rapidità di definizione di un carico altrimenti ingestibile.

L'aumento sproposito della domanda, la cronica carenza degli organici, le disfunzioni riconducibili ad un sistema dell'organizzazione della giustizia che nella sua funzione dirigenziale affronta i problemi spesso in maniera meramente burocratica impongono al giudicante di percorrere strade alternative per sfrondare i ruoli e ritagliarsi quindi spazi ove poter esercitare la propria funzione giurisdizionale in maniera efficace e virtuosa.

E non vi è dubbio che per implementare le capacità mediatricie dei giudici bisogna puntare su una diversa formazione che riesca a coniugare la funzione del giudice *statutor* con quella del giudice *mediator*. In quest'ottica, contributo di assoluto rilievo è rappresentato dalla citata Banca Dati Digitale Conciliativa che consente di consultare un archivio di provvedimenti (ordinanze ex art. 185 bis, verbali di conciliazione ed altro) che costituiscono una "cassetta degli attrezzi" di estrema importanza per chi vuole avvicinarsi ed approfondire l'utilizzo degli strumenti conciliativi.

Si assiste, dunque, ad una rivoluzione culturale attraverso una silente mutazione del ruolo del magistrato, inteso quale "mediatore sociale di conflitti metagiuridici". Al giudice viene assegnato il ruolo di *compositore dei conflitti sociali*, compito assolutamente estraneo al suo percorso formativo e che implica il potenziamento del bagaglio culturale, affiancando alla "cultura della controversia" un altro approccio culturale che punta alla "condivisione del valore e dell'etica dell'accordo".

La mediazione introdotta nel 2010 parte dal necessario presupposto che l'accordo vada delegato ad un soggetto estraneo alla controversia, che non sia chiamato a decidere la lite. Con l'art. 185-bis, invece, il legislatore fa marcia indietro (forse già presagendo il fallimento dell'istituto mediatorio) ed attribuisce il *potere di mediatore* allo stesso giudice. Si fa leva sulla *potestas decidendi* quale fonte di legittimazione ed autorità da far valere nei confronti dei contendenti.

È dato inconfutabile che in alcuni settori del contenzioso il ricorso allo strumento conciliativo (con particolare riferimento alle ordinanze motivate ex art. 185 bis c.p.c.) non solo fornisce una celere risposta di giustizia (riducendone i tempi nel rispetto della previsione normativa che ha condotto ad esempio all'istituzione del Tribunale delle Imprese), ma in ambito strettamente societario ove prevale la matrice economica delle cause, la conciliazione giudiziale offre alle parti una soluzione che prescinde dagli interessi individuali dei contendenti e facendosi carico delle vicende dei fenomeni collettivi societari può comportare la *salvaguardia del tessuto economico produttivo*.

Concludo, pertanto, dopo aver registrato in prima persona quella ritrosia del giudicante retaggio forse di un modo di intendere la funzione legato anche a certi clichè, che

non deve essere solo l'indiscutibile pregio di una più rapida definizione del contenzioso ma anche l'opzione per un modo diverso di svolgere la funzione giurisdizionale a convincere a sforzarsi di utilizzare anche questo mezzo conciliativo, non dimenticando a tal proposito la frase di un autorevole maestro, Calamandrei, che così affermava: *"La sorda resistenza alle riforme è più pericolosa di un'aperta ribellione"*.

Bibliografia

CODICE PROCEDURA CIVILE COMMENTARIO, diretto da Claudio Consolo, VI edizione, pagg.261-267

COMMENTARIO BREVE CODICE PROCEDURA CIVILE, Carpi-Taruffo, IX edizione, 2018, pagg. 819-822

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE, diretto da Lotario Dittrich, UTET Giuridica

BONETTI, Nuovi orizzonti applicativi dell'art. 96, comma 3 c.p.c. dopo l'introduzione della conciliazione giudiziale ex art. 185-bis, in Riv. Trim. dir e proc. civ., 2015, 1051

BOVE, La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili, in Riv. Trim. dir proc. civ., 2011, 1065

BREGGIA, Il Tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice, GM 2008,571

CONSOLO, Per una vocazione e dirittura ad un tempo tecnica e politica dell'organizzazione meno stentata della giustizia civile o comunque non penale, in Rass. Forense 2012, 473 e ss.

CUOMO ULLOA, La Conciliazione - Modelli di composizione dei conflitti Padova, 2008

DALFINO, Mediazione, conciliazione e rapporto con il processo, FI 2010, 105

DE STEFANO, Contributo alla dottrina del componimento processuale, Milano, 1959

DITTRICH, L'incompatibilità per il giudice derivante dalla precedente cognizione della controversia, in RD Proc, 1987, 51

LUISO, Dir. process. civ. Il processo di Cognizione, Milano, 2017

ORSOLO, Il ruolo del giudice nella composizione dei conflitti in Contratti, 2014, 12,1172

RAZETE, Giudice e conciliatore. L'esperienza del nuovo articolo 185-bis c.p.c., in Questione Giustizia, Fasc. 1/2015

REALI, Tentativo di conciliazione, in CIPRIANI- MONTELEONE (a cura di), La riforma del processo civile, Padova, 2007, 104

ROMBOLI, Astensione e ricsuzione del giudice (dir. Proc. civ.), 51, EGT, III, Roma, 1980

TEDOLDI, Iudex statutor e iudex mediator: proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c., precognizione e ricsuzione del giudice, in Riv. Dir. Proc., 2015, 4-5,983

VACCARI, L'art. 185-bis c.p.c.: un nuovo impulso alla conciliazione giudiziale?, in IlCaso.it, 12 febbraio 2014

GIURISPRUDENZA:

Cass. 28.02.2008 n. 5290 in Rep. Foro it., 2008, Prova civile in genere, n.39

Tribunale Milano 04.07.2013, in Guida al dir., 2013, fasc. 31, 18

Tribunale Milano 03.07.2013, in Corr. Merito, 2013, 10, 941

Tribunale Milano 26.06.2013, in Nuova proc. civ., 2013, 5, 306

Tribunale Nocera inferiore 27.08.2013, in D&G 2013

Tribunale Roma 23.09.2013, in Pluris

Tribunale Roma 01.02.2016, in DeJure

Link alla Banca Dati Digitale Conciliativa:

https://www.giustizia.bari.it/buone_prassi_menu.aspx



Il neo-introdotto principio di chiarezza e sinteticità degli atti del processo civile nihil sub sole novum?



di Federica Ferreri

Giudice del Tribunale di Velletri

It

Abstract: La nuova formulazione dell'art. 121 c.p.c., frutto della modifica apportata dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, consacra il principio di chiarezza e sinteticità di tutti gli atti del processo civile, in maniera analoga all'art. 3 del codice del processo amministrativo. La modifica normativa, però, non esplicita i vaghi concetti di chiarezza e sinteticità e non contempla alcuna sanzione processuale per l'ipotesi di loro inosservanza. Il contributo, ripercorsi brevemente i termini del dibattito che ha portato alla riforma dell'art. 121 c.p.c. e delineato il sistema rimediale elaborato dalla giurisprudenza per colpire gli scritti difensivi oscuri e prolissi, si interroga sulla portata, realmente innovativa o meno, del nuovo art. 121 c.p.c. e sulle possibili ricadute pratiche della codificazione del principio di chiarezza e sinteticità.



chiarezza – sinteticità – atti processuali – libertà delle forme – riforma codice procedura civile – sanzioni – doveri lealtà processuale e probità – condanna spese – abuso processo

Eng

The new wording of Article 121 of the Code of Civil Procedure, which is the result of the amendment made by Legislative Decree No. 149 of October 10, 2022, enshrines the principle of clarity and conciseness of all civil trial documents, similar to Article 3 of the Code of Administrative Procedure. The regulatory amendment, however, does not make explicit the vague concepts of clarity and conciseness and does not contemplate any procedural sanction for failure to comply with them. The contribution, having briefly retraced the terms of the debate that led to the reform of Article 121 c.p.c. and outlined the remedial system elaborated by the jurisprudence to strike obscure and verbose defensive writings, questions the scope, truly innovative or not, of the new Article 121 c.p.c. and the possible practical effects of the codification of the principle of clarity and conciseness



clarity - conciseness - procedural documents - freedom of form - reform of the civil procedural code - sanctions - duties - procedural fairness and probity - order for costs - abuse of the process

Sommario

1. Le radici del dibattito sulla sinteticità e sulla chiarezza degli scritti difensivi; 2. Prime "apparizioni" del principio di chiarezza e sinteticità; 3. L'approdo nel processo civile con la modifica dell'art. 121 c.p.c.; 4. Considerazioni conclusive: niente di nuovo sotto il sole?

1. Le radici del dibattito sulla sinteticità e sulla chiarezza degli scritti difensivi

Quella di avere nei fascicoli di parte scritti difensivi chiari e sintetici è un'esigenza da sempre profondamente avvertita da parte dei magistrati; non è un caso che, già nel celebre "Elogio dei giudici scritto da un avvocato", Piero Calamandrei scriveva, rivolgendosi agli avvocati: "ricordati che la brevità e la chiarezza sono le due doti che il giudice più ama nel discorso dell'avvocato".

La ragione può essere facilmente intuita: l'oscurità e la prolissità degli atti degli avvocati, unita, naturalmente, alla conclamata scarsità delle risorse a disposizione della giustizia, costituiscono uno dei principali ostacoli che si frappongono all'attuazione dei principi costituzionali di cui all'art. 111 Cost., in particolare quelli, "sempreverdi", del giusto processo e della sua ragionevole durata, nonché del principio del contraddittorio e del diritto di difesa (art. 24 Cost.). Non è infatti revocabile in dubbio che la lettura, da parte del giudice, di atti chiari e sintetici comporti un notevole risparmio di tempo nello studio del fascicolo, sia nel corso della trattazione e dell'istruzione della causa, sia al momento del suo passaggio alla fase decisoria, contribuendo a rendere più celere l'elaborazione della decisione e la stesura del provvedimento definitivo. Al contempo, l'esposizione chiara e sintetica del "pensiero" di una parte consente l'immediata percezione degli elementi costitutivi della domanda ad opera delle altre parti (e non solo del giudice) e la conseguente piena esplicitazione del loro diritto di difendersi e replicare².

Non è altrettanto agevole, peraltro, intendersi sul preciso significato da attribuire all'espressione, specie se riferita al linguaggio giuridico, "sinteticità e chiarezza", stabilire cioè cosa debba o non debba scrivere l'avvocato per confezionare un atto sintetico e chiaro, e di conseguenza verificare quando il difensore sia incorso nella violazione di tali canoni di redazione degli scritti difensivi. Altrettanto complesso è, quindi, per il giudice individuare e per l'avvocato prevedere, le sanzioni eventualmente ricollegabili ad una simile condotta³.

Provando a riempire di significato il concetto di "sinteticità", va osservato che l'aspirazione di chi giudica la causa non è quella di leggere scritti difensivi necessariamente stringati, nel senso di contenuti entro un numero esiguo di pagine, perché la sintesi, in ambito giuridico, non equivale a brevità *sic et simpliciter* considerata, né tantomeno a superficialità delle tesi esposte dal difensore: la sintesi degli atti processuali va intesa, piuttosto, quale sinonimo di essenzialità e completezza al tempo stesso delle parole e delle frasi contenute nello scritto, dei concetti impiegati e degli indirizzi giurisprudenziali richiamati dall'avvocato⁴.

Sintetico sarà, dunque, l'atto che sottoponga all'attenzione del giudice tutti i nodi cruciali della controversia e sia privo di riferimenti sovrabbondanti, di richieste che il difensore sa bene essere del tutto superflue e, ancora, della riproposizione di questioni o eccezioni già esaminate e superate nel corso del processo⁵ e che la parte potrà, senza incorrere in alcuna preclusione o decadenza, riproporre semmai direttamente in sede di precisazione delle conclusioni (o, secondo il nuovo rito, all'udienza di rimessione della causa in decisione), anziché in tutti gli atti e le memorie depositati.

Quanto alla chiarezza, questa non costituisce mero rafforzativo della sinteticità. L'espressione "sinteticità e chiarezza" appare ma non è, affatto, un'endiadi⁶.

La chiarezza nell'esposizione non va considerata la "cenerentola" della storia; essa svolge il ruolo fondamentale di determinare il grado di comprensibilità dello scritto ed esprime la linearità del pensiero giuridico. Pur venendo spesso menzionata dopo la sinteticità, quindi, la chiarezza stilistica assume, nel processo e nell'attuazione dei principi costituzionali sopra richiamati, una funzione addirittura più rilevante della sinteticità: è fuor di dubbio che l'atto debba essere, prima ancora che conciso, di immediata comprensione per i suoi destinatari (le altre parti e il giudice).

La verità, però, è che spesso i due "vizi" si palesano insieme, perché di regola gli scritti poco concisi sono anche stilisticamente opachi e ingarbugliati: da qui l'espressione, ormai di uso comune, "sinteticità e chiarezza" (meglio, "chiarezza e sinteticità") e l'esigenza, sempre più avvertita, che gli atti difensivi siano al contempo chiari e sintetici.

L'atto chiaro (lineare nell'impostazione e comprensibile nello stile) e sintetico (essenziale nei riferimenti e completo nei contenuti), è infatti quello realmente efficace, perché

maggiormente in grado di veicolare le tesi difensive ivi contenute e dunque persuasivo nei confronti del giudice, ed efficiente, perché tende a garantire, al giudice e alla parte, un risparmio di tempo nella definizione del singolo procedimento. L'atto rispettoso della chiarezza e della sinteticità, come sopra inteso, non comporta, quindi, menomazione alcuna del diritto di difesa; al contrario, ne costituisce attuazione e contribuisce, almeno in parte, a far conseguire al cittadino una più celere risposta alle proprie domande di giustizia.

Peraltro, a fronte dell'indubbia resistenza mostrata quantomeno da una parte del ceto forense, la risposta legislativa al problema dell'opacità e della prolissità degli atti del processo civile, al contrario di quanto accaduto per il ben più efficiente processo amministrativo, ha notevolmente tardato ad arrivare. Per molto tempo, infatti, chiarezza e sinteticità sono rimaste una mera aspettativa dei giudici civili, non essendo il rispetto di tali canoni redazionali imposto agli avvocati da alcuna disposizione processuale.

Le recenti spinte, di matrice sovranazionale, alla riduzione dei tempi di definizione dei procedimenti contenziosi civili e commerciali e allo smaltimento dell'arretrato degli uffici giudiziari, devono però finalmente aver indotto il legislatore nazionale a rimaneggiare anche sotto questo profilo il codice di rito, introducendo all'art. 121 c.p.c., accanto ai tradizionali principi della libertà delle forme e del raggiungimento dello scopo, quello di chiarezza e sinteticità degli atti processuali.

2. Prime “apparizioni” del principio di chiarezza e sinteticità

Fino all'accennata modifica dell'art. 121 c.p.c., si è detto che alcuna norma del Codice di procedura civile prescriveva agli avvocati di redigere i propri atti in maniera chiara e sintetica.

Gli unici addentellati normativi del principio in ambito civile erano infatti rappresentati dall'art. 16 *bis* della l. n. 221 del 2013 (come modificato dalla l. n. 132 del 2015), che, al comma 9 *octies*, stabilisce che *“gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica”* e, prima ancora dell'introduzione della norma sull'obbligatorietà dei depositi telematici, a livello codicistico esistevano riferimenti sparsi e poco incisivi al principio in questione, soprattutto perché si trattava di norme rivolte esclusivamente al giudice e al contenuto dei provvedimenti giurisdizionali, mai ai difensori. Il riferimento è, a titolo esemplificativo e non esaustivo, all'art. 132 n. 4 c.p.c.⁷, nella parte in cui stabilisce che la sentenza deve contenere la *“concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione”*.

In altri ordinamenti giuridici⁸ e a livello sovranazionale, invece, il principio di chiarezza e di sinteticità degli atti processuali risulta codificato in maniera espressa già da diverso tempo.

L'art. 58 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia dell'Unione Europea stabilisce, ad esempio, che *“salvo quanto disposto da norme specifiche del presente regolamento, la Corte, mediante decisione, può stabilire la lunghezza massima delle memorie o delle osservazioni depositate dinanzi ad essa. Tale decisione è pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea”*.

Proprio su tale scia, d'altronde, il principio ha da tempo visto la luce anche nel nostro ordinamento, precisamente all'art. 3, comma 2, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.d. codice del processo amministrativo), a mente del quale *“il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, secondo quanto disposto dalle norme di attuazione”*. Come noto, poi, nel processo amministrativo il quadro è stato completato dall'art. 13 *ter* delle disposizioni attuative del c.p.a., che conferisce al Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria degli avvocati amministrativisti, il compito, da assolvere con decreto periodicamente emanato, di fissare i criteri e i limiti dimensionali che le parti debbono rispettare nella redazione dei ricorsi e degli altri atti difensivi innanzi alla magistratura amministrativa, che è a quel punto obbligata ad esaminarli, mentre può addirittura *bypassare* l'esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo stabilito, senza che ciò costituisca motivo di impugnazione.

Il “modello efficientista” adottato dalla corte sovranazionale prima e ripreso dal codice del

processo amministrativo poi ha peraltro comprensibilmente “ingolosito” anche la magistratura ordinaria: la Suprema Corte di Cassazione, in particolare, ha iniziato a ricercare analoghe soluzioni da applicare al contenzioso civile, pur con le difficoltà legate all’assenza di disposizioni all’interno del Codice di procedura civile anche solo lontanamente assimilabili a quelle desumibili dagli art. 3 c.p.a. e 13 *ter* disp. att. c.p.c. (o dall’art. 58 del regolamento attuativo della CGUE).

Nel silenzio del legislatore, dunque, è stata la giurisprudenza, di legittimità prima e di merito poi, nel tentativo di perseguire i pressanti obiettivi di abbattimento dell’arretrato e di miglioramento dell’efficienza del sistema giudiziario, a farsi carico della ricerca di soluzioni interpretative, anche creative (come tali spesso criticate dalla classe forense), al problema dell’oscurità e della prolissità degli scritti difensivi.

Per prima cosa, la Suprema Corte di Cassazione, richiamando l’art. 3 c.p.a., ha di fatto elevato, già da tempo, il binomio “chiarezza e sinteticità” a principio generale dell’ordinamento, in quanto tale applicabile anche agli scritti difensivi depositati dagli avvocati nell’ambito delle controversie civili⁹.

Muovendo da tale presupposto e nel tentativo di attuare detto principio attraverso un’azione sinergica con il foro, la Corte di Cassazione ha promosso la stipula, poi avvenuta il 17 dicembre 2015, di un protocollo d’intesa siglato dal Primo Presidente della Corte stessa con il C.N.F., di recepimento di una serie di interpretazioni dei requisiti di ammissibilità relativi al c.d. contenuto-forma dei ricorsi per cassazione¹⁰.

Il Protocollo, per quanto in questa sede rileva, ha dettato altresì prescrizioni formali sui limiti dimensionali degli atti depositati nel giudizio di legittimità e specificato che il loro immotivato superamento può essere valutato in sede di liquidazione delle spese processuali.

Analoga posizione è stata assunta da diverse pronunce di merito, che hanno ritenuto di potere e dovere stigmatizzare il deposito di atti eccessivamente prolissi e opachi soltanto, in difetto di una sanzione *ad hoc* comminata dal legislatore, intervenendo sul piano della regolamentazione delle spese processuali e della responsabilità aggravata¹¹.

La Suprema Corte di Cassazione si è poi spinta oltre: infatti, considerate le peculiari caratteristiche strutturali e funzionali del ricorso introduttivo del giudizio di legittimità, ha ripetutamente affermato che il difetto, grave e manifesto, di chiarezza e di sinteticità va valutato anche sul piano dell’ammissibilità, a monte, dell’impugnazione proposta.

In particolare, in diverse pronunce¹² divenute celebri, alcune anche piuttosto recenti, la Corte di Cassazione ha dichiarato l’inammissibilità del ricorso redatto in violazione del dovere di sinteticità e chiarezza, richiamando l’art. 3, comma 2, c.p.c., ritenuto espressione di un principio generale anche dell’ordinamento processuale civile, e i noti principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost.

3. L’approdo nel processo civile: la riformulazione dell’art. 121 c.p.c.

L’enunciazione e l’applicazione in via giurisprudenziale del principio di chiarezza e sinteticità degli atti processuali non ha sopito e, anzi, ha alimentato il dibattito sulla necessità che fosse il legislatore ad intervenire per stabilire “paletti” nelle modalità di redazione degli atti difensivi (si è detto che, quanto ai provvedimenti dei giudici, sono in fin dei conti sempre esistite norme sulla forma- contenuto della motivazione e sul suo carattere conciso).

Le soluzioni, vuoi dell’inammissibilità dell’impugnazione, vuoi della condanna della parte al pagamento delle spese processuali ai sensi degli artt. 91 e 92 c.p.c., sondate dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, hanno infatti scatenato una vera e propria “levata di scudi”. Non è mancato chi, in dottrina, ha sindacato, a monte, l’affermazione che quello di sinteticità e chiarezza sarebbe stato un principio immanente del processo civile sulla base dell’art. 3 c.p.a., ritenendo che, al più, questo potesse costituire un “opportuno invito” rivolto agli operatori giuridici¹³. Anche i sostenitori di tesi più moderate non hanno mancato di criticare fortemente sia la soluzione dell’inammissibilità dei ricorsi adottata dalla Suprema Corte di Cassazione, sia la scelta dei giudici di merito di infliggere alla parte, “colpevole” solo di essersi affidata ad un difensore prolisso, una

più gravosa condanna alle spese¹⁴.

Dopo tanto disquisire e dopo aver perso una prima, concreta occasione per intervenire sul tema, facendo propria la proposta di modifica dell'art. 121 c.p.c. elaborata nel 2013 dalla c.d. "Commissione Vaccarella"¹⁵, con la c.d. "riforma Cartabia" (attuata con d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149), destinata a brevissimo ad entrare in vigore, il legislatore ha invece finalmente previsto l'introduzione, quale principio generale del processo civile, della regola della chiarezza e della sinteticità degli atti, sia del giudice (e dunque dei provvedimenti) che delle parti.

Recita, infatti, il nuovo testo dell'art. 121 c.p.c. che *"gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo. Tutti gli atti del processo sono redatti in modo chiaro e sintetico"*.

In questo modo, l'art. 121 c.p.c., che comunque costituiva una norma tutt'altro che superflua nella sua portata sistematica, perché già svolgeva una funzione di chiusura del sistema, stabilendo il criterio (il raggiungimento dello scopo) cui gli attori del processo devono conformarsi nel compimento dei (pochi) atti di cui la legge non prestabilisce una rigida forma¹⁶, si arricchisce di un altro principio destinato ad assumere, ormai senza più alcun dubbio, una portata generale: quello di chiarezza, prima, e di sinteticità, poi, di tutti gli atti processuali.

4. Considerazioni conclusive: nulla di nuovo sotto il sole?

L'aver elevato la chiarezza e la sinteticità a regola scritta e a principio generale, che ha come destinatari tutti, indistintamente, i protagonisti del processo, costituisce un innegabile passo avanti nel percorso di attuazione dei principi del giusto processo, della sua ragionevole durata e del contraddittorio; tuttavia, la modifica dell'art. 121 c.p.c., realizzata con il decreto attuativo della c.d. riforma Cartabia, non ci sembra ancora all'altezza del compito assegnato, quello di dissipare tutti i dubbi sorti intorno al problema dell'oscurità e della prolissità degli scritti degli avvocati.

Infatti, la formulazione scelta dell'art. 121 c.p.c., indubbiamente migliorativa rispetto a quella proposta nel 2013 dalla c.d. "Commissione Vaccarella", che richiamava la sola sinteticità e non anche il monito, più importante, alla chiarezza degli atti processuali, non solo non puntualizza cosa debba intendersi per "chiarezza" e "sinteticità" ma, soprattutto, non lambisce neppure il profilo, come si è visto molto controverso, delle conseguenze da ricomporre al deposito di atti particolarmente oscuri e prolissi da parte dei difensori.

Viene spontaneo domandarsi se la formulazione della norma sia realmente innovativa o se, come sembrerebbe a prima lettura, il dibattito degli ultimi anni si sia tradotto in *"molto rumore per nulla"*, non essendo riuscito a convincere il legislatore ad intervenire in maniera più incisiva.

D'altronde, il dovere di chiarezza e di sinteticità era già stato surrettiziamente introdotto nel processo civile, quale preteso "principio generale", dalla giurisprudenza cui si è fatto cenno nel secondo paragrafo. Ciò che mancava, invece, era un'esemplificazione dei concetti e l'indicazione dei rimedi, aspetti sui quali il legislatore ha preferito continuare a non pronunciarsi.

Quale sarà, pertanto, l'effettiva rilevanza pratica del nuovo art. 121 c.p.c. è ancora presto per dirlo.

Una cosa, però, è certa: *"una norma priva di sanzione è una norma sostanzialmente inefficace o, meglio, inefficiente"*¹⁷: un precetto senza sanzione rischia, infatti, di non avere alcuna, concreta efficacia deterrente rispetto a comportamenti che ne costituiscono violazione, né può svolgere, a valle, una funzione repressiva.

L'art. 121 c.p.c., pur abbellito del principio di chiarezza e sinteticità di tutti gli atti processuali civili, rischia, quindi, di suonare più quale semplice esortazione, come un invito agli avvocati alla linearità e all'essenzialità, perché non conferisce al giudice strumenti per prevenire e contrastare il fenomeno degli scritti difensivi non chiari e, soprattutto,

ridondanti.

Il problema continuerà in effetti a porsi soprattutto con riguardo agli atti eccessivamente lunghi.

Infatti, siccome la chiarezza attiene allo stile della scrittura, il suo difetto, di per sé, non si presta ad essere colpito da una "sanzione" *stricto sensu* intesa: le ricadute dell'oscurità di uno atto difensivo sono sempre state e continueranno ad essere quelle, fisiologiche, della scarsa persuasività delle tesi esposte al giudice. L'atto oscuro continuerà ragionevolmente a tradursi, in sede di legittimità, in un ricorso inammissibile ove i motivi di impugnazione non siano in alcun modo intellegibili¹⁸, o, davanti ai giudici di merito, in un atto del tutto inefficace¹⁹, perché articolato in allegazioni generiche e in contestazioni altrettanto generiche o contraddittorie (come tale non rispondenti alle prescrizioni di cui all'art. 115 c.p.c.).

Con riguardo al dovere di sinteticità, invece, il discorso è diverso. Astrattamente, il legislatore avrebbe potuto introdurre nell'art. 121 c.p.c., ad esempio, il modello che si è visto adottato, ormai da tempo, dalla giustizia amministrativa, conferendo ai Presidenti degli uffici giudiziari il potere di riempire di contenuto il concetto di sinteticità, stabilendo con decreti, soggetti a periodico aggiornamento, i limiti dimensionali degli atti processuali. Parimenti, il legislatore avrebbe potuto introdurre delle sanzioni, ad esempio prevedendo che l'eccessiva prolissità sia valutata dal giudice ai fini della regolamentazione delle spese processuali e dell'art. 96 c.p.c.

Sotto il primo profilo, peraltro, la scelta legislativa appare condivisibile: vincolare l'avvocato al rispetto di un numero predefinito di pagine e sanzionarlo con l'inammissibilità delle difese che quel numero eccedano non è la soluzione da preferire, giacché per tal via si rischia di non tener conto di altri fondamentali aspetti, quali la complessità e il valore della controversia, la novità delle questioni giuridiche da trattare, il numero delle parti e quindi la quantità di scritti avversari sui quali prendere posizione.

Gli atti processuali civili, specie quelli depositati in primo grado, non si prestano infatti ad essere ricondotti entro rigidi schemi espositivi e limiti dimensionali. Va quindi salutata con favore la bocciatura del modello amministrativista, che, se si adatta bene alle azioni proponibili innanzi al Tar (che, sebbene ormai atipiche, sono comunque frequentemente di tipo caducatorio e dunque incentrate sull'elencazione dei vizi del provvedimento impugnato), si confà poco al *mare magnum* delle azioni esperibili innanzi al giudice civile.

Il legislatore della riforma ha condivisibilmente optato per un concetto molto elastico, duttile, di sinteticità, lasciando all'interprete il compito di stabilire, caso per caso²⁰, quando l'atto sia intollerabilmente prolisso.

Il vero *punctum dolens* della questione resta, piuttosto, quello della mancata indicazione delle sanzioni da infliggere alla parte il cui difensore abbia manifestamente violato il principio di sinteticità. Ma esiste davvero una "sanzione" per gli atti troppo lunghi?

La sensazione è che se il legislatore avesse voluto sussumere la violazione del dovere di sinteticità, *sic et simpliciter*, tra i comportamenti da sanzionare con l'inammissibilità, ad esempio, dell'impugnazione o sotto forma di violazione dei doveri di lealtà processuale o di responsabilità aggravata, l'avrebbe detto. *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Deve ritenersi, pertanto, che anche tale compito sia appannaggio esclusivo del giudice, che dovrà verificare, mediante valutazione da compiere in concreto e caso per caso, quando il difetto di sinteticità si sia tradotto, addirittura, in una vera e propria "incontinenza espositiva"²¹, lesiva dei principi del giusto processo, della sua ragionevole durata e, soprattutto, del contraddittorio. In tali casi, il giudice potrebbe ravvisare un abuso nel processo²² e intervenire con i consueti strumenti²³, quali: l'art. 88, comma 2, c.p.c., che prevede il dovere del giudice di riferire il comportamento sleale del difensore al Consiglio dell'Ordine per l'esercizio dei poteri disciplinari; l'art. 92, primo comma ultima parte, c.p.c., secondo cui il giudice può, "indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all'articolo 88, essa ha causato all'altra parte" e, infine, l'art. 96, terzo comma, c.p.c.

È quasi scontato osservare che per ricondurre un atto lungo ad una o più delle disposizioni normative richiamate occorrerà una adeguata motivazione. Allo stesso modo di quanto accaduto finora, dunque, è probabile che la violazione del dovere di sinteticità di cui all'art. 121 c.p.c. si traduca, agli occhi del giudice, in condotta processualmente

abusiva in un numero statisticamente esiguo di casi, in quelli realmente patologici, in cui la lunghezza dell'atto presenti contorni davvero inusuali.

Non può tuttavia farsi a meno di notare che il problema della prolissità rischia di diventare un fenomeno dilagante a seguito dell'istituzionalizzazione, sempre ad opera della riforma Cartabia, della c.d. "trattazione scritta" quale modalità, alternativa all'udienza "in presenza", di trattazione di alcuni procedimenti²⁴. È infatti prevedibile, perché già spesso accade, che alcuni avvocati saranno tentati di utilizzare le note scritte sostitutive dell'udienza, che per espressa previsione normativa dovrebbero contenere le sole "istanze e conclusioni", per reiterare tutte le difese già svolte o per depositare vere e proprie memorie non autorizzate, contenenti nuovi temi d'indagine. In questo modo, peraltro, le note scritte rischiano di diventare uno strumento da un lato poco utile e, dall'altro, lesivo del contraddittorio con le altre parti, non essendo prevista una sede *ad hoc* per replicare.

In casi simili, in cui non sembra percorribile, perché normativamente non contemplata, la soluzione dello "stralcio" (*rectius* della declaratoria di inammissibilità) delle note esorbitanti telematicamente depositate da una o più parti²⁵, l'unico rimedio possibile - e forse doveroso - per stigmatizzare il comportamento scorretto del difensore, resta l'intervento sul piano economico, delle spese, o della segnalazione a fini disciplinari del difensore ai sensi dell'art. 88, comma 2, c.p.c.

Note

1. Calamandrei, Elogio dei giudici scritto da un avvocato, Firenze, 1999, 80.
2. Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 4 agosto 2022, n. 6911.
3. Per una interessante e critica analisi dei concetti di sinteticità e chiarezza e della loro vaghezza, sia consentito il richiamo a Tarufo, Note sintetiche sulla sinteticità, Riv. Trim. dir. proc. civ., 2017, 453 s.
4. Nel senso della non coincidenza della sinteticità di un testo con la brevità, Commandatore, Sinteticità e chiarezza degli atti processuali nel giusto processo, in Giurisprudenza Italiana, 2015, 853.
5. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle memorie di cui all'art. 183, sesto comma, c.p.c. o agli scritti conclusionali di cui all'art. 190 c.p.c. con i quali il difensore riproponga, per mera "pigrizia espositiva" e per essersi avvalso della tecnica del "copia e incolla", eccezioni pregiudiziali e preliminari di rito relative ad aspetti da considerarsi ormai ampliamenti e pacificamente superati.
6. In questo senso, diffusamente, Pagni, Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF, in Giur. Italiana, 2016, 2782. L'illustre A. evidenzia infatti che "la chiarezza dovrebbe venire per prima (laddove invece l'espressione "sinteticità e chiarezza", che è divenuta quasi un'endiadi, viene utilizzata premettendo quasi sempre la prima alla seconda) ed essere considerata il fine, mentre la sinteticità soltanto il mezzo (un mezzo) per raggiungere quel fine".
7. Il richiamo al concetto di sinteticità figura, sempre con riguardo ai provvedimenti del giudice, anche nel successivo art. 134 c.p.c. sul contenuto delle ordinanze, che devono essere "succintamente" motivate, nonché negli attuali artt. 281 sexies e 348 ter c.p.c. Nella disciplina del procedimento innanzi alla Corte di Cassazione, ritroviamo il riferimento alla sinteticità (talvolta intesa proprio come brevità) o alla chiarezza, ad esempio, negli artt. 363, 366, 379 c.p.c.
8. Per una disamina di diritto comparato in tema di chiarezza e sinteticità degli atti processuali, si veda Commandatore, cit., 854.
9. Il riferimento è a Cass. civ., Sez. II, 20 ottobre 2016 n. 21297, la quale ha precisato che "In tema di ricorso per cassazione, il mancato rispetto del dovere di chiarezza e sinteticità espositiva degli atti processuali che, fissato dall'art. 3, comma 2, del c.p.a., esprime tuttavia un principio generale del diritto processuale, destinato ad operare anche nel processo civile, espone il ricorrente al rischio di una declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, non già per l'irragionevole estensione del ricorso (la quale non è normativa sanzionata), ma in quanto rischia di pregiudicare l'intelligibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata, ridondando nella violazione delle prescrizioni di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 366 c.p.c., assistite - queste sì - da una sanzione testuale di inammissibilità" (Nella specie la S.C. ha dichiarato inammissibile un ricorso di 251 pagine i cui motivi erano redatti mediante una riproposizione di stralci di atti processuali e documenti, con la quale in sostanza il ricorrente ha riversato in sede di legittimità il contenuto dei gradi di merito).
10. In generale, sul tema, Frasca, Intorno al Protocollo fra Corte di cassazione e C.N.F. sui ricorsi civili, in Giur. Italiana, 2016, 2766; C. Consolo, Il Protocollo redazionale CNF-Cassazione: glosse a un caso di scuola di soft law (...a rischio di essere riponderato quale hard black letter rule), in Giur. Italiana, 2016, 2755; specificamente sui profili di chiarezza e sinteticità del ricorso per cassazione nell'ambito del Protocollo, v. Pagni, cit., 2782.
11. Trib. Milano, sez. IX, ord. 1° ottobre 2013, in www.lanuovaproceduracivile.com, con nota di Rinaldi, Se gli atti sono troppo lunghi il giudice può tenerne conto in sede di condanna alle spese.
12. Cass. civ., sez. I, 30 dicembre 2021, n. 41956, in Guida al Diritto, 2022, 11, secondo cui "ai fini del rispetto dei limiti contenutistici di cui all'articolo 366, comma 1, nn. 3) e 4), del codice di procedura civile, il ricorso

per cassazione deve essere redatto in conformità al dovere processuale della chiarezza e della sinteticità espositiva, dovendo il ricorrente selezionare i profili di fatto e di diritto della vicenda sub iudice posti a fondamento delle doglianze proposte in modo da offrire al giudice di legittimità una concisa rappresentazione dell'intera vicenda giudiziaria e delle questioni giuridiche prospettate e non risolte o risolte in maniera non condivisa, per poi esporre le ragioni delle critiche nell'ambito della tipologia dei vizi elencata dall'articolo 360 del c.p.c. L'inosservanza di tale dovere comporta, dunque, la declaratoria di inammissibilità del ricorso, ponendosi in contrasto con l'obiettivo del processo, volto ad assicurare un'effettiva tutela del diritto di difesa (articolo 24 della Costituzione), nel rispetto dei principi costituzionali e convenzionali del giusto processo (articolo 111, comma 2, della Costituzione), senza gravare lo Stato e le parti di oneri processuali superflui".

13. Panzarola, Sulla sinteticità nella redazione degli atti processuali civili: un invito opportuno, non un principio generale del processo civile, in *La sintesi negli atti giuridici*, a cura di Giuseppe Conte e Fabrizio Di Marzio, 2018, Giuffrè editore, 121 s.; Id, Sul (presunto) principio di sinteticità degli atti processuali civili, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 69 s.; in senso contrario, invece, Finocchiaro, Il principio di sinteticità nel processo civile, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2013, 853 s.
14. In questo senso Pagni, cit., che predilige, perché più equilibrata, la soluzione della condanna alle spese ai sensi degli artt. 91 e 92 c.p.c. o per lite temeraria ai sensi dell'art. 96 c.p.c., rispetto alla declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, Saitta, La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali, in *Il Processo*, 2019, 3, 539 s.
15. L'articolato consegnato al ministro della giustizia nel dicembre 2013 dalla commissione ministeriale presieduta dal prof. Vaccarella, ribattezzata appunto "Commissione Vaccarella", che il Ministro della Giustizia aveva incaricato, nell'estate 2013, di «elaborare proposte di interventi in materia di processo civile e mediazione», prevedeva infatti l'inserimento nell'art. 121 c.p.c. di un secondo comma, che avrebbe dovuto recitare: «Il giudice e le parti redigono gli atti processuali in maniera sintetica».
16. Così Mandrioli, *Diritto Processuale Civile*, I, 2011, Torino, 469 s.
17. Canale, La violazione del dovere di sinteticità e chiarezza: abuso del processo?, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 3, 1027.
18. Sui doveri di sinteticità e chiarezza "applicati" al ricorso per cassazione, v. Raiti, Il principio di sinteticità e di chiarezza del ricorso per cassazione secondo la legge delega sulla riforma del processo civile, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1027 s.
19. Non condivide ma prospetta l'ulteriore soluzione della nullità, in forza del combinato disposto degli artt. 156, secondo comma, e 121 c.p.c., dell'atto processuale che, per le modalità oscure di redazione, non sia idoneo al raggiungimento dello scopo, Capponi, Sulla "ragionevole brevità" degli atti processuali civili, in *www.judicium.it.*, 10 marzo 2014.
20. Sulla necessità dell'approccio caso per caso, l'unico in grado di bilanciare i principi costituzionali in potenziale conflitto, primi tra tutti gli artt. 24, secondo comma e 111 Cost, sia pure con riguardo al principio prima dell'introduzione dell'art. 121 c.p.c. v. Capponi, cit., 11.
21. L'efficace espressione compare nella già citata Cass. civ., sez. II, 20 ottobre 2016, n. 21297, in *www.ilprocessocivile.it*, 2017, con nota di Ianni, Il principio di sinteticità degli atti e le sue conseguenze nel processo civile.
22. Per la configurazione, in questo caso, di un abuso nel processo e non del processo, cfr. Canale, cit., 1036.
23. Non sembra invece convincente la soluzione di considerare il difetto di chiarezza e sinteticità alla stregua di un comportamento valutabile ai sensi dell'art 116 c.p.c.: quale, specifico argomento di prova andrebbe ricavato dal fatto che l'avvocato abbia depositato un atto non sintetico e poco chiaro?
24. Ora disciplinata dal nuovo art. 127 ter c.p.c., rubricato "deposito di note scritte in sostituzione dell'udienza". La soluzione dell'inammissibilità delle note scritte eccedenti le tre o quattro pagine è stata invece già adottata dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., ord. 15 gennaio 2021, n. 36), in cui però il dovere di sinteticità si è visto operare in maniera ben più pregnante. Ad ogni modo, nella giustizia civile, alcuni Tribunali, solitamente nell'ambito dei protocolli d'intesa sottoscritti con i consigli dell'ordine degli avvocati, hanno inserito l'invito ai difensori a depositare note di udienza contenute in un numero massimo di pagine o in una pagina soltanto, cfr. ad esempio il Protocollo per le udienze civili tramite trattazione scritta del Tribunale di Patti del 24 aprile 2020, consultabile sul sito *www.foropatti.it*.

Il rinvio pregiudiziale in Cassazione



di Guido Romano

Magistrato addetto alla Sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Roma

It

Una delle principali novità della riforma del processo civile di cui al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 è costituita dal rinvio pregiudiziale in Cassazione che consente al giudice di merito di chiedere l'intervento della Suprema Corte su questioni di diritto non ancora risolte, che presentano gravi difficoltà interpretative e che sono suscettibili di porsi in numerosi giudizi. L'Autore, quindi, descrive ed esamina i presupposti applicativi del nuovo istituto e la relativa disciplina, soffermandosi, in particolare, sulla vincolatività del principio espresso dalla Corte di cassazione e sulla conformità, anche alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, di tale scelta al principio costituzionale secondo cui il giudice è soggetto solo alla legge.



Rinvio pregiudiziale - giudizio di cassazione - prevedibilità della - decisioneriforma del processo civile

Eng

One of the main innovations of the reform of the civil process pursuant to Legislative Decree 10 October 2022, n. 149 consists of the preliminary reference to the Court of Cassation which allows the trial judge to request the intervention of the Supreme Court on matters of law that have not yet been resolved, presenting serious interpretative difficulties and which are likely to arise in numerous proceedings. The author then describes and examines the application conditions of the new institute and the related discipline, focusing in particular on the binding nature of the principle expressed by the Court of Cassation and on the conformity, also in the light of the jurisprudence of the Constitutional Court, of this choice to the constitutional principle according to which the judge is subject only to the law.



Preliminary ruling - appeal - predictability of the decision - reform of the civil process

Sommario

1. Introduzione; 2. I modelli di riferimento; 3. La disciplina del rinvio pregiudiziale; 4. La legittimazione al rinvio; 5. I presupposti per procedere al rinvio; 6. Il procedimento; 7. La vincolatività del principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione.

1. Introduzione

Nel 1912, nella Premessa al volume «Legge e giudizio»¹, Carl Schmitt annotava che «nel presente saggio ci si chiede quando una decisione che ha luogo nella prassi giudiziale sia da considerarsi corretta e si risponde che è la prassi giudiziale stessa a decidere sul punto» per poi aggiungere che «lo sforzo che ogni giudice deve compiere è quello di decidere come si sarebbe generalmente deciso nella prassi corrente».

Non è questa la sede per valutare le posizioni dell'autorevole giurista tedesco, ma, certo, le parole ora ricordate richiamano tutta la «tensione» sottesa al decidere, alle ripercussioni che ogni singola decisione assume nella vita dei consociati e, in ultima analisi, alla necessità del formarsi di orientamenti giurisprudenziali in qualche modo condivisi e prevedibili.

Nell'ambito della recente riforma del processo civile, il legislatore ha ritenuto opportuno svolgere una riflessione in ordine alla circostanza che, nel sistema attuale, la Corte di cassazione, investita della funzione nomofilattica, interviene al termine del giudizio e, quindi, a distanza di molti anni dal sorgere del contenzioso su una determinata materia. Ciò, se, da un lato, svaluta la funzione nomofilattica che l'ordinamento attribuisce alla suprema Corte, dall'altro, non favorisce il sorgere di indirizzi giurisprudenziali coerenti ed univoci con conseguente svilimento dell'esigenza, oggi sempre più avvertita, della prevedibilità della decisione.

Il discorso in ordine al nuovo istituto del rinvio pregiudiziale in Cassazione² deve muovere, necessariamente, dalla considerazione della prevedibilità della decisione come «valore» e dal ruolo oggi assegnato alla Corte di cassazione ed alla funzione nomofilattica. La forza e la valorizzazione del precedente si muovono in direzioni diverse che spaziano dalla tutela dell'affidamento dei cittadini e, in particolare, degli operatori economici e giuridici che si apprestano a compiere un determinato atto rilevante per l'ordinamento, per giungere fino alla tutela del principio di uguaglianza che impone uniforme trattamento, anche giurisdizionale, di fronte a casi simili e, con essa, alla tutela dell'esigenza di certezza del diritto.

Così, a differenza di quanto accade attualmente, una indicazione «nomofilattica» della Corte resa con tempestività, in poco tempo ed in concomitanza alle prime pronunzie della giurisprudenza di merito, può svolgere un ruolo deflattivo significativo, prevenendo la moltiplicazione dei conflitti e con essa la frammentazione tra le diverse opzioni normative che, soprattutto in occasione della applicazione di norme di legge da poco entrate in vigore, costituisce un ostacolo alla certezza del diritto³. In questa prospettiva, la formazione di uno stabile orientamento giurisprudenziale consentirà agli operatori economici e giuridici, da una parte, di avere una «guida» alla quale uniformare i propri comportamenti e, dall'altra, di avere a disposizione un importante elemento di valutazione circa la convenienza di intraprendere una azione civile il cui esito favorevole derivi dall'accoglimento di una proposta interpretativa che si discosta da quell'orientamento.

In questa ottica, il nuovo istituto tende - attraverso l'instaurazione di un dialogo diretto tra corti e, precisamente, tra i giudici di merito e la Corte di cassazione - a realizzare una sorta di «nomofilachia preventiva», prefiggendosi lo scopo di abbreviare il tempo, lo iato che esiste tra l'antecedente ed il susseguente nelle decisioni giurisprudenziali, rovesciandone i termini di prospettiva e di intervento, al fine, come accennato, di sollecitare la definizione, in tempi brevi ma anche ragionevoli, di indirizzi giurisprudenziali uniformi⁴.

Cogliendo il segno di tali necessità, l'art. 1, comma 9, lett. g) della legge 26 novembre 2016 delegava il governo ad introdurre un istituto, inedito nel panorama italiano, ma non estraneo come si dirà ad esperienze straniere, denominato «rinvio pregiudiziale in cassazione», consistente, in estrema sintesi, nella possibilità per il giudice di merito di sottoporre direttamente al giudice di legittimità una questione di diritto, caratterizzata dalla «novità» e dalla potenziale ripetitività in una serie di giudizi, sulla quale deve decidere ed in relazione alla quale ha preventivamente provocato il contraddittorio tra le parti⁵.

La delega, come è noto, è stata esercitata attraverso il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 il quale ha introdotto l'art. 363-bis c.p.c., rubricato «*Rinvio pregiudiziale*», alla cui analisi sono dedicate le successive riflessioni che, necessariamente, devono muovere da un sommario richiamo ai modelli di riferimento che hanno ispirato il legislatore della riforma.

2. I modelli di riferimento

Come si è già accennato e come risulta dalla stessa relazione illustrativa alla legge delega, il legislatore italiano si è ispirato, in particolare, all'istituto della *"saisine pour avis à la Cour de cassation"* prevista dall'art. 441-1 del *Code de l'organisation judiciaire* francese (come modificato dalla *Loi* nn. 91-491 del 15 maggio 1991) e regolata dagli artt. 1031-1 ss. del *Code de procédure civile* ⁶.

La legislazione francese prevede che, prima di pronunciarsi su una nuova questione di diritto, che presenti una grave difficoltà e che sorga in molte controversie, i giudici possano, con una decisione non impugnabile, chiedere il parere (*avis*, appunto) della corte di cassazione ⁷. Peraltro, tale possibilità è stata successivamente estesa anche alle questioni relative all'interpretazione di un contratto collettivo o di un contratto che presenti gravi difficoltà e sorga in numerose controversie.

Nell'ordinamento francese, quindi, la corte di cassazione esprime semplicemente un parere sulla questione sollevata, che non è vincolante (neppure) per il giudice di merito, il quale rimarrà comunque libero di discostarsene e, quindi, di decidere in maniera difforme. Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, quest'ultimo punto costituisce l'elemento di allontanamento dal modello francese dell'innovazione italiana ⁸, in quanto, secondo l'art. 363-*bis* c.p.c., il principio di diritto espresso dalla corte di cassazione vincola la decisione del giudice di merito che ha sollevato la questione ed anche tutti i giudici che interverranno nell'ambito di quello stesso procedimento civile.

Ma a prescindere da tale discrasia tra le due discipline, appare evidente come il legislatore italiano abbia condiviso con quello francese l'obiettivo di *«fixer immédiatement en amont, et non plus dans un lointain aval, la jurisprudence en la matière»* ⁹ assicurando in tale maniera *«l'efficacité de l'action judiciaire en permettant une unification rapide de la jurisprudence sur des lois nouvelles ou des points de droit nouvellement soulevés, et en évitant la multiplication de décisions contradictoires sur un même sujet lorsqu'un contentieux est naissant sur l'ensemble d'un territoire»* ¹⁰.

La *saisine* non costituisce, però, l'unico modello di riferimento del legislatore italiano. Infatti, possono essere accomunati dalla funzione di offrire una corretta interpretazione di una norma vari istituti, nazionali o comunitari quali, ad es., il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (art. 267 TFUE), il rinvio consultivo alla CEDU previsto dal Protocollo n. 16 (ancora non reso operativo in Italia) per giungere all'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi (art. 420-*bis* c.p.c.).

Si tratta di istituti diversi, utilizzati con una intensità differente dagli uffici giudiziari italiani, ma che, comunque, convergono tutti verso la finalità di garantire l'uniforme applicazione del diritto sul territorio.

3. La disciplina del rinvio pregiudiziale

Come già segnalato, in attuazione dei principi contenuti nella legge delega, il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha introdotto il nuovo istituto del «Rinvio pregiudiziale» innestando nell'ambito del capo terzo, dedicato al giudizio di cassazione, del libro secondo del codice di procedura civile il nuovo art. 363-*bis*.

Secondo quanto previsto nel primo comma della nuova disposizione codicistica, il giudice di merito può disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto, quando la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione, presenta gravi difficoltà interpretative e, infine, è suscettibile di porsi in numerosi giudizi.

Il secondo comma dell'art. 363-*bis*, poi, elenca le caratteristiche dell'ordinanza di rimessione, prevedendo che la stessa debba essere motivata con particolare riferimento al requisito delle gravi difficoltà interpretative, laddove si richiede, altresì, l'indicazione delle diverse soluzioni ermeneutiche possibili. Il deposito dell'ordinanza che dispone il rinvio pregiudiziale comporta, inoltre, la automatica sospensione del procedimento di merito, ma la disposizione fa salvo il compimento degli atti urgenti e dell'attività istrut-

toria non dipendente dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale.

Ancora, è stato previsto un filtro delle ordinanze di rimessione da parte del primo presidente della Corte di cassazione, il quale, ricevuti gli atti, entro il termine di novanta giorni, valutata la sussistenza o meno dei presupposti previsti dalla norma, assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice (secondo le ordinarie regole di riparto degli affari) oppure dichiara inammissibile la questione con decreto, restituendo gli atti al giudice remittente. La corte di cassazione pronuncia sempre, sia a sezioni unite che a sezioni semplici, in pubblica udienza, con la requisitoria scritta del pubblico ministero e con la facoltà per le parti di depositare brevi memorie, nei termini di cui all'art. 378 c.p.c.

Il procedimento davanti alla Corte di legittimità si conclude con l'enunciazione del principio di diritto (e, ovviamente, con la restituzione degli atti al giudice *a quo*), il quale è «vincolante» nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e, pure, in caso di estinzione di tale giudizio, nel successivo processo in cui è riproposta la medesima domanda tra le stesse parti. Così riportata la disciplina del nuovo istituto, è opportuno soffermarsi brevemente su taluni aspetti che possono apparire, ad una prima lettura della norma, problematici.

4. La legittimazione al rinvio

In punto di legittimazione al rinvio, l'art. 363-*bis* c.p.c. fa riferimento, con formula volutamente lata, al «giudice di merito», per tale intendendosi il giudice dinnanzi al quale pende un procedimento civile regolato dal codice di procedura civile e dalle leggi ad esso collegate¹¹ e, dunque, in via di prima approssimazione, tanto il giudice di primo grado quanto il giudice di appello. Con riferimento a quest'ultimo, in particolare, la legittimazione non può essere revocata in dubbio sulla base dell'apparente contrasto tra il disposto dell'ultimo comma dell'art. 363-*bis* c.p.c. (laddove si prevede che il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione ed anche, ove questo si estingua, nel nuovo processo instaurato tra le stesse parti avente ad oggetto la medesima domanda) ed il regime dell'estinzione del procedimento di appello, governato dall'art. 338 c.p.c., dal quale consegue il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado senza possibilità di riproposizione, in altro giudizio, della domanda giudiziale. Appare, infatti, del tutto evidente che l'art. 363-*bis* c.p.c., quando accenna alla riproposizione del giudizio, lo fa nei limiti consentiti dall'ordinamento con la conseguenza che tale norma non verrà neppure in rilievo nell'ipotesi in cui l'effetto estintivo del procedimento di appello determina il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado.

Come è stato osservato¹², poi, il testo del codice lascia all'interprete il compito di risolvere l'ulteriore questione se il rinvio pregiudiziale possa essere sollevato solo nell'ambito di procedimenti volti a definire la questione con una decisione idonea ad acquisire l'autorità di giudicato ovvero se possa essere proposto anche nell'ambito di procedimenti la cui decisione non ha l'attitudine al giudicato, come quelli di volontaria giurisdizione o quelli cautelari.

Ebbene, nel silenzio della legge, si deve ritenere che la non ricorribilità in Cassazione del provvedimento conclusivo del procedimento non sia di ostacolo all'utilizzo del rinvio pregiudiziale. Come si è già detto, la finalità del nuovo istituto è, innanzitutto, deflattiva e viene perseguita attraverso l'enunciazione di un principio di diritto che può costituire un precedente in una serie di giudizi accumulati dalla difficoltà interpretativa di una disposizione nuova o sulla quale non si è ancora formato un univoco orientamento giurisprudenziale¹³. In questa prospettiva, il rinvio pregiudiziale non costituisce un mezzo di impugnazione di una decisione, come è reso evidente dal fatto che una «decisione», al momento della sua proposizione, potrebbe non esserci (e, anzi, normalmente non ci sarà) e come è ulteriormente confermato dal potere del Primo presidente di restituire gli atti al giudice remittente. Ma se così è, appare del tutto evidente come l'ordinario ricorso in cassazione si pone su un piano completamente diverso dallo strumento disciplinato dal nuovo art. 363-*bis* c.p.c. con la conseguenza che non si può interferire una necessaria correlazione tra essi, escludendo l'utilizzo del secondo nei casi di procedimenti che non siano soggetti al primo.

Per le esposte ragioni, nella nozione di «giudice di merito» deve essere ricompreso anche il giudice del cautelare¹⁴, con la precisazione che, in tal caso, il giudice potrà adottare i provvedimenti indifferibili per tutelare i diritti, invocati dalle parti, minacciati in modo grave ed irreparabile e procedere a richiedere il giudizio della suprema corte,

all'esito del quale definirà il procedimento d'urgenza.

Occorre, poi, esaminare se la formulazione della legge («il giudice di merito può disporre con ordinanza») sia ostativa all'utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici appartenenti ad altre giurisdizioni.

Sotto un primo aspetto, si deve ritenere che possano rimettere una determinata questione di diritto alla Corte di cassazione i giudici tributari sia perché essi sono giudici di merito sia perché le loro decisioni sono sempre ricorribili per cassazione per violazione di legge, sia perché l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992 (codice del processo tributario) stabilisce che i giudici tributari applicano le norme del predetto decreto e, per tutto quanto da esse non disposto e con esse compatibili, le norme del codice di procedura civile. Non essendo ravvisabile alcuna incompatibilità strutturale, non sembra sussistere una valida ragione per escludere l'applicabilità ai giudici tributari del disposto dell'art. 363 *bis* c.p.c. Peraltro, merita di essere ricordato che, nel progetto di riforma del giudizio tributario, era stato introdotto un istituto analogo al rinvio pregiudiziale, poi però eliminato proprio alla luce del rinvio generale previsto dal citato art. 1, comma 2¹⁵.

Deve, invece, escludersi che del nuovo strumento possa avvalersi il giudice amministrativo, in ragione della limitazione, prevista dalla Carta costituzionale, dell'intervento della corte di cassazione nei confronti delle sentenze emesse dagli appartenenti a tale giurisdizione. Altrimenti detto, non svolgendo la corte di cassazione, nei confronti della giurisdizione amministrativa, alcun ruolo nomofilattico, non sussistono spazi per un intervento della giurisprudenza di legittimità in tale ambito.

Dubbia, invece, la legittimazione degli arbitri a richiedere l'intervento della suprema corte. A favore della soluzione positiva milita la circostanza che, oggi, giurisdizione statale e giurisdizione arbitrale appaiono sempre più avvicinate e sovrapponibili. Tuttavia, quel che rende problematica l'applicazione dell'art. 363-*bis* c.p.c. nell'ambito del giudizio arbitrale potrebbe essere la difficoltà che incontra l'arbitro - che, deriva la propria *potestas iudicandi* dalla scelta delle parti, non essendo egli inserito nell'ambito di una organizzazione giurisdizionale - di valutare appieno il presupposto della «serialità» della questione giuridica ad esso sottoposta¹⁶.

La nuova disposizione codicistica non precisa il momento in cui il giudice dovrebbe richiedere l'intervento della giurisprudenza di legittimità, limitandosi a obbligarlo a «sentire le parti costituite». Non è possibile dare una risposta univoca ad un simile interrogativo, in quanto la decisione potrebbe intervenire, a seconda dell'andamento del singolo procedimento, in ogni momento del processo. Tuttavia, la stessa struttura del procedimento di primo grado - fondata sul principio di concentrazione delle attività nella prima udienza di comparizione alla quale si arriva dopo lo scambio delle memorie previste dall'art. 171-*ter* c.p.c. e, dunque, dopo la completa definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum* - farà sì che il luogo elettivo per valutare l'opportunità di adire la suprema corte sarà costituita proprio dalla prima udienza di comparizione. In questa ottica, non vi è dubbio, peraltro, che - sebbene non sia espressamente previsto - il giudice potrà invitare le parti a discutere sulla opportunità di sollevare il rinvio già nell'ambito delle verifiche preliminari oggi previste dal nuovo art. 171-*bis* c.p.c., sempreché, ovviamente, la questione di diritto di dubbia interpretazione sia già definita negli atti introduttivi delle parti¹⁷.

In dottrina, è stato segnalato un profilo problematico afferente alla possibilità che «la Cassazione venga chiamata a pronunciarsi prima della definitiva fissazione dei fatti, con conseguente rischio che l'ulteriore corso dell'istruttoria finisca per renderne inutil(izzabile) la pronuncia»¹⁸. Tuttavia, l'osservazione, pur fondata, può essere superata considerando la appena richiamata struttura del processo civile di primo grado che consente di pervenire alla trattazione della causa nel corso della prima udienza allorquando l'intero perimetro della lite, sia sotto il profilo assertivo sia sotto quello delle istanze probatorie, è completamente definito. Ovviamente, nei giudizi che richiedono lo svolgimento di attività istruttoria, è opportuno che il giudice valuti l'opportunità di richiedere l'intervento della corte solo dopo l'esaurimento di quella attività e, dunque, una volta determinato il quadro fattuale che renda concretamente applicabile la norma che presenta gravi difficoltà interpretative. In questa ottica, non può escludersi che l'esigenza di utilizzare il nuovo strumento si presenti al termine dell'istruttoria ovvero una volta assunta la causa in decisione. Nel primo caso, il giudice potrà invitare a prendere posizione o ad una udienza già calendarizzata ovvero attraverso apposite note; nel secondo, la causa potrebbe es-

sere rimessa sul ruolo istruttorio al fine di acquisire il parere delle parti in ordine alla opportunità di utilizzare lo strumento dell'art. 363-*bis* c.p.c.¹⁹.

L'esigenza di sentire le parti deriva, poi, dalla necessità di assicurare il contraddittorio anche in ordine alla stessa necessità di rinviare gli atti alla Corte di cassazione, tenuto conto che da questa decisione discende, immediatamente, la sospensione del giudizio. Anche in tal caso non sono precisati schemi predefiniti, potendo il giudice muoversi come meglio risulterà dalla situazione concreta, anche se, secondo quanto sopra appena evidenziato, il «luogo» del possibile dialogo tra giudice e parti in ordine alla opportunità di sollevare il rinvio pregiudiziale ben potrà essere costituito dalla prima udienza di trattazione della causa.

Sebbene, poi, non sia espressamente previsto, è assai opportuno che il giudice garantisca il contraddittorio tra le parti anche successivamente alla decisione della corte di cassazione, in modo tale che le parti possano interloquire sulla concreta applicazione della norma, così definitivamente interpretata (almeno in quel procedimento), al caso specifico sottoposto all'attenzione del magistrato.

5. I presupposti per procedere al rinvio

L'art. 363-*bis* c.p.c. sottopone la possibilità che il giudice si rivolga alla corte di cassazione a taluni presupposti che possono essere così sintetizzati: che si tratti di una questione esclusivamente di diritto; che la decisione di tale questione sia necessaria alla definizione anche parziale del giudizio; che tale questione non sia stata ancora risolta dalla Cassazione; che presenti gravi difficoltà interpretative; che essa possa porsi in numerosi giudizi.

Il primo dei requisiti accennati - l'essere la questione «esclusivamente di diritto» - si impone, e si spiega, in ragione del ruolo demandato dall'ordinamento alla stessa corte di cassazione che non può essere chiamata a giudicare questioni di fatto e, tantomeno, a ricostruire i fatti stessi, compito, quest'ultimo, demandato in via esclusiva al giudice del merito.

Conseguentemente, il giudice di merito, nel momento in cui vorrà valersi del rinvio pregiudiziale, dovrà, con la propria ordinanza, «isolare», «selezionare» la questione di diritto dai fatti che andranno, comunque, opportunamente ricostruiti al fine di consentire di conoscere le basi fattuali dalle quali deriva l'applicazione della norma di legge²⁰. Da qui la necessità, cui si è già accennato in precedenza, che il rinvio pregiudiziale venga utilizzato dal giudice di merito una volta raggiunta una certa completezza nell'accertamento dei fatti del caso concreto.

Sebbene la dizione dell'art. 363-*bis* c.p.c. sembri riferirsi alle questioni di merito che possano portare alla definizione (anche parziale) del giudizio, nulla esclude che lo strumento possa essere utilizzato con riguardo ad incertezze interpretative sorte in sede di applicazione della legge processuale²¹. Peraltro, come è stato osservato, nel caso di una questione di diritto di merito, «essa non dovrà essere soltanto rilevante, ma anche non assorbita da una ragione più liquida che consenta al giudice di concludere il procedimento a prescindere dalla questione di diritto controversa»²².

La questione deve essere, poi, «rilevante» ai fini della decisione e, precisamente, necessaria alla risoluzione, eventualmente anche parziale come specifica correttamente l'art. 363-*bis* c.p.c., della concreta controversia posta all'attenzione del giudice remittente. Ma anche in tal caso, occorre precisare che concorrono alla definizione della lite non solo le norme di diritto sostanziale, ma anche tutte le norme processuali che il giudice deve applicare nel percorso che conduce all'emissione del provvedimento conclusivo del procedimento, con la conseguenza che nessun dubbio può essere effettivamente posto in ordine alla possibilità di rivolgersi alla corte di cassazione per la risoluzione di un dubbio interpretativo involgente la decisione di questioni di rito.

Così, si deve trattare di norma che trova applicazione nel processo destinato a decidere il merito, vuoi che costituisca la condizione per la stessa pronuncia di merito, vuoi che disciplini l'introduzione nel processo di elementi da utilizzare per dare un contenuto alla decisione di merito²³.

Alla rilevanza della questione fa da contraltare la «novità» di essa che viene declinata dall'art. 363-*bis*, primo comma, n. 1 c.p.c. con l'affermazione che «non è stata ancora

risolta dalla Corte di cassazione». Il legislatore delegato ha, quindi, allargato le maglie di questa condizione rispetto a quanto originariamente previsto dalla legge delega, laddove si discorreva di questione non ancora «affrontata» dalla corte, così adombrando l'inammissibilità del rinvio nel caso in cui la giurisprudenza di legittimità si fosse, comunque, pronunciata almeno una volta, anche solo in via incidentale, sulla questione. Occorre, peraltro, non far coincidere il concetto di «novità» con i dubbi interpretativi che sorgono in sede di prima applicazione di una nuova disciplina, processuale o sostanziale: infatti, con il requisito della novità, la norma fa riferimento alle questioni di diritto che si presentano per la prima volta all'attenzione del giudice di merito, indipendentemente dal periodo di emanazione della relativa disciplina.

Il concetto di «risoluzione» di una questione di diritto è di difficile decodificazione. In via generale, può ritenersi che, sulla base della formulazione dell'attuale art. 363-*bis* c.p.c., il giudice possa rivolgersi alla Corte di cassazione anche quando quest'ultima sia già intervenuta sulla questione, purché sia ancora presente un contrasto o interno alla cassazione come avviene quando la stessa abbia emesso decisioni contrastanti oppure esterno ad essa e, precisamente, nella dialettica tra corte di cassazione e giudici di merito²⁴. In questa prospettiva non vi è ragione per escludere l'ammissibilità del rinvio ove penda, dinanzi alla corte di cassazione, diverso giudizio avente ad oggetto la medesima questione giuridica²⁵.

Un intervento delle Sezioni unite, invece, sembra preclusivo alla possibilità di utilizzare l'istituto in argomento, in quanto esso dovrebbe avere composto un contrasto o risolto una questione di massima di particolare rilevanza²⁶.

La questione deve, poi, presentare «gravi difficoltà interpretative». Il legislatore delegato ha, peraltro, con riferimento a tale condizione, precisato, nel secondo comma dell'art. 363-*bis* c.p.c., che l'ordinanza che dispone il rinvio pregiudiziale deve recare specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili. L'obbligo motivazionale così declinato è volto ad evitare che il giudice operi rinvii puramente esplorativi o ipotetici²⁷, richiamandolo ad un approfondito esame di tutte le alternative interpretative che possono porsi²⁸.

L'ultimo presupposto che l'art. 363-*bis* c.p.c. richiede per il rinvio pregiudiziale è che la questione di diritto sia «suscettibile di porsi in numerosi giudizi»: in altre parole, la norma richiede che la questione di diritto sia, in qualche modo, seriale.

Il requisito in argomento è decisivo al fine di declinare la funzione deflattiva dell'istituto: l'intervento anticipato della Corte di cassazione, infatti, si spiega proprio in ragione della possibilità di individuare un precedente che possa essere utilizzato - oltre che nel caso specifico ove esso si presenta finanche vincolante nell'ambito del relativo procedimento - grazie alla sua forza persuasiva in una serie indefinita di giudizi²⁹.

Peraltro, la serialità dovrebbe essere ritenuta *in re ipsa* nelle questioni di carattere processuale³⁰, essendo esse, per definizione, destinate a porsi in una serie indefinita ed ampia di processi; mentre merita un apprezzamento particolare per quanto riguarda le questioni di diritto sostanziale.

6. Il procedimento

Sotto il profilo strettamente processuale, l'art. 363-*bis* c.p.c. prevede che il deposito dell'ordinanza che dispone il rinvio pregiudiziale comporta l'automatica sospensione del procedimento di merito, con la precisazione che è fatto salvo il compimento degli atti urgenti (al pari di quanto avviene, ai sensi dell'art. 48 c.p.c., in caso di regolamento di competenza) e di quella attività istruttoria che non dipenda dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale.

Al fine di evitare che ordinanze di rimessione alla Corte possano essere adottate «a cuor leggero» è stato previsto, poi, un sistema di «filtro» affidato al Primo presidente della corte, il quale, ricevuti gli atti, entro il termine di novanta giorni, valuta la sussistenza dei presupposti previsti dalla norma e, in caso di ritenuta ammissibilità del rinvio operato dal giudice di merito, assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice secondo le ordinarie regole di riparto degli affari ovvero, in caso di prognosi negativa, dichiara inammissibile la questione con decreto non impugnabile. Tale disposizione conferma che il rinvio pregiudiziale non integra un mezzo di impugnazione, non

essendo previsto un obbligo della corte di provvedere ³¹.

La norma non chiarisce, però, se quegli stessi presupposti oggetto dell'esame, in punto di ammissibilità del rinvio, da parte del Primo presidente possano essere sottoposti ad una nuova valutazione da parte del collegio assegnatario della trattazione del rinvio. L'impianto complessivo della disposizione sembrerebbe deporre per la soluzione negativa, ma soltanto la prassi che si verrà a determinare potrà definitivamente rispondere al quesito.

È, ancora, previsto che la Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronunci sempre in pubblica udienza con la requisitoria scritta del pubblico ministero depositata almeno venti giorni prima – che, ai sensi dell'art. 378 c.p.c. novellato, è, di norma, invece solo facoltativa – e con la possibilità per le parti di depositare brevi memorie entro dieci giorni prima dell'udienza. Il procedimento si conclude con l'enunciazione del principio di diritto da parte della Corte, espressamente previsto come vincolante nel giudizio nell'ambito del quale è stata rimessa la questione.

Merita, infine, di essere evidenziato che la disciplina de rinvio pregiudiziale è "integrata" attraverso l'introduzione, nelle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, dell'art. 137-*bis*, rubricato «pubblicità degli atti dei procedimenti pendenti», il quale prevede che, fermo quanto previsto dall'articolo 51 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, sono pubblicati nel sito istituzionale della Corte, a cura del centro elettronico di documentazione, i provvedimenti che dispongono il rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 363-*bis* del codice e i decreti del primo presidente ad esso relativi.

7. La vincolatività del principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione

L'aspetto per il quale il nuovo istituto italiano si distacca e si distingue dal modello francese della *saisine pour avis* riguarda la vincolatività del principio di diritto enunciato dalla corte di cassazione. Infatti, mentre, come già evidenziato, in Francia, e conformemente al nome dell'istituto, la pronuncia della cassazione si sostanzia in un parere che non vincola neppure il giudice remittente, il nuovo art. 363-*bis* c.p.c., in aderenza alle prescrizioni della legge delega ³², dispone all'ultimo comma che «il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti» ³³.

Dunque, secondo il voluto del legislatore, il principio di diritto enunciato dalla corte vincola non solo il giudice remittente, ma anche tutti i giudici che intervengono nell'ambito di quello specifico procedimento civile. Così, ad es., nel caso in cui il rinvio pregiudiziale venga formulato dal giudice di primo grado, il principio di diritto espresso dalla corte vincolerà anche il giudice dell'appello e non potrà costituire motivo di ricorso per cassazione. Al contrario, appare evidente che potrà essere fatta valere con tutte le impugnazioni predisposte dall'ordinamento la mancata adesione del giudice al principio di diritto.

Peraltro, nel caso in cui la decisione sul rinvio pregiudiziale provenga dalle sezioni unite della corte troverà parimenti applicazione anche il terzo comma dell'art. 374 c.p.c. con la conseguenza che quell'interpretazione vincolerà le sezioni semplici della corte chiamate a decidere sulla stessa materia, salva la possibilità per queste ultime di rimettere nuovamente la questione alle sezioni unite per una nuova decisione.

La vincolatività dell'enunciato giuridico della corte è stato oggetto di critiche per violazione dell'art. 101 Cost. - a mente del quale il giudice è soggetto soltanto alla legge ³⁴ - in quanto limiterebbe il potere del giudice di fornire una autonoma interpretazione delle norme di diritto che egli è chiamato ad applicare nella singola controversia.

Le critiche, tuttavia, non colgono nel segno.

Infatti, benché l'espressione del principio di diritto intervenga, nel caso di rinvio pregiudiziale, nel corso di un procedimento civile e non già all'esito di esso, il vincolo per il giudice remittente si presenta sostanzialmente analogo al vincolo gravante sul giudice del rinvio a seguito della cassazione della sentenza da parte della suprema corte (art. 384 c.p.c.).

Come è noto, infatti, già nel 1970, la Corte di cassazione si trovò ad affrontare il problema della legittimità costituzionale, proprio alla luce del disposto dell'art. 101 cost., delle norme, tanto del codice di procedura penale quanto del codice di procedura civile, che imponevano così come ancora oggi impongono al giudice di merito, in sede di rinvio, di uniformarsi alla sentenza di cassazione per ciò che concerne ogni questione di diritto con essa decisa³⁵.

In quell'occasione, la Corte costituzionale ebbe a chiarire che «la Costituzione, legando il giudice alla legge, vuole assoggettarlo, non solo al vincolo di una norma che specificatamente contempra la fattispecie da decidere, ma altresì alle valutazioni che la legge dà dei rapporti, degli atti e dei fatti, e al rispetto degli effetti che ne desume; in tal caso, è sempre alla legge che il giudice si collega quando armonizza la sua decisione alle dette valutazioni. Non è perciò un sofisma (...) affermare che la pronunzia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza emessa nella stessa causa, come è oggi nel sistema del rinvio dalla cassazione; ogni limite posto dalla legge all'esercizio di poteri o di funzioni è legittimo fino a quando non vulneri un precetto costituzionale». Ma, proseguiva il ragionamento della Corte, «un precetto del genere non può rinvenirsi nell'art. 101, secondo comma, Cost. (...), perché l'efficacia della sentenza che dispone il rinvio è determinata dalla regola del *ne bis in idem*, che porta, di necessità e a seconda dei casi, ad una preclusione, alla cosa giudicata o, comunque, ad un punto fermo nel processo di graduale formazione logica della pronunzia finale». In definitiva, il vincolo che la sentenza di cassazione determina per il giudice di rinvio consegue al fatto che la legge ha ritenuto conclusa una fase del processo e immutabilmente fissato il punto di diritto deciso, con effetto limitato alla causa³⁶.

Ciò posto, secondo una parte della dottrina, il principio espresso dalla richiamata pronunzia della Corte costituzionale non sarebbe utilizzabile nel caso di rinvio pregiudiziale laddove «l'ordine dei gradi è invertito»³⁷, intervenendo la corte di cassazione non già all'esito dei gradi di merito, ma, per così dire, all'interno di essi. Tuttavia, il «momento» nel quale la decisione della corte interviene non appare decisivo, perché, una volta ammesso che la libertà interpretativa del giudice trovi un limite nell'espressione di un principio di diritto da parte del giudice di legittimità, diviene giocoforza inevitabile ammettere che è ininfluente il «quando» ciò avviene. Con la conseguenza che esso potrà intervenire non solo all'esito degli ordinari gradi di giudizio, ma anche attraverso la decisione interpretativa sollecitata dal giudice rimettente con l'unico limite che il quadro fattuale nel quale si va ad inserire quest'ultima decisione rimanga inalterato. In altre parole, il vincolo permane a condizione che permanga inalterato il quadro fattuale di riferimento³⁸.

In questa prospettiva, non va dimenticato che il giudice di merito, sia esso il giudice remittente ovvero il giudice di appello susseguente, mantiene il proprio potere di valutare l'esistenza o meno della situazione dedotta in giudizio, essendo, al contrario, vincolato soltanto il principio di diritto che quella situazione va a disciplinare³⁹. Ed è fin troppo ovvio che quel vincolo può perdurare a condizione che qualsiasi giudice di merito che intervenga nella specifica vicenda processuale continui a verificare che quella situazione dedotta in giudizio si sia mantenuta invariata rispetto alla prospettazione del giudice remittente medesimo. In altre parole, posto che, in sede di rinvio pregiudiziale, la corte afferma il principio di diritto in relazione ad un quadro fattuale concreto descritto e rappresentato nella ordinanza di remissione, sebbene non ancora definitivamente accertato, sussiste sempre la possibilità che il giudice di merito, sia esso il remittente sia esso il giudice di appello, possa modificare il quadro fattuale con la conseguenza che la modifica di quel quadro, nel prosieguo del giudizio principale, comporterà la non applicabilità, nel concreto, del principio di diritto⁴⁰.

D'altra parte, anche qui riprendendo uno spunto contenuto nel lontano precedente dei giudici delle leggi, si può affermare che una diversa soluzione – *id est*, la non vincolatività dell'enunciato di diritto della corte di cassazione – si porrebbe, questa sì, in contrasto con la Carta costituzionale. Infatti, in quella sentenza, si affermò correttamente che «il giudizio di rinvio, nel quale siano possibili valutazioni di diritto difformi da quelle che ha espresse la sezione semplice della cassazione, si risolve in un processo di impugnazione avverso tale sentenza; che non è configurabile data la posizione fatta alla Corte Suprema dall'art. 111 della Costituzione, per il quale solo essa è giudice ultimo della legittimità». In altre parole, consentire al giudice remittente ed a tutti quelli che intervengono sulla medesima vicenda di interpretare la norma in maniera difforme dal *dictum* della corte di cassazione determinerebbe una infelice inversione dei ruoli, laddove il giudice di merito finirebbe per divenire il giudice di impugnazione rispetto alle

decisioni della corte di cassazione. E, in tal modo, verrebbe sì violata la Costituzione. Né, sotto altro profilo, appare utile, per sostenere la contrarietà della disposizione in commento al disposto dell'art. 101 Cost., richiamare l'affermazione, anche qui contenuta nella decisione del 1970, della corte di cassazione quale «giudice ultimo della legittimità», in quanto l'aggettivo «ultimo» richiama l'idea non già (e non tanto) di una posteriorità temporale, ma della definitività della decisione o, più precisamente, del principio di diritto affermato.

Le superiori considerazioni vengono confermate dalla giurisprudenza di legittimità, anche a sezioni unite, in ordine al valore del precedente ed alla possibilità per il giudice di merito di discostarsene⁴¹. La giurisprudenza ha, in più occasioni, affermato che il precedente giurisprudenziale, ancorché autorevole ed ancorché proveniente dalla Corte di legittimità e finanche dalle sezioni unite, e quindi anche se di diretta espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto, e come tale non è direttamente vincolante per il giudice (salvo che, naturalmente, per il giudice di rinvio) con la conseguenza che il discostarsi da esso non può essere di per sé fonte di responsabilità civile per il giudice, dovendosi in caso contrario negare la legittimità della stessa forza propulsiva della interpretazione giurisprudenziale, che vive nella sua evoluzione e nel superamento critico delle passate posizioni. Svolte tali premesse, però, viene chiarito che le ripetute affermazioni nel senso della non vincolatività del precedente vanno armonizzate con l'esigenza di garantire l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale attraverso il ruolo svolto dalla corte di cassazione, nonché con l'evoluzione normativa del giudizio di cassazione. Si è, per tale via, giunti a concludere che «l'interpretazione della legge fornita dalla Corte di cassazione (e massimamente dalle sezioni unite di essa) va tendenzialmente intesa come una sorta di oggettivazione convenzionale di significato»⁴². Quest'ultima affermazione è espressione di una linea evolutiva della giurisprudenza di legittimità sempre più tesa a preservare la salvaguardia dell'unità e della stabilità dell'interpretazione giurisprudenziale e, massimamente, di quella del giudice di legittimità: valori che vengono assunti alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche. Non l'unico certo e neppure quello su ogni altro prevalente, ma di sicuro un criterio di assoluto rilievo⁴³.

La giurisprudenza ora richiamata, dunque, delinea un quadro che affida alla Corte di cassazione la funzione nomofilattica, con la conseguenza che appare del tutto coerente che il legislatore abbia sentito l'esigenza di ulteriormente consolidare tale funzione. In questa prospettiva, sembra attuarsi l'insegnamento di Calamandrei secondo il quale la corte di cassazione assume una funzione «di carattere costituzionale, di coordinazione tra funzione legislativa e funzione giudiziaria, che attiene più che alla fase di applicazione del diritto al caso concreto alla fase di formazione e formulazione del diritto»⁴⁴.

E va da sé che tale consolidamento si è attuato, in sede di rinvio pregiudiziale, non con la previsione di un vincolo nei confronti di tutti i giudici, ma soltanto nei confronti di coloro che intervengono nella vicenda processuale che a quel rinvio ha dato origine.

D'altra parte, non può sottacersi che l'ordinamento già conosce - oltre al vincolo del giudice del rinvio ed oltre alle ipotesi in cui la corte interviene, determinando (in via definitiva) la giurisdizione e la competenza, nel corso stesso di un procedimento civile - diverse ipotesi in cui una determinata interpretazione della norma costituisce un vincolo, diretto o indiretto ed anche con intensità cogente diversa, per il giudice⁴⁵.

In questa prospettiva, appare corretto richiamare, ancora una volta, il disposto di cui all'art. 374 c.p.c.⁴⁶ a mente del quale una decisione su una questione di diritto proveniente dalle sezioni unite della corte di cassazione vincola i giudici delle sezioni semplici i quali, ove ritengano di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, hanno l'obbligo di rimettere la questione, con ordinanza motivata, a queste ultime.

Sotto altro profilo, quale forma di «vincolo» per il giudice può anche menzionarsi la giurisprudenza della Corte costituzionale in ordine all'efficacia vincolante del diritto vivente. Come è noto, infatti, nella giurisprudenza costituzionale è consolidato il principio in virtù del quale il giudice comune, prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale, ha l'onere di sperimentare se della disposizione censurata possa essere offerta, nell'osservanza degli ordinari criteri ermeneutici, un'interpretazione adeguatrice, in grado di porla al riparo delle sollevate censure. Il principio, secondo la formulazione più efficace offertane dalla Corte, è che «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»⁴⁷. Dalla affermazione di una simile regola è conseguita la configurazione, divenuta *jus*

receptum, dell'onere dell'interpretazione costituzionalmente orientata quale requisito di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale. Sul contenuto di questo onere influisce in misura rilevante la teorica del «diritto vivente», quale elaborata dal giudice delle leggi, in quanto permette di stabilire i confini della libertà interpretativa del giudice comune.

La rilevanza riconosciuta dalla Corte costituzionale al diritto vivente, nei termini dianzi esposti, comporta infatti che, qualora una determinata interpretazione di una disposizione che abbia assunto tale carattere permetta di ritenere privi di consistenza i dubbi di legittimità costituzionale, è a questa che il giudice comune deve attenersi con la conseguenza che egli resta sostanzialmente privato della facoltà di offrire della disposizione una differente esegesi⁴⁸. In altre parole, ancorché un giudice intimamente propenda per la correttezza di una interpretazione che renderebbe una norma costituzionalmente illegittima, egli è «obbligato» a seguire (e ad applicare) l'interpretazione offertane dal diritto vivente ove essa risulti conforme ai precetti costituzionali.

Per il resto, la decisione della Corte non vincola né i giudici di merito diversi dal remittente e da quelli che intervengono nella stessa vicenda processuale né la stessa Corte di cassazione, salva l'applicazione del disposto del più volte richiamato art. 374 c.p.c.

Ovviamente, come per ogni altro precedente giurisprudenziale, sarà l'autorevolezza della motivazione della decisione della Corte a consentire ad essa di divenire un «precedente» che possa essere utilmente utilizzato dagli altri giudici. Come è stato efficacemente evidenziato, «*erga omnes* il responso al rinvio pregiudiziale varrà, come ogni altro principio di diritto fissato dalla Cassazione, per la sua maggiore o minore efficacia persuasiva di precedente»⁴⁹.

D'altra parte, come è noto, è il giudice del caso successivo che applica il precedente, ove ritenga che tra i fatti del caso successivo che deve decidere e i fatti del caso precedente, vi sia una analogia sufficiente ed idonea a giustificare, nel secondo caso, una decisione fondata sulla medesima *ratio*: è proprio questa analogia che fonda l'applicazione del precedente. Ciò significa, conseguentemente, che non è la corte che decide il caso anteriore a stabilire se la sua decisione è o non è destinata a costituire un precedente, ma il giudice del caso successivo⁵⁰. In questa prospettiva, dunque, a stabilire la qualità di «precedente» di una decisione o, meglio, dell'espressione di un principio di diritto contenuta in una determinata sentenza sono sempre i giudici che si pronunziano successivamente.

Se si trasferiscono queste considerazioni alla tematica del rinvio pregiudiziale, ci si rende conto che la volontà del legislatore è stata quella di abbreviare i termini della dialettica tra antecedente e susseguente, attraverso l'enunciazione tempestiva di un principio di diritto che possa guidare la condotta non solo degli organi giudicanti, quanto degli stessi operatori economici e giuridici. Ma, per riprendere la terminologia di Carl Schmitt con cui si è aperto questo lavoro, sarà l'autorevolezza della decisione e la sua efficacia persuasiva a «trasformare» il *dictum* della Corte in prassi giudiziale.

Note

1. C. Schmitt, *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*, Milano, 2016.
2. Sul nuovo istituto, si vedano: A. Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione*, in *Judicium*, 2022; V. Capasso, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il «vincolo» di troppo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 587 ss.; B. Capponi, *E' opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di cassazione?*, in www.giustiziainsieme.it; A. Carratta, *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione "soggettivamente complessa"*, in *Giur. it.*, 2023, 467; M. Fabiani, *Rinvio pregiudiziale alla corte di cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, I, 197 ss.; G. Caruso, *Il rinvio pregiudiziale su questioni di diritto in Cassazione*, in *Il Processo*, 2022, 535 ss.; C.V. Giabardo, *In difesa della nomofilachia. Prime notazioni teorico-comparate sul nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione nel progetto di riforma del Codice di procedura civile*, in www.giustiziainsieme.it, 3; F.P. Luiso, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2023, 189 ss.; A. Mondini, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo*, in *Judicium*, 2022; A. Scarpa, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: una nuova «occasione» di nomofilachia?*, in www.giustiziainsieme.it; G. Scarselli, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, in www.giustiziainsieme.it, 5; E. Scoditti, *Brevi note sul nuovo istituto del rinvio pregiudiziale in cassazione*, in *Questione Giustizia*, 3/2021, 105; G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, in *Judicium*, 10 dicembre 2021. Meritano, poi, di essere richiamate le Relazioni dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte Suprema di cassazione n. 96 del 6 ottobre 2022 e n. 110 del 1 dicembre 2022. La prima esamina i profili della riforma di cui al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 afferenti al giudizio dinanzi alla corte di cassazione; la seconda quelli relativi al procedimento di primo grado. In entrambe è offerta una prima disamina dell'istituto del rinvio pregiudiziale in cassazione.
3. M. Fabiani, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, cit., 200.
4. Come è stato efficacemente evidenziato da C.V. Giabardo, *In difesa della nomofilachia. Prime notazioni teorico-comparate sul nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione nel progetto di riforma del Codice di procedura civile*, cit., 1, «la pronuncia della Corte è semplicemente occasionata dal giudizio a cui si riferisce, ma ha una portata ben superiore. I giudici supremi si esprimeranno grazie alla vicenda, ma non solo per quella (anzi, questa è la parte marginale). La causa è un pretesto perché la voce della Corte si faccia sentire da tutti. Certo, i destini del caso concreto saranno inevitabilmente segnati, ma in ogni caso non vuole essere questa la funzione principale dello scioglimento della difficoltà interpretativa». Secondo A. Scarpa, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: una nuova «occasione» di nomofilachia?*, par. II, «lo strumento andrà perciò sfruttato proprio per rimediare alla non più sostenibile «occasionalità» della nomofilachia adempiuta soltanto per il tramite di un terzo grado di giudizio, che interviene a distanza di anni dalla domanda di merito e comunque condizionatamente alla formazione progressiva del giudicato derivante dall'acquiescenza, la quale è espressione del principio di disponibilità dei mezzi di impugnazione».
5. La legge delega demandava al Governo di introdurre la possibilità che «il giudice di merito», quando deve decidere una questione di diritto, possa sottoporre d'ufficio direttamente la questione alla Corte di cassazione per la risoluzione del quesito di diritto. La legge delega, poi, ha delimitato il tipo di questione che il giudice di merito può sottoporre alla Suprema Corte, precisando che deve trattarsi di una questione: a) esclusivamente di diritto; b) nuova, non essendo stata ancora affrontata dalla Corte di cassazione; c) di particolare importanza; d) con gravi difficoltà interpretative; e) tale da riproporsi in numerose controversie. E', altresì, necessario che la questione sia stata preventivamente sottoposta al contraddittorio delle parti.
6. Sul modello francese, in particolare, R. Giordano, *La «saisine pour avis» alla corte di cassazione francese*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 109; C. Silvestri, *La saisine pour avis della cour de cassation*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 495 e, da ultimo, A. Dondi, V. Ansanelli, P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2018, 325 ss.
7. Si riporta il testo dell'art. L. 441-1: «Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation».
8. In posizione critica rispetto a tale scelta, V. Capasso, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il «vincolo» di troppo*, cit., 590 secondo la quale «l'impressione è che i conditores abbiano more solito – da un lato – guardato all'istituto d'ispirazione solamente sulla carta (e così senza tener conto né delle differenti condizioni di contesto nell'ordinamento d'origine e in quello di recepimento, né dei problemi applicativi registratisi già in Francia e delle soluzioni adottate, o almeno suggerite, onde farvi fronte) e – dall'altro – ritenuto di poter apportare senza danni modifiche all'istituto d'ispirazione; finendo, invece, per stravolgerlo e (quel che più conta) farne uno strumento di dubbia legittimità costituzionale».
9. Rocard, in B. Oppetit, *La résurgence du rescrit*, *Dalloz*, 1991, 105
10. Sul punto, G. Caruso, *Il rinvio pregiudiziale su questioni di diritto in Cassazione*, cit., 537.
11. Così, esattamente, A. Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione*, cit., par. 2. Più restrittiva appare la posizione di F.P. Luiso, *Il nuovo processo civile*, cit., 191 secondo il quale «lo strumento è utilizzabile solo nei processi dichiarativi, e non in quelli esecutivi, cautelari e di giurisdizione volontaria. Oltre all'elemento testuale (si parla di "definizione del giudizio"), vi è anche l'elemento sistematico: come potrebbe inserirsi in un procedimento non dichiarativo un provvedimento che ha tipicamente efficacia decisoria? È altrettanto ovvio, peraltro, che nei processi di cognizione incidentali al processo esecutivo lo strumento è utilizzabile».
12. Ancora, la Relazione dell'Ufficio del massimario e del ruolo menzionata alla nt. 1.
13. In questo senso, A. Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione*, cit., par. 7. Secondo l'A., «vista la genericità della formula scientemente adottata dal legislatore, non è dato trarre argomenti impeditivi del rinvio pregiudiziale dalla circostanza che la decisione del giudice di merito, rispetto alla quale la questione di diritto rinviata alla Cassazione è rilevante, non possa poi pervenire direttamente o indirettamente al sindacato impugnatorio della stessa Corte di cassazione o sia addirittura in radice inimpugnabile di guisa che il nominale vincolo al responso pregiudiziale per il giudice a quo resti in definitiva senza sanzione o almeno senza sanzione impugnatoria».
14. In senso contrario, come visto, F.P. Luiso, *Il nuovo processo civile*, cit., 191. Conforme A. Mondini, *Il rinvio*

- pregiudiziale interpretativo, cit., par. 1 ove si evidenzia che in caso di procedimenti cautelari, il giudice dovrà verificare «anche attraverso l'interlocuzione con le parti, la compatibilità in concreto del ricorso al nuovo istituto, a cui è connesso l'effetto sospensivo del giudizio, con l'urgenza di provvedere».
15. Così, la Relazione dell'Ufficio del massimario e del ruolo. In senso contrario, A. Briguglio, Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione, cit., par. 2 che muove dalla formulazione letterale della norma e, in particolare, alla collocazione della norma (e, dunque, della individuazione del «giudice di merito») nell'ambito del codice di procedura civile e A. Mondini, Il rinvio pregiudiziale interpretativo, cit., par. 1.
 16. Secondo A. Briguglio, Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione, cit., par. 2, «ammesso che i presupposti di un rinvio pregiudiziale arbitrale sussistano in astratto (il che è alquanto problematico specie riguardo alla "serialità"), la sua effettuazione e la sua ammissione non sarebbero in thesi eretiche. Sennonché esse sconteranno de facto, da un lato, la ritrosia degli arbitri (e delle parti o almeno di una di esse) rispetto alla rimessione alla giurisdizione statale di funzione, anche quella del giudizio di diritto, che la convenzione compromissoria ha voluto esercitata da giudici privati; d'altro lato la verosimile scarsa disponibilità della Cassazione a farsi interpellare da giudici privati, sicché fra i due atteggiamenti di fronte all'arbitro quale iudex a quo, quello da ultimo "aperturista" della Consulta riguardo al rinvio pregiudiziale costituzionale e quello tuttora "chiusurista" della Corte di Giustizia riguardo al rinvio pregiudiziale "comunitario", la nostra Cassazione adotterà, sebbene per altre ragioni, probabilmente il secondo. E su tutto vi è che non si darebbe, in assenza di espressa volontà adeguatrice del legislatore, sospensione ex lege del termine di emanazione del lodo (cfr. gli art. 820, u.c., lett d) e 819 bis c.p.c.) a motivo del nuovo rinvio pregiudiziale».
 17. Così, esattamente, A. Briguglio, Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione, cit., par. 3, il quale, peraltro, correttamente precisa che un rinvio pregiudiziale talmente prematuro da essere meramente «ipotetico» e «incerto» potrebbe essere non ammesso dal Primo Presidente.
 18. V. Capasso, Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il «vincolo» di troppo, cit., 592, secondo la quale «l'anticipazione del giudizio di diritto sulla fissazione dei fatti è qualcosa che evidentemente contrasta non solo con la logica, ma anche con gli stessi meccanismi della lite in sé considerata, e può giustificarsi solo in una ottica generalizzatrice che, in nome della nomofilachia, pone ogni altro aspetto in secondo piano». Ravvisa tale pericolo anche G. Scarselli, Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito, cit., n. 3. L'A. da ultimo menzionato giunge alla conclusione che il giudice di merito non potrebbe «mai rimettere una questione di diritto alla Corte di cassazione prima della chiusura dell'istruttoria, ovvero prima di avere la certezza dei fatti». Tuttavia, lo stesso A. precisa che «ma, a parte il fatto che giungere ad una simile conclusione sarebbe escludere la rimessione della questione (sostanzialmente) per tutto il processo di primo grado, è chiaro che detto correttivo non sarebbe comunque sufficiente, poiché anche dopo la chiusura dell'istruttoria si può depositare un documento sopravvenuto, oppure chiedere una rimessione in termini, oppure far disporre un giuramento decisorio, o infine lo stesso giudice di appello, anche in forza del medesimo materiale istruttorio, può sempre ricostruire i fatti in modo diverso da come li aveva immaginati il giudice di primo grado».
 19. Si potrebbe verificare l'ipotesi in cui una parte solleciti il giudice a rinviare gli atti alla corte di cassazione nella propria memoria conclusionale. In tal caso, la controparte potrà presentare le proprie osservazioni già nella memoria di replica con la conseguenza che, essendo stato così assicurato il contraddittorio tra le parti, il giudice potrebbe, senza necessità di fissare una apposita udienza, rimettere la causa sul ruolo istruttorio e rinviare gli atti al giudice di legittimità.
 20. In questo senso, A. Briguglio, Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione, cit., par. 4 secondo il quale la Corte potrà assumere la situazione di fatto che il giudice le avrà rappresentato nell'ordinanza come necessaria alla comprensione della quaestio.
 21. Anzi, secondo F.P. Luiso, Il nuovo processo civile, cit., 193, l'utilità dell'istituto si manifesta proprio con riferimento alle questioni di rito «che spesso - al contrario delle questioni di merito - esigono soltanto una scelta quale che sia, non essendoci valori diversi sottostanti a tale scelta, e quindi non essendo necessario un "rodaggio" della nuova norma». In tal senso, l'A. richiama la dibattuta questione concernente l'onere, in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, di instaurazione del procedimento di mediazione, ove obbligatorio. Nel medesimo senso di ritenere utilizzabile il rinvio pregiudiziale tanto per le questioni di merito che per quelle di rito, A. Briguglio, Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione, cit., par. 4.
 22. F.P. Luiso, Il nuovo processo civile, cit., 191.
 23. F.P. Luiso, Il nuovo processo civile, cit., 191.
 24. Merita di essere segnalata la difformità di una simile conclusione rispetto all'elaborazione francese ove, invece, si afferma che la questione di diritto non deve essere mai stata decisa dalla Corte di cassazione, né con un arrêt o con un avis, venendo in tale caso meno i requisiti della novità e della difficulté sérieuse (così Avis de la Cour de cassation, 12 settembre 2016, n.16-70.008, Bull. 2016, Avis, n. 8).
 25. Così, A. Briguglio, Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione, cit., par. 9 il quale precisa che sarà compito del Primo presidente di mettere in moto gli strumenti di coordinamento interno con il pendente giudizio di merito.
 26. In senso parzialmente diverso, A. Briguglio, Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione, cit., par. 4, il quale si spinge ad affermare che il giudice di merito «se particolarmente consapevole, ed ancor qui adeguatamente motivando, potrà attraverso il rinvio riferito a fattispecie concreta segnalare i dubbi che tuttora permangano perfino dopo una pronuncia delle Sezioni Unite, a causa della oscurità intrinseca della medesima o della oggettiva questionabilità riguardo alla riconduzione della nuova fattispecie a quel principio di diritto. L'ultima parola, prima che si avvia la funzione consultiva della Corte, spetterà del resto al Primo presidente».
 27. Ritiene che la richiesta di specificazione delle alternative interpretative è più che altro una superfetazione, intesa semmai appunto a richiamare i giudici di merito a rinviare non a cuor leggero bensì dopo riflessione accurata, A. Briguglio, Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione, cit., par. 4. Come correttamente rileva A. Scarpa, Il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: una nuova «occasione» di nomofilachia?, cit., par. III, sarebbe improprio l'utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte del giudice del merito ove rivolto unicamente a conseguire un avallo interpretativo dalla Suprema Corte diretto a preservare la propria decisione da una diversa lettura ed applicazione delle norme ad opera del giudice dell'impugnazione.
 28. «Non è indispensabile che il giudice del rinvio sindachi la fondatezza e la praticabilità delle diverse interpretazioni di cui è suscettibile la questione devoluta, né che indichi le ragioni che lo inducano a preferire una tra le

- possibili soluzioni ermeneutiche che si contendono il campo. Le diverse interpretazioni da rappresentare in motivazione postulano (oltre che la questione non sia stata ancora “risolta dalla Corte di cassazione”, come meglio si vedrà in seguito) che, utilizzando i criteri dettati dall’art 12 delle preleggi, si pervenga ad almeno due possibili esiti divergenti, ovvero che comunque vi siano differenti posizioni nella giurisprudenza e nella dottrina in ordine alle problematiche sollevate, e perciò manchi una *communis opinio*. Così, esattamente, A. Scarpa, Il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: una nuova «occasione» di nomofilachia?, cit., par. III.
29. A. Scarpa, Il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: una nuova «occasione» di nomofilachia?, cit., par. IV si richiede al giudice un «arduo giudizio oracolare, il quale prescinde dal singolo caso in esame e impone un calcolo prognostico su identici casi futuri».
 30. Così, anche, Briguglio, Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione, cit., par. 4.
 31. In altre parole, proprio perché non vi è un obbligo di esaminare il caso sottoposto ad essa, si consente alla corte di cassazione di «decidere cosa decidere». Sul punto, V. Capasso, Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il «vincolo» di troppo, cit., 590.
 32. L’art. 1, co. 9, lett. g, punto 6 della legge 26 novembre 2021, n. 206 dispone che «il provvedimento con il quale la Corte di cassazione decide sulla questione è vincolante nel procedimento nell’ambito del quale è stata rimessa la questione e conserva tale effetto, ove il processo si estingua, anche nel nuovo processo che è instaurato con la riproposizione della medesima domanda nei confronti delle medesime parti».
 33. Come nota correttamente C.V. Giabardo, In difesa della nomofilachia. Prime notazioni teorico-comparate sul nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione nel progetto di riforma del Codice di procedura civile, cit., par. 6 «con la sua decisione, richiesta, la Cassazione crea - nel senso kelseniano del termine - la norma specifica e individuale che risolve, una volta applicata, una volta per tutte il conflitto. Vi è quindi una scissione temporale e soggettiva tra interpretazione e applicazione (o, se vogliamo, con altra terminologia, tra interpretazione in astratto e interpretazione in concreto): due attività che, però, normalmente, sono realizzate in forma contestuale e che pertanto devono essere considerate in maniera unitaria». In questa prospettiva, secondo l’A., la definitività della pronuncia della corte è talmente intensa da sopravvivere persino in un eventuale giudizio futuro (vincolando così un altro giudice), instaurato tra le medesime parti e sul medesimo oggetto di causa, dovendosi, quindi, discorrere di «effetto ultrattivo» della decisione della corte.
 34. Così, infatti, G. Scarselli, Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito, cit., 5, senza tuttavia alcun approfondimento in ordine alla raggiunta conclusione. Nel senso del contrasto tra la previsione del vincolo e l’art. 101 Cost., anche V. Capasso, Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il «vincolo» di troppo, cit., 601 ss.; A. Mondini, Il rinvio pregiudiziale interpretativo, cit., par. 7 secondo il quale «l’art.101, comma 2, Cost. è a garanzia dell’indipendenza funzionale del giudice, della strutturazione non verticistica della magistratura (“potere diffuso”) e, per esse, del pluralismo giurisdizionale. Il vincolo in esame limita l’indipendenza funzionale, non è coerente con la ridetta strutturazione, toglie spazio al contributo che ogni giudice può dare al progresso della giurisprudenza». In senso contrario, F.P. Luiso, Il nuovo processo civile, cit., 193 il quale evidenzia che «in realtà, la soggezione del giudice alla sola legge, e la sua libertà di interpretazione delle norme sono principi che tutelano la posizione delle parti del processo, e non di chi decide: tali principi non fanno parte dello “statuto” del magistrato in quanto tale. E, infatti, ogni vincolo e preclusione interni al processo operano con riferimento al giudice in via indiretta, in quanto operano con riferimento alle parti. Se e nella misura in cui una parte è vincolata da un precedente giudicato o da una preclusione processuale, lo è anche il giudice; e viceversa. L’unico problema da porsi, dunque, riguarda la legittimità, nei confronti della parte, dell’efficacia preclusiva: acquisito che quest’ultima è *secundum ius*, al giudice non resta che prenderne atto».
 35. Merita, poi, di essere riportato il percorso argomentativo che consente a M. FABIANI, *Rinvio pregiudiziale alla corte di cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, cit., 202, di superare i dubbi di incostituzionalità del vincolo. Secondo tale A., «sappiamo che il giudicato, secondo la lezione tradizionale, si forma sui diritti e non, direttamente, sulle questioni. Tuttavia, è (altrettanto) ben radicata nella letteratura e nella giurisprudenza la presenza del principio di preclusione sulle questioni, comprese quelle sulle quali non potrebbe innestarsi un autonomo processo. Così, se si condivide la tesi per la quale la decisione della Corte di cassazione sulla questione posta con il rinvio pregiudiziale vale come preclusione per il giudice, di fatto nessun vincolo potrebbe riverberarsi sul giudice della impugnazione per la semplice ragione che quella porzione della decisione non sarebbe più impugnabile in quanto nasce assistita dal vincolo di preclusione (...). Seguendo questa impostazione, allora, si potrebbe concludere che il giudice del merito, quando decide la lite, si debba conformare alla regola imposta dalla Corte di cassazione e quella regola pone termine al dibattito processuale sulla questione, con il risultato che quel brano della decisione diviene non impugnabile per effetto di un vincolo preclusivo. Per altro verso, pur nella complessità di una definizione di questione di diritto, si potrebbe giungere alla conclusione enunciata in letteratura secondo la quale il giudicato, entro certi limiti (peraltro non misconosciuti dallo stesso legislatore del codice di rito), si forma direttamente sulla questione». Corte cost., 2 aprile 1970, n. 50.
 36. La richiamata decisione della Corte costituzionale proseguiva, poi, affermando che, al di là della lettera della norma di cui si discorre, questa, nella sua sostanza e nelle sue conseguenze, altro non fa che determinare l’oggetto del processo di rinvio; vuole cioè che tale processo, riguardo al punto risolto dalla Cassazione, si svolga per riportare al fatto la regola che è stata rilevata, in modo che la sentenza della Corte Suprema abbia un suo effetto concreto; e necessariamente ne risulta che la materia del giudizio di rinvio, sul punto predetto, si restringe al trarre le conseguenze della intervenuta rescissione. Assolve un’esigenza logica prima che giuridica la legge che traccia le linee del procedimento in modo che esso abbia a progredire verso la soluzione finale attraverso la concatenazione di atti di valore definitivo, così da impedire la perpetuazione dei giudizi; e la scelta che all’uopo fa la legge, quando chiude una fase processuale e ne fa proseguire un’altra che poggia sui risultati della prima, attiene a criteri di politica giudiziaria, di per sé soli insindacabili nella sede di legittimità costituzionale.
 37. Così, V. Capasso, Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il «vincolo» di troppo, cit., 602.
 38. In questa prospettiva, va sempre ricordato che il precedente non è rappresentato da un’astratta enunciazione in termini generali di una regola di diritto, ma dalle modalità con cui una regola giuridica è stata applicata ai fatti concreti del singolo caso. Secondo A. Carratta, Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione “soggettivamente complessa”, cit., 471 tanto nel caso di cassazione con rinvio quanto nel caso di rinvio pregiudiziale «si fa applicazione della regola del *ne bis in idem* e dunque della preclusione (o, se si vuole, del

giudicato interno) sulla questione di diritto decisa dal giudice della legittimità, che finisce per privare il giudice a quo, anche di quello dell'impugnazione, del potere di intervenire nuovamente sulla medesima questione di diritto, come accade tutte le volte in cui si manifesti, appunto, la preclusione o il giudicato interno nel procedere del giudizio dal primo grado ai gradi successivi. Nel caso dell'art. 363-bis, dunque, la sottrazione al giudice dell'impugnazione del potere di decidere la questione di diritto, già decisa dalla Cassazione, quando su questa il rinvio pregiudiziale sia stato compiuto dal giudice di primo grado, avviene negli stessi termini in cui su una determinata questione di diritto, rilevante per la decisione, operano i meccanismi processuali della preclusione o del giudicato interno».

39. V. Capasso, Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il «vincolo» di troppo, cit., 604 richiama, per evidenziare l'incompatibilità del vincolo per il giudice remittente con il disegno costituzionale, le parole di A. Proto Pisani, Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e di competenza, in Foro it., 1984, V, cc. 95, secondo il quale la Carta costituzionale disegna la corte di cassazione come «giudice dell'impugnazione, cioè giudice chiamato ad intervenire dopo che un giudice di primo grado ha già avuto occasione di pronunciarsi sull'esistenza o no della situazione dedotta in giudizio». Tuttavia, come evidenziato nel testo, qualsiasi giudice che interverrà nella vicenda processuale potrà ricostruire i fatti in modo diverso dal remittente, potendo così appurare l'inesistenza dei presupposti fattuali per applicare la regola iuris affermata dalla corte di cassazione.
40. A. Briguglio, Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione, cit., par. 7.
41. Merita di essere richiamata, in particolare, Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11747 che si colloca in linea di continuità con i principi espressi da Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, adottata in tema di c.d. overruling processuale, ovvero di mutamento della propria precedente interpretazione di una norma processuale da parte del giudice della nomofilachia. In tale ultima decisione, la corte ebbe ad affermare che «il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicché essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la lex temporis acti, ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto in correlazione temporale con l'affermarsi dell'esegesi del giudice. Ma si veda, sul punto, anche Cass., 31 maggio 2006, n. 13000.
42. Così, Cass., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675.
43. Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11747 pone in luce la funzionalità della previsione di cui all'art. 65 ord. giud., sulle attribuzioni della Corte di cassazione, che fornisce «l'unico criterio (...) di valutazione della "esattezza" di una interpretazione», in quanto presuppone che «l'interpretazione della legge espressa dall'organo al quale è attribuito il controllo di legittimità sulle sentenze di altri giudici sia da ritenersi convenzionalmente, se non quella "esatta", almeno la più "esatta" (possibile) o, se si vuole, la più "giusta" e/o la più "corretta", e da tale interpretazione non possa perciò prescindere tutte le volte che venga in discussione il contenuto di una norma nel suo significato "oggettivo"». Nel medesimo senso, si può richiamare, altresì, Cassazione civile sez. un., 31 luglio 2012, n.13620 secondo la quale, benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello stare decisis, o precedente vincolante, essa «costituisce, tuttavia, un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell'ordinamento tuttavia un valore o, comunque, una direttiva di tendenza, allo scopo di assicurare un sufficiente grado di stabilità agli indirizzi interpretativi formati su norme che, presentano dei margini di opinabilità, nonché nelle ipotesi in cui una diversa interpretazione di una norma di legge rispetto a quella precedentemente affermata non ha ragione di essere allorché entrambe siano compatibili con la lettera della legge, essendo da preferire l'interpretazione sulla cui base si è formata una certa stabilità di applicazione.
44. P. Calamandrei - Furno, Cassazione civile, in Noviss. dig. it., II, Torino, 1958, 1055. Queste parole sono state recentemente riprese da U. Spirito, Il "Progetto esecuzioni" della Terza Sezione Civile della Corte di cassazione, in Riv. esec. forz., 2019, 3.
45. Merita, poi, di essere evidenziato che
46. Su posizioni critiche del vincolo per le sezioni semplici della corte di cassazione previsto dall'art. 374 c.p.c. V. Capasso, Il «vincolo» delle sezioni semplici, in Riv. dir. civ., 2022, 674.
47. Così, già Corte cost., 22 ottobre 1966, n. 356 con una formulazione successivamente ripetuta in numerose decisioni.
48. Corte cost., 24 luglio 2009, n. 239.
49. A. Briguglio, Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione, cit., par. 7.
50. M. Taruffo, Note sparse sul precedente giudiziale, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2018, 1, 113.



Penale e sorveglianza

La “nuova” messa alla prova



di Angelo Salerno

GIP/GUP presso il Tribunale di Bari

It

La sospensione del procedimento con messa alla prova è stata introdotta per gli imputati o indagati adulti nel 2014, con legge n. 67, sulla falsariga dell'analogo istituto prima riservato ai soli minori, ed è disciplinata dagli artt. 168 bis ss. c.p. e dagli artt. 464 bis ss. c.p.p., che ne delineano presupposti e limiti, disciplinando nel dettaglio il relativo procedimento. L'istituto, come più volte rimarcato dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale (Corte Cost. 27 aprile 2018, n. 91), persegue una ratio deflattiva e, nel contempo, di risocializzazione dell'imputato o indagato, attraverso un percorso rieducativo che si fonda sul presupposto che questi si asterrà in futuro dal commettere nuovi reati. Necessità di carattere più marcatamente deflattivo, legate al numero e alla durata dei procedimenti penali e al raggiungimento degli obiettivi europei legati al PNRR, hanno invece ispirato il legislatore della c.d. Riforma Cartabia, in sede di delega all'Esecutivo, nel prevedere, al comma 22 dell'art. 1 della legge 27 settembre 2021, n. 134, l'estensione dell'ambito applicativo della messa alla prova a "ulteriori specifici reati, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto". Il Decreto Legislativo di attuazione, 10 ottobre 2022, n. 150 ha recepito le indicazioni contenute nella legge delega, apportando modifiche sostanziali e processuali all'istituto. Nelle pagine che seguono si procederà dunque ad una ricostruzione della disciplina ante Riforma, nonché delle più recenti questioni registratesi in giurisprudenza in materia di messa alla prova, per poi esaminare le novità introdotte dalla riforma.



messa alla prova - Riforma Cartabia - D. lgs. 2022/150 -

Eng

The suspension of trial procedure with probation has been introduced for adult defendants or suspects in 2014, by law n. 67, along the lines of the similar legal institute for children under 18 years old, and it's ruled by articles 168 bis et seq. c.p. and by articles 464 bis et seq. c.p.p., which define its conditions and limits, specifically regulating its procedure. This legal institute, as often stressed by the Supreme Court and the Constitutional Court (Const. Court., 2018 april 27th, n. 91), pursues a deflation goal and, at the same time, aims to the resocialisation of the defendant or suspect, through a re-educational path which is based on a prediction that he/she'll not commit crimes again in the future. Deflation needs, due to the number and the length of criminal proceedings, together with achieving european goals related to PNRR, inspired the legislator during the implementation of the delegation of legislation by the so called "Cartabia Reform", as article 1, paragraph 22, of law 2021 september 27th, n. 134, provides the extension of the application area of probation to "more specific crimes, punished with detentive penalty not over six years in the maximum amount, which lend themselves to resocialisation or reparative paths, by the offender, compatible with the legal institute". The legislative decree 2022 october 10th, n. 150, conformed to the indications of the delegation of legislation, by modifying substantive and procedural rules of probation. In the pages that follow comes a reconstruction of the regulatory framework, before the legislative reform, including the most recent case-law issues about probation, then the innovations introduced by the reform will be analysed.



probation - Cartabia Reform – the legislative decree 2022/150 -

Sommario

1. Inquadramento generale; 2. Le principali questioni giurisprudenziali; 3. Le novità della riforma Cartabia; 4. Entrata in vigore e disciplina transitoria; 5. Conclusioni; 6. Approfondimenti bibliografici.

1. Inquadramento generale

Con legge 28 aprile 2014, n. 67, il legislatore ha introdotto l'istituto della messa alla prova, intervenendo congiuntamente sul testo del Codice penale (artt. 168 bis ss.) e del Codice di procedura penale (artt. 464 bis ss.), nonché apportando modifiche alle norme di attuazione, coordinamento e transitorie del Codice di procedura penale (artt. 141 bis e 141 ter) e al Testo unico in materia di casellario giudiziale.

La forma di probation giudiziale introdotta nel 2014 ricalca l'analogo istituto vigente in sede di processo minorile (art. 29 D.P.R. 22 settembre 1988 n. 448) e presenta indubbiamente una finalità deflattiva, in quanto consente di pervenire all'estinzione del reato e quindi alla definizione del procedimento nella fase delle indagini preliminari (e comunque prima dell'apertura del dibattimento), garantendo nel contempo il reinserimento sociale del reo mediante un percorso di prova.

L'istituto è stato pertanto qualificato in termini sostanziali, quale causa di estinzione del reato, anche in considerazione della collocazione della sua disciplina nel Capo I del Titolo VI del Libro primo del Codice penale, dedicato alle cause estintive della fattispecie penale.

Pur operando come causa di estinzione del reato, non può tuttavia trascurarsi che la messa alla prova opera quale modulo procedimentale alternativo a quello ordinario, come confermato dall'ampia disciplina dettata dagli artt. 464 bis ss. c.p.p., che ne scandiscono l'iter, collocandola tra i procedimenti speciali.

Emerge pertanto una natura ibrida dell'istituto, ai cui effetti di diritto penale sostanziale si affiancano non meno rilevanti profili di natura processuale.

La messa alla prova opera infatti quale alternativa al procedimento ordinario e consente all'indagato o all'imputato di chiederne la sospensione, nei procedimenti per reati puniti con la pena edittale detentiva, sola o congiunta, non superiore ai quattro anni, o

per i quali si proceda comunque nelle forme della citazione diretta a giudizio, ai sensi dell'art. 550, comma secondo, c.p.p.

In ordine a tale fondamentale presupposto, la giurisprudenza di legittimità, a Sezioni Unite, con sentenza del 1° settembre 2016, n. 36272, ha precisato che, nell'individuazione dei reati cui è astrattamente applicabile l'istituto "il richiamo contenuto all'art. 168-bis cod. pen. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese quelle ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato". In assenza di una diversa previsione di legge, occorrerà pertanto avere esclusivo riguardo alla cornice edittale di base, al netto delle circostanze contestate.

Ai limiti legati alla cornice edittale del reato, pur con le deroghe evidenziate, si affiancano preclusioni di natura soggettiva, legate alla persona dell'indagato o dell'imputato, la cui qualità di delinquente abituale, professionale o per tendenza, ovvero di contravventore abituale, risulterà ostativa all'accesso alla messa alla prova, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 168 bis c.p.

La richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova può essere avanzata personalmente o per mezzo di procuratore speciale (art. 464 bis c.p.p.), fino al momento della dichiarazione di apertura del dibattimento, prevedendo la possibilità di chiedere la messa alla prova anche durante la fase delle indagini preliminari (art. 464 ter c.p.p.). Può altresì essere richiesta a seguito di giudizio immediato, nei quindici giorni successivi alla notifica, ovvero in sede di opposizione a decreto penale di condanna (art. 464 bis c.p.p.).

Con particolare riferimento alle ipotesi di opposizione a decreto penale di condanna, la giurisprudenza di legittimità è stata chiamata a individuare il giudice competente in ordine alla richiesta di sospensione di procedimento con messa alla prova, a fronte del contrasto registratosi tra l'orientamento che, una volta proposta l'opposizione, incardinava in capo al giudice del dibattimento il relativo provvedimento e l'orientamento opposto, prevalso in giurisprudenza di legittimità, che ha invece optato per la competenza del G.I.P. anche in ordine al procedimento di messa alla prova (Cass., Sez. I, 12 febbraio 2019, n. 6777, preceduta da Cass., Sez. I, 18 febbraio 2018, n. 7955); diverso il caso in cui la richiesta di sospensione con messa alla prova sia stata dichiarata inammissibile dal G.I.P., in sede di opposizione al decreto penale di condanna, e quindi riproposta innanzi al giudice del dibattimento, dovendosi in tal caso riconoscere la competenza in capo a quest'ultimo (Cass., Sez. I, 25 maggio 2018, n. 23700).

Il programma di messa alla prova è elaborato dall'Ufficio per l'Esecuzione Penale Esterna, c.d. UEPE, su iniziativa dell'indagato/imputato, e prevede la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato. Durante l'esecuzione del programma di messa alla prova, l'indagato/imputato è affidato al servizio sociale per lo svolgimento di un programma che può implicare attività di volontariato di rilievo sociale, l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, oltre a prescrizioni inerenti alla dimora, alla libertà di movimento e al divieto di frequentare determinati locali. È altresì prevista la prestazione di lavoro di pubblica utilità (artt. 168 bis c.p., 464 bis c.p.p.), che costituisce un elemento indefettibile e caratterizzante dell'istituto, svolgendo una funzione primaria nel percorso di risocializzazione del soggetto che acceda alla messa alla prova.

Tanto il programma e le relative prescrizioni, quanto la durata del percorso di messa alla prova devono essere stabiliti con il consenso dell'indagato/imputato, a pena di nullità (Cass., Sez. VI, 1 ottobre 2020, n. 27249). In forza del necessario consenso dell'indagato o dell'imputato a sottoporsi alla messa alla prova, è possibile superare le obiezioni mosse riguardo alla mancanza di un accertamento della responsabilità a fondamento dell'istituto, nonostante le prescrizioni che vengono imposte al soggetto che vi acceda. Qualora l'interessato non compaia in giudizio, trattandosi di un atto personalissimo, è quantomeno necessaria la procura speciale in favore del difensore dell'imputato, perché possa essere espresso un valido consenso, anche in relazione alle modalità di svolgimento della messa alla prova (Cass., Sez. III, 16 febbraio 2018, n. 16711).

Diverso il peso riconosciuto al consenso del Pubblico Ministero e alla posizione della persona offesa: con particolare riferimento alla parte pubblica è infatti previsto che, nel corso delle indagini preliminari, prima dell'esercizio dell'azione penale, il dissenso motivato espresso ai sensi del su richiamato art. 464 ter c.p.p. produca effetti vinco-

lanti in relazione al rigetto della richiesta di ammissione alla messa alla prova avanzata dall'indagato. La Corte di Cassazione (Cass., Sez. VI, 2 febbraio 2016, n. 4171) ha infatti evidenziato che, in tale fase, il Pubblico Ministero è chiamato ad esprimere un "parere che è non solo obbligatorio, ma anche vincolante. Si tratta tuttavia di una vincolatività relativa, nel senso che non pregiudica la decisione del giudice sul merito della richiesta, ma determina soltanto lo svolgimento del successivo percorso procedimentale". Difatti, l'ultimo comma della disposizione predetta consente di riproporre la richiesta prima dell'apertura del dibattimento, a seguito dunque dell'esercizio dell'azione penale, fase in cui il giudice penale ha facoltà di superare il dissenso del Pubblico Ministero, ammettendo l'imputato alla messa alla prova, ove ritenga la richiesta fondata. Con riferimento invece alla persona offesa, l'art. 464 quater c.p.p. prevede che quest'ultima sia sentita, previo avviso e ove compaia, all'udienza in camera di consiglio fissata per l'ammissione della messa alla prova, riconoscendo legittimazione alla stessa ad impugnare l'ordinanza ammissiva allorché non sia stato dato tempestivo avviso dell'udienza o, pur essendo comparsa, non sia stata sentita.

Raggiunto l'accordo tra le parti in ordine al programma di messa alla prova e alla sua durata, ovvero quando ritenga superabile il dissenso manifestato dal Pubblico Ministero, il giudice pronuncia ordinanza, indicando le concrete modalità di svolgimento del percorso. Queste ultime sono tuttavia suscettibili di modifica, sentiti l'imputato e il Pubblico Ministero; è altresì possibile la proroga del periodo di messa alla prova, su richiesta dell'imputato, una tantum e solo in presenza di gravi motivi. Il giudice può inoltre autorizzare, con il consenso della vittima (che in questo caso assume efficacia vincolante) che il risarcimento del danno avvenga in forma rateale, così da venire incontro ad eventuali difficoltà economiche dell'imputato.

Anche in ordine alle modifiche del programma è necessario il consenso dell'indagato o dell'imputato, ricorrendo altrimenti a nullità di ordine generale, a regime intermedio, di cui all'art. 178, lett. c), c.p.p., stante la natura volontaria che la giurisprudenza di legittimità riconosce all'istituto (Cass., Sez. IV, 1 ottobre 2020, n. 27249, già Cass., Sez. V, 4 febbraio 2020, n. 4761); ne deriva che non è possibile ritenere sufficiente l'assenso del difensore di fiducia, quando non munito di procura speciale (Cass., Sez. III, 16 aprile 2018, n. 16711).

Ferma la necessità del consenso delle parti, nei termini precisati, il programma così elaborato è in ogni caso oggetto di valutazione da parte del giudice, il quale sarà chiamato ad operare una "prognosi positiva riguardo all'efficacia riabilitativa e dissuasiva del programma di trattamento proposto e alla gravità delle ricadute negative sullo stesso imputato in caso di esito negativo" (Cass., Sez. IV, 8 marzo 2016, n. 9581).

Ai soli fini della decisione sulla richiesta di messa alla prova, come riconosciuto dalla Corte Costituzionale (Corte Cost. 27 aprile 2018, n. 91), il giudice del dibattimento (il problema non si pone per il G.I.P.) può prendere visione degli atti del fascicolo del Pubblico Ministero, in forza del disposto dell'art. 135 disp. att., coord., trans. C.p.p.

La disposizione citata prevede infatti, con riferimento al rito alternativo del c.d. patteggiamento, ex art. 444 c.p.p., che il giudice, "per decidere sulla richiesta di applicazione della pena rinnovata prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ordina l'esibizione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. Se la richiesta è accolta, gli atti esibiti vengono inseriti nel fascicolo per il dibattimento; altrimenti gli atti sono immediatamente restituiti al pubblico ministero".

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ammesso l'estensione analogica della norma anche nel caso in cui l'imputato rinnovi, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, una richiesta condizionata di giudizio abbreviato, già respinta dal giudice per le indagini preliminari (Cass. S.U., 27 ottobre 2004, n. 44711), con conseguente applicabilità, secondo la Consulta, dell'art. 135 cit. anche nei casi di richiesta di un rito speciale presentata nell'udienza di comparizione, a seguito di citazione diretta ex art. 555 c.p.p., tra cui quello di messa alla prova. Il giudice delle leggi ha osservato, al riguardo, che "gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero sono di regola sottratti alla cognizione dibattimentale, ma se non si deve procedere al dibattimento non c'è ragione di impedirne la conoscenza al giudice quando ciò è necessario ai soli fini della decisione su tale richiesta", evidenziando altresì che "il fatto che ciò non sia espressamente previsto non significa che sia vietato" (Corte Cost. 27 aprile 2018, n. 91). Sulla scorta di tali elementi, dunque, il giudice sarà chiamato a valutare se risulti soddisfatta la duplice condizione dell'idoneità del programma di trattamento e, congiuntamente, della prognosi favorevole in ordine all'astensione dell'imputato dal commettere ulteriori reati; la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato che si tratta di due giudizi diversi, rimessi alla discrezionalità del giudice, secondo i parametri indicati dall'art. 133

c.p., con la conseguenza che “l'impossibilità di formulare una prognosi con esito favorevole in ordine alla capacità a delinquere dell'imputato impedisce che quest'ultimo ottenga il beneficio richiesto, indipendentemente dalla presentazione del programma di trattamento” e dalla astratta idoneità dello stesso (Cass., Sez. V, 26 febbraio 2016, n. 7983).

Quella cui è chiamato il giudice, nell'ammettere l'imputato/indagato alla messa alla prova, è dunque una valutazione discrezionale, il cui corrispondente onere motivazionale si articola diversamente a seconda che il giudice abbia ritenuto adeguato il programma predisposto dall'UEPE, limitandosi a recepirlo, ovvero vi abbia apportato modifiche.

Nel primo caso sarà infatti sufficiente “il mero richiamo alla congruità del progetto, mentre, invece, quando il giudice proceda ad integrazioni, è tenuto a dar conto delle scelte operate, in relazione alle peculiarità del caso concreto e non può limitarsi al generico richiamo dei parametri di cui all'art. 133 cod. pen.” (Cass., Sez. IV, 8 marzo 2016, n. 9581).

Tra i criteri di valutazione esplicitati dalla giurisprudenza di legittimità, assume particolare importanza, in ordine alla quantificazione del risarcimento del danno in favore della vittima, quello della “effettiva corrispondenza alle condizioni di vita [dell'imputato], avuto riguardo alla previsione di un risarcimento del danno corrispondente, ove possibile, al pregiudizio arrecato alla vittima o che, comunque, sia espressione dello sforzo massimo sostenibile dall'imputato alla luce delle sue condizioni economiche, che possono essere verificate dal giudice ex art. 464-bis, comma 5, cod. proc. pen.” (Cass., Sez. II, 30 luglio 2019, n. 34878).

Il periodo di messa alla prova concordato tra le parti non potrà in ogni caso superare i due anni, quando si procede per reati per i quali è prevista una pena detentiva, e un anno quando si procede per reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria (art. 464 quater c.p.p.).

La sospensione del procedimento per la messa alla prova viene disposta dal giudice con ordinanza (art. 168 bis c.p.), con cui deve essere indicato, ai sensi dell'art. 464 quinquies c.p.p., il termine “entro il quale le prescrizioni e gli obblighi relativi alle condotte riparatorie o risarcitorie imposti devono essere adempiuti”. Durante tale periodo di messa alla prova resta sospeso anche il termine di prescrizione del reato (168 ter c.p.) ma è possibile acquisire, su richiesta di parte, le prove non rinviabili e quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato (art. 464 sexies c.p.p.).

La Corte di Cassazione (Cass. Sez. IV, 30 aprile 2020, n. 13469) ha precisato, sul punto, che, in caso di rinvio del processo su richiesta della difesa, “per consentire di dare corso alla procedura di messa alla prova e all'elaborazione, da parte dell'ufficio di esecuzione penale esterna, del programma di trattamento”, debba rimanere sospeso il termine prescrizionale, anche in mancanza di un espresso provvedimento del giudice procedente, per tutta la durata del rinvio, senza applicazione del limite di sessanta giorni ex dell'art. 159 c.p.

La concessione della messa alla prova può essere accordata solo una volta – eccetto per i casi di reati commessi in concorso formale o esecutivi di un medesimo disegno criminoso (reato continuato) rispetto ad altri, per i quali si sia proceduto separatamente e sia stato già concesso tale beneficio, come affermato di recente dalla Corte Costituzionale (Corte Cost. 12 luglio 2022, n. 174).

L'istanza non può inoltre essere riproposta in caso di revoca o di esito negativo della messa alla prova (art. 464 novies c.p.p.).

La revoca è disposta con ordinanza, anche d'ufficio (art. 464 octies c.p.p.), in caso di grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte ovvero di rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità (art. 168 quater, n. 1, c.p.), nonché quando, durante il periodo di prova, il beneficiario della messa alla prova ponga in essere un nuovo delitto non colposo ovvero un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede (art. 168 quater, n. 2, c.p.).

La Corte di Cassazione è intervenuta a più riprese per delineare con maggior precisione le condizioni in presenza delle quali è possibile disporre la revoca della messa alla prova.

Con particolare riferimento ai casi sub n. 1), è stato affermato che l'espressione adoperata dal legislatore, in riferimento alla trasgressione “grave o reiterata”, consente di assegnare rilevanza anche ad un singolo episodio, purché presenti “qualità e gravità tali da escludere la possibilità di una prognosi positiva sull'evoluzione della personalità del sottoposto” (Cass., Sez. IV, 26 giugno 2020, n. 19226). Tra le possibili trasgressioni idonee a determinare la revoca del procedimento rientra altresì il mancato adempimento

delle prescrizioni relative ai profili risarcitori, come affermato dalla Corte di Cassazione (Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2018, n. 7909), così confermando la centralità che le prestazioni riparatorie assumono nell'ambito dell'istituto.

Ulteriori precisazioni hanno invece interessato la seconda ipotesi di revoca, di cui al n. 2), relativa, come anticipato, ai casi di commissione di un nuovo delitto non colposo o comunque di un reato della stessa indole.

Un primo ordine di questioni ha infatti riguardato l'accertamento della commissione del nuovo fatto di reato, in relazione al quale è stata sostenuta una soluzione più garantista ma meno aderente alla realtà giudiziaria e alle tempistiche del processo penale, secondo cui sarebbe necessaria quantomeno una sentenza di condanna, anche se non definitiva; la Corte di Cassazione ha invece sposato l'opposto e maggioritario orientamento, che ritiene sufficiente un accertamento accidentale, senza che i fatti legittimanti la revoca siano accertati in via definitiva, valorizzando il dato letterale dell'art. 168 quater c.p., che non richiede tale requisito (Cass. Sez. IV, 18 maggio 2018, n. 22066).

Più nello specifico, i giudici di legittimità hanno evidenziato che il giudice deve verificare che la commissione dei fatti costituenti una grave o reiterata violazione del programma siano provati "in termini di elevata probabilità, attraverso una delibazione della serietà dell'ipotesi accusatoria compiuta sulla scorta di una solida base cognitiva, avuto riguardo, qualora il nuovo fatto-reato costituisca ancora una semplice notizia criminis, alla documentazione allegata alla richiesta di revoca o prodotta dalle parti, agli elementi ed alle argomentazioni offerti nel corso dell'udienza ex art. 464-octies, cod. proc. pen. ed alle eventuali dichiarazioni rese dall'interessato" (Cass. Sez. VI, 21 giugno 2018, n. 28826). Se tuttavia, tali violazioni integrino una fattispecie di reato e, nel relativo procedimento penale, "siano intervenute decisioni - quali la sentenza di primo grado, il decreto dispositivo del giudizio o provvedimenti cautelari "irrevocabili" - il giudice non può prescindere da tali delibazioni compiute nell'autonomo procedimento nel contraddittorio delle parti" (Cass. Sez. VI, 21 giugno 2018, n. 28826).

Un secondo ordine di questioni, su cui è intervenuta a più riprese la Corte di Cassazione, attiene al momento in cui il nuovo delitto debba risultare commesso per legittimare la revoca della messa alla prova.

Sul punto, i giudici di legittimità, aderendo anche in questo caso alla lettera dell'art. 168 quater c.p., hanno ritenuto che occorra aversi riguardo al periodo che ha inizio "con l'emissione dell'ordinanza di sospensione ai sensi dell'art. 464-quater cod. proc. pen., e non con la presentazione della richiesta da parte dell'interessato o col provvedimento che, recependo l'istanza, rimette all'ufficio incaricato della elaborazione del programma di trattamento" (Cass. Sez. V, 21 settembre 2017, n. 43645).

Con riferimento al dies ad quem del periodo in cui il nuovo reato può assumere rilevanza, con una più recente pronuncia, la Corte di Cassazione (Cass. Sez. V, 29 aprile 2020, n. 13315) ha invece precisato che "non è possibile disporre la revoca della sospensione se il reato pregiudicante viene commesso dopo il termine del periodo di prova anche se prima del decorso del termine di sospensione e, comunque, dell'udienza di cui all'art. 464-septies cod. proc. pen."; deve tuttavia rilevarsi che, con la medesima pronuncia, i giudici di legittimità hanno riconosciuto in ogni caso la possibilità per il giudice di desumere elementi negativi in ordine alla valutazione dell'esito della messa alla prova, purché assistiti da adeguata motivazione.

In presenza delle sopra descritte condizioni, il provvedimento di revoca dovrà essere assunto nel contraddittorio tra le parti, previa fissazione di un'udienza camerale e avviso alle parti, a pena di nullità generale a regime intermedio, ex art. 178, comma primo, lett. c), c.p.p. (Cass., Sez. VI, 12 novembre 2019, n. 45889).

Sia in caso di revoca che di esito negativo della messa alla prova, il giudice dispone con ordinanza che il procedimento riprenda il suo corso (art. 464 septies c.p.p.) al pari del termine di prescrizione, fino a quel momento sospeso (168 ter c.p.).

Qualora invece la messa alla prova abbia esito positivo, il giudice dichiara con sentenza l'estinzione del reato, all'esito dell'udienza in camera di consiglio appositamente fissata, previa acquisizione della relazione conclusiva a cura dell'UEPE (art. 464 septies c.p.p., art. 168 ter c.p.). L'estinzione del reato non pregiudica tuttavia l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, ove previste dalla legge (art. 168 ter, comma secondo, c.p.).

Tra queste non rientra tuttavia la sospensione della patente di guida, ex art. 224, comma terzo, cod. str., in quanto, come osservato dalla Corte di Cassazione (Cass., Sez. VI,

14 giugno 2017, n. 29796), la messa alla prova, a differenza dei lavori di pubblica utilità, non presuppone l'accertamento del fatto e non consente al giudice, in mancanza di una disposizione di legge in tal senso, di applicare la predetta sanzione amministrativa accessoria, di competenza invece del Prefetto.

Le medesime ragioni, relative all'assenza di un accertamento del fatto di reato e della responsabilità dell'imputato, impediscono di ritenere applicabile (fuori dei casi di confisca obbligatoria, ex art. 240, comma secondo, c.p.), la misura patrimoniale della confisca, in quanto presuppone una sentenza di condanna ovvero una pronuncia essa equiparata (come nel caso di cui all'art. 444 c.p.p.), quale non può considerarsi la sentenza di proscioglimento per esito positivo della messa alla prova (Cass., Sez. V, 5 dicembre 2019, n. 49478, in relazione alla confisca ex art. 474 bis c.p.; nello stesso senso, Cass., Sez. III, 20 novembre 2019, n. 47104, in relazione alla confisca ex art. 12 bis D.Lgs. n. 74/2000).

Anche l'ordine di demolizione del manufatto abusivo, ai sensi dell'art. 31, comma nono, D.P.R. n. 380/2001, presupponendo una sentenza di condanna, non può essere adottato dal giudice che dichiara estinto il reato per esito positivo della messa alla prova, ferma restando tuttavia la competenza dell'Autorità amministrativa ad irrogare la predetta sanzione (Cass., Sez. III, 29 novembre 2018, n. 53640).

Infine, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che, con la sentenza di proscioglimento ex art. 464 septies c.p.p., il giudice non può condannare l'imputato prosciolto per esito positivo della messa alla prova al risarcimento dei danni e alla refusione delle spese processuali in favore della parte civile. La Corte ha evidenziato che il risarcimento in questione costituisce ex lege un presupposto e non una conseguenza dell'istituto e che pertanto "qualora le prescrizioni imposte dal giudice ai sensi dell'art. 464-quinquies cod. proc. pen. non rispondano alle pretese della parte civile, quest'ultima potrà tutelarsi nell'ambito di un autonomo giudizio civile, senza subire alcun effetto pregiudizievole dalla sentenza di proscioglimento che, non essendo fondata su elementi di prova, non è idonea ad esprimere un compiuto accertamento sul merito dell'accusa e sulla responsabilità" (Cass., Sez. V, 7 luglio 2017, n. 33277).

2. Le più recenti questioni giurisprudenziali

Tra le questioni oggetto di attuale dibattito e di contrasto nella giurisprudenza di merito, su cui è di recente intervenuta altresì la giurisprudenza di legittimità, deve annoverarsi quella relativa all'ammissibilità di una richiesta di messa alla prova parziale, avente cioè ad oggetto solo alcuni dei reati contestati all'indagato o ascritti all'imputato. Tale evenienza può verificarsi allorché alcuni dei fatti per cui si procede non consentano l'accesso alla messa alla prova, ovvero quando l'imputato intenda definire nelle forme ordinarie uno o più capi di imputazione, richiedendo la messa alla prova solo per taluni di essi.

In relazione alla prima ipotesi, la Corte di Cassazione, con sentenza della Sezione Sesta, 24 giugno 2021, n. 24707, ha affermato che l'accesso al beneficio nel caso di procedimenti cumulativi aventi ad oggetto anche reati diversi da quelli previsti dall'art. 168 bis c.p. è inammissibile, "in quanto la definizione parziale è in contrasto con la finalità deflattiva dell'istituto e con la prognosi positiva di risocializzazione che ne costituisce la ragione fondante, rispetto alla quale assume valenza ostativa la commissione dei più gravi e connessi reati per i quali la causa estintiva non può operare".

Nella motivazione della sentenza, i giudici di legittimità richiamano un proprio precedente relativo alla medesima questione (Cass. Sez. II, 8 aprile 2015, n. 14112), in occasione del quale è stato evidenziato che non sussiste, nell'ordinamento penale, un diritto assoluto per l'imputato/indagato di accedere alla messa alla prova, essendo il beneficio subordinato ad una valutazione da parte del giudice. Quest'ultima non potrà prescindere "dal tipo di reato commesso, dalle modalità di attuazione dello stesso e dai motivi del delinquere, al fine di valutare se il fatto contestato debba considerarsi un episodio del tutto occasionale". Sulla scorta di tali premesse, non è stato ritenuto possibile, a fronte della contestazione di più gravi reati (che non ammettono il rito speciale) pervenire ad una prognosi di esito positivo in merito alla possibilità di risocializzazione del richiedente.

Nel caso di specie, i giudici di legittimità hanno altresì escluso la possibilità di separare,

ai sensi dell'art. 18 c.p.p., i procedimenti, "non essendo prevista la possibilità di procedere alla separazione in funzione strumentale rispetto all'accesso a riti differenziati". Per vero, tale ultima soluzione è stata invece ammessa dalla Corte di Cassazione, in riferimento ad analoga questione, relativa però alla richiesta di patteggiamento per alcuni soltanto dei reati contestati all'imputato, quando l'azione penale sia stata esercitata nei confronti del medesimo soggetto "per fatti tra loro non connessi, o che comunque non potrebbero essere nemmeno riuniti ai sensi dell'art. 17, cod. proc. pen., nel qual caso la separata definizione è utile alla speditezza del processo" (Cass. Sez. III, 11 marzo 2016, n. 10109).

In disparte la possibilità di separare i procedimenti, va osservato che la duplice presa di posizione, di segno negativo, da parte della Corte di Cassazione, non interessa la prima ipotesi presa in considerazione, relativa al caso in cui l'istituto sia ammissibile per tutti i capi di imputazione e tuttavia l'imputato/indagato decida di accedervi per alcuni soltanto di essi. Si pensi al caso in cui, certo della propria innocenza, l'imputato opti per la definizione del procedimento, per alcuni reati, nelle forme del giudizio abbreviato, richiedendo invece la messa alla prova per i restanti fatti.

A seconda che si privilegi la ratio deflattiva ovvero quella risocializzante dell'istituto, in siffatte ipotesi, in mancanza di pronunce specifiche di segno contrario, il giudice potrebbe ammettere la messa alla prova parziale, ove pervenga ad un giudizio prognostico di esito positivo in ordine al raggiungimento delle finalità del percorso rieducativo. Di recente l'istituto della messa alla prova è stato inoltre oggetto di un intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che, a seguito di ordinanza della IV Sezione, 24 aprile 2022, n. 15493, si sono pronunciate in ordine alla possibilità per l'ente imputato ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001, di accedere alla messa alla prova. Manca infatti un'espressa previsione nel testo del Codice penale, così come del D.Lgs. n. 231/2001, in ordine a tale possibilità.

A fronte di questa lacuna, la giurisprudenza di merito ha registrato due contrapposti orientamenti, il primo dei quali ha negato la possibilità di applicare l'istituto agli enti, desumendo dalla normativa vigente una volontà implicita del legislatore di riservare l'istituto della messa alla prova alle persone fisiche (Trib. Bologna 10 dicembre) nonché evidenziando che la sua natura di causa di estinzione del reato, in quanto tale eccezionale, ne precluderebbe l'estensione analogica (Trib. Milano, 27 marzo 2017). Anche la giurisprudenza di legittimità è intervenuta sul tema (Cass. pen., Sez. III, n. 30305/2020), negando l'ammissibilità della messa alla prova per l'ente, stante la natura amministrativa della relativa responsabilità, incompatibile con un istituto previsto per il procedimento penale.

Parte della successiva giurisprudenza di merito si è adeguata a tale orientamento (Trib. Spoleto settembre 2021), negando la possibilità di estendere analogicamente la disciplina della messa alla prova ai procedimenti per la responsabilità dell'ente, specie a fronte della mancanza di chiarezza in ordine ai requisiti di accesso dell'ente; è stata altresì evidenziata la sovrapposizione che si rischierebbe altrimenti di generare rispetto alla disciplina ex art. 17 D.lgs. n. 231/2001, relativa al ravvedimento dell'ente prima dell'apertura del dibattimento, cui consegue la sola mitigazione del trattamento sanzionatorio, con esclusione di pene interdittive.

Se dunque dal ravvedimento organizzativo dell'ente, per espressa previsione di legge, può derivare la mera mitigazione delle conseguenze dell'illecito, risulterebbe paradossale consentire un effetto ben più favorevole, quale l'estinzione del reato, a fronte di un percorso di messa alla prova, sostanzialmente equivalente, contro ogni indicazione del legislatore.

Ciò nonostante non sono mancate pronunce di merito che hanno ammesso invece la messa alla prova richiesta dall'ente imputato ai sensi del D.lgs. n. 231/2001, sul presupposto che la disciplina del 2001 nasce col preciso scopo di premiare i casi di ravvedimento post factum, attraverso cui l'ente si riporta entro i binari della legalità (Tribunale di Modena, 19 ottobre 2020, e da ultimo, Tribunale di Bari, 2022, che si pone in scia rispetto ai primi provvedimenti di ammissione).

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con decisione del 27 ottobre 2022, le cui motivazioni non sono state ancora depositate nel momento in cui si scrive, hanno tuttavia affermato chiaramente che "L'istituto dell'ammissione alla prova (art. 168-bis cod. pen.) non trova applicazione con riferimento agli enti di cui al d. lgs. n. 231 del 2001", ponendo così fine al contrasto interpretativo sorto in materia.

3. Le novità della riforma Cartabia

Il Decreto Legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, attuativo della Legge n. 134/2021, ha recepito le indicazioni del Parlamento e modificato la disciplina della messa alla prova sotto un duplice profilo.

In primo luogo, ai sensi dell'art. 32 del Decreto di riforma, è stato integrato il comma secondo dell'art. 550 c.p.p., mediante l'inserimento di nuove fattispecie di reato, punite fino a sei anni di reclusione e ritenute dal legislatore delegato compatibili con l'istituto. Tra queste si segnalano, rinviando alla lettura del nuovo art. 550, comma secondo, c.p.p. per l'elenco completo, i delitti di frode assicurativa (art. 642 c.p.), appropriazione indebita (art. 646 c.p.), falsa testimonianza (art. 372 c.p.), violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di sicurezza della sorveglianza speciale (art. 75 D.Lgs. n. 159/2011). Un secondo ordine di novità introdotte dalla riforma riguarda invece l'iniziativa nella richiesta della messa alla prova.

È infatti espressamente previsto che la messa alla prova possa essere chiesta dal Pubblico Ministero durante il processo (art. 168 bis c.p., 464 bis c.p.p.) ovvero nel corso delle indagini preliminari, ai sensi del nuovo art. 464 ter 1 c.p.p.

La disposizione citata prevede infatti che, il Pubblico Ministero, allorché emetta l'avviso di conclusione delle indagini, ex art. 415 bis c.p.p., può proporre all'indagato di seguire un percorso di messa alla prova, indicando durata e contenuti essenziali del programma trattamentale, anche avvalendosi dell'UEPE.

A fronte della proposta di sospensione del procedimento con messa alla prova, l'indagato può aderire ad essa, entro i venti giorni successivi alla notifica dell'avviso, mediante una dichiarazione resa personalmente o a mezzo di procuratore speciale, da depositarsi presso la segreteria del Pubblico Ministero.

In caso di adesione, quest'ultimo formulerà l'imputazione (sicché l'indagato assumerà la veste di imputato) e trasmetterà gli atti al G.I.P., con contestuale avviso alla persona offesa, che ha facoltà di depositare memorie entro dieci giorni, presso la cancelleria del giudice.

Fuori dei casi di proscioglimento, se ritiene la idonea proposta, il G.I.P. richiede all'UEPE l'elaborazione del programma di trattamento, d'intesa con l'imputato, con trasmissione dello stesso entro novanta giorni.

Qualora non ritenga necessario disporre la comparizione in udienza camerale dell'imputato, per verificare la volontarietà dell'adesione al programma, e quest'ultimo non necessiti di modifiche o integrazioni – da effettuarsi rigorosamente con il consenso dell'imputato – il G.I.P. pronuncerà ordinanza, disponendo la sospensione del procedimento per messa alla prova.

Ulteriori profili di novità nella disciplina della messa alla prova riguardano il riferimento alla c.d. udienza predibattimentale, ex art. 544 bis c.p.p., introdotta dalla riforma, nonché la previsione della facoltà per l'imputato, qualora il Pubblico Ministero avanzi proposta di sospensione del procedimento con messa alla prova in udienza, di chiedere un termine della durata non superiore a venti giorni per presentare la relativa richiesta. È stato inoltre previsto un espresso riferimento allo svolgimento di programmi di giustizia riparativa, nel testo dell'art. 464 bis, al comma quarto, in relazione al contenuto del programma di trattamento.

4. Entrata in vigore e disciplina transitoria

Le disposizioni introdotte dalla riforma erano destinate a trovare immediata applicazione, nel momento dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/2022, il 1° novembre 2022, con espressa previsione, di cui all'art. 90 del Decreto, dell'applicazione della nuova disciplina ai procedimenti pendenti in primo grado e in grado di appello, in relazione all'estensione dell'ambito operativo dell'istituto. Trattasi infatti, senza dubbio, di una novità normativa in bonam partem.

Con Decreto Legge 31 ottobre 2022, n. 162 è stato tuttavia disposto il differimento dell'entrata in vigore della novella alla data del 30 dicembre 2022.

In relazione alle nuove fattispecie cui l'istituto della messa alla prova è stato esteso, qualora, al momento dell'entrata in vigore della Riforma, i termini per avanzare richiesta di sospensione del procedimento siano già scaduti, è prevista la possibilità di procedervi, a pena di decadenza, entro la prima udienza successiva ovvero, se la prima udienza utile non

è calendarizzata entro quarantacinque giorni dalla predetta data, mediante deposito della richiesta in cancelleria, a pena di decadenza, entro tale termine.

L'eventuale accoglimento della richiesta di messa alla prova, nel periodo in questione, consente alla costituita parte civile di esercitare l'azione per le restituzioni e il risarcimento del danno in sede civile, non operando, per espressa previsione dell'art. 90, comma terzo, D.Lgs. n. 150/2022, la preclusione ex art. 75, comma terzo, c.p.p.

5. Conclusioni

I primissimi commenti alla riforma hanno lasciato trasparire la delusione di alcuni operatori in relazione alla limitata estensione dei delitti puniti fino a sei anni di reclusione nel massimo, per i quali il procedimento della messa alla prova è stato consentito. Si tratta tuttavia di una scelta politica, discrezionale, rimessa al legislatore delegato, cui non è stato affatto chiesto di estendere ad ogni delitto punito fino a tale pena edittale massima la possibilità di sospensione del procedimento con messa alla prova e tantomeno di modificare il tetto massimo ex art. 168 bis c.p.

Ferma restando la possibilità di integrare l'elenco di cui al comma secondo dell'art. 550 c.p.p., appare dunque soddisfacente l'estensione operata, che risponde ai criteri della legge delega in ordine alla compatibilità dei nuovi reati con la ratio dell'istituto.

Meno dirimente appare invece la riconosciuta iniziativa in capo al Pubblico Ministero per proporre la sospensione del procedimento con messa alla prova, posto che tale soluzione presuppone sempre e comunque il consenso dell'indagato, il quale, ove interessato, ben potrebbe farsi promotore di tale epilogo processuale. La novella rischia pertanto di tradursi in un dispendio poco efficiente di energie, da parte dell'ufficio di Procura e dell'UEPE, di cui il primo potrà avvalersi nel predisporre la proposta, a fronte della possibilità (probabilità?) che tale proposta non trovi adesione da parte di un indagato che, se realmente intenzionato ad accedervi, avrebbe richiesto di propria iniziativa la messa alla prova.

In ordine ai limiti edittali dell'istituto va inoltre osservato che, ancorando l'ammissibilità della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova alla cornice edittale in astratto, il legislatore preclude l'accesso a tale istituto in tutti quei casi in cui, per effetto delle circostanze attenuanti e valutata la concreta offensività del fatto, la pena sarebbe risultata di gran lunga inferiore rispetto ai quattro anni di reclusione, pur partendo da un massimo edittale superiore. In siffatte ipotesi la finalità rieducativa e di risocializzazione dell'istituto, di certo non meno importante di quella deflattiva, potrebbe essere più facilmente raggiunta. Appare pertanto auspicabile una rimeditazione dei criteri di accesso alla messa alla prova, privilegiando le potenzialità rieducative e risocializzanti dell'istituto e consentendo al giudice di farne applicazione sulla base di una valutazione in concreto, che tenga debitamente conto della personalità dell'indagato/imputato e della gravità del fatto per cui si procede nei suoi confronti.

Non meno rilevanti sono infine i problemi sul piano operativo, legati alle difficoltà che gli uffici per l'esecuzione penale esterna incontrano nel far fronte alle numerose richieste da parte dell'autorità giudiziaria e che, con l'entrata in vigore della Riforma, specie a fronte delle nuove competenze in materia di pene sostitutive, nonché dell'ampliamento dell'area applicativa della messa alla prova, difficilmente potranno reggere il carico di lavoro in arrivo in tempi ragionevoli. È infatti auspicabile un netto incremento delle risorse economiche e personali degli uffici predetti, senza le quali le nuove disposizioni introdotte con la Riforma rischiano di non trovare una effettiva applicazione e sicuramente non in tempi compatibili con gli obiettivi perseguiti.

6. Approfondimenti bibliografici

In dottrina, sull'argomento, si segnalano:

Bartoli, La sospensione del procedimento con messa alla prova, CEDAM, 2020;

Bove, La messa alla prova, Pacini Giuridica, 2018;

Lanza, La messa alla prova processuale: da strumento di recupero per i minorenni a

rimedio generale deflativo, Giuffré, 2017;

Lombardo, Rimedi contro il sovraffollamento carcerario, in *Digesto pen.*, IX Agg., Torino, 2016, 663;

Maffeo, Profili processuali della sospensione del procedimento con messa alla prova, Edizioni scientifiche italiane, 2017;

Miraglia, La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso, Giappichelli, 2020;

Piccirillo, Silvestri (a cura di), Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili, in *Relazione n. III/07/2014* a cura dell'Ufficio Massimario della Corte di Cassazione; Spangher, *Procedura penale*, Torino, 2014;

Tabasco, La sospensione del procedimento con messa alla prova: un istituto da riformare, IUS Pisa University Press, 2021;

Trinci, "Opposizione a decreto penale e messa alla prova: la Cassazione cambia idea sulla competenza", in *ilPenalista.it*, 8 giugno 2017.

Triggiani, La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto, Giappichelli, 2015;

Troncone, La sospensione del procedimento con messa alla prova. Nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena, *Dike Giuridica*, 2016.



Il ruolo del pubblico ministero nell'esecuzione delle pene pecuniarie e delle confische dopo la “Riforma Cartabia”



di Guido Rispoli

Procuratore Generale presso la Corte di Appello

It

L'articolo illustra le novità apportate dalla Riforma Cartabia nell'esecuzione delle pene pecuniarie e delle confische con un focus sul ruolo del Pubblico Ministero. Per quanto concerne l'esecuzione delle pene pecuniarie – che segnano un ritorno da credito a vera e propria pena – si sofferma sul nuovo procedimento di conversione e sulla importanza che in esso avrà l'accertamento delle condizioni di insolvenza e di insolvibilità del condannato avuto riguardo alle pene sostitutive applicabili: semilibertà, detenzione domiciliare e lavoro di pubblica utilità. Un procedimento di conversione che rappresenterà una sfida per la magistratura di sorveglianza, il sistema penitenziario e l'UEPE e, quindi, anche per la credibilità dell'intero sistema-justizia. Per quanto concerne, invece, l'esecuzione delle confische, l'articolo approfondisce le importanti modifiche apportate agli artt. 86 e 104 bis disp. att. c.p.p., concentrando in particolare l'attenzione sulle problematiche interpretative poste dal disposto del nuovo comma 1 bis dell'art. 86 disp. att. c.p.p.. Viene, infine, descritto un modello organizzativo degli Uffici esecuzioni penali delle Procure nella gestione in fase esecutiva delle confische (diretta, per equivalente e allargata o per sproporzione) che tiene conto di un Memorandum, con relativo Vademecum operativo, stipulato nel giugno del 2021 con il Comando Regionale Lombardia della Guardia di Finanza e ritenuto di “valenza strategica” dal Comando Generale della Guardia di Finanza, tanto da essere già stato replicato in molte altre sedi giudiziarie.



Riforma Cartabia – esecuzione pene pecuniarie – art. 660 c.p.p. – riscossione – conversione – insolvenza – insolvibilità – semilibertà, detenzione domiciliare e lavoro di pubblica utilità sostitutivi – magistrato di sorveglianza – confisca diretta, per equivalente e allargata/per sproporzione – esecuzione delle confische – art. 86 disp. att. c.p.p. – art. 104 bis disp. att. c.p.p. – Istituto vendite giudiziarie – Ufficio esecuzioni penali

Article illustrates the novelties brought by the Cartabia Reform in the execution of fines and confiscations with a focus on the role of the Public Prosecutor. As regards the execution of pecuniary penalties - which mark a return from credit to real punishment - you Dwells on the new conversion procedure and on the importance that it will have in determining the conditions of insolvency and insolvency of the convicted person having regard to the applicable alternative sentences: semi-freedom, home detention and work of public utility. A conversion process that will pose a challenge for the surveillance judiciary, the prison system and the UEPE and, therefore, also for the credibility of the entire justice system. As regards, instead, the execution of confiscations, the article deepens the important changes made to art. 86 and 104 bis disp. att. p.p.p., focusing in particular on the interpretative issues posed by the provisions of the new paragraph 1a of art. 86 disp. att. c.p.p.. It comes, finally, described an organizational model of the Criminal Execution Offices of the Public Prosecutor's Office in the executive management of confiscations (direct, equivalent and enlarged or disproportionate) that takes into account a Memorandum, with its Operational Handbook, stipulated in June 2021 with the Lombardy Regional Command of the Guardia di Finanza and considered of "strategic value" by the General Command of the Guardia di Finanza, so much so that it has already been replicated in many other judicial forums".



Cartabia reform -execution of fines - art. 660 c.p.p. - collection- insolvency - conversion- semi-liberty, domiciliar detention - replacement public utility work - supervisory magistrate- direct confiscation, for equivalent and enlarged/ for disproportion - execution of confiscations - art. 86 disp. att. c.p. - art. 104 bis disp. att. c.p.p. - Institute for Judicial Sales - Office for Criminal Executions

Sommario

1. Il ruolo del Pubblico Ministero nell'esecuzione delle pene pecuniarie; 2. Il ruolo del Pubblico Ministero nell'esecuzione delle confische.

IL RUOLO DEL PUBBLICO MINISTERO NELL'ESECUZIONE DELLE PENE PECUNIARIE

Premessa dell'intervento normativo

Come si ricava dalla relazione illustrativa dello schema del d. lgs. recante attuazione della legge delega n. 134/2021, l'intervento normativo in tema di conversione delle pene pecuniarie è stato originato dalla oramai endemica condizione di ineffettività della pena pecuniaria che generalmente non viene, né eseguita, né convertita.

I dati statistici forniti dal Ministero della Giustizia testimoniano lo stato agonizzante della pena pecuniaria: basti considerare, a titolo esemplificativo, che nel 2019 (i dati relativi agli anni precedenti sono sostanzialmente in linea), le condanne a pena pecuniaria (multa e ammenda) definitive iscritte nel Casellario giudiziale sono state pari ad un ammontare complessivo eseguibile eccedente i due miliardi di euro (2.017.374,589 €), una somma, come ordine di grandezza, vicina all'ammontare dei fondi del P.N.R.R. destinati alla giustizia; di questo ammontare quello effettivamente riscosso è stato di poco superiore a un milione di euro (1.099.059 €), vale a dire lo 0,046%.

Se, poi, si considerano i costi sostenuti dallo Stato per pervenire a tali condanne a pene pecuniarie definitive - in termini di costi per la polizia giudiziaria, per il personale di magistratura e amministrativo del comparto giustizia e per i compensi riconosciuti a Equitalia Giustizia - è evidente che il bilancio risulti fallimentare.

Oltre al danno economico vi è poi il "danno di sistema": se si vuole, infatti, che la pena

pecuniaria rappresenti una alternativa credibile alla pena detentiva – con conseguente possibile alleggerimento della pressione esistente sul sistema carcerario - essa deve necessariamente divenire reale e indefettibile, così anche corrispondendo ai reiterati moniti in tal senso provenienti dalla Corte Costituzionale (si vedano, in particolare, le sentenze n. 279/2019, 15/2020 e recentemente 28/2022).

La pena pecuniaria da credito a vera e propria pena

Con la riforma Cartabia il cambio di passo è evidente: si abbandona l'impostazione civilistica della pena pecuniaria come credito da riscuotere per lo Stato e se ne recupera la natura di vera e propria pena.

Ad oggi, infatti, la multa e l'ammenda, nel nostro ordinamento, rappresentano crediti per lo Stato e corrispondenti debiti per il condannato (al pari delle varie spese di giustizia). La procedura di riscossione vede coinvolti più soggetti e risulta molto complessa: a) la cancelleria del giudice, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, compila un'apposita scheda comprensiva delle voci di credito del relativo processo (incluse le voci relative alla multa e all'ammenda); b) Equitalia Giustizia, in forza di un'apposita convenzione, recepisce la detta scheda e procede alla quantificazione del credito e all'iscrizione a ruolo; c) Agenzia delle Entrate – Riscossione procede, infine, alla riscossione del credito. Se l'agente addetto alla riscossione non riesce poi a riscuotere la pena pecuniaria – come oggi accade nella stragrande maggioranza dei casi - trasmette gli atti al Pubblico Ministero che, a sua volta, attiva la procedura di conversione della pena pecuniaria cui provvede il Magistrato di sorveglianza.

La conversione è tuttavia prevista solo per il caso di insolvibilità del condannato, vale a dire di sua impossibilità a pagare, mentre se è insolvente, vale a dire può pagare ma non lo fa, la pena non può essere convertita e lo Stato continua a cercare di riscuoterla, per lo più come detto invano.

Il Magistrato di sorveglianza, quando accerta l'insolvibilità del condannato, converte poi la pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 102 l. n. 689/1981, nella "libertà controllata" ovvero, a richiesta, nel "lavoro sostitutivo" (che nella prassi però non viene quasi mai richiesto perché considerato maggiormente afflittivo).

La "libertà controllata" ha, infatti, un contenuto afflittivo molto limitato, ruotando essenzialmente attorno all'obbligo di presentarsi almeno una volta al giorno presso il locale ufficio di pubblica sicurezza, oltre al divieto di allontanarsi dal Comune di residenza e alla sospensione della patente di guida.

La situazione, come detto, muta radicalmente con la riforma Cartabia.

L'art. 660 c.p.p. viene interamente sostituito da una disposizione che per l'esecuzione delle pene pecuniarie si ispira nelle linee essenziali al modello di disciplina adottato dall'art. 656 c.p.p. per l'esecuzione delle pene detentive.

Poiché la pena pecuniaria non viene più concepita come un credito che lo Stato deve recuperare, ma come una pena vera e propria, deve essere eseguita, al pari di quella detentiva, attraverso un "ordine di esecuzione" emesso dal Pubblico Ministero individuato ai sensi dell'art. 655 c.p.p.

Con tale ordine di esecuzione, che provvede a notificare al condannato e al suo difensore, il Pubblico Ministero, quale organo dell'esecuzione, ingiunge al condannato il pagamento, entro il termine di 90 giorni, della pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione di una pena detentiva. Pagamento da effettuarsi attraverso un modello precompilato allegato all'ordine di esecuzione ai sensi dell'art. 181 bis disp. att. c.p.p.

Il Pubblico Ministero è competente anche ad accertare l'avvenuto pagamento e, in caso affermativo, a dichiarare l'avvenuta esecuzione della pena pecuniaria.

Se, viceversa, il Pubblico Ministero accerta il mancato pagamento, totale o parziale della pena pecuniaria, trasmette gli atti al Magistrato di sorveglianza competente per la conversione ai sensi degli artt. 102 e 103 della legge n. 689/1981, come novellati dalla riforma Cartabia.

Qui, come detto, l'innovazione è radicale: il Magistrato di sorveglianza è infatti tenuto, ai sensi del disposto del comma 9 del novellato art. 660 c.p.p., ad effettuare l'accertamento delle condizioni di insolvenza ovvero di insolvibilità del condannato. Accertamento che ha delle ricadute di grande impatto sul regime di conversione da applicare. Nel caso, infatti, di insolvenza, vale a dire di mancato pagamento colpevole, il Magistrato di sorveglianza è tenuto ad effettuare, ex art. 102 l. n. 689/1981, la conversione

della pena pecuniaria nella “semilibertà sostitutiva”, operando il ragguaglio a norma dell’articolo 135 c.p., e quindi con equivalenza del valore di 250 € (o frazione) ad un giorno di semilibertà. In ogni caso la semilibertà sostitutiva ha una durata massima non superiore a 4 anni, se la pena convertita è quella della multa, e non superiore a 2 anni, se la pena convertita è quella dell’ammenda.

Si tratta di una assoluta novità perché sino ad oggi, come detto, in caso di insolvenza l’unica via percorribile era quella della procedura di riscossione amministrativa.

La “semilibertà sostitutiva” ha, senza dubbio, un carattere afflittivo pronunciato, se solo si considera che ai sensi del novellato art. 55 l. n. 689/1981 comporta l’obbligo di trascorrere almeno otto ore al giorno in appositi istituti di pena o nelle apposite sezioni autonome di istituti di pena ordinari e di svolgere, per la restante parte del giorno, attività di lavoro, di studio, di formazione professionale o comunque utili alla rieducazione ed al reinserimento sociale secondo uno specifico programma di trattamento predisposto dall’UEPE ed approvato dal Giudice.

E’ di tutta evidenza che il legislatore confidi che la prospettiva di dover affrontare una sanzione sostitutiva così afflittiva – in particolare, se raffrontata con l’attuale libertà controllata – possa indurre il condannato insolvente a pagare la pena pecuniaria dovuta. Nel caso, invece, di insolvibilità, vale a dire di mancato pagamento incolpevole, il Magistrato di sorveglianza, stante l’abolizione della libertà controllata, è tenuto ad effettuare, ex art. 103 l. n. 689/1981, la conversione della pena pecuniaria nel “lavoro di pubblica utilità sostitutivo” (vedasi per il dettaglio il nuovo art. 56-bis l. n. 689/1981) ovvero, se il condannato si oppone, nella “detenzione domiciliare sostitutiva” (vedasi per il dettaglio il nuovo art. 56 l. n. 689/1981).

Il ragguaglio va operato sempre a norma dell’articolo 135 c.p., e quindi con equivalenza del valore di 250 € (o frazione) ad un giorno di lavoro di pubblica utilità sostitutivo - consistente nella prestazione di due ore di lavoro - ovvero ad un giorno di detenzione domiciliare sostitutiva - con obbligo di restare ristretto in un luogo specifico per non meno di dodici ore al giorno.

In ogni caso il lavoro di pubblica utilità sostitutivo e la detenzione domiciliare sostitutiva hanno una durata massima non superiore a 2 anni, se la pena convertita è quella della multa, e non superiore a 1 anno, se la pena convertita è quella dell’ammenda.

Anche per l’insolvibilità le sanzioni sostitutive previste si caratterizzano per una evidente più spiccata afflittività, quale coerente conseguenza della loro connotazione come sostitutive di una pena e non più di un credito.

Il parametro legale per individuare la differenza tra insolvenza e insolvibilità è fissato dal legislatore al comma 1 del nuovo art. 103 l. n. 689/1981: “Quando le condizioni economiche e patrimoniali del condannato al momento dell’esecuzione rendono impossibile il pagamento della multa o dell’ammenda entro il termine di cui all’articolo 660 c.p.p. indicato nell’ordine di esecuzione, la pena pecuniaria è convertita nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo ovvero, se il condannato si oppone, nella detenzione domiciliare sostitutiva”.

Il Magistrato di sorveglianza dovrà procedere all’accertamento della condizione di insolvenza ovvero di insolvibilità del condannato, applicando, in quanto compatibile, l’art. 545-bis, comma 2, c.p.p.

Ai fini di tale accertamento, così come prevede il comma 9 del novellato art. 660 c.p.p., il magistrato di sorveglianza: “dispone le opportune indagini nel luogo di domicilio o della residenza, ovvero dove si ha ragione di ritenere che il condannato possieda beni o cespiti di reddito e richiede, se necessario, informazioni agli organi finanziari o di polizia giudiziaria”.

Sempre secondo una logica di recupero di effettività delle pene pecuniarie, il nuovo art. 103-bis l. 689/1981 prevede, infine, la inapplicabilità delle misure alternative alla detenzione di cui al Codice penitenziario (Capo VI del Titolo I della legge n. 354/1975) al condannato alla semilibertà sostitutiva o alla detenzione domiciliare sostitutiva derivanti dalla conversione delle pene pecuniarie.

Per far sì, però, che il recupero di effettività delle pene pecuniarie non resti solo sulla carta, dovranno necessariamente realizzarsi due condizioni:

La magistratura di sorveglianza dovrà essere posta nelle condizioni di compiere in modo approfondito e puntuale le indagini e gli approfondimenti di cui al ricordato comma 9 dell’art. 660 c.p.p. Perché questo accada è indispensabile, da una parte, che gli organici della magistratura di sorveglianza vengano adeguatamente potenziati e,

dall'altra, che la polizia giudiziaria, in particolare la Guardia di Finanza, venga responsabilizzata sulla importanza di compiere tali indagini e tali approfondimenti con massima professionalità e massima solerzia.

Il sistema penitenziario, inteso in senso lato, dovrà essere in grado di garantire che le sanzioni sostitutive della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità siano effettivamente applicabili dalla magistratura di sorveglianza a titolo di conversione delle pene pecuniarie non pagate. Questo impone, in particolare, che siano disponibili, in numero adeguato, gli spazi all'interno degli appositi istituti ovvero delle apposite sezioni autonome di istituti ordinari indicati al comma 1 dell'art. 55 l. n. 689/1981, nonché che gli UEPE dispongano del personale necessario per curare con la indispensabile tempestività tutti gli adempimenti ulteriori che graveranno su di loro in ragione delle novità introdotte dal nuovo procedimento di conversione delle pene pecuniarie non eseguite.

Quanto all'entrata in vigore delle nuove disposizioni regolanti il procedimento di esecuzione e conversione delle pene pecuniarie, l'art. 97 del D. Lgs. n. 150/2022 prevede che esse si applichino solo per i reati commessi dopo l'entrata in vigore della riforma, e quindi per i reati commessi in epoca successiva al 30 dicembre 2022 (salvo che le nuove disposizioni risultino più favorevoli al condannato).

Vi è dunque uno spazio temporale, sia pure alquanto ristretto, per approntare i mezzi e le risorse necessarie per soddisfare le due dette condizioni e, in generale, per far sì che il nuovo procedimento di conversione delle pene pecuniarie non eseguite possa concretamente raggiungere i risultati auspicati.

Il legislatore, per rimarcare l'importanza che attribuisce a questa parte della riforma e l'aspettativa che possa portare a significativi risultati anche economici, ha previsto all'art. 79 del D. Lgs. n. 150/2022 una "Relazione annuale al Parlamento sullo stato dell'esecuzione delle pene pecuniarie". Entro il 31 maggio di ciascun anno, il Ministro della Giustizia dovrà riferire alle competenti Commissioni parlamentari in merito all'attuazione del decreto in materia di esecuzione e conversione delle pene pecuniarie. Al fine di un compiuto monitoraggio, in funzione del raggiungimento degli obiettivi di effettività ed efficienza perseguiti dal decreto, i dati statistici relativi anche alla riscossione e alla conversione per insolvenza o insolvibilità del condannato saranno pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia e saranno trasmessi annualmente al Parlamento, unitamente alla detta Relazione.

Conclusivamente può quindi osservarsi che non v'è dubbio che il nuovo procedimento di esecuzione/conversione delle pene pecuniarie rappresenti una importante sfida per il sistema-justizia. Se la sfida sarà vinta – e perché questo accada, come detto, è indispensabile che vengano soddisfatte le due condizioni di cui sopra – sarà l'occasione per dimostrare che investire nel sistema-justizia "conviene" anche dal punto di vista economico.

Le ricadute in questo caso non potranno che essere molto positive anche con riguardo alle richieste di personale e mezzi che il sistema-justizia si vede costretto ad avanzare di continuo per il suo buon funzionamento: la propensione all'investimento muta infatti profondamente se il destinatario dell'investimento non viene visto solo come un generatore di costi, ma anche come un generatore di entrate.

IL RUOLO DEL PUBBLICO MINISTERO NELL'ESECUZIONE DELLE CONFISCHE

Le modifiche agli artt. 86 e 104-bis disp. att. c.p.p.

La riforma Cartabia interviene, innanzitutto, sull'art. 86 disp. att. c.p.p. – "Vendita o distruzione delle cose confiscate" - per far fronte all'esigenza di "decongestionare" le cancellerie degli uffici giudiziari strutturalmente non attrezzate per gestire l'attività di vendita delle cose confiscate, in particolare in tutti quei casi – sempre più frequenti – in cui si tratti di vendere beni di non agevole commercializzazione, quali beni immobili, aziende o quote societarie che pongono problematiche che hanno condotto a una generalizzata stasi delle procedure di vendita con grave pregiudizio per gli interessi erariali.

Grazie all'intervento normativo operato rispetto al comma 1 dell'art. 86 disp. att. c.p.p.,

le cancellerie dei Tribunali e delle Corti – che restano le protagoniste di questa fase esecutiva temporalmente successiva alla conclusione della fase giurisdizionale - potranno delegare il “compimento delle operazioni di vendita”, oltre che ad un “istituto all’uopo autorizzato” (il riferimento è all’Istituto Vendite Giudiziarie del quale già oggi possono avvalersi in forza dell’art. 13 Regolamento di esecuzione del c.p.p. e dell’art. 152 T.U. spese di giustizia), anche ad “uno dei professionisti indicati negli articoli 534-bis e 591-bis c.p.c.”, con le modalità ivi previste, in quanto compatibili.

Tali professionisti sono un “notaio”, avente sede preferibilmente nel circondario, ovvero un “avvocato” o un “commercialista” iscritti nei relativi elenchi di cui all’art. 179 ter disp. att. c.p.c., che nell’ambito della giurisdizione civile hanno dato buona prova di sé nell’espletamento del relativo incumbente.

Resta ferma per le cancellerie dei Tribunali e delle Corti che:

se il Giudice dispone la “distruzione delle cose confiscate” perché ritiene la vendita non opportuna, all’affidamento del relativo incarico procede la cancelleria, a meno che il Giudice non disponga che alla distruzione proceda la polizia giudiziaria che ha eseguito il sequestro (comma 2 dell’art. 86 disp. att. c.p.p. rimasto invariato);

se i beni confiscati hanno “interesse scientifico o pregio di antichità o di arte”, prima della vendita deve essere avvisato il Ministero della Giustizia per l’eventuale destinazione di questi beni al museo criminale presso il Ministero o altri istituti (commi 2 e 3 dell’art. 152 D.P.R. n. 115-2002 rimasto invariato).

Resta, altresì, fermo per le cancellerie dei Tribunali e delle Corti che esse non debbano procedere alla vendita delle cose di cui in sentenza sia stata ordinata la confisca per le quali sia “prevista una specifica destinazione”, così come recita la prima frase del comma 1 dell’art. 86 disp. att. c.p.p. che è rimasta invariata.

Il riferimento è ai casi di confisca previsti dall’art. 104-bis, comma 1-quater disp. att. c.p.p., e cioè:

le confische di beni nei casi particolari previsti dall’art. 240-bis c.p.;

le confische di beni previste da altre disposizioni di legge che facciano rinvio all’art. 240-bis c.p.;

le confische di beni adottate nei procedimenti relativi ai delitti di cui all’articolo 51, comma 3-bis, c.p.p.

In questi casi, infatti, si applicano le disposizioni del D. Lgs. n. 159/2011 in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati e di esecuzione del sequestro. Disposizioni che prevedono che l’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata coadiuvi l’Autorità Giudiziaria nell’amministrazione e nella custodia dei beni sequestrati, fino al provvedimento di confisca emesso dalla Corte di Appello e, successivamente a tale provvedimento, amministrare i beni medesimi secondo le modalità previste dal D. Lgs. n. 159/2011.

Per completezza va altresì evidenziato in tale contesto che per effetto delle modifiche apportate dalla riforma Cartabia alla rubrica e al contenuto dell’art. 104-bis disp. att. c.p.p., il Giudice, quando in sentenza dispone la confisca di aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l’amministrazione, deve nominare un amministratore giudiziario scelto in linea di massima nell’Albo di cui all’art. 35 D. Lgs. n. 159/2011. Parimenti è ragionevole ritenere debba comportarsi il Pubblico Ministero quando in fase esecutiva esegua la confisca - disposta solo genericamente in sentenza - su aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l’amministratore, tenuto conto che l’art. 104-bis disp. att. c.p.p. fa genericamente riferimento alla “autorità giudiziaria” e non esclusivamente al “giudice”. Si è così opportunamente colmata una lacuna nella relativa disciplina, tenuto conto che sino ad oggi tale doveroso adempimento era possibile per l’autorità giudiziaria solo nel momento in cui procedeva al sequestro preventivo dei detti beni.

Resta, infine, fermo per le cancellerie dei Tribunali e delle Corti che per i sequestri e le confische operati nell’ambito dei procedimenti di prevenzione trovino applicazione le disposizioni del D. Lgs. n. 159/2011. In particolare, il provvedimento definitivo di confisca ai sensi del comma 2 dell’art. 45 del detto D. Lgs., va comunicato dalla cancelleria dell’ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento all’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, nonché al Prefetto e all’Agenzia del demanio territorialmente competenti. Nella specifica prospettiva del Pubblico Ministero assume grande rilevanza l’introduzione del comma 1-bis nell’art. 86 disp. att. c.p.p. che prevede, da una parte, che qualora sia stata disposta una confisca per equivalente di beni non sottoposti a sequestro o comunque non specificamente individuati nel provvedimento che dispone la confisca, l’esecuzione si svolga con la modalità previste per l’esecuzione delle pene pecuniarie e,

dall'altra, che, nonostante il passaggio in giudicato della sentenza, resti ferma la possibilità per il Pubblico Ministero di dare esecuzione al provvedimento su beni individuati successivamente.

La disposizione ha grande importanza, innanzitutto, perché comporta che in tutti i casi nei quali nella sentenza passata in giudicato sia stata disposta la confisca per equivalente di beni che non siano stati sequestrati nel corso del processo e che non sia stato possibile individuare ed aggredire neppure successivamente al suo passaggio in giudicato, l'esecuzione si svolga con le modalità previste per l'esecuzione delle pene pecuniarie. Il che significa, come sopra abbiamo visto, che il condannato, ove non provveda a pagare il dovuto entro il termine previsto dall'intimazione contenuta nell'ordine di esecuzione emesso dal Pubblico Ministero ai sensi dell'art. 660 c.p.p., andrà incontro all'applicazione delle sanzioni sostitutive dal carattere afflittivo previste dal nuovo procedimento di esecuzione/conversione delle pene pecuniarie nei confronti dell'insolvente ovvero dell'insolubile.

Naturalmente, trattandosi di previsione di carattere non solo processuale ma anche sostanziale, potrà trovare applicazione solo per i fatti-reato commessi in epoca successiva rispetto all'entrata in vigore della riforma Cartabia, così come peraltro previsto in generale per la nuova procedura di esecuzione/conversione delle pene pecuniarie introdotta dal D. Lgs. n. 150/2022.

In secondo luogo la disposizione ha grande importanza perché afferma espressamente, così facendo venire meno ogni dubbio interpretativo al riguardo, che il Pubblico Ministero, anche successivamente al passaggio in giudicato della sentenza, ha la possibilità di dare esecuzione al provvedimento di confisca per equivalente contenuto in sentenza su beni individuati successivamente.

Una lettura logico-sistematica dell'inciso: "ferma la possibilità per il pubblico ministero di dare esecuzione al provvedimento su beni individuati successivamente" impone di ritenere che l'avverbio "successivamente" faccia riferimento al passaggio in giudicato della sentenza e non all'avvio dell'esecuzione con le modalità previste per l'esecuzione delle pene pecuniarie.

Ove così non fosse il Pubblico Ministero, prima di eseguire la confisca per equivalente su beni individuati successivamente al passaggio in giudicato della sentenza, dovrebbe preliminarmente notificare all'interessato l'ordine di esecuzione di cui all'art. 660 c.p.p. contenente l'intimazione al pagamento entro il termine di novanta giorni e solo decorso infruttuosamente tale termine procedere ad eseguire il provvedimento di confisca per equivalente su beni individuati successivamente.

A parte l'evidente grave pregiudizio degli interessi erariali che discenderebbe da una simile opzione ermeneutica (in quanto l'interessato verrebbe posto nelle condizioni di disperdere i beni aggredibili per equivalente), si realizzerebbe anche una irragionevole disparità di trattamento in fase esecutiva tra l'esecuzione della confisca diretta e quella per equivalente.

Mentre, infatti, la confisca diretta potrebbe pacificamente continuare ad essere eseguita in fase esecutiva senza la necessità di seguire le modalità previste dall'art. 660 c.p.p. – in quanto il comma 1 bis dell'art. 86 disp. att. c.p.p. non le prevede per tale ipotesi di confisca – non così sarebbe appunto per la confisca per equivalente.

Si verrebbe così a creare la situazione paradossale per la quale la polizia giudiziaria delegata dal Pubblico Ministero a dare esecuzione alla confisca ordinata in sentenza di beni non specificamente individuati e non sottoposti a sequestro potrebbe procedere solo a quella diretta – in particolare, alla confisca del denaro che va sempre qualificata come diretta in considerazione della natura fungibile del bene che rappresenta l'effettiva accrescimento patrimoniale conseguito, come da insegnamento contenuto nella sentenza n. 42415 del 18 novembre del 2021 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – e non a quella per equivalente sui restanti beni individuati dell'interessato che richiederebbero la preventiva notifica dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 660 c.p.p. Situazione che risulta ancora più paradossale se si considera che il Pubblico Ministero è comunque costretto a procedere prima all'esecuzione della confisca diretta – che come detto non implica il rispetto della procedura di cui all'art. 660 c.p.p. – e solo ove la confisca diretta risulti impossibile può procedere all'esecuzione della confisca per equivalente, atteso che, come noto, entrambe tale ipotesi di confisca sono obbligatorie, ma che la confisca per equivalente è solo sussidiaria a quella diretta che pertanto deve doverosamente venire esperita prima.

La recente sentenza n. 45120 del 28 novembre 2022 della Sezione III della Corte di Cassazione non ha, rispetto al profilo di criticità qui sopra illustrato, fornito una risposta dirimente, essendosi limitata ad affermare in modo condivisibile che la previsione di

cui all'art. 1, comma 14, della legge delega n. 134/2021, nella parte in cui prevede la necessità - prima di procedere all'esecuzione della confisca per equivalente su beni mobili o immobili che non siano già sottoposti a sequestro - di notificare preventivamente l'ordine di esecuzione di cui all'art. 660 c.p.p., abbia natura ed effetti esclusivamente processuali e non possa pertanto trovare applicazione per i fatti commessi prima della sua promulgazione.

Da questa condivisibile affermazione non può però trarsi anche quella che, una volta entrato in vigore il decreto legislativo attuativo n. 150/2022, debba sempre e comunque, prima di procedere all'esecuzione della confisca per equivalente su beni non sottoposti a sequestro o comunque non specificamente individuati nel provvedimento che dispone la confisca, seguirsi la procedura prevista dall'art. 660 c.p.p.

Questo perché l'art. 41, comma 1, lett. i), n. 2) del decreto legislativo n. 150/2022, attuativo della riforma Cartabia, inserendo, come detto, nell'art. 86 disp. att. c.p.p. il comma 1 bis lo ha "modellato" prevedendo sì che: "qualora sia stata disposta una confisca per equivalente di beni non sottoposti a sequestro o, comunque, non specificamente individuati nel provvedimento che dispone la confisca, l'esecuzione si svolge con le modalità previste per l'esecuzione delle pene pecuniarie" - così da rispettare l'indicazione contenuta nella legge delega - ma anche aggiungendo: "ferma la possibilità per il pubblico ministero di dare esecuzione al provvedimento su beni individuati successivamente". Aggiunta che, nella prospettiva interpretativa sostenuta da chi scrive poco sopra illustrata, consente di evitare le ricordate ricadute applicative paradossali nella fase esecutiva della confisca per equivalente su beni non sottoposti a sequestro o comunque non specificamente individuati nel provvedimento di confisca.

Interpretazione che è conforme all'approccio metodologico seguito dalla Procura Generale di Brescia e dal Comando Regionale della Lombardia nel Vademecum operativo del 2 febbraio 2023 attuativo del Memorandum operativo in materia di confische in executivis tra loro stipulato il 25 giugno del 2021 (rinnovato il primo febbraio 2023). Approccio al quale il Comando Generale della Guardia di Finanza ha sin da subito attribuito "valenza strategica", con invito a tutti i Comandi Regionali a promuoverne la diffusione nei rispettivi territori.

Ad oggi risulta che il detto Memorandum con il successivo Vademecum sia stato replicato dalle Procure di primo e secondo grado di ben 11 diversi Comandi Regionali della Guardia di Finanza.

L'organizzazione degli Uffici esecuzioni penali delle Procure nella gestione della esecuzione delle confische

Di seguito si riportano le modalità operative che, dopo le innovazioni apportate dalla riforma Cartabia ed avuto riguardo al detto approccio metodologico, pare opportuno che un Ufficio esecuzioni penali segua quando si trovi a trattare sentenze penali passate in giudicato per reati per i quali la legge preveda come obbligatoria la confisca diretta, per equivalente ovvero allargata.

Va sottolineato, in particolare, che per quanto concerne le confische dirette e per equivalente non sussiste alcun margine discrezionale, dapprima in capo al Giudice nell'ordinarle, allorché pronuncia una sentenza di condanna ovvero di patteggiamento per un reato che ne comporti l'obbligatoria applicazione e, successivamente, una volta divenuta definitiva la relativa statuizione, in capo al Pubblico Ministero nell'eseguirle, potendosi all'evidenza in difetto cagionare un danno erariale.

Casi di confisca diretta e per equivalente

La procedura da seguire può essere così schematicamente illustrata:

Il personale amministrativo dell'Ufficio esecuzioni penali individua e sottopone al vaglio del magistrato competente:

le sentenze di condanna e patteggiamento passate in giudicato per reati per i quali la legge preveda come obbligatoria la confisca diretta o per equivalente, anche se pronunciate con sospensione condizionale della pena (infatti, rispetto alla confisca diretta, in quanto misura di sicurezza, la sospensione condizionale della pena non si applica conformemente al disposto dell'art. 164, comma 3, c.p., mentre rispetto alla confisca per equivalente non si applica stante la natura di presidio ripristinatorio autonomo

connotato da obbligatorietà ed assenza di discrezionalità nella determinazione del quantum: vedasi in tal senso, tra le altre, la sentenza n. 8538/2019, Sezione II, Cass. pen.);

le sentenze della Corte di Appello e della Corte di Cassazione passate in giudicato che nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia abbiano deciso, ex art. 578 bis c.p., sull'impugnazione ai soli effetti della confisca prevista dall'art. 322 ter c.p., previo accertamento della responsabilità dell'imputato;

le sentenze della Corte di Appello e della Corte di Cassazione passate in giudicato che nel dichiarare l'azione penale improcedibile ai sensi dell'art. 344-bis c.p.p. abbiano disposto, ex art. 578-ter c.p.p., la confisca nei casi in cui la legge la prevede obbligatoriamente anche quando non è stata pronunciata condanna (articolo 240, comma 2, c.p.);

Il magistrato competente, ove la sentenza contenga già la statuizione afferente alla confisca e i beni necessari a soddisfarla risultino già sottoposti a sequestro, la trasmette alla cancelleria del Giudice competente per l'esecuzione affinché, se vi siano beni da vendere, curi gli adempimenti previsti dall'art. 86 disp. att. c.p.p.;

Il magistrato competente, ove la sentenza contenga la statuizione afferente alla confisca, ma i beni necessari a soddisfarla non siano stati sequestrati ovvero lo siano stati solo parzialmente, attiva il tavolo tecnico previsto dal Memorandum e, quindi, di concerto con la Guardia di Finanza, verifica se vi siano i presupposti per procedere alla confisca in fase esecutiva; stante la natura sussidiaria della confisca per equivalente, il magistrato e la Guardia di Finanza verificano, innanzitutto, se vi siano i presupposti per procedere a una confisca diretta, seguendo, allo stato, l'insegnamento contenuto nella sentenza delle Sezioni Unite Penali n. 42415/2021 della Corte di Cassazione, secondo cui la confisca del denaro costituente profitto o prezzo del reato, comunque rinvenuto nel patrimonio dell'autore della condotta, e che rappresenta l'effettivo accrescimento patrimoniale conseguito, vada sempre qualificata come diretta, e non per equivalente, in considerazione della natura fungibile del bene, con la conseguenza che non è ostativa l'allegazione o la prova dell'origine lecita della specifica somma di denaro oggetto di apprensione; qualora non vi siano i presupposti per procedere ad una confisca diretta, il magistrato e la Guardia di Finanza verificano se vi siano i presupposti per procedere alla confisca per equivalente per la quale, tenuto conto della sua natura sanzionatoria - ripristinatoria, il nesso di pertinenzialità con il reato commesso è del tutto irrilevante; qualora vengano individuati beni da sottoporre a confisca diretta ovvero, in via sussidiaria, a confisca per equivalente, la Guardia di Finanza esegue il provvedimento di esecuzione della confisca emesso dal magistrato competente in forza della statuizione definitiva afferente la confisca già contenuta nella sentenza (senza necessità di effettuare alcun sequestro preventivo); se ad esito risulta la necessità di vendere beni confiscati si procede ai sensi dell'art. 86 disp. att. c.p.p.;

Il magistrato competente, ove la sentenza non contenga la statuizione afferente la confisca e, quindi, non vi siano beni in sequestro, attiva il tavolo tecnico come per l'ipotesi descritta sopra sub c) e fa svolgere gli accertamenti patrimoniali ivi indicati; se ad esito degli accertamenti patrimoniali effettuati dalla Guardia di Finanza il magistrato competente ritiene che vi sono beni da sottoporre a provvedimento di confisca diretta o per equivalente, ne avanza richiesta al Giudice dell'esecuzione ai degli articoli 676, comma 1, e 667, comma 4, c.p.p., con contestuale richiesta di sequestro preventivo, così come ritenuto ammissibile dalla giurisprudenza di legittimità (vedasi la sentenza n. 7587/2020, Sezione II, Cass. pen.). La contestuale richiesta di sequestro preventivo deve ritenersi indispensabile per evitare che nelle more del procedimento di esecuzione, cioè prima che il provvedimento che lo decide diventi definitivo, i beni da confiscare vadano dispersi. Una volta divenuta definitiva la statuizione, se vi è la necessità di vendere beni confiscati, si procede ai sensi dell'art. 86 disp. att. c.p.p.;

Il magistrato competente, ove la sentenza non contenga la statuizione afferente la confisca e, quindi, non vi siano beni in sequestro, attiva il tavolo tecnico come per l'ipotesi descritta sopra sub c) e fa svolgere gli accertamenti patrimoniali ivi indicati; se ad esito degli accertamenti patrimoniali effettuati dalla Guardia di Finanza il magistrato competente ritiene che non vi sono beni da sottoporre a provvedimento di confisca diretta o per equivalente, avanza comunque richiesta di applicazione della confisca al Giudice dell'esecuzione ai sensi degli articoli 676, comma 1, e 667, comma 4 c.p.p. (stante l'obbligatorietà della relativa statuizione ed anche al fine di rendere possibile una aggressione di beni successivamente individuati). Una volta divenuta definitiva la statuizione concernente la confisca, il magistrato competente, per i fatti-reato commessi in epoca successiva all'entrata in vigore del D. Lgs. n. 150/2022, cura che l'esecuzione si svolga con le nuove modalità previste per l'esecuzione della pena pecuniaria.

L'Ufficio esecuzioni penali segue le sopradescritte modalità operative, laddove compatibili, anche per le confische, dirette o per equivalente, disposte o che avrebbero

dovuto essere disposte nell'ambito dei procedimenti relativi agli illeciti amministrativi dipendenti da reato degli enti ai sensi del D. lgs. n. 231/2001.

Casi di confisca allargata

La procedura da seguire può essere così schematicamente illustrata:

Il personale amministrativo dell'Ufficio esecuzioni penali individua e sottopone al vaglio del magistrato competente:

1) le sentenze di condanna e patteggiamento passate in giudicato per reati rientranti nel novero di applicazione degli articoli 240-bis c.p. e 12-ter D. lgs. n. 74/2000, anche se è stata pronunciata sospensione condizionale della pena (infatti, rispetto alla conseguente ipotizzabile confisca allargata, in quanto misura di sicurezza – sia pure atipica –, la sospensione condizionale della pena non si applica conformemente al disposto dell'art. 164, comma 3, c.p.);

2) le sentenze della Corte di Appello e della Corte di Cassazione passate in giudicato che nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia abbiano deciso, ex art. 578 bis c.p., sull'impugnazione ai soli effetti della confisca in casi particolari prevista dall'art. 240 bis c.p. e da altre disposizioni di legge, previo accertamento della responsabilità dell'imputato;

Il magistrato competente, ove la sentenza contenga già la statuizione afferente alla confisca e i relativi beni siano già in sequestro, verifica che si applichino, conformemente a quanto previsto dall'art. 104-bis comma 1-quater disp. att. c.p.p., le disposizioni del D. Lgs. n. 159/2011 in materia di amministrazione e destinazione dei beni confiscati;

Il magistrato competente, ove la sentenza contenga già la statuizione afferente alla confisca ma i relativi beni non siano già in sequestro, attiva il tavolo tecnico previsto dal Memorandum e qualora vengano rinvenuti i beni da sottoporre a confisca allargata ovvero, in via sussidiaria, beni da sottoporre a confisca per equivalente, emette il provvedimento di esecuzione della confisca, in forza della statuizione definitiva già contenuta nella sentenza (senza necessità di effettuare alcun sequestro preventivo), che viene materialmente eseguito dalla Guardia di Finanza; ad esito il magistrato competente cura che si applichino, conformemente a quanto previsto dall'art. 104-bis comma 1-quater disp. att. c.p.p., le disposizioni del D. Lgs. n. 159/2011 in materia di amministrazione e destinazione dei beni confiscati;

Il magistrato competente, ove la sentenza non contenga già la statuizione afferente alla confisca, attiva il tavolo tecnico previsto dal Memorandum e, quindi, di concerto con la Guardia di Finanza verifica se vi siano i presupposti per procedere alla confisca allargata in fase esecutiva; la valutazione dei casi di interesse avviene secondo i criteri di cui alla sentenza delle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione n. 27241 del 25.02.-15.07.2021 che ammettono che la confisca possa essere disposta in fase esecutiva nel rispetto del criterio di ragionevolezza temporale, vale a dire con riguardo ai beni che sono entrati nella disponibilità del condannato fino al momento della pronuncia della sentenza per il cd. "reato-spia", fatta salva comunque la possibilità di ablazione definitiva dei beni acquisiti anche in epoca posteriore alla pronuncia giudiziaria, ma con risorse finanziarie acquisite in precedenza; qualora il magistrato competente ritenga, anche sulla scorta degli accertamenti patrimoniali effettuati dalla Guardia di Finanza, che vi siano i presupposti per ottenere un provvedimento di confisca allargata, ne avanza richiesta al Giudice dell'esecuzione, con contestuale richiesta di sequestro preventivo (per evitare la dispersione dei relativi beni nelle more della definizione del procedimento di esecuzione), ai sensi dell'articolo 183-quater disp. att. c.p.p. e, quindi, nelle forme previste dall'articolo 667, comma 4, c.p.p.; una volta divenuta definitiva la decisione, il magistrato competente cura che si applichino, conformemente a quanto previsto dall'art. 104-bis comma 1-quater disp. att. c.p.p., le disposizioni del D. Lgs. n. 159/2011 in materia di amministrazione e destinazione dei beni confiscati.

Anche con riguardo all'esecuzione delle confische valgono le considerazioni conclusive svolte in tema di nuovo procedimento di esecuzione/conversione delle pene pecuniarie alle quali si opera rimando. Il sistema-giustizia anche qui dovrà essere capace di cambiare approccio, attribuendo alla fase dell'esecuzione delle confische, e quindi del materiale incameramento dei relativi beni – così definitivamente sottratti al circuito criminale –, la valenza, non di un noioso e quasi sempre trascurato adempimento di natura burocratica, ma, viceversa, di un momento di fondamentale importanza per dimostrare, con i risultati economici concretamente conseguiti, la propria funzionalità.



GUARDIA
CIVILE
AVANZA

ESTRO

MILANO

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

A close-up photograph of a child's feet holding an adult's feet, symbolizing support and care. The child's feet are positioned on top of the adult's feet, which are wearing dark, textured slippers. The child is wearing light-colored shorts and dark socks. The background is a soft, out-of-focus light color. The entire image has a warm, reddish-orange tint.

Persone minori e famiglia

La Riforma del Processo Civile: un primo commento dal punto di vista di un Pubblico Ministero. Le difficoltà applicative al rito minorile.



di Roberta Del Giudice

*Sostituto Procuratore presso il Tribunale per i
Minorenni di Sassari*

It

Questo articolo affronta il tema della applicabilità delle nuove norme in materia di persone, minori e famiglie, di cui al Titolo IV-bis c.p.c., al rito minorile.



riforma - persone, famiglia, minorenni; processo minorile; problemi di applicabilità.

Eng

This article deals with the issue of the applicability of the new rules on persons, minors and families, referred to in Title IV-bis of the Code of Civil Procedure, to the juvenile rite.



Reform - people, family, children; juvenile process; applicability issues.

Sommario

1. Premessa ed ambito applicativo delle norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie; 2. Competenza territoriale e competenza funzionale; 3. Norme generali, poteri del Giudice e del Pubblico Ministero; 4. I ricorsi del Pubblico Ministero: forma e contenuti; 4.1 Ricorsi e provvedimenti in via d'urgenza; 4.2 Disposizioni speciali in materia di violenza domestica o di genere; 4.3 Ordini di protezione contro gli abusi familiari; 5. Il procedimento: lacune normative e problemi interpretativi/applicativi.

1. Premessa ed ambito applicativo delle norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie

Il decreto legislativo 10 ottobre 2022 n 149 (cd. *Riforma Cartabia*) ha introdotto importanti novità in materia di *"persone, minorenni e famiglie"*: le nuove disposizioni sono contenute nel libro II, titolo IV-bis del codice di procedura civile (*Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*), in particolare negli articoli 473-bis ss. c.p.c.

Queste disposizioni (salvo talune eccezioni) si applicano ai procedimenti instaurati successivamente al 28 febbraio 2023; ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 si applicano, invece, le disposizioni anteriormente vigenti.

Le norme contenute nel nuovo Titolo IV-bis c.p.c. riguardano tutti i procedimenti (contenziosi) relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie, attribuiti alla competenza del Tribunale Ordinario, del Giudice Tutelare e del Tribunale per i Minorenni (cfr. art. 473-bis c.p.c.). Detto altrimenti, il rito processuale sarà lo stesso sia per le procedure limitative/ablative della responsabilità genitoriale di competenza del Tribunale per i Minorenni che per quelle separative, divorzili, familiari di competenza del Tribunale Ordinario.

Sussistono, tuttavia, tre eccezioni. Le norme del nuovo procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie non si applicano: se *"la legge dispone diversamente"*; nei casi di esclusione previsti dall'art. 473-bis co. 1 c.p.c. (procedimenti volti alla dichiarazione di adottabilità, procedimenti di adozione di minori di età, procedimenti attribuiti alla competenza delle sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea); a tutti i procedimenti di volontaria giurisdizione che, ai sensi dell'art. 473-ter c.p.c., continuano ad essere retti dalle forme processuali camerale (procedimenti di cui agli artt. 102, 171, 316 e 371 c.c., i procedimenti di cui agli artt. 25 ss. R.D. 1404/1934, i procedimenti di cui agli artt. 31 e 33 d.lgs. 286/1998 n. 286, i procedimenti di cui agli artt. 18, 19 e 19-bis d.lgs. 142/2015).

2. Competenza territoriale e competenza funzionale

Per quanto concerne la competenza territoriale, il nuovo art. 473-bis.11 c.p.c., accogliendo un principio oramai consolidato nel processo minorile (sia alla luce della granitica giurisprudenza di merito e di legittimità, che alla luce delle norme internazionali e alle disposizioni generali contenute nella L. 184/1983), prevede che è competente non il Tribunale del luogo di residenza del convenuto, bensì il Tribunale del luogo in cui il minore ha la *"residenza abituale"* ovvero *"il luogo dove il minore trova e riconosce, anche grazie ad una permanenza tendenzialmente stabile, il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali, originati dallo svolgersi della sua vita di relazione"* (art. 8 Regolamento CE n. 2201 del 2003). È bene chiarire che, nella individuazione in concreto del luogo di abituale dimora, non può farsi riferimento ad un dato meramente quantitativo, rappresentato dalla prossimità temporale del trasferimento di residenza o dalla maggiore durata del soggiorno, essendo invece necessaria una prognosi sulla probabilità che la nuova dimora diventi l'effettivo e stabile centro degli interessi del minore (Cfr. Cassazione sentenza 21750/2012).

Il nuovo art. 473-bis.11 c.p.c. precisa, inoltre, che in caso di trasferimento non autorizzato della residenza del minore, permane la competenza del Tribunale del precedente luogo di residenza, qualora il ricorso sia depositato entro l'anno.

Per quanto concerne la competenza funzionale, occorre richiamare il nuovo art. 38 disp. att. c.c. a mente del quale *"sono di competenza del Tribunale per i Minorenni i procedimenti previsti dagli artt. 84, 90, 250, ultimo comma, 251, 317-bis, ultimo comma, 330, 332, 333, 334, 335 e 371, ultimo comma, del codice civile. Sono di competenza del Tribunale Ordinario i procedimenti previsti dagli artt. 330, 332, 333, 334 e 335 del codice civile, anche*

se instaurati su ricorso del Pubblico Ministero, quando è già pendente o è instaurato successivamente, tra le stesse parti, giudizio di separazione, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, ovvero giudizio ai sensi degli artt. 250 co. 4, 268, 277 co. 3 e 316 del codice civile, procedimento per la modifica delle condizioni dettate da precedenti provvedimenti a tutela del minore” (salva la possibilità per il Tribunale per i Minorenni di adottare provvedimenti provvisori ed urgenti – di cui si tratterà in seguito).

Anticipando quanto meglio si dirà, il Tribunale per i Minorenni è anche competente per i ricorsi aventi ad oggetto l'irrogazione di sanzioni in caso di inadempienze o violazioni di precedenti decisioni concernenti i minori, ivi comprese quelle adottate dal Tribunale Ordinario.

3. Norme generali, poteri del Giudice e del Pubblico Ministero

Il d.lgs. 149/2022, dall'art. 473-bis all'art. 473-bis.10 c.p.c., introduce delle norme “*generali*” per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie.

L'art. 473-bis.1 c.p.c. individua la composizione dell'organo giudicante: il Tribunale giudica in composizione collegiale (in realtà questo era già previsto per il processo minorile), ma la trattazione e l'istruzione della causa possono essere delegate a uno dei componenti del Collegio che, nei procedimenti di competenza del Tribunale per i Minorenni, può essere anche un Giudice Onorario. Il Tribunale per i Minorenni, infatti, può delegare al Giudice Onorario specifici adempimenti ad eccezione dell'ascolto del minore (disciplinato dagli artt. 473-bis.4, 473-bis.5, 473-bis.6 c.p.c.), dell'assunzione delle testimonianze e degli altri atti riservati al Giudice. L'art. 473-bis.1 c.p.c. chiarisce espressamente che la prima udienza, l'udienza di rimessione della causa in decisione e le udienze all'esito delle quali sono assunti provvedimenti temporanei sono tenute davanti al Collegio o al Giudice Relatore, creando, in tal modo, una sorta di “riserva” di Giudice Togato per gli snodi e gli atti di maggiore importanza per lo svolgimento del procedimento.

Tale riserva di giurisdizione è già oggetto di numerose critiche.

In primis è fortemente contestata la scelta di sottrarre al Giudice Onorario (solitamente psicologo, pedagogista, neuropsichiatra infantile) l'ascolto del minore. Questa scelta sembra mortificare le faticose conquiste della normativa europea e convenzionale nonché della giurisprudenza interna volte ad affermare che l'ascolto del minore non deve essere considerato alla stregua di un semplice mezzo di prova, bensì un modo per acquisire la sua opinione rispetto alla vicenda esistenziale che lo sta coinvolgendo.

In secondo luogo, il divieto di delegare un grande numero di attività processuali al Giudice Onorario, rischia di rallentare notevolmente i tempi della definizione dei procedimenti, soprattutto perché fisiologicamente nei Tribunali per i Minorenni i Giudici Onorari sono in numero maggiore rispetto ai Giudici Togati.

L'art. 473-bis.2 c.p.c. riconosce al Giudice il potere di nominare un curatore speciale (artt. 78 c.p.c. e 473-bis.8 c.p.c.), di adottare “*provvedimenti opportuni*”, anche in deroga all'art. 112 c.p.c. e, dunque, senza dover sollecitare eventuali integrazioni di domande da parte del Pubblico Ministero, nonché il potere di attivare iniziative di tipo istruttorio per la raccolta della prova; tali poteri officiosi, però, devono essere esercitati nel rispetto dei principi cardine del processo civile, in particolare il principio del contraddittorio e del diritto alla prova contraria.

L'art. 473-bis.3 c.p.c. regola, invece, i poteri del Pubblico Ministero che, nell'esercizio dell'azione civile e al fine di adottare le relative determinazioni, può acquisire atti, assumere informazioni da quanti siano in grado di fornire elementi utili per verificare la necessità del ricorso (si tratta delle cd. “*sommario informazioni civilistiche*”, previste anche nell'art. 403 c.c.), nonché svolgere accertamenti anche avvalendosi della Polizia Giudiziaria e dei Servizi Sociali, Sanitari e Assistenziali. Il nuovo art. 473-bis.3 c.p.c.,

in sostanza, ha recepito ed “elevato” a regola generale le disposizioni già previste da altre norme speciali (come l’art. 9 L. 184/1983 e il nuovo art. 403 c.c.) relativamente ai poteri investigativi esercitabili dal Pubblico Ministero. È importante precisare che tali poteri “investigativi” sono finalizzati esclusivamente a “*adottare le relative determinazioni nell’esercizio dell’azione civile*”; detto altrimenti, l’attività svolta dal Pubblico Ministero, prodromica all’eventuale ricorso, non è una “pre-istruttoria” (l’istruttoria vera e propria si svolgerà dinanzi al Giudice nel contraddittorio tra le parti), bensì una assunzione di informazioni volta a verificare l’effettiva opportunità di compulsare un intervento del Giudice (tra l’altro, valorizzando il dato testuale dell’art. 473-bis.3 c.p.c., nella parte in cui usa il termine “*può*” e non “*deve*”, si desume che tale attività di indagine è facoltativa e non obbligatoria).

Sempre per quanto concerne i poteri investigativi del Pubblico Ministero è opportuno precisare che, alla luce del combinato disposto degli artt. 473-bis.25 e 473-bis.27 c.p.c., al Pubblico Ministero è preclusa la possibilità di svolgere, per il tramite dei Servizi Sociali o dei Servizi Specialistici, indagini di tipo psicologico che investono profili attinenti alla personalità delle parti interessate, sia perché il legislatore, all’art. 473-bis.25 c.p.c., riconosce al Giudice la possibilità di disporre una consulenza psicologica che abbia ad oggetto proprio la personalità delle parti (nei limiti in cui la stessa incida direttamente sulla capacità genitoriale), sia perché le valutazioni aventi ad oggetto profili di personalità delle parti, laddove il Giudice lo ritenesse opportuno, possono costituire oggetto di uno specifico mandato rivolto ai Servizi Sociali ai sensi dell’art. 473-bis.27 c.p.c. Ed invero, alla luce della nuova normativa, il Giudice può disporre l’intervento in giudizio dei Servizi Sociali e/o dei Servizi Sanitari, demandando loro incarichi circostanziati come, appunto, l’indagine sulla personalità delle parti, oppure, ad esempio, specifiche attività di approfondimento socio-familiare, verifica della condizione psico-fisica del minore, ecc.; in tali ipotesi, il Giudice inviterà i predetti Servizi a tenere distinti, nelle proprie relazioni, i fatti accertati, le dichiarazioni rese dalle parti e da terzi e le eventuali valutazioni formulate dagli Operatori che, ove aventi ad oggetto profili di personalità delle parti, devono essere fondate su dati oggettivi e su metodologie e protocolli riconosciuti dalla Comunità Scientifica. In definitiva, alla luce delle richiamate norme, il Pubblico Ministero può svolgere accertamenti preliminari necessari per determinarsi circa l’esercizio dell’azione civile, ma non può disporre accertamenti (come, appunto, quelli che attonano al piano psicologico delle parti) che sono di esclusiva competenza del Giudice.

4. I ricorsi del Pubblico Ministero: forma e contenuti

L’art. 473-bis.13 c.p.c. disciplina il ricorso del Pubblico Ministero, descrivendone, nel dettaglio, i requisiti di forma e di contenuto, molti dei quali analoghi agli elementi tipici e necessari previsti per l’atto introduttivo della parte privata (cfr. art. 473-bis. 12 c.p.c.).

L’istanza del Pubblico Ministero deve contenere: l’indicazione dell’Ufficio Giudiziario davanti al quale il ricorso è presentato; i dati anagrafici completi del minore, dei genitori, del tutore o del curatore se già nominati, nonché dell’eventuale affidatario del minore (comprensivi di nome, cognome, luogo e data di nascita, cittadinanza, residenza/domicilio/dimora, codice fiscale); la determinazione dell’oggetto della domanda; l’esposizione chiara e sintetica dei fatti, gli elementi di diritto sui quali si fonda la domanda, le richieste istruttorie e le conclusioni nel merito; se il minore si trova collocato in Comunità, occorre l’indicazione della struttura comunitaria che lo ospita e le generalità complete del legale rappresentante, salvo che sia necessario mantenere riservate tali indicazioni. Al ricorso andrà, altresì, allegata l’intera documentazione relativa agli accertamenti svolti (ovverosia quelli di cui all’art. 473-bis.3 c.p.c.), nonché i provvedimenti relativi al minore eventualmente emessi da altre Autorità Giudiziarie. In presenza della richiesta di allontanamento ex art. 473-bis.70 c.p.c. (di cui si tratterà in seguito), il ricorso dovrà indicare eventuali parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore (in tal senso, determinanti saranno gli accertamenti che il Pubblico Ministero provvederà, *medio tempore*, a delegare ai Servizi Sociali o alla Polizia Giudiziaria). Si segnala che la nuova disciplina non contiene disposizioni specifiche a fronte delle ipotesi in cui il ricorso del Pubblico Ministero sia carente o incompleto. Si potreb-

be all'uopo invocare la previsione di cui all'art. 473-bis co. 2 c.p.c. che rinvia, per quanto non disciplinato dal Titolo IV-bis c.p.c., alle regole generali dei Titoli I e III del Libro II c.p.c. In particolare si rimanda agli artt. 163 e 164 c.p.c. che disciplinano i casi di nullità dell'atto di citazione nel processo di cognizione, sancendone la nullità solo qualora siano omessi o risultino assolutamente incerti l'indicazione del Tribunale davanti al quale la domanda è proposta, il nome, cognome, codice fiscale, residenza/domicilio/dimora dell'attore, del convenuto e delle persone che li rappresentano o li assistono. Tali norme, tuttavia, alla luce del principio generale secondo il quale la nullità non può essere pronunciata se la legge non la commina espressamente (art. 156 c.p.c.), non sono applicabili al ricorso del Pubblico Ministero. Ed invero il Pubblico Ministero non è in alcun modo equiparabile ad un comune attore, in quanto, non essendo portatore di un interesse proprio, agisce nell'esclusivo interesse del minore e a tutela di diritti indisponibili; inoltre, nella Relazione di accompagnamento alla riforma Cartabia è espressamente esclusa l'applicabilità al Pubblico Ministero del regime delle preclusioni previste per le parti private. Ne consegue, quindi, che la mancanza di qualche elemento del ricorso del Pubblico Ministero (come, ad esempio, i dati anagrafici, il codice fiscale, ecc.), non genera nullità o inammissibilità del ricorso, potendosi eventualmente integrare l'istanza in corso di causa. Quanto detto è corroborato dal fatto che potrebbero verificarsi situazioni particolarmente urgenti, che richiedono l'adozione di provvedimenti provvisori a tutela del minore che, di certo, non possono essere procrastinati per la mancanza di alcuni dati anagrafici (non incidenti sulla corretta identificazione del minore).

Spostando l'attenzione dal piano formale al piano contenutistico del ricorso, si osserva che il Pubblico Ministero, a fronte di una riscontrata situazione di pregiudizio per il minore, potrà formulare le canoniche richieste di prescrizioni (art. 333 c.c.) o di decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 330 c.c.) e, in sede cautelare ed urgente, richieste di temporanea sospensione dalla responsabilità genitoriale, nonché le "inedite" richieste di adozione degli ordini di protezione contro gli abusi familiari (di cui si tratterà nel paragrafo a seguire).

Con particolare riguardo ai ricorsi ex art. 333 c.c. si segnala una importante novità contenuta nel nuovo art. 5-bis 184/1985 che si candida ad essere referente normativo di una prassi già diffusa in taluni Tribunali per i Minorenni, ovvero quella di disporre l'affidamento dei minori ai Servizi Sociali, nei casi in cui la condizione socio-familiare sia pregiudizievole, ma non al punto da giustificare la decadenza dalla responsabilità genitoriale o l'inserimento comunitario del minore. La norma riconosce al Pubblico Ministero la facoltà di chiedere e al Tribunale il potere di disporre l'affidamento del minore al Servizio Sociale del luogo di residenza abituale. Il Giudice nel proprio provvedimento dovrà: invitare il predetto Servizio ad indicare, nel termine di giorni 15, il nominativo del responsabile dell'affidamento; indicare i limiti e l'entità dei poteri dell'affidatario, dei genitori non decaduti e dell'eventuale curatore; definire la durata dell'affidamento e la periodicità con la quale il Servizio dovrà riferire in ordine all'andamento dell'affido e ai rapporti con i genitori.

Anticipando quanto meglio si dirà nei paragrafi a seguire, si segnala che laddove i ricorsi *de potestate* avanzati dal Pubblico Ministero fossero funzionali a far fronte ad una riscontrata condizione di abusi familiari o condotte di violenza domestica/di genere che coinvolgono i minori, troveranno applicazione le disposizioni speciali di cui al Capo III, Sezione I, del Titolo IV-bis (artt. 473-bis.40 – 473-bis.45 c.p.c.), che prevedono norme *ad hoc* sul piano procedimentale (riconoscendo, ad esempio, al Giudice il potere di abbreviare fino alla metà i termini), sul piano sostanziale (ponendo il divieto di mediazione familiare) e sul piano contenutistico (riconoscendo al Giudice la possibilità di adottare i provvedimenti più idonei, come ad esempio, gli ordini di protezione ex art. 473-bis.70 c.p.c. o l'intervento del Servizio Sociale o Sanitario).

Alla luce della già segnalata modifica all'art. 38 disp. att. c.c., al Pubblico Ministero è stato, altresì, conferito l'ulteriore inedito potere di ricorrere al Tribunale per i Minorenni per chiedere l'irrogazione di sanzioni in caso di inadempienze o violazioni *"quando è già pendente o è instaurato successivamente, tra le stesse parti, un procedimento previsto dagli articoli 330, 332, 333, 334 e 335 del codice civile"*. La norma prosegue chiarendo che *"nei casi in cui è già pendente o viene instaurato autonomo procedimento per l'irrogazione delle sanzioni davanti al Tribunale Ordinario, quest'ultimo, d'ufficio o a richiesta di parte, senza*

indugio e comunque non oltre quindici giorni dalla richiesta, adotta tutti gli opportuni provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse del minore e trasmette gli atti al Tribunale per i Minorenni, innanzi al quale il procedimento, previa riunione, continua". Il dato testuale della richiamata norma suscita un enorme interrogativo in ordine alla possibilità per il Pubblico Ministero di formulare, innanzi al Tribunale per i Minorenni, una autonoma domanda analoga a quella di cui all'art. 709 ter c.p.c., atteso che l'art. 38 disp. att. c.c. sembrerebbe ricondurre tale istanza nell'ambito di un già instaurato o instaurando procedimento ex artt. 330 ss. c.c. Tuttavia, la possibilità di compulsare un intervento del Tribunale per i Minorenni in tal senso, a prescindere dalla pendenza di un procedimento *de potestate* o alla contestuale instaurazione di un procedimento *de potestate*, potrebbe positivamente inferirsi dalla previsione di cui all'art. 473-bis.39 c.p.c. nella parte in cui riconosce al Giudice, a fronte di gravi inadempienze o di atti che arrechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto esercizio della responsabilità genitoriale, il potere di modificare i provvedimenti in vigore, ammonire il genitore inadempiente e/o condannarlo al pagamento di una somma di denaro. Ebbene, pur trattandosi di un potere esercitabile d'ufficio, ben potrebbe il Pubblico Ministero, che abbia avuto per primo conoscenza di siffatte inadempienze e violazioni, compulsare un intervento in tal senso da parte del Tribunale per i Minorenni.

3.1 Ricorsi e provvedimenti in via d'urgenza

La riforma Cartabia ha, altresì, modificato l'art. 336 c.c., abrogando, tra l'altro, il comma 3, da sempre considerato referente normativo del potere del Pubblico Ministero di chiedere e del Tribunale per i Minorenni di adottare provvedimenti provvisori ed urgenti nell'interesse del minore. Più nel dettaglio l'art. 336 c.c. – in passato rubricato "*Procedimento*" (ora "*Legittimazione ad agire*") – disciplinava i procedimenti di volontaria giurisdizione innanzi al Tribunale per i Minorenni, tra i quali quelli da incardinare in via cautelare ed urgente. A seguito della riforma, tale norma si limita ad indicare i soggetti legittimati a proporre istanze *de potestate* (i genitori, i parenti, il curatore speciale, il Pubblico Ministero), mentre il procedimento è disciplinato nel nuovo Titolo IV-bis c.p.c. che non ha mancato, comunque, di disciplinare i provvedimenti temporanei ed urgenti che, sebbene non espressamente previsto, ben potrebbero, come in passato, continuare ad essere compulsati anche su iniziativa del Pubblico Ministero.

In particolare, a mente del nuovo art. 473-bis.15 c.p.c. il Presidente o il Giudice delegato, in caso di pregiudizio imminente ed irreparabile, oppure quando la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione dei provvedimenti, adotta, con decreto provvisoriamente esecutivo i provvedimenti necessari e fissa udienza entro i successivi 15 giorni per la conferma, modifica o revoca dei provvedimenti adottati (in ogni caso, a fronte di fatti sopravvenuti o di nuovi accertamenti istruttori, i provvedimenti temporanei ed urgenti possono essere modificati o revocati dal Collegio o del Giudice delegato, come previsto dall'art. 473-bis.23 c.p.c. e, comunque, è possibile proporre reclamo ai sensi del successivo art. 473-bis.24 c.p.c.).

A mente dell'art. 473-bis.22 c.p.c., nel contesto della più ampia trattazione del processo, possono essere adottati, con ordinanza del Giudice delegato, provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse dei figli.

Nei procedimenti di separazione e divorzio, il potere di adottare provvedimenti temporanei ed urgenti è accordato al Giudice a norma dell'art. 473-bis.50 c.p.c.

Il descritto quadro normativo, si completa con la previsione di cui al nuovo art. 38 disp. att. c.c. che estende il potere del Tribunale per i Minorenni di adottare provvedimenti provvisori ed urgenti anche nell'ambito dei procedimenti di competenza del Giudice Ordinario. Segnatamente la norma prevede che, a fronte di una controversia di competenza del Tribunale Ordinario, il Tribunale per i Minorenni, d'ufficio o su richiesta di parte, può adottare tutti gli opportuni provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse del minore e trasmettere gli atti al competente Tribunale Ordinario, innanzi al quale il procedimento, previa riunione, continuerà. I provvedimenti adottati dal Tribunale per i Minorenni conservano la loro efficacia fino a quando saranno confermati, modificati

o revocati con provvedimento emesso dal Tribunale Ordinario. Nei casi di trasmissione degli atti dal Tribunale per i Minorenni al Tribunale Ordinario, è onere del Pubblico Ministero (Minorenni) provvedere alla trasmissione dei propri atti al Pubblico Ministero presso il Tribunale Ordinario.

3.2 Disposizioni speciali in materia di violenza domestica o di genere

Tra le novità rilevanti della riforma ad opera del d.lgs. 149/2022, vi è la previsione di disposizioni speciali in materia di “*violenza domestica e di genere*” e “*ordini di protezione contro gli abusi familiari*”.

La Sezione I del Capo III del Titolo IV-bis c.p.c. è interamente dedicata ai procedimenti aventi a oggetto abusi familiari o condotte di violenza domestica/di genere.

Ai sensi dell'art. 473-bis.41 c.p.c., l'atto introduttivo del Pubblico Ministero (ma ciò vale anche per i procedimenti incardinati su istanza di parte) dovrà contenere, oltre agli elementi previsti dall'art. 473-bis.13 c.p.c. (o dall'art. 473-bis.12 c.p.c. nel caso di ricorso di parte), copia degli atti di indagine condotti dalla Procura Ordinaria. Sul punto, al fine di non compromettere la necessaria riservatezza dell'attività istruttoria che potrebbe essere ancora in corso presso la Procura Ordinaria, molte Procure per i Minorenni hanno già provveduto (o comunque stanno provvedendo) a sottoscrivere accordi in forza dei quali verrà concordato, anche per le vie brevi, con il Pubblico Ministero Maggiore, titolare dell'indagine, il livello di “*discovery*” ritenuto sufficiente e necessario per imbastire il ricorso ed ottenere dal Tribunale dei Minorenni gli opportuni provvedimenti *de potestate*; la restante documentazione (quella già trasmessa o quella che verrà di volta in volta trasmessa dalla Procura Ordinaria) sulla quale è necessario continuare a mantenere un certo riserbo, sarà inserita in un fascicolo “parallelo” che verrà trasmesso al Tribunale per i Minorenni solo ad indagini della Procura Ordinaria concluse.

Il procedimento relativo agli abusi familiari o violenza domestica/di genere è disciplinato dagli artt. 473-bis.42 – 473-bis.46 c.p.c. Tali norme speciali prevedono, tra l'altro, termini che possono essere abbreviati fino alla metà, obblighi di segretezza a tutela della vittima del reato di genere, la possibilità per le parti di non comparire personalmente all'udienza di cui all'art. 473-bis.21 c.p.c., nonché l'espresso avvertimento rivolto al Giudice di astenersi dal tentativo di conciliazione e dall'invitare le parti a rivolgersi ad un mediatore familiare (art. 473-bis.43 c.p.c.), salvo non si ravvisi l'insussistenza delle concotte recriminate.

Con tale previsione il legislatore ha evidentemente inteso conformarsi a quanto previsto dalla Convenzione sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (meglio nota come “*Convenzione di Istanbul*”) adottata dal Consiglio d'Europa in data 11 maggio 2011 ed entrata in vigore in data 1 agosto 2014, successivamente ratificata dall'Italia con la Legge 27 giugno 2013, n. 77, in forza della quale, in tali casi, non è possibile imporre percorsi di giustizia riparativa, come la mediazione, senza il consenso della vittima del reato.

Il legislatore, inoltre, si è dimostrato particolarmente sensibile al tema della cd. vittimizzazione secondaria, escludendo espressamente la possibilità di procedere all'ascolto del minore se lo stesso è già stato sentito nell'ambito di altro procedimento, anche penale, e le risultanze dell'adempimento acquisite agli atti sono ritenute sufficienti ed esaustive. A tal fine, il Giudice chiede al Pubblico Ministero e/o alle altre Autorità competenti, informazioni circa l'esistenza di eventuali procedimenti, definiti e/o pendenti, relativi ai riscontrati abusi e violenze, nonché la trasmissione dei relativi atti non coperti da segreto istruttorio. Il Pubblico Ministero e le altre Autorità competenti, provvederanno alla trasmissione della documentazione richiesta entro il termine di 15 giorni (art. 473-bis.42 c.p.c.).

All'esito dell'istruttoria, il Giudice adotterà provvedimenti idonei a tutela della vittima

del reato e del minore, come l'adozione degli ordini di protezione previsti dagli artt. 473-bis.69 co. 2 ss. c.p.c. o l'intervento dei Servizi Sociali e Sanitari (art. 473-bis.46 c.p.c.).

3.3 Ordini di protezione contro gli abusi familiari

Ai sensi dell'art. 473-bis. 69 c.p.c., il Pubblico Ministero, contestualmente ai canonici ricorsi *de potestate*, potrà chiedere al Tribunale per i Minorenni l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari: manente il dato testuale della norma, l'adozione di tali provvedimenti, non rientrando nel novero degli atti urgenti adottabili d'ufficio dal Giudice, va sollecitata "*su istanza di parte*" che, nel caso di pregiudizio ai minori, si identifica nel Pubblico Ministero.

Il successivo art. 473-bis.70 c.p.c. riconosce al Giudice il potere di ordinare la cessazione di ogni condotta pregiudizievole (in realtà tale ordine, sebbene non espressamente previsto, veniva anche in passato impartito ai sensi dell'art. 333 c.c. che genericamente attribuisce al Tribunale per i Minorenni il potere di "*adottare i provvedimenti convenienti*"). L'art. 473-bis.70 c.p.c. riconosce, altresì, al Giudice il potere di disporre l'intervento dei Servizi Sociali (ovverosia la presa in carico del nucleo), nonché di Associazioni specializzate; la norma, inoltre, attribuisce al Giudice il potere di disporre l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente maltrattante e/o il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dal beneficiario dell'ordine di protezione, stabilendone anche la durata, che non può essere superiore ad un anno, salvo proroghe su istanza di parte o, in presenza di minori, del Pubblico Ministero. In realtà il potere in capo al Tribunale per i Minorenni di disporre l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore era – e continua ad essere – previsto anche dall'art. 333 c.c. (che non è stato oggetto di modifica ad opera del d.lgs. 149/2022) facendo, così, sorgere un dubbio circa i rapporti tra il nuovo art. 473-bis.70 c.p.c. e l'art. 333 c.c. (laddove l'una sembrerebbe il doppiopione dell'altra).

Pochi dubbi, invece, sorgono circa i rapporti tra l'ordine di allontanamento/divieto di avvicinamento cd. "civilistico" e l'ordine di allontanamento/divieto di avvicinamento di cui all'art. 282 bis c.p.p.

Ed invero, l'ordine di allontanamento/divieto di avvicinamento cd. "civilistico", diversamente dall'ordine di allontanamento/divieto di avvicinamento di cui all'art. 282 bis c.p.p., non richiede l'esistenza di gravi indizi di colpevolezza e di specifiche esigenze cautelari, bensì il rischio, anche solo potenziale, di un pregiudizio o un aggravamento della condizione socio-familiare del minore. Ne consegue, quindi, che laddove non sussistessero le condizioni per poter chiedere ed ottenere una misura cautelare sul piano penale, soccorrerebbe la possibilità di agire in via cautelare in sede civilistica (da qui, ancora una volta, la necessità di rinforzare i rapporti e l'intercambio tra la Procura Ordinaria e la Procura per i Minorenni).

Il procedimento per proporre istanza ed ottenere ordini di protezione contro gli abusi familiari è disciplinato dall'art. 473-bis.71 c.p.c. e, per quanto non previsto, dagli artt. 737 ss. c.p.c. in materia di volontaria giurisdizione. Detto altrimenti, i provvedimenti *de quibus* non seguono le regole di cui agli artt. 473-bis.11 ss. c.p.c., dettate per i procedimenti di tipo contenzioso, bensì quelle previste per i procedimenti di volontaria giurisdizione. Ci si potrebbe chiedere, quindi: *quid iuris* nel caso in cui il Pubblico Ministero intendesse formulare istanze *de potestate* (che, all'indomani della riforma, seguono le norme del procedimento contenzioso) e, nel contempo, chiedere l'adozione di ordini di protezione (che, invece, soggiacciono alle regole in materia di volontaria giurisdizione). Le medesime perplessità, *mutatis mutandis*, potrebbero interessare anche i ricorsi ex art. 403 c.c. che, avendo una propria precisa scansione temporale, mal si conciliano con la procedura e le tempistiche dettate dalle nuove norme.

5. Il procedimento: lacune normative e problemi

interpretativi/applicativi

Il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglia si introduce con ricorso promosso dalla parte privata (art. 473-bis.12 c.p.c.) oppure dal Pubblico Ministero (art. 473-bis.13 c.p.c.). Parte attrice e parte convenuta, dopo essersi scambiate gli atti introduttivi (ricorso e comparsa di risposta), hanno un altro termine per le "ulteriori difese" di cui all'art. 473-bis.17 c.p.c.

Verificata, alla prima udienza di comparizione delle parti, la regolare instaurazione del contraddittorio, il Giudice propone alle parti una conciliazione e, laddove non dovesse sortire gli effetti sperati, provvede sulle richieste istruttorie, detta disposizioni per il prosieguo del procedimento e, se necessario, adotta provvedimenti temporanei ed urgenti (cfr. artt. 473-bis.21 ss. c.p.c.). Esaurita la fase istruttoria, il Giudice fissa udienza di rimessione della causa in decisione e definisce il procedimento con sentenza (art. 473-bis.27 c.p.c.).

Questo essendo – in estrema sintesi – la scansione fasica del procedimento in materia di persone, minorenni e famiglia, si osserva che, all'alba della entrata in vigore della riforma, i principali interrogativi ruotano attorno al seguente quesito: tutte le norme contenute nel Titolo IV-bis c.p.c. trovano applicazione al processo minorile, in particolare ai procedimenti *de potestate* instaurati su ricorso del Pubblico Ministero Minorile?

A dispetto di un granitico dato testuale in forza del quale "*le disposizioni del presente Titolo si applicano ai procedimenti relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie, attribuiti alla competenza [...] del Tribunale per i Minorenni*" (art. 473-bis c.p.c.), vi sono numerose norme all'interno del predetto Titolo IV-bis c.p.c., la cui applicabilità è quanto meno dubbia.

Da un punto di vista contenutistico, è innegabile, ad una più attenta lettura, che la riforma sconta una visione principalmente incentrata sulla conflittualità di coppia, a tutto detrimento delle problematiche concernenti la tutela e la protezione dei minori.

Anche da un punto di vista puramente pratico ed applicativo sorgono delle perplessità in ordine ad una applicazione apodittica dell'intera nuova disciplina al processo minorile. Per esemplificare si richiamano alcune delle disposizioni che, a quasi un mese dalla sua entrata in vigore, hanno suscitato maggiori perplessità in questo senso.

L'art. 473-bis.14 c.p.c. disciplina le modalità di deposito del ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza. Dal complessivo tenore letterale della norma è evidente che la stessa si riferisce al ricorso della parte privata e non anche al ricorso del Pubblico Ministero. Ed invero, a mente del penultimo comma del mentovato art. 473-bis.14 c.p.c., a fronte di una istanza di parte, il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza sono notificati al convenuto a cura dell'attore, mentre il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato al Pubblico Ministero a cura della Cancelleria del Giudice. Evidentemente attore, convenuto e Pubblico Ministero sono soggetti diversi.

Dubbi residuano con riguardo alle ipotesi in cui il ricorso venga presentato dal Pubblico Ministero, soprattutto per quanto concerne l'aspetto delle notifiche. Come osservato dai primi commentatori, malgrado il silenzio della legge, potrebbe ritenersi che anche il Pubblico Ministero sia tenuto a notificare il proprio ricorso al convenuto (genitori, tutore/curatore, affidatario), come analogamente previsto nei procedimenti di cui al nuovo art. 403 c.c. (in particolare il co. 4 del mentovato art. 403 c.c. prevede che "*il ricorso e il decreto sono notificati entro quarantotto ore agli esercenti la responsabilità genitoriale e al curatore speciale a cura del Pubblico Ministero che a tal fine può avvalersi della polizia giudiziaria*"). In senso critico, però, si potrebbe invocare il principio generale *ubi lex voluit dixit* e la sostanziale differenza tra il Pubblico Ministero e le parti private, per escludere la possibilità di estendere tale norma ai ricorsi presentati dal Pubblico Ministero.

Le incertezze non riguardano solo la notifica del ricorso. Si pensi a quanto previsto dall'art. 473-bis.16 c.p.c. in tema di costituzione del convenuto: nei procedimenti *de potestate* instaurati su iniziativa di parte (ad esempio su istanza di uno dei genitori che chiede la decadenza dell'altro), il Pubblico Ministero deve essere considerato alla

stregua di un "convenuto" e, quindi, costituirsi mediante deposito di una comparsa di risposta? Oppure il Pubblico Ministero deve continuare ad intervenire nei procedimenti *de quibus* ai sensi e per gli effetti dell'art. 70 c.p.c.? L'equivoco è alimentato dal fatto che il richiamato penultimo comma dell'art. 473-bis.14 c.p.c., pone a carico dell'attore l'onere di notificare il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza al convenuto, non anche al Pubblico Ministero, al quale è comunicato solo il decreto di fissazione dell'udienza, tra l'altro a cura della Cancelleria del Giudice (e non dell'attore). Dal tenore letterale di tale norma sembrerebbe che il Pubblico Ministero non debba costituirsi mediante una comparsa di risposta (anche perché non essendo messo nella condizione di conoscere gli estremi del ricorso, ma solo la data dell'udienza, non potrebbe in ogni caso argomentare tale comparsa): il Pubblico Ministero, dunque, dovrebbe, in prima istanza, "limitarsi" ad intervenire nel procedimento instaurato ad impulso di parte e riservarsi di formulare le proprie conclusioni all'esito della istruttoria, come accadeva prima della riforma, nei procedimenti di volontaria giurisdizione. In senso critico, tuttavia, si potrebbe richiamare l'art. 473-bis.33 c.p.c. che si occupa dell'intervento del Pubblico Ministero nei giudizi di appello e sostenere che nella nuova procedura di cui al Titolo IV-bis c.p.c. il legislatore, laddove abbia inteso disciplinare l'intervento del Pubblico Ministero (e non la sua costituzione), lo ha fatto espressamente. Permane, quindi, il dubbio.

Ed ancora. I termini relativi alle "ulteriori difese" di cui all'art. 473-bis.17 c.p.c. valgono anche per il Pubblico Ministero? E quelli di cui all'art. 473-bis.28 c.p.c. sulla remissione della causa in decisione?

Sul punto è bene ricordare la perdurante assenza della digitalizzazione degli Uffici Giudiziari minorili, i quali continuano a non disporre del processo civile telematico, di guisa che, ad oggi, la trasmissione di tutti gli atti continua ad avvenire *pro manibus* e in forma cartacea. Ed invero, il nuovo Titolo V-ter disp. att. c.p.c., anche esso introdotto dalla riforma Cartabia e dedicato alle "disposizioni relative alla giustizia digitale", prevede l'obbligatorietà del deposito telematico di atti e di provvedimenti solo nei procedimenti innanzi al Giudice di pace, al Tribunale, alla Corte di Appello e alla Corte di Cassazione.

In assenza della digitalizzazione del processo minorile che, obiettivamente agevolerebbe lo scambio e l'accesso agli atti, una acritica applicazione di norme come l'art. 473-bis.17 c.p.c. o l'art. 473-bis.28 c.p.c., comporterebbe un importante aggravio del carico di lavoro delle Procure per i Minorenni (i cui Magistrati sono in percentuale di meno rispetto a quelli del Tribunale per i Minorenni), nonché un appesantimento dell'attività difensiva (gli avvocati saranno costretti ad accedere materialmente agli Uffici e ad utilizzare la modalità cartacea, anche laddove venissero fissate udienze in tempi assai ravvicinati, come la riforma prescrive).

In realtà, in merito all'art. 473-bis.28 c.p.c. i dubbi sulla sua applicabilità al processo minorile non riguardano solo i rischi connessi ad un possibile cortocircuito di un sistema processuale che richiede "prestazioni performanti" senza fornire strumenti adeguati, ma anche e soprattutto gli aspetti sostanziali della norma, laddove la stessa disciplina la fase immediatamente precedente alla adozione della decisione finale della causa che deve avere la natura di una "sentenza": per ovvie ragioni, i provvedimenti che riguardano la responsabilità genitoriale (ivi compresi quelli relativi alla decadenza) non possono assumere la veste di "sentenza", attesa la necessità di consentire una rimeditazione della decisione a fronte del mutare delle contingenze di fatto e di diritto (tra l'altro le ipotesi in cui i procedimenti devono essere definiti con sentenza sono espressamente previsti dall'art.131 c.p.c. e quelli *de potestate* non sono contemplati).

Ebbene, alla luce di quanto precede, fuori dalle ipotesi in cui le disposizioni del Titolo IV-bis c.p.c. facciano chiaro rimando al Tribunale per i Minorenni e al Pubblico Ministero è fortemente dubbio che tutte e ciascuna delle norme generali del mentovato Titolo possano trovare applicazione ai procedimenti *de potestate* innanzi al Tribunale per i Minorenni. Del pari è discutibile la forzosa equiparazione del Pubblico Ministero ad una parte privata: che il legislatore non abbia inteso equiparare la posizione del Pubblico Ministero a quella di un "comune" attore (o convenuto) può positivamente desumersi da talune disposizioni ed in particolare dall'art. 473-bis.21 c.p.c. che disciplina l'udienza di comparazione delle parti. La norma *expressis verbis* stabilisce che "salvo che il processo sia introdotto con ricorso del Pubblico Ministero, se l'attore non compare o rinuncia e il

convenuto non chiede che si proceda in sua assenza, il procedimento si estingue", a riprova dell'alterità soggettiva tra il Pubblico Ministero e le parti private.

È evidente, in conclusione, che se l'intento del legislatore era quello di fornire risposte, ad oggi ha posto sul tappeto solo tanti interrogativi.

Note

1. A tale proposito si precisa che l'art. 8 co. 9 bis d.l. 198/2022 (cd. "Decreto Milleproroghe") ha apportato taluni correttivi prevedendo, tra l'altro, che le disposizioni introdotte dal d.lgs. 149/2022 in materia di ascolto del minore e assunzione delle testimonianze nel procedimento in materia di persone, minori e famiglia, si applicano ai procedimenti introdotti successivamente al 30 giugno 2023 (anziché successivamente al 28 febbraio 2023).
2. Si segnala sul punto che non si tratta di una vera e propria novità, atteso che il potere di assumere le "informazioni necessarie" ai fini della decisione e, dunque, il potere officioso di acquisire prove, era già previsto dal co. 2 dell'art. 336 c.c. (oggi abrogato).

