



LA MAGISTRATURA

n° 2 | 2023



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

Semestrale

Anno II, n.2

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.

Il numero 2/2023 è stato chiuso il 30 Novembre 2023.

Indice

pg. 6 **EDITORIALE**

di Cecilia Bernardo

pg. 8 La separazione delle carriere dei magistrati: un'impostura inutile ed anacronistica, una riforma da evitare

di Armando Spataro

CIVILE

pg. 43 Immissioni di rumore – La tutela dei residenti ed il fenomeno della cd. "Mala movida".

di Carlo Gabutti

LAVORO

pg. 59 Il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. Il caso dei "riders"

di Michele Di Iesu

pg. 66 L'omessa adozione dell'atto di gradazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi da parte dell'Azienda sanitaria e la tutela spettante al dirigente medico

di Dario Cavallari

pg. 77 Smart-working: c'eravamo tanto amati?

di Giannicola Paladino

PENALE E SORVEGLIANZA

pg. 85 Il sistema delle circostanze aggravanti nei reati contro il patrimonio culturale

di Francesco Mazza

pg. 92 Procedibilità a querela di parte e remissione di querela: effetti sostanziali e processuali delle modifiche del regime di procedibilità

di Angelo Salerno

ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA

pg. 103 Giustizia elettronica

di Sergio González Malabia

pg. 108 L'Ufficio del processo nel sistema spagnolo e l'impatto delle nuove tecnologie

di Vanesa Prieto López

LA COPERTINA

Il Ratto di Proserpina

Gian Lorenzo Bernini

Data: 1621-1622

Materiale: Marmo di Carrara

Galleria Borghese, Roma

L'arte è da sempre portatrice di tematiche importanti e mezzo di denuncia. La storia dell'arte, nel tempo, ci ha raccontato quello che oggi è il reato che più di ogni altro invade le cronache, il "femminicidio", a cui è dedicata l'apertura di questo numero.

Nel meraviglioso gruppo scultoreo realizzato dal Bernini, Il Ratto di Proserpina, è scolpita l'immagine della "violenza domestica". Un mito raccontato sia da Ovidio nelle Metamorfosi che da Claudiano.

La scultura rappresenta il momento in cui il dio degli Inferi Plutone o Ade, zio di Proserpina, la rapisce sapendo che non otterrà mai il consenso da parte della sorella Cerere. Vani i tentativi di Proserpina di chiedere aiuto e di sottrarsi alla furia erotica dello zio che, come ritratto nella statua, la trattiene con forza. I suoi occhi rivelano la paura della brutale violenza dello zio Plutone, la vergogna per la sua nudità profanata dalla ferrea presa del rapitore, la disperazione e la paura per la discesa verso gli inferi, lo sconforto nel realizzare che nessuno la può aiutare.

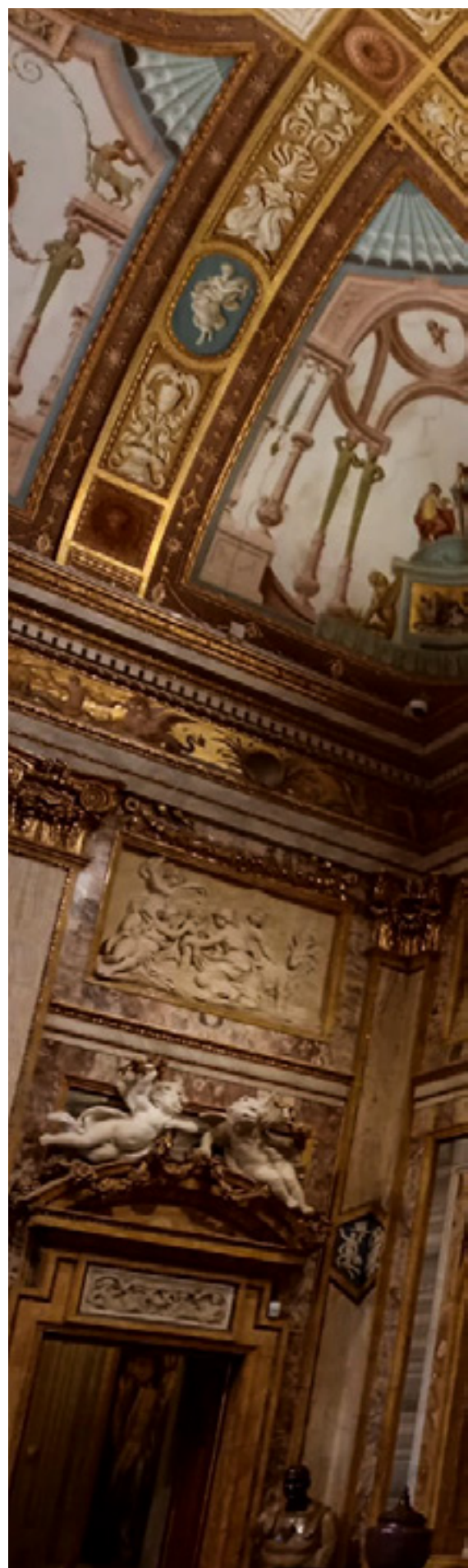




FOTO © Cecilia Bernardo

Editoriale

Lo scorso 25 novembre si è celebrata la giornata internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne. Si tratta di una ricorrenza volta a sensibilizzare l'opinione pubblica sulle varie forme di violenza che le donne subiscono in tutto il mondo, inclusa la violenza domestica, la tratta di esseri umani, la mutilazione genitale femminile e altre forme di violenza di genere.

Tale data è stata scelta per commemorare l'assassinio delle sorelle Mirabal, tre attiviste politiche della Repubblica Dominicana, avvenuto nel 1960, ed ha, quale obiettivo principale, la promozione di azioni concrete per porre fine a questa forma di violenza e discriminazione, attraverso l'introduzione di adeguati interventi normativi, la sensibilizzazione e la formazione soprattutto delle nuove generazioni, nonché il sostegno alle vittime.

Purtroppo, e quasi per un crudele scherzo del destino, pochi giorni prima di tale ricorrenza abbiamo assistito all'ennesimo brutale omicidio di una giovane donna, una ragazza di soli 22 anni, uccisa da chi sosteneva di amarla. Giulia Cecchettin è la vittima di femminicidio numero 105 dall'inizio del 2023, ma, a differenza di altri simili episodi, il suo ha scosso maggiormente l'opinione pubblica. Ci sono, forse, due particolarità che distinguono questo triste evento dagli altri. Di solito, infatti, si apprende di un femminicidio quando questo è stato ormai consumato, mentre la vicenda di Giulia Cecchettin è iniziata circa una settimana prima della scoperta del terribile esito. In questo periodo, tutti siamo stati emotivamente coinvolti negli accorati appelli delle famiglie, che ancora attendevano il ritorno a casa dei due ragazzi, scomparsi da giorni. In secondo luogo, la sorella della vittima, al termine di una fiaccolata, ha preso coraggiosamente la parola, trasformando il suo dolore privato in una questione politica, chiedendo che la società assuma su di sé la responsabilità di un futuro cambiamento.

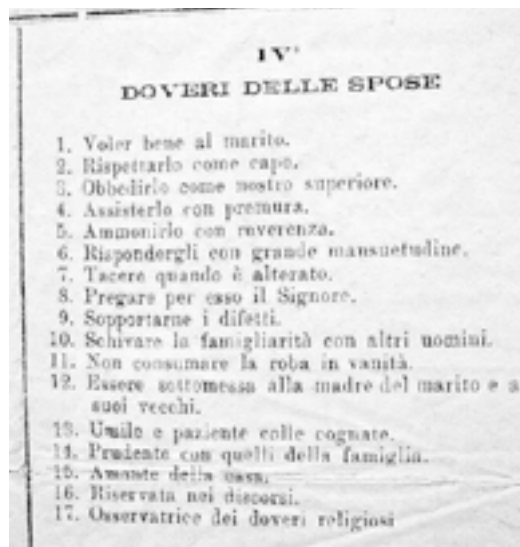
L'editoriale di questo numero, quindi, non può non essere dedicato ad una riflessione su questa vicenda, perché i femminicidi sono la punta dell'iceberg di violenze e sopraffazioni che colpiscono milioni di donne di qualsiasi classe sociale e ovunque nel mondo, alimentata da stereotipi di genere nocivi e radicati. In questi giorni, molti esperti, sui giornali e in televisione, spiegano che i femminicidi non sono raptus, non succedono all'improvviso, ma sono preceduti da un crescendo di abusi fisici e psicologici, tentativi di manipolazione, ricatti, stalking, gaslighting, comportamenti ossessivi e controllanti, che possono andare avanti per

mesi o anni e che sono perlopiù tollerati dalla società.

La domanda che mi pongo allora è come si possa accettare che continuino ad accadere fatti così terribili e come si possa fermare una strage che ha il volto e il sangue di tante donne. La prima risposta che mi viene alla mente è la prevenzione, perché il dolore, l'indignazione e la repressione non bastano più, non sono più sufficienti ed i più recenti fatti di cronaca lo dimostrano.

Si parla in questi giorni della necessità di sradicare la "cultura tossica del patriarcato". Nel cercare informazioni su questo argomento, al fine di comprendere le origini di questa cultura, mi sono imbattuta in un articolo online, che riportava un manifesto ecclesiastico del 1895, contenente l'elenco dei doveri delle spose. In 17 punti, il manifesto riassumeva drammaticamente il ruolo che, all'epoca, la donna ricopriva all'interno della famiglia, essendo tenuta a:

1. Voler bene al marito
2. Rispettarlo come capo
3. Obbedirlo come nostro superiore
4. Assisterlo con premura
5. Ammonirlo con reverenza
6. Rispondergli con grande mansuetudine
7. Tacere quando è alterato
8. Pregare per esso il signore
9. Sopportare i difetti
10. Schivare la familiarità con altri uomini
11. Non consumare la roba in vanità
12. Essere sottomessa alla madre dei mariti ed ai suoi vecchi
13. Umile e paziente con le cognate
14. Prudente con quelli della famiglia
15. Amante della casa
16. Riservata nei discorsi
17. Osservatrice dei doveri religiosi.





"Doveri della famiglia cristiana", riprod. stampa del 1895, conservata nel ristorante "Casa Baroni" - Felliciarolo-MO

Mi trovo a disagio anche a commentare i diciassette doveri che ho qui trascritto. Essi riflettono l'immagine di una figura femminile, che da tempo non c'è più. Per fortuna, molte donne, nell'arco dell'ultimo secolo, hanno dimostrato il loro valore in tutti i campi. Molta strada è stata fatta dai diciassette doveri delle spose, elencati in questo manifesto del 1895, per il riconoscimento, anche alle donne al pari degli uomini, di diritti basilari, che oggi riteniamo scontati, come ad esempio il diritto di voto, il diritto allo studio ed all'accesso alle scuole, il diritto alla partecipazione ai concorsi pubblici ed alle cariche pubbliche, e così via.

Questo lungo percorso, tuttavia, non può dirsi concluso, perché dal riconoscimento dei diritti è necessario assicurare anche la promozione di una cultura di rispetto e di uguaglianza di genere. Combattere il femminicidio richiede un impegno collettivo per cambiare le mentalità e superare stereotipi che, ancora oggi, scopriamo radicati nella nostra società.

Questi crimini, inoltre, non colpiscono solo le vittime dirette, ma hanno anche un impatto devastante sulle famiglie, le comunità e la società nel suo complesso. Il percorso, quindi, deve necessariamente passare non solo attraverso una adeguata risposta normativa, ma anche attraverso l'educazione e la sensi-

bilizzazione, in particolare dei giovani, al fine di promuovere una maggiore consapevolezza sui problemi legati al femminicidio ed alla violenza di genere.

Anche noi, come Associazione Nazionale Magistrati, possiamo dare il nostro contributo. Per questo, abbiamo deciso di dedicare interamente il prossimo numero della nostra rivista al tema del femminicidio. È importante, infatti, fornire un quadro della legislazione vigente, sia in ambito penale che civile, e delle problematiche che essa pone, al fine di stimolare un dibattito critico ed analizzare le possibili soluzioni alternative. Come è nostra abitudine, cercheremo di improntare tale dibattito al pluralismo culturale, accogliendo e confrontando punti di vista diversi e coinvolgendo anche altre professionalità, diverse da quelle prettamente giuridiche, proprio perché il tema del femminicidio pone problematiche trasversali, che non possono essere limitate al solo mondo del diritto.

Il contributo che possiamo dare è quello di mantenere alta l'attenzione su questa delicata problematica, convinti che la formazione e l'educazione passino necessariamente attraverso l'informazione e la circolazione delle idee.

Cecilia Bernardo

La separazione delle carriere dei magistrati: un'impostura inutile ed anacronistica, una riforma da evitare



di Armando Spataro

magistrato, già Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Torino

Sommario

1. Premessa; 2. Il succedersi delle regole vigenti e le diverse questioni in campo; 3. Le ragioni contro l'unicità di carriera; 3.a La contiguità tra giudici e p.m., derivante dall'appartenenza alla medesima carriera, condizionerebbe i primi, determinandone l' "appiattimento" sulle tesi dei p.m. o la predisposizione a prestare maggior attenzione alle richieste dell'accusa pubblica; 3.b Occorre comunque evitare che il giudice, per effetto della unicità della carriera, sia portatore della cultura della "lotta alla criminalità", propria della funzione del P.M. ; 3.c La separazione delle carriere andrebbe perseguita perché favorisce la maggiore specializzazione del Pubblico Ministero, richiesta dal Codice di Procedura Penale; 3.d La separazione delle carriere è ormai imposta dalla nuova formulazione dell'art.111 Costituzione che prevede la parità delle parti davanti ad un giudice terzo ed imparziale; 3.e La separazione delle carriere si impone anche in Italia poiché si tratta dell'assetto ordinamentale esistente o nettamente prevalente negli ordinamenti degli altri Stati a democrazia avanzata, senza che ciò comporti dipendenza del PM dal potere esecutivo; 3.f La particolarità del Portogallo; 4. Le ragioni a favore dell'unicità della carriera; 4.a La prospettiva del Parlamento Europeo e del Consiglio d'Europa; 4.b La cultura giurisdizionale deve appartenere anche al PM; 4.c I dati statistici; 4.d Unica formazione e unico CSM; 4.e Condizionamento del giudice: conseguenza certa della separazione delle carriere; 4.f La tendenza internazionale alla creazione di organismi inquirenti e giudicanti sovranazionali richiede la forte difesa degli assetti ordinamentali oggi esistenti in Italia; 5. Rapporti tra potere politico e magistratura: sembrava passato il tempo delle riforme "rancorose"; 6. La proposta di legge costituzionale elaborata dall'Unione delle Camere Penali (con cenni alla obbligatorietà dell'azione penale ed al tema delle priorità) e le altre cinque proposte di legge pendenti in Parlamento; 7. Per concludere, l'iniziativa di 600 magistrati a riposo.

All. n. 1: Documento dei 600 magistrati a riposo dell'agosto 2023;

All. n. 2: Documento del 9 settembre 2023 ("Il cavallo di "Troia"), approvato dal CDC dell'Associazione Magistrati.

1. Premessa

In tema di **separazione delle carriere** è davvero difficile dire qualche cosa di originale, specie se ci si rivolge ad una platea composta da addetti ai lavori: ma egualmente l'attualità ci impone uno sforzo, così come spinge ad una sintesi degli argomenti e delle rispettive obiezioni. Il tentativo è quello di riuscire a farlo con freddezza, auspicio non facile da realizzare anche alla luce delle politiche in tema di giustizia sin qui attuate o progettate dal Governo in carica, tali da generare dibattito acceso nel mondo dei giuristi e strumentalizzazioni, non certo commendevoli.

In questa prospettiva, sento comunque il dovere di anticipare con chiarezza la mia ferma contrarietà (per le ragioni che appresso esporrò) a qualsiasi ulteriore cambiamento delle pur criticabili norme vigenti in materia e, dunque, manifesto subito il mio dissenso (che illustrerò nel penultimo paragrafo) rispetto alla proposta di legge costituzionale elaborata dall'Unione delle Camere Penali (ma di iniziativa popolare), presentata il 31 ottobre 2017, nonché rispetto alle seguenti altre 5 proposte di legge costituzionale pendenti in Parlamento, le prime 4 presso la Camera dei Deputati e la quinta presso il Senato, tutte con la medesima intitolazione («*Modifiche all'art. 87 e al titolo IV della parte II della Costituzione in materia di separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura*»):

- Proposta AC n. 23, d'iniziativa del deputato Enrico Costa (Azione), presentata in data 13 ottobre 2022;
- Proposta AC n. 432, d'iniziativa del deputato Roberto Giachetti (Italia Viva), presentata in data 24 ottobre 2022;
- Proposta AC n. 824, d'iniziativa dei deputati Morrone, Bellomo, Bisa, Matone e Sudano (Lega), presentata in data 26 gennaio 2023;
- Proposta AC n. 806, d'iniziativa dei deputati Calderone, Cattaneo, Pittalis e Patriarca (Forza Italia), presentata in data 24 gennaio 2023;
- DDL S. n. 504, d'iniziativa della senatrice Erika Stefani e di altri 21 senatori cofirmatari (Lega), presentato in data 26 gennaio 2023.

Il Governo, come è noto, non ha ancora presentato alcuna proposta di legge in materia, poiché, illustrando il "cronoprogramma" delle proposte più urgenti di riforma in cantiere, il Ministro Nordio ha dichiarato che *"ci sono poi altre riforme di carattere costituzionale come le carriere dei magistrati che esigono tempi più dilatati"*², aggiungendo in seguito che *"..sarà una rivoluzione copernicana. E' una riforma non negoziabile per una ragion pura e una ragion pratica: è nel programma di Governo e quindi va attuata per rispetto verso i cittadini che ci hanno votato; è consustanziale al processo accusatorio"*³.

A dimostrazione del fatto che l'impostura della separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri non è un obiettivo condiviso da tutto il mondo dell'avvocatura, pur se è un'ossessione delle Camere Penali, intendo, però, iniziare questo intervento citando affermazioni importanti di prestigiosi avvocati penalisti (e molti altri potrebbero essere qui citati)⁴:

· **l'avv. Enzo Mellia**, del foro di Catania, così ha scritto in un suo recente articolo intitolato *"Separazione delle carriere tra giudici e pubblici, scelta scellerata"*⁵, che gli ha procurato molti consensi da colleghi ed accademici: *"..sono persuaso e convinto che l'annunciatari-forma sia giovevole ad incrementare un'impostazione secolare ed inquisitrice del processo e a lanciare, vieppiù, verso vette indefinite, quei pm che ritengono gli imputati avversari da abbattere e gli avvocati pericolosi mestatori del vero"...*. E l'articolo si chiude con quest'affermazione: *"Il Giudice che si pone al servizio della Costituzione non può subire i fascino né della Procura della Repubblica né di potentati forensi. L'infettante sospetto, che, alla fine dei conti, si intende attribuire al Giudice, è la torbida, strategia degli Stati autoritari. Certamente, non della nostra democrazia e del tributo, dovuto, alla Resistenza"*;

· **l'avv. e prof. Franco Coppi**, intervistato l'8 luglio 2023⁶ da Paolo Frosina, ha dichiarato: *"La separazione delle carriere.. sarebbe un'enorme spendita di quattrini, di mezzi, una cosa mostruosamente difficile. E a che servirebbe? Io non ho mai pensato di aver vinto o perso una causa perché il pm faceva parte della stessa famiglia del giudice. Dipende dall'onestà intellettuale delle persone. Poi, ammesso che oggi il giudice consideri il pm un fratello, con la separazione lo considererebbe un cugino, perché continuerebbe a pensare che la sua visione sia imparziale, mentre quella dell'avvocato - che è pagato dal cliente - no."*

Infine un piccolo particolare: ma questi sono sicuri di trovare così tanta gente che vuol fare l'accusatore per tutta la vita? Quando faranno i concorsi per pm non so in quanti si candideranno". Ed identiche affermazioni l'avv. Coppi ha ribadito nel corso di un confronto con il Ministro Nordio, allorchè (riferendosi ad una possibile causa "persa") ha detto : "...ho sempre pensato dove avevo sbagliato io o dove poteva avere sbagliato il giudice. Ma mai mi è passato per l'anticamera del cervello che il giudice avesse voluto favorire il collega...Comunque, per quanto riguarda l'efficienza della giustizia, e soprattutto la giustizia della sentenza, noncredo che la separazione delle carriere porterà a molto".

"Riforma Nordio colpita e affondata": ecco la frase che chiudeva l'articolo di Francesco Grignetti del 20 settembre 2023⁷.

Ma altre simili valutazioni provengono da esponenti altrettanto prestigiosi del mondo accademico tra cui, riservandomi altre citazioni più avanti:

· **il prof. Salvatore Satta** che, in suo storico manuale oltre mezzo secolo fa⁸, nell'esaminare la figura del pubblico ministero (pagg. 62 e segg.), fece queste interessanti considerazioni: *"la verità è che la funzione (e l'interesse) del pubblico ministero non ha corrispondenza che nella funzione (e nell'interesse) del giudice, il quale anch'egli vigila sull'osservanza della legge, e continuamente l'attua nell'esercizio della giurisdizione: onde la conclusione che se ne deve trarre è che il pubblico ministero è, come il giudice, un organo schiettamente giurisdizionale.... In realtà nulla impedisce di ritenere che come lo Stato ha istituito i giudici per realizzare la volontà della legge, così abbia istituito degli organi per stimolare la realizzazione di tale volontà e che quindi possa configurarsi una giurisdizione che si esercita per via d'azione...."*;

· **il prof. avv. Gustavo Ghidini**, secondo cui⁹ *"Inquieta la possibilità, che la separazione della carriere sembra rendere assai concreta, che uno dei due magistrati da cui dipenderà la sua sorte giudiziaria (ndr: quella dell'imputato), sia «educato» ad accusarlo, e che gli argomenti a sua difesa da presentare al giudice siano affidati al solo avvocato difensore. Forse non avverrà così, v'è da augurarselo, ma così il pericolo appare concreto. Ed è un pericolo che colpisce la fiducia del cittadino nello Stato come «fornitore» di giustizia.*

Quel ruolo richiede infatti che ogni magistrato, nei diversi ruoli, persegua un unico ed unitario interesse generale: accertare la verità dei fatti nei modi processuali stabiliti, e decidere di conseguenza, secondo la legge.

Il cittadino si aspetta che, come ora avviene (e comunque come ora deve avvenire), il pubblico ministero cerchi, con pari impegno, prove a carico e a discarico dell'indagato, e, se del caso, chiedi l'archiviazione o l'assoluzione. Il pm deve rimanere «parte imparziale» del processo: a differenza del difensore che fa l'interesse privato e personale dell'imputato. Al giudice, poi, spetterà di valutare le prove e gli argomenti presentati dall'uno e dall'altro.

2. Il succedersi delle regole vigenti e le diverse questioni in campo

Come è noto, le norme dell'ordinamento giudiziario vigenti in tema di passaggio dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti (e viceversa), nonché in tema di assegnazione dei magistrati all'una o all'altra funzione al termine del tirocinio, erano – fino alla legge n. 71 del 17 giugno 2022 - quelle previste dal d.lgs n. 160 del 5 aprile 2006, emesso in attuazione della legge delega n. 150 del 20 luglio 2005, successivamente modificate dalla legge n. 111 del 30 luglio 2007, con conseguente notevole cambiamento del sistema preesistente¹⁰.

A seguito della citata riforma ordinamentale¹¹, infatti, le funzioni requirenti di primo grado potevano essere conferite solo a magistrati che avessero conseguito la prima valutazione di professionalità, vale a dire dopo quattro anni dalla nomina.

La riforma, peraltro, aveva limitato il passaggio da funzioni giudicanti a requirenti, e viceversa, sotto un profilo oggettivo, vietandolo nei seguenti casi:

a) all'interno dello stesso distretto;

b) all'interno di altri distretti della stessa regione;

c) all'interno del distretto di corte di appello determinato per legge (ex art. 11 c.p.p.) come competente ad accertare la responsabilità penale dei magistrati del distretto nel quale il magistrato interessato prestava servizio all'atto del mutamento di funzioni.

Sotto il profilo soggettivo, veniva stabilito il limite massimo di quattro passaggi nel corso della complessiva carriera del magistrato, unitamente alla previsione di un periodo di permanenza minima nelle funzioni esercitate pari a cinque anni.

Ai fini del passaggio si richiedeva inoltre:

a) la partecipazione ad un corso di qualificazione professionale;

b) la formulazione da parte del Consiglio superiore della magistratura, previo parere del consigliogiudiziario, di un giudizio di idoneità allo svolgimento delle diverse funzioni.

Il cambio di funzioni, purchè avvenisse in un diverso circondario ed in una diversa provincia rispetto a quelli di provenienza, era possibile anche nel medesimo distretto, ma solo in presenza di specifiche situazioni e stringenti requisiti¹².

3. Il passaggio da funzioni giudicanti a funzioni requirenti, e viceversa, non è consentito all'interno dello stesso distretto, né all'interno di altri distretti della stessa regione, né con riferimento al capoluogo del distretto di corte di appello determinato ai sensi dell'articolo 11 del codice di procedura penale in relazione al distretto nel quale il magistrato presta servizio all'atto del mutamento di funzioni. Il passaggio di cui al presente comma può essere richiesto dall'interessato, per non più di quattro volte nell'arco dell'intera carriera, dopo aver svolto almeno cinque annidi servizio continuativo nella funzione esercitata ed è disposto a seguito di procedura concorsuale, previa partecipazione ad un corso di qualificazione professionale, e subordinatamente ad un giudizio di idoneità allo svolgimento delle diverse funzioni, espresso dal Consiglio superiore della magistratura previo parere del consiglio giudiziario. Per tale giudizio di idoneità il consiglio giudiziario deve acquisire le osservazioni del presidente della corte di appello o del procuratore generale presso la medesima corte a seconda che il magistrato eserciti funzioni giudicanti o requirenti. Il presidente della corte di appello o il procuratore generale presso la stessa corte, oltre agli elementi forniti dal capo dell'ufficio, possono acquisire anche le osservazioni del presidente del consiglio dell'ordine degli avvocati e devono indicare gli elementi di fatto sulla base dei quali hanno espresso la valutazione di idoneità. Per il passaggio dalle funzioni giudicanti di legittimità alle funzioni requirenti di legittimità, e viceversa, le disposizioni del secondo e terzo periodo si applicano sostituendo al consiglio giudiziario il Consiglio direttivo della Corte di cassazione, nonché sostituendo al presidente della corte d'appello e al procuratore generale presso la medesima, rispettivamente, il primo presidente della Corte di cassazione e il procuratore generale presso la medesima.

4. Ferme restando tutte le procedure previste dal comma 3, il solo divieto di passaggio da funzioni giudicanti a funzioni requirenti, e viceversa, all'interno dello stesso distretto, all'interno di altri distretti della stessa regione e con riferimento al capoluogo del distretto di corte d'appello determinato ai sensi dell'articolo 11 del codice di procedura

Va pure ricordato, in particolare, che la legge n. 111/2007, oltre ad avere modificato varie altre previsioni del D. lgs. n. 160/2006, aveva eliminato la netta ed irreversibile separazione delle funzioni originariamente introdotta dalla "legge Castelli" (secondo cui, dopo cinque anni dall'ingresso in magistratura occorre scegliere definitivamente tra funzioni requirenti o giudicanti): la legge n. 111/2007 aveva dunque impedito l'entrata in vigore di una normativa che di fatto realizzava una separazione delle carriere, aggirando le previsioni costituzionali¹³.

In relazione allo specifico tema della separazione delle carriere, è però doveroso ricordare che la Corte Costituzionale, nell'ammettere la domanda referendaria relativa all'abrogazione dell'art. 190 co. 2 sul passaggio dei magistrati dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa, e di altre previsioni dell'ordinamento giudiziario, ha affermato (sentenza 3-7 febbraio 2000, n. 37/2000) quanto segue:

· dopo avere rilevato la *“matrice razionalmente unitaria”* che caratterizza il quesito, consentendo di ritenerlo conforme, sotto questo aspetto, alla logica del referendum abrogativo come *“strumento di genuina manifestazione della sovranità popolare”*, la Corte ha precisato: *“Ciò non significa, peraltro, che l'eventuale abrogazione, che discenderebbe dalla approvazione del quesito referendario, appaia in grado di realizzare, tanto meno in modo esaustivo, un ordinamento caratterizzato da una vera e propria “separazione delle carriere” dei magistrati addetti alle funzioni giudicanti e rispettivamente a quelle requirenti, obiettivo, questo, che richiederebbe una nuova organica disciplina, suscettibile di essere introdotta solo attraverso una complessa operazione legislativa, e non attraverso la semplice abrogazione di alcune disposizioni vigenti”*;

· ed inoltre: *“la Corte non può non rilevare che il titolo attribuito al quesito dall'Ufficio centrale per il referendum “Ordinamento giudiziario: separazione delle carriere dei magistrati giudicanti e requirenti” appare non del tutto adeguato, e in sostanza eccedente, rispetto alla oggettiva portata delle abrogazioni proposte, concernenti piuttosto, come si è detto, l'attuale disciplina sostanziale e procedimentale dei passaggi dall'una all'altra funzione in occasione dei trasferimenti dei magistrati a domanda.*

La Corte Costituzionale, nella stessa occasione, aveva pure precisato che:

· *“Non può dirsi che il quesito investa disposizioni il cui contenuto normativo essenziale sia costituzionalmente vincolato, così da violare sostanzialmente il divieto di sottoporre a referendum abrogativo norme della Costituzione o di altre leggi costituzionali (...). La Costituzione, infatti, pur considerando la magistratura come un unico “ordine”, soggetto ai poteri dell'unico Consiglio superiore (art. 104), non contiene alcun principio che imponga o al contrario precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati addetti rispettivamente alle funzioni giudicanti e a quelle requirenti, o che impedisca di limitare o di condizionare più o meno severamente il passaggio dello stesso magistrato, nel corso della sua carriera, dalle une alle altre funzioni”.*

Di questa pronuncia si deve prendere atto, anche in relazione al dibattito sulla necessità o meno di modificare la Costituzione per introdurre nel nostro ordinamento la separazione delle carriere. Diverso, invece, è il discorso su altre proposte, differenti rispetto a quelle oggetto del referendum abrogativo del 2000¹⁴, che periodicamente sono argomento di dibattito politico, quali la necessità di prevedere concorsi separati per accesso separato alle funzioni giudicante e requirente o quella di istituire separati Consigli Superiori della Magistratura. In questo caso¹⁵, si tratterebbe di proposte di modifiche ordinamentali che, se fossero attuate con legge ordinaria, difficilmente potrebbero sfuggire alla declaratoria di illegittimità costituzionale.

Ma il sistema sin qui illustrato per necessità di ricostruzione storica è stato a sua volta significativamente modificato da quello introdotto con la Legge n. 17 giugno 2022, n. 71, contenente, tra l'altro, disposizioni in materia di riforma ordinamentale”.

In proposito, ha efficacemente scritto Nello Rossi:

“Se per “separazione delle carriere” dei giudici e dei pubblici ministeri si intende una netta divaricazione dei percorsi professionali e la diversità dei contesti organizzativi nei quali vengono svolti i rispettivi ruoli professionali, allora bisogna prendere atto che, a seguito degli interventi legislativi degli ultimi venti anni, la separazione si è già di fatto realizzata.

In particolare la legge n. 71 del 2022 ha determinato un'accentuazione estrema del processo di interna divisione del corpo della magistratura, procedendo oltre i già rigidi steccati eretti dalla riforma Castelli del 2006 e realizzando il massimo di separazione possibile tra giudici e pubbliciministeri a Costituzione invariata.

L'art. 12 della legge 71/2022 ha infatti modificato l'art. 13 del decreto legislativo 5 aprile 2006,

n. 160, stabilendo la regola generale che il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa può essere effettuato una volta nel corso della carriera, entro il termine di 9 anni dalla prima assegnazione delle funzioni.¹⁶

Trascorso tale periodo è ancora consentito, per una sola volta:

a) il passaggio dalle funzioni giudicanti alle funzioni requirenti, a condizione che l'interessato non abbia mai svolto funzioni giudicanti penali;

b) il passaggio dalle funzioni requirenti alle funzioni giudicanti civili o del lavoro, in un ufficio giudiziario diviso in sezioni, purché il magistrato non si trovi, neanche in qualità di sostituto, a svolgere funzioni giudicanti penali o miste.

La regola generale dell'unico passaggio intende evitare che la scelta delle funzioni sia troppo fortemente condizionata dalla posizione del magistrato nella graduatoria del concorso di accesso e da considerazioni compiute nella fase iniziale della sua vita professionale, lasciando aperta una (sola) porta per una opzione fondata su di una più matura vocazione.

Si è voluto, cioè, almeno evitare di avere un pubblico ministero ingabbiato, precocemente e irrimediabilmente, nel ruolo di giudice o viceversa.

Ora è evidente che tanto la regola generale quanto i due ulteriori spiragli lasciati aperti per il mutamento di funzioni in precedenza ricordati costituiscono solo modesti e parziali temperamenti di una separazione divenuta pressoché totale.”

Questa è dunque la disciplina attualmente vigente che si intende ulteriormente modificare con le già citate proposte di legge che, come si dirà appresso, andrebbero ad incidere anche su altri principi costituzionali: va posto in evidenza, infatti, che la Costituzione (artt. 104 l.c. e 107 ult. c.), in linea con la nostra cultura e tradizione giuridica, prevede la **figura del Pubblico Ministero come totalmente autonoma ed indipendente** rispetto al potere esecutivo, assistita dalla **stesse garanzie del giudice** e, affermata l'**obbligatorietà dell'azione penale** (art. 112), le attribuisce la **disponibilità della polizia giudiziaria** (art. 109). Appare netta, nel disegno costituzionale, la antitesi del modello previsto rispetto a qualsiasi ipotesi di centralizzazione e gerarchizzazione su scala nazionale del **Pubblico Ministero, figura cui spetta il compito, come si evince dallo stesso nome dell'organo, di rappresentare gli interessi della Repubblica, vale a dire di assicurare il rispetto della legge, non solo in materia penale, ma anche in materia civile** in particolare, “in tutti quei casi in cui l'ordinamento ravvisi la sussistenza di un interesse pubblico o di un interesse collettivo che si affianca a quello strettamente personale delle parti. In particolare, la legge prevede specifiche ipotesi in cui il p.m. può addirittura esercitare l'azione civile (dando quindi avvio ad una causa) ed altre in cui il suo intervento è comunque richiesto nelle cause instaurate da altri soggetti, a tutela di interessi che, come detto, trascendono quelli delle parti già coinvolte nel processo”¹⁷.

Anche da queste brevi considerazioni dovrebbe risultare evidente la necessità che giudici e pubblici ministeri abbiano le stesse competenze, la stessa formazione e la stessa appartenenza a un unico ordine, indipendente da ogni altro potere, come stabilisce la nostra Costituzione.

Questa annotazione, per quanto elementare, non appare superflua poiché sono proprio i principi appena enunciati che rischiano di essere compromessi dalle prospettive di riforma ordinamentale che periodicamente si addensano all'orizzonte.

Fatte queste ovvie premesse, è opportuno affrontare e confutare separatamente ciascuno degli argomenti che di solito si usano per criticare il sistema vigente e per sostenere la necessità di introdurre la **separazione delle carriere** in forma assolutamente rigida. Con una avvertenza: **nella Costituzione (Titolo IV - La Magistratura) si fa riferimento solo alle funzioni dei magistrati e “le carriere” non vengono mai nominate**, ma nel lessico politico-giudiziario, talvolta impreciso e tecnicamente insoddisfacente, si usano spesso, come alternative, due formule, quella della **separazione delle funzioni** e quella della **separazione delle carriere**, nient'affatto sovrapponibili. Nel primo caso, ove si alluda ad una novità da introdurre nell'ordinamento, la definizione dovrebbe essere respinta dagli addetti ai lavori, posto che la separazione delle funzioni è già prevista dal nostro ordinamento, come può ampiamente dedursi dalla normativa citata (art. 10 D.Lgs. 5 aprile 2006, poi sostituito dall'art. 2 L. 30 luglio 2007¹⁸ e dall'art. 12 L. n. 71 del 2022). Il riferimento alla **separazione delle carriere**, invece, evoca un sistema in cui l'accesso alle due funzioni avvenga attraverso concorsi separati, le carriere di giudicanti e requirenti siano amministrare da distinti CSMed in cui il passaggio dall'una all'altra funzione sia impossibile.

3. Le ragioni contro l'unicità di carriera

3.a La contiguità tra giudici e p.m., derivante dall'appartenenza alla medesima carriera, condizionerebbe i primi, determinandone l' "appiattimento" sulle tesi dei p.m. o la predisposizione a prestare maggior attenzione alle richieste dell'accusa.

Il fondamento del sospetto di contiguità tra giudici e p.m., secondo alcuni, sarebbe deducibile anche dalla proporzione tra numero delle misure cautelari richieste dal P.M., numero di quelle emesse dal Gip e numero di quelle confermate od annullate dal Tribunale del riesame.

Sembra evidente che, in questo caso, ci si trova di fronte non ad una obiezione di caratterestrettamente tecnico, ma ad un indimostrato sospetto, che sfiora il limite dell'offensività nei confronti dell'onestà intellettuale del giudice. La tesi trovò spazio nella scheda che accompagnava il referendum abrogativo respinto il 21 maggio del 2000, in cui si affermava: *"è assolutamente impensabile che da un giorno all'altro chi ha combattuto il crimine da una parte della barricata si trasformi improvvisamente nel garante imparziale di chi criminale potrebbe non essere"* e si qualificava compromettente *"lo spirito di appartenenza e di colleganza tra soggetti che vivono la stessa vicenda professionale.."*, affermazioni che si ripetono all'infinito almeno sin dall'epoca dei processi cd. di "Mani Pulite"

E' notorio che la magistratura, salvo rare eccezioni, respinge compatta questo sospetto artificioso di *"gratuita proclività"* del giudice a simpatizzare per le tesi dell'accusatore: Francesco Saverio Borrelli, autorevolmente, già venti anni fa, parlò di *"diffidenze plebee che scorgono ovunque collusioni"*, auspicando che *"si verifichi sul campo, com'è doveroso nel campo delle scienze mondane, con un'indagine più o meno estesa, se, in quale misura e con quale frequenza le richieste dei pubblici ministeri, diverse da quelle di proscioglimento o di archiviazione vengano accolte dai giudici, e per quale percentuale degli accoglimenti affiori allo stato degli atti un dubbio di ragionevolezza. Soltanto all'esito di un'accurata indagine di questo tipo, che ponga in luce un tasso di scostamenti dalla ragionevolezza dotato di significatività, avrà un senso affrontare il tema della separazione delle carriere e dell'abbandono di una tradizione più che secolare di unità che ha prodotto indiscutibili frutti quali la condivisione della cultura della giurisdizione e la possibilità, transitando da una funzione all'altra, di utilizzare esperienze eterogenee"*²⁰.

Indagine statistica indispensabile, dunque, ponendone al centro la ricerca del tasso di scostamenti dalla ragionevolezza delle decisioni del giudice favorevoli alla tesi del P.M. anche ad evitare un uso stravagante dell'indagine stessa e dello stesso dato statistico, facilmente strumentalizzabile in qualsiasi direzione: perché escludere, ad esempio, che l'alto numero di richieste cautelari accolte dai giudici costituisca spia del fatto che i pubblici ministeri fanno un uso moderato ed accorto del potere di richiesta delle misure restrittive della libertà personale e che essi condividono effettivamente, con i giudici, la cultura della giurisdizione ?

Ma soprattutto le tesi dell'appiattimento dei giudici sulle tesi dei PM sono smentite sul piano "quantitativo" da un dato opposto, quello dalle elevate statistiche sulle assoluzioni e, sul piano "qualitativo", dal rigetto di ipotesi accusatorie in importanti processi nei quali alcuni uffici di procura avevano investito molto in termini di impegno e di immagine. Ne danno notizie le frequenti cronache giornalistiche. L'affermazione della contiguità condizionante fra giudici e p.m., però, è diventata comunque "una convinzione "diffusa", una verità che non ammette prove e ragioni contrarie"²¹

3.b Occorre comunque evitare che il giudice, per effetto della unicità della carriera, sia portatore della cultura della "lotta alla criminalità", propria della funzione del P.M.

E' questa una posizione che emerge spesso negli interventi di molti autorevoli avvocati penalisti, alcuni dei quali rivestono compiti di rappresentanza dell'intera categoria: abbandonato il sospetto gratuito della contiguità tra giudici e p.m., si afferma – cioè – che, per garantire i cittadini, non sia tanto importante il ruolo imparziale del P.M. (o, meglio, il suo operare all'interno della cultura giurisdizionale) quanto evitare che il giudice, anche inconsapevolmente, per effetto della unicità delle carriere, condivida l'orientamento culturale del P.M. e le ragioni della sua azione istituzionale di contrasto dei fenomeni criminali²². Ciò, infatti, condurrebbe il giudice al progressivo abbandono

della sua necessaria terzietà rispetto alle tesi contrapposte di p.m. ed avvocati.

Orbene, dando per scontata l'esistenza, sia pur marginale, del vizio insopportabile di taluni magistrati (soprattutto P.M.) di erigersi al rango di moralizzatori della società, sorprende che l'avvocatura italiana (o parte di essa) trascuri il significato, in termini di cultura e di rafforzamento delle garanzie, dell'attuale posizione ordinamentale del P.M., cui compete anche, e non a caso, svolgere *"accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta ad indagini"* (art. 358 cpp).

Ma meraviglia ancor di più che si possa immaginare che il giudice possa esercitare la sua funzione in modo parziale, non distaccato né sereno, comunque compromettendo la parità tra le parti nel processo penale, per effetto di una opzione culturale - quella della contrapposizione morale ai potericriminali di ogni tipo - non appartenente certo in esclusiva ai p.m., ma auspicabilmente condivisa dall'intera società (avvocati compresi).

Basterebbe richiamare quanto affermato in precedenza circa la necessità di dimostrare scientificamente tale assunto, ma è chiaro che esso è smentito quotidianamente dall'esperienza di chi pratica le aule giudiziarie, ove i giudici, anche nei processi di consistenti dimensioni ed a carico di un numero elevato di imputati appartenenti alla più agguerrite cosche mafiose, dimostrano di non lasciarsi guidare dalla ragion di Stato, ma dal più rigoroso rispetto delle regole del processo e, in particolare, di quelle attinenti la valutazione delle prove. E ciò vale anche per i giudici di legittimità.

3.c La separazione delle carriere andrebbe perseguita perché favorisce la maggiore specializzazione del Pubblico Ministero, richiesta dal Codice di Procedura Penale.

Questa tesi sembra rivestire apparentemente maggior dignità delle altre, fondata com'è su argomentazioni "tecniche" e su condivisibili esigenze di specializzazione: si sostiene, dunque, che nel contesto venutosi a formare con l'entrata in vigore nell'89 del "nuovo" codice di procedura penale, sarebbe necessaria una forte caratterizzazione professionale del pubblico ministero, più facilmente perseguibile in un regime di separazione delle carriere. In proposito, pur rammentando che la necessità del parere attitudinale favorevole al passaggio di funzioni è ancora prevista nell'ordinamento giudiziario vigente, va detto che l'esigenza di professionalità specifica può essere efficacemente assicurata anche stabilendo un congruo periodo di permanenza del magistrato in quelle funzioni senza che sia necessario vincolarlo a vita a quella esercitata, vietargli di svolgere successivamente l'altra o frapporti sbarramenti concorsuali: infatti, appartiene ad una visione non poliziesca del ruolo la necessità di assicurare che la formazione culturale del P.M. determini la sua consapevolezza dell'esigenza di raccolta delle prove in funzione del giudizio, prove che abbiano il peso, cioè, di quelle che il giudice ritiene sufficienti per la condanna. Questa cultura accresce la specializzazione e si consegue innanzitutto attraverso l'osmosi delle esperienze professionali tra giudici e pubblici ministeri, come del resto è dimostrato da numerosi casi di eccellenti dirigenti di Procure della Repubblica che vantano pregresse esperienze nel ramo giudicante.

Sono in proposito ricche di passione ed efficaci le parole di Alessandra Galli²³, giudice e figlia di Guido Galli, ucciso dai terroristi di Prima Linea il 19 marzo del 1980 a Milano: *"Non è affatto detto che dalla separazione di giudici e pm nascano magistrati più equilibrati. La contaminazione non intacca l'autonomia. Al contrario, si impara a valutare le cose da una prospettiva diversa. Lo dico per esperienza personale e familiare. Io sono stata nella mia carriera pubblico ministero e giudice, penale e civile, un percorso che mi ha arricchito. Soprattutto, ho avuto l'esempio mio papà: era stato pm e poi giudice, e prima di essere assassinato stava rientrando in procura"* (n.d.r.: il CSM aveva già deliberato tale trasferimento).

Insomma, il percorso professionale più ricco e formativo è quello che moltiplica le esperienze, tantopiù in un sistema processuale penale come il nostro che non è di tipo accusatorio puro (come il modello americano, caratterizzato anche da alcune caratteristiche essenziali ed estranee al nostro, quali il verdetto immotivato, la immediata esecutività della sentenza di primo grado ed il carattere facoltativo dell'azione penale), ma è piuttosto un modello misto ispirato ad istituti e principimutuati dall'uno e dall'altro dei diversi modelli di sistema accusatorio o inquisitorio. E nel nostro ordinamento, come si è già rilevato, il P.M., anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di rito, ha conservato un ruolo di organo di giustizia deputato all'applicazione imparziale della legge, conformemente alle previsioni della Costituzione vigente e dell'ordinamento

giudiziario (l'art.73

R.D. 30.1.1941 n.12 prevede, al co. 1, che il P.M. *"veglia all'osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari"*): un ruolo che ha consentito l'effettiva tutela dei diritti dei cittadini e della collettività e che non coincide, dunque, con quello di semplice parte, interessata solo alle ragioni dell'accusa. In definitiva appare evidente, e dovrebbe esserlo anche per chi teorizza una più accentuata specializzazione dei magistrati nelle funzioni rivestite e nei tanti "mestieri" che le caratterizzano, che la separazione delle carriere più o meno accentuate determinerebbe una perversione della specializzazione, frutto di una cultura postmoderna che compromette una visione olistica della giurisdizione: questa, infatti, va costantemente considerata come totalità organizzata e non come somma di parti.

Quest'argomento offre lo spunto per contestare un'obiezione che spesso si muove a chi respinge la "separazione delle carriere": *"ma Giovanni Falcone"*, si dice, *"era per la separazione delle carriere!"*.

Anche questa falsità è entrata nell'immaginario collettivo come una verità sgradevole per i magistrati, quale conseguenza di un'informazione addomesticata o, nel migliore dei casi, di una visione storica propria di commentatori disattenti. Falcone teorizzava, in realtà, in modo assolutamente condivisibile, la necessità di una più accentuata specializzazione del P.M. nella direzione della P.G., rispetto a quanto era richiesto nel regime vigente prima del codice di rito approvato nel 1988, ed in innumerevoli occasioni, peraltro, aveva spiegato di non condividere la necessità di separare conseguentemente le carriere all'interno della magistratura.

Da ultimo, anche l'avv. Gian Domenico Caiazza²⁴ ha attribuito a Falcone la convinzione circa il fatto che le carriere unificate sono coerenti con il processo inquisitorio, ma incompatibili con il sistema accusatorio, in quanto il PM *"non deve avere nessun tipo di parentela con il giudice e non essere, come invece oggi è, una sorta di para-giudice. Contraddice tutto ciò il fatto che, avendo formazioni e carriere unificate, giudici e PM siano in realtà indistinguibili gli uni dagli altri"*.

Le affermazioni di Falcone, peraltro risalenti ad epoca anteriore alle ben note aggressioni subite in anni seguenti dalla magistratura, non possono dunque essere strumentalizzate da alcuno, specie da chi non conosce le precisazioni che più volte egli aveva diffuso per evitare equivoci sul suo pensiero.

3.d La separazione delle carriere è ormai imposta dalla nuova formulazione dell'art.111 Costituzione che prevede la parità delle parti davanti ad un giudice terzo ed imparziale.

Sotto vesti apparentemente più nobili, si ripropone, per questa via, la tesi del sospetto sulla parzialità del giudice derivante dall'unicità della carriera con il P.M. ed, a tal fine, si prende spunto dal secondo comma dell'art. 111 (*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*)²⁵ quasi che esso avesse, per questa parte, introdotto nell'ordinamento un principio nuovo, mai conosciuto in precedenza, anziché costituire una norma-manifesto, enunciativa di un principio già presente e praticato nel processo penale, come in quello civile.

In realtà, evocare il contenuto dell'art. 111 Cost. ed affermare che esso impone la separazione delle carriere è una delle più gravi suggestioni in circolazione.

Tralasciando ogni possibile slogan, infatti, occorre intendersi sul principio della parità tra accusa e difesa: esso è senz'altro condivisibile e persino ovvio se si riferisce al momento processuale del giudizio in genere e del dibattimento in particolare, dove accusa e difesa si devono confrontare su un piano di assoluta parità disponendo di poteri probatori perfettamente equivalenti (art.190 c.p.p.). E sul punto si dovrebbe anche ricordare che per effetto di varie riforme si è realizzato nel tempo un notevole potenziamento del ruolo della difesa nel nostro processo, persino con conseguentemente allungamento dei suoi tempi di complessivo svolgimento.

In ogni caso, appare chiaro che non ha senso scaricare sulla comunanza di carriera fra PM e giudici "risentimenti" originati da un presunto assetto non equilibrato del pro-

cesso: significa eludere i nodi reali del problema. Sono i meccanismi di concreto funzionamento del processo, dunque, che semmai incidono sulla parità tra accusa e difesa, non certo l'unicità della carriera tra giudici e P.M., i cui ruoli e figure professionali restano diversi: un controllore delle attività delle parti resta tale, e un giudice resta giudice, anche se è entrato in magistratura attraverso lo stesso concorso sostenuto dal P.M.

Ragionando diversamente – del resto - si dovrebbe imboccare, per coerenza, una strada senza uscita, nel senso di rescindere anche i rapporti fra giudici di primo grado, giudici d'appello e di cassazione, tutti diventati magistrati attraverso identico meccanismo concorsuale: non si vede, infatti, come i sospetti derivanti dalla "colleganza" fra PM e giudici non debbano estendersi anche ai giudici dei diversi gradi del processo, pur se tutti "controllori" del merito delle indagini²⁶.

Ed a costo di apparire provocatorio, perché non arrivare a prevedere una distinzione di carriere tra avvocati che assistono imputati e quelli che assistono parti civili, anch'essi di solito "appiattiti" sulle tesi dei p.m.? In realtà, non sembra che interessi molto la difesa della unicità della cultura giurisdizionale che pure dovrebbe coinvolgere allo stesso grado magistrati ed avvocati !

Ma sulla parità tra P.M. e difensore bisogna dire altro ed avere l'onestà di riconoscere che essa non sussiste se riferita al piano istituzionale che vede i due ruoli completamente disomogenei: il difensore è un privato professionista vincolato dal solo mandato a difendere, che lo obbliga a ricercare l'assoluzione o comunque l'esito più conveniente per il proprio assistito (che lo retribuisce per questo) a prescindere dal dato sostanziale della sua colpevolezza o innocenza; il difensore che nello svolgimento delle indagini difensive ignori volutamente l'esistenza di prove a carico e si adoperi per ottenere l'assoluzione di un assistito la cui colpevolezza gli sia nota, non viola alcuna regola deontologica ed anzi assolve il proprio mandato nella piena legalità e con eventuale e personale successo professionale: senza quel ruolo non sarebbe possibile giustizia e la bilancia che la rappresenta non potrebbe essere equilibrata. Sono affermazioni che non hanno alcuna valenza offensiva, sia pur marginale, come ha invece ritenuto l'Unione delle Camere Penali in un documento del 10 settembre 2023 ove si legge quanto segue:

"La funzione difensiva viene considerata, sempre da ANM, come "rappresentazione di interessi privati", che in quanto tale non ha titolo a pretendere parità rispetto alla parte pubblica, cioè al pubblico ministero. Uno sproposito giuridico e culturale di dimensioni epocali. La funzione difensiva, rappresentando la indispensabile condizione senza la quale non è tecnicamente possibile che si formi la prova nel processo e che il Giudice formi il proprio convincimento ed esprima il proprio giudizio, svolge una cruciale funzione di rilievo pubblico perfettamente equiparabile a quella svolta dall'Accusa. Identificare l'interesse specifico dell'imputato con la funzione pubblica svolta dal suo difensore rappresenta uno sproposito di dimensioni epocali, che ci fornisce la esatta misura della deriva populista e demagogica di ANM".

Niente di tutto questo ha un minimo di fondamento: il ruolo pubblico del difensore è fuori discussione, ma ciò non significa affatto che sia identico rispetto a quello del P.M. e caratterizzato dalle stesse finalità ! Il P.M., invece, condivide con il giudice l'obbligo di ricerca della verità storica dei fatti e le sue indagini devono obbedire al criterio della completezza ed oggettività, con previsione di rigorosi requisiti di forma stabiliti a pena di invalidità; il pubblico ministero che redige un atto è un pubblico ufficiale che risponde disciplinarmente e penalmente della veridicità ideologica degli atti da lui documentati; il pubblico ministero non è votato – "comunque e sempre"

- alla formulazione di richieste di condanna, ma si determina a richieste assolutorie ogni qualvolta reputi che il quadro probatorio sia carente; formula le proprie requisitorie in piena libertà di scienza e coscienza, e in sede di udienza (in tutte le udienze e non solo in quella dibattimentale) riceve tutela anche rispetto a possibili interferenze da parte del capo dell'Ufficio (art.70 comma 4 ordinamento giudiziario e art. 53 c.p.p.).

Il 6 settembre 2023, in sede istituzionale e durante l'audizione del presidente dell'ANM dr. Santalucia dinanzi alla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati, l'on.le avvocato Tommaso Calderone, firmatario di una delle cinque proposte di legge citate in premessa, ha dichiarato di non avere mai conosciuto alcun pubblico ministero che abbia svolto attività investigative in favore degli imputati: si tratta di un'affermazio-

ne che genera stupore e che – sia consentita la battuta - lascia ipotizzare una particolare “sfortuna” professionale del deputato, che non gli ha consentito di assistere a ciò che spesso si verifica in ogni Tribunale, anche in processi importantissimi, sia durante la fase delle indagini che durante i dibattimenti, come riconosciuto da molti avvocati.

Tornando al senso delle descritte differenze ontologiche (che – si ripete - non intaccano in alcun modo l’etica del ruolo defensionale, di alta ed irrinunciabile valenza democratica), ciascuno può agevolmente rendersene conto, comprendere che non scomparirebbero con un’eventuale separazione delle carriere e che la loro permanenza è fatto positivo per i cittadini e per la collettività.

L’art.111 della Costituzione, dunque, nulla ha a che fare con la separazione delle carriere: la parità tra le parti, cui il secondo comma si riferisce, è quella endoprocedurale, garantita dalle regole del processo e, semmai, da una pari preparazione professionale, generale (e qui è pertinente l’ennesimo auspicio, condiviso da chi scrive, della formazione comune dell’intero ceto dei giuristi) e particolare (concernente, questa, la conoscenza del singolo processo). “Non risulta affatto che nel processo le parti abbiano poteri asimmetrici” pure se “il pubblico ministero è portatore di un interesse pubblico, che non è simmetrico a nessun interesse delle parti private”²⁷. E comunque la parità processuale “.. non postula affatto una impossibile omogeneità istituzionale tra pubblico ministero e difesa”²⁸.

Anche il membro laico del CSM Ernesto Carbone si è pronunciato in tal senso²⁹: “Nessuna separazione delle carriere ma ‘commistione’ delle carriere”. E ancora: “La separazione fra pm e giudici è un finto problema. La separazione ci deve essere tra magistrati bravi e magistrati meno bravi”. Ha poi teorizzato che, piuttosto, il buon magistrato per cinque anni dovrebbe fare il giudice, e solo dopo potrebbe cambiare casacca.

E Stefano Cavanna, altro membro laico del CSM (in quota Lega) ha aggiunto: “Penso di essere stato il primo ad affermare l’importanza che i magistrati durante il loro percorso professionale ogni tot anni passino dal ruolo giudicante a quello requirente e viceversa”³⁰.

3.e La separazione delle carriere si impone anche in Italia poiché si tratta dell’assetto ordinamentale esistente o nettamente prevalente negli ordinamenti degli altri Stati a democrazia avanzata, senza che ciò comporti dipendenza del PM dal potere esecutivo³¹.

E’ questa un’affermazione gratuita che, in modo stupefacente, viene utilizzata anche da autorevoli commentatori e da giuristi favorevoli alla separazione, i quali – tuttavia – non possono non onoscerne la natura di mero slogan, nè ignorare quanto essa sia priva totalmente di fondamento. Ma purtroppo, si tratta di una delle tante affermazioni sistematicamente utilizzate “contro” la magistratura che hanno determinato, grazie a martellanti campagne di opinione, convinzioni tantoradicate quanto errate.

E’ opportuno, dunque, dare uno sguardo a ciò che avviene nel resto del mondo per dimostrare la assoluta inattendibilità dell’opinione secondo cui l’Italia dovrebbe conformarsi ad un modello, ormai diffuso in Europa e negli Stati Uniti che, pur prevedendo la separazione delle carriere, non determinerebbe affatto, come conseguenza necessaria, la sottomissione del pubblico ministero all’esecutivo e il condizionamento delle indagini.

Sarebbe sufficiente un’analisi anche superficiale della situazione internazionale o degli ordinamenti degli Stati più evoluti per verificare che la realtà è abbastanza diversa da quella che spesso sentiamo raccontare in Italia. E’ chiaro, peraltro, che un confronto di questo tipo non è sempre utile solo che si consideri che **spesso esiste una radicale differenza tra gli ordinamenti presi in considerazione, frutto di tradizioni giuridiche ed evoluzioni storiche peculiari di ciascun paese**: basti pensare al fatto che in Gran Bretagna manca del tutto un pubblico ministero come noi lo intendiamo. Tra l’altro, il prof. Alessandro Pizzorusso, a proposito di indipendenza del pubblico ministero, affermava l’irrelevanza del dato numerico relativo ai paesi che seguono l’una o l’altra impostazione : “se così non fosse, quando l’Inghilterra era l’unico paese in cui esisteva la democrazia parlamentare, si sarebbe potuto invocare l’argomento comparatistico per dimostrare l’opportunità di instaurare la monarchia assoluta, che era la forma allora assolutamente prevalente”. Però possono egualmente trarsi, dalla comparazione ordinamentale, degli spunti generali per la questione che qui interessa, utili a verificare che, nel

panorama internazionale, gli ordinamenti che conoscono la separazione delle carriere non costituiscono affatto la maggioranza. Inoltre – ed il dato è molto significativo ai fini che qui interessano – accade spesso che chi abbia maturato esperienze professionali di pubblico ministero acquisisce una sorta di titolo preferenziale per accedere alla carriera giudicante: dunque, quell'esperienza viene considerata molto positivamente. Ma, soprattutto, non può non considerarsi che, ove esiste la separazione delle carriere, questa porta con sé la dipendenza del pubblico ministero dall'esecutivo, una conseguenza assolutamente preoccupante, pur se non sgradita ad alcuni accademici³² e persino all'avv. Gian Domenico Caiazza, presidente della Unione Camere Penali, che nel corso di un recente confronto con lo scrivente³³ ha manifestato la propria indifferenza a tale ipotesi.

Ecco, schematicamente, con inevitabile sommarietà, la realtà di alcuni Stati europei (all'Italia geograficamente più vicini) e degli Stati Uniti, cioè di Stati i cui livelli di democrazia, pur nella diversità ordinamentale, sono sicuramente omogenei rispetto ai nostri:

- in **Austria**, il PM è organizzato come autorità amministrativa, è gerarchicamente strutturato ed è nominato dal Ministro di Giustizia, da cui dipende. Esiste interscambiabilità dei ruoli;

- in **Belgio**, il PM è nominato dal Re ed il passaggio da una carriera all'altra può avvenire solo per decisione dell'esecutivo, da cui, comunque, riceve direttive di carattere generale; anche il passaggio da una carriera all'altra può avvenire, per i PM, soltanto per decisione dell'esecutivo;

- in **Germania** chi esercita la funzione requirente riveste uno status di funzionario statale dipendente, nominato dall'esecutivo ed ha garanzie diminuite rispetto ai giudici; le carriere di giudici e dei pubblici ministeri, inoltre, sono separate, ma l'interscambio è comunque possibile, pur se non è frequente e, per lo più, avviene in un'unica direzione (da PM a Giudice);

- in **Francia**, la carriera è unica, è possibile passare da una funzione all'altra, ma il pubblico ministero, pur inserito nell'ordinamento giudiziario, dipende dall'esecutivo, è sottoposto a forme di controllo di tipo gerarchico-burocratico da parte del Ministro della Giustizia, ha un limitato controllo della polizia giudiziaria. Peraltro, i problemi che derivano dalla collocazione del p.m. sono oggi, in quel paese, all'attenzione della pubblica opinione e si è avviata una discussione sulla riforma del P.M., anche alla luce di due durissime condanne della Corte Europea dei diritti dell'uomo (Moulin c. Francia del 2010 e Vasis c. Francia del 2013). Pur tra resistenze politiche manifestatesi dopo incriminazioni "eccellenti" avvenute anche in un recente passato, si tende a conferire al P.M. maggiore autonomia dall'Esecutivo. Nel novembre 2013, ad esempio, è stato reso noto il rapporto della Commissione Ministeriale presieduta dal Procuratore Generale Onorario presso la Corte di Cassazione, Jean-Luis Nadal e composta anche da giudici, presidenti di Corte d'Appello e di Tribunale. Orbene, il rapporto, premessa la necessità di garantire l'indipendenza del Pubblico Ministero, ha sottolineato, innanzitutto, proprio la necessaria priorità della unificazione effettiva delle carriere dei giudici e dei P.M. (**"Proposta n. 1: Iscrivere nella Costituzione il principio dell'unità della magistratura"**), eliminando ogni ambiguità ed affidandone la completa gestione al Consiglio Superiore della Magistratura, senza interferenze dell'esecutivo. Ciò al fine di *"garantire ai cittadini una giustizia indipendente, uguale per tutti e liberata da ogni sospetto"*.

Dal luglio 2013, comunque, a seguito di una legge voluta dal Ministro della Giustizia *pro tempore* Christiane Taubira (poi dimessasi perché contraria alla "costituzionalizzazione dell'emergenza" antiterroristica), è vietato al Ministro della Giustizia di indirizzare ai pubblici ministeri linee guida in relazione a specifici casi concreti (ora, può solo formulare linee generali).

È stato intanto presentato un progetto di riforma che prevede di rafforzare i poteri del CSM nella nomina dei procuratori (che allo stato è totalmente nelle mani dell'esecutivo), ma esso langue nel Parlamento francese;

- in **Spagna**, le carriere sono costituzionalmente separate senza possibilità di interscambio.

Esiste una certa dipendenza del pubblico ministero dall'esecutivo;

- in **Inghilterra e Galles**, come si è già detto, non esiste il pubblico ministero nelle for-

me da noi tradizionalmente conosciute, ma il *Crown Prosecution Service* che consiglia la Polizia la quale ha da sempre l'iniziativa penale e può nominare un avvocato da cui far rappresentare le sue ragioni³⁴;

- in **Svizzera** le carriere sono separate e non vi si accede mediante concorso, ma a seguito di elezione. L'esistenza di un ordinamento federale e di diversi ordinamenti statali e, dunque, di regole molto diverse tra loro, impedisce di approfondire il discorso in questa sede. Non è prevista alcuna forma di passaggio dalla carriera requirente e quella giudicante e viceversa;

- in **Olanda**, previa frequentazione di corsi di aggiornamento, è possibile passare dalla magistratura giudicante all'ufficio del p.m. (e viceversa), ma il PM è sottoposto alle direttive dell'esecutivo per l'esercizio discrezionale dell'azione penale;

- in **Polonia**, la riforma della *Prokuratura* del 2016 ha interrotto e invertito un percorso che era in atto dal 2009 di un ufficio indipendente del PM: il ruolo del Ministro della Giustizia è stato riunito con quello del Procuratore generale, in modo da accentrare nella stessa persona maggiori poteri di indagine ed intervento diretto in casi specifici pendenti presso le giurisdizioni. Una concentrazione di potere che ha comportato l'eliminazione di qualsiasi forma di indipendenza interna per i singoli procuratori³⁵;

- il **sistema statunitense**, pur se notoriamente molto diverso dal nostro, permette comunque riflessioni interessanti sul tema in esame: è un sistema che si divide in un sistema di giustizia federale, ove predomina la nomina da parte del Presidente degli Stati Uniti, ed un sistema di giustizia statale ove predomina il sistema elettorale. Orbene, pur in questa situazione di radicale differenza rispetto al nostro sistema, è possibile verificare la esistenza di una interscambiabilità tra i ruoli di giudici e pubblici ministeri che coinvolge anche l'avvocatura, dalla quale, come si sa, spesso provengono i pubblici ministeri e i giudici.

Dunque, una riflessione può trarsi dall'analisi, pur sommaria, del panorama internazionale: ovunque la carriera del PM sia separata da quella del giudice, non solo il PM stesso dipende dall'esecutivo (con l'unica eccezione del Portogallo, la cui realtà, come appresso si dirà, non può ritenersi, però, così qualificante da ispirare le tendenze del nostro ordinamento), ma esiste, comunque, un **giudice istruttore indipendente**. Così, ad es., è in Francia e Spagna ove il ruolo del pubblico ministero italiano è esercitato (non senza qualche occasione di polemica con i pubblici ministeri) dal **giudice istruttore, figura da tempo soppressa nel nostro sistema**: evidentemente, dunque, anche in quegli ordinamenti vi è necessità di un organo investigativo che sia totalmente indipendente dall'esecutivo. Non è il caso, pertanto, di guardare ad altri ordinamenti per trarne indicazioni incoraggianti circa la possibilità di preservare l'indipendenza del P.M. dall'esecutivo in caso di separazione delle carriere.

3.f La particolarità del Portogallo

La schematica analisi che precede dovrebbe, da sé, convincere dell'impossibilità di importare un sistema ordinamentale di separazione delle carriere senza determinare, conseguentemente, la sottoposizione del P.M. all'esecutivo. Ma, per esorcizzare questa ipotesi, impresentabile persino per la pubblica opinione più disattenta, qualcuno si affanna a spiegare che, in realtà, nessuno pensa, in Italia, ad un pubblico ministero sottoposto all'esecutivo: non sarebbe comprensibile, dunque, la reattività della magistratura rispetto al tema della separazione delle carriere. Si vedrà appresso che, per la verità, si sta già autorevolmente "lavorando" all'ipotesi di un controllo dell'esecutivo sull'esercizio dell'azione penale. Ma qui si vuol dimostrare altro: che dalla separazione delle carriere, cioè, scaturirebbe comunque un'involuzione della cultura giurisdizionale del P.M., pericolosa – per l'effettiva attuazione del principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e per la tutela delle loro garanzie – almeno quanto quella derivante dalla sottoposizione del P.M. all'esecutivo.

Importanti elementi di riflessione possono trarsi dall'esperienza ordinamentale del Portogallo ove, sin dalla *rivoluzione dei garofani (1974)*, vige un sistema di separazione delle carriere tra giudicanti e requirenti, senza sottoposizione di questi ultimi al potere esecutivo. Orbene, questo sistema ha determinato esattamente, nel corso della sua pluridecennale applicazione, quel progressivo affievolimento della cultura giurisdizionale dei p.m., che è l'oggetto delle preoccupazioni della magistratura italiana. Ne ha parlato spesso, anche in Italia, un esperto magistrato portoghese³⁶, il quale, ricorda

la molteplicità delle funzioni attribuite al P.M., anche in quel Paese, a difesa della legalità ed a tutela del principio di eguaglianza, ha spiegato che attorno alla fine degli anni '80 - inizio anni '90, proprio quando l'ufficio del P.M. ha iniziato a sviluppare un'attività giudiziaria indipendente e capace di mettere in crisi la tradizionale impunità del potere economico e politico, si sono levate "autorevoli" voci a mettere in dubbio la legittimità democratica dell'ufficio del *fiscal* (il nostro P.M.), la diversa natura di quest'organo rispetto al potere giudiziario, la possibilità dei titolari di dare direttive alla polizia criminale e la stessa possibilità di iniziativa autonoma nel promovimento dell'azione penale. Il dibattito in questione -ha dichiarato il magistrato portoghese - aveva determinato il rischio di dar vita ad un modello di privatizzazione dell'indagine, del processo penale e della giustizia penale, auspicato dalla parte più conservatrice dell'opinione pubblica e da una parte dell'avvocatura. Ma la separazione delle carriere, pur in un regime di indipendenza dall'esecutivo del P.M., ha prodotto in Portogallo una divisione nella cultura professionale dei giudici e dei magistrati del *fiscal*. I pubblici ministeri³⁷ hanno sviluppato una tendenza pratica a valorizzare eccessivamente gli obiettivi della sicurezza a detrimento dei valori della giustizia, mentre i giudici hanno sviluppato un'attitudine formalista che li conduce spesso ad assumere una posizione di semplici arbitri, anche quando i casi loro sottoposti esigerebbero un loro diretto intervento ed impegno per il raggiungimento degli obiettivi di giustizia. E' stata vanificata, dunque, l'originaria intenzione del legislatore di rafforzare le garanzie dei cittadini di fronte alla legge e si è compromessa l'efficacia del processo penale. Parallelamente, infine, si è sviluppata e si è progressivamente acuita una tendenza al pregiudizio corporativo che ha innescato pericolose tensioni tra giudici, magistrati del *fiscal* e avvocati.

Ecco dimostrate, dunque, la perversione della specializzazione, la frammentazione dei mestieri, la perdita della visione globale e coordinata della giurisdizione.

4. Le ragioni a favore dell'unicità della carriera

Nell'esporre le ragioni "contro", si sono già in buona parte illustrate, attraverso la loro confutazione, quelle che suggeriscono di mantenere fermo l'attuale assetto ordinamentale delle carriere dei magistrati. Ma altre ne esistono.

4.a La prospettiva del Parlamento Europeo e del Consiglio d'Europa

Per completare la carrellata sul panorama internazionale, ad es., è molto importante ricordare come il modello ordinamentale italiano è quello verso cui tende la comunità europea. Vanno a tal fine citate almeno due importanti documenti ricchi di inequivocabili affermazioni, l'uno risalente al 2000 e l'altro più recente del dicembre 2014

Il primo è costituito dalla Raccomandazione REC (2000)19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul "Ruolo del Pubblico Ministero nell'ordinamento penale", adottata il 6 ottobre 2000, ove si prevede (al punto 18) che:

"...se l'ordinamento giuridico lo consente, gli Stati devono prendere provvedimenti concreti al fine di consentire ad una stessa persona di svolgere successivamente le funzioni di pubblico ministero e quelle di giudice, o viceversa. Tali cambiamenti di funzione possono intervenire solo su richiesta formale della persona interessata e nel rispetto delle garanzie".

Si afferma, inoltre, sempre nella Raccomandazione (parte "esposizione dei motivi"), che:

"La possibilità di <<passerelle>> tra le funzioni di giudice e quelle di Pubblico Ministero si basa sulla constatazione della complementarità dei mandati degli uni e degli altri, ma anche sulla similitudine delle garanzie che devono essere offerte in termini di qualifica, di competenza, di statuto. Ciò costituisce una garanzia anche per i membri dell'ufficio del pubblico ministero".

Il secondo è il nuovo parere 9 (2014) del Consiglio Consultivo dei Procuratori Europei destinato al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, approvato a Roma il 17 dicembre 2014, avente ad oggetto "Norme e principi europei concernenti il Pubblico Ministero", contenente la cosiddetta "Carta di Roma" ed una nota esplicativa dettagliata dei principi contenuti nella Carta stessa.

Orbene, in questo importante documento, pur non essendo mai formalmente citate la necessità di unicità delle carriere di pubblici ministeri e giudici e la possibilità del conseguente interscambio di funzioni (implicitamente auspicato), sono con forza ribaditi tutti i principi che in tal senso depongono e che vengono qui illustrati.

Ma va anche ricordata, in ordine al tema di cui qui si discute, la creazione della Procura Europea (EPPO) che, con sede in Lussemburgo, è entrata in funzione dall' 1 giugno 2021, almeno per il momento è competente esclusivamente ad indagare e perseguire gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione dinanzi alle ordinarie giurisdizioni nazionali degli Stati partecipanti e secondo le regole processuali di questi ultimi.

Si tratta di un'importante istituzione sovranazionale, utile per far meglio funzionare la collaborazione internazionale tra gli stati europei, ma anche con Eurojust ed Europol.

Orbene, è significativo che, anche per rendere omogenee le legislazioni europee in tema di giustizia, la normativa che riguarda l'EPPO impegna gli Stati Europei a bandire specifici interpellati ai rispettivi magistrati per diventarne componenti, prevedendo che questi ultimi possono esercitare – negli stati di provenienza – funzioni sia giudicanti che inquirenti: nell'ultimo interpellato bandito in Italia, infatti, alla luce anche della normativa interna, vi sono stati vari giudici che hanno chiesto di diventare pubblici ministeri nell'EPPO.

“Nello spazio comune europeo, la garanzia di tutela dei diritti e dello Stato di diritto comporta una riduzione degli spazi di manovra autonomi per interventi strutturali che possano compromettere la capacità dei sistemi giudiziari nazionali di operare nella loro funzione di effettiva garanzia. La prospettiva europea è dunque la cartina di tornasole per valutare l'impatto e le ricadute di tutte le modifiche che incidono sulla qualità ed efficacia della giurisdizione.

Ciò che oggi l'Europa ci chiede è valutare ogni riforma istituzionale alla luce dei principi dello Stato di diritto, come insieme dei valori non negoziabili che sono a fondamento dell'Unione: fra questi, l'indipendenza dei sistemi giudiziari e degli attori della giurisdizione, che deve garantire l'effettiva tutela dei diritti e dei singoli contro ogni arbitrio del potere”³⁸.

Ecco perché è possibile affermare che la comunità internazionale viaggia proprio verso quel modello ordinamentale che, invece, in Italia viene ciclicamente messo in discussione. Quasi mai per buone ragioni³⁹.

4.b La cultura giurisdizionale deve appartenere anche al PM

Si è fin qui più volte parlato di *cultura giurisdizionale*, ma vale la pena di approfondire il tema anche perché – è inutile negarlo – a molti cittadini, e talvolta anche agli addetti ai lavori, l'espressione appare spesso incomprensibile, quasi si trattasse di innalzare ad arte una cortina fumogena per celare supposti privilegi corporativi. O quasi si trattasse di uno slogan pubblicitario.

E' quasi d'obbligo, innanzitutto, ripetere alcuni rilievi nient'affatto originali: l'Associazione Nazionale Magistrati, ad esempio, *“ritiene che l'osmosi tra le diverse funzioni di giudice e di Pm, con la possibilità di passaggio dei magistrati dall'una all'altra, nell'ambito di un'unica carriera, mantenendo il P.M. nella cultura della giurisdizione, assicuri la finalizzazione esclusiva dell'attività degli uffici del pubblico ministero alla ricerca della verità”*⁴⁰. In altre parole, la possibilità di interscambio di ruolo significa innanzitutto l'acquisizione di una cultura che conduce il pubblico ministero - o dovrebbe condurlo - a valutare la fondatezza, la portata ed il valore degli elementi probatori che raccoglie non in funzione dell'immediato risultato o della cd. *“brillante operazione”* cui tengono evidentemente molto di più le forze di polizia, ma in funzione della loro valenza rispetto alla fase del giudizio. I canoni della valutazione della prova, cioè, devono unire pubblici ministeri e giudici, dando vita ad un sistema più garantito per i cittadini.

Del resto, nell'ambito del procedimento penale, il pubblico ministero svolge un ruolo di controllo sulla legalità dell'operato della polizia giudiziaria che ne rende palese la natura di organo digiustizia vicino piuttosto alla figura del giudice che a quella di parte deputata a sostenere in sede processuale le tesi della polizia, come avviene negli ordinamenti veramente ispirati al modello accusatorio: basti pensare agli interventi del P.M. in tema di liberazione immediata della persona. arrestata o fermata fuori dai casi previsti dalla legge (art.389 c.p.p.), oppure alla attività di convalida o non convalida delle

perquisizioni o dei sequestri operati dalla polizia giudiziaria, alla preliminare selezione dei casi in cui è opportuno trasmettere al Gip le richieste di intercettazioni telefoniche sollecitate dalla polizia. Si tratta all'evidenza di interventi nei quali il P.M. non svolge un ruolo repressivo ma al contrario un ruolo istituzionale di garanzia e di tutela dei diritti di libertà e dei diritti patrimoniali del cittadino nei confronti di provvedimenti limitativi adottati dagli organi di polizia di cui, diversamente, verrebbero incentivate prassi criticabili, talvolta ancora oggi emergenti. Un ruolo che il PM non potrebbe esercitare efficacemente senza essere inserito, appunto, nella cultura della giurisdizione⁴¹: un inserimento tanto più saldo quanto più vi sia possibilità per chi sia stato giudice di diventare PM e viceversa. Il PM, insomma, deve saper esercitare un ruolo efficace e corretto di direzione della polizia giudiziaria, senza appiattirsi, da un lato, sulle esigenze della investigazione pura e senza rinunciare, dall'altro, a quella cultura che costituisce la barriera più solida contro i ricorrenti progetti di separazione delle carriere (e persino - come qualcuno incredibilmente auspica - di separazione del ruolo del PM da quello della Polizia Giudiziaria).

Se questo legame si attenuasse o venisse reciso, si aprirebbe la strada alla deriva del PM verso culture, deontologie e prassi ben diverse da quelle del giudice: *"un corpo separato di pubblici ministeri è destinato inevitabilmente a perdere la propria indipendenza dall'esecutivo. Per la decisiva ragione che non è democraticamente ammissibile l'irresponsabilità politica di un apparato di funzionari pubblici numericamente ridotto (poco più di 1900 unità⁴²), altamente specializzato, con ampie garanzie di status, preposto in via esclusiva all'esercizio dell'azione penale: questo potere o è compensato dalla polverizzazione dei suoi titolari, dalla loro ampia rotazione nel tempo e dal loro ancoraggio alla giurisdizione (pur nelle peculiarità che li caratterizzano) oppure deve essere riportato alla sfera della responsabilità politica"⁴³. Anni fa, lo ha affermato efficacemente elucidamente anche Alessandro Pizzorosso: "Nel dibattito invelenito che è attualmente in corso gli argomenti sembrano avere perso ogni capacità di persuasione e la rivendicazione della separazione delle carriere viene agitata come una clava, senza tener conto nemmeno del fatto che un pubblico ministero assolutamente indipendente e rigorosamente gerarchizzato (con la polizia ai suoi ordini) costituirebbe il potere dello Stato più forte che si sia mai avuto in alcun ordinamento costituzionale dell'epoca contemporanea (e infatti non lo si è mai avuto in alcun paese)".*

L'unica alternativa possibile, per un PM divenuto altro dalla giurisdizione, sarebbe, dunque, di finire alle dipendenze (che significa agli ordini) del Governo: e ciò per ragionamento logico ed istituzionale, non certo in base ad arbitrari processi alle intenzioni di questa o quella maggioranza politica contingente (i cui eventuali diversi "colori" sono del tutto indifferenti rispetto agli argomenti qui in esame)⁴⁴.

La cd. "cultura giurisdizionale" e l'orgoglio della propria indipendenza, costituzionalmente garantita, sono dunque valori che vivono profondamente nella coscienza dei magistrati italiani e che, con l'aiuto dell'Avvocatura, andrebbero rafforzati, piuttosto che mortificati.

Efficaci, a tal proposito le parole di Marcello Maddalena⁴⁵: *"La Costituzione ha previsto che giudice pubblici ministeri facciano parte di un unico ordine giudiziario con un unico Consiglio superiore comune ad entrambi e non ha posto alcun divieto al passaggio da una funzione all'altra... Quello che accomuna le due funzioni, di pm e giudice,, e le rende, entrambe, incompatibili con quella della difesa (di qualsiasi parte, imputato, indagato, parte civile, persona offesa) è il principio di verità. Il pubblico ministero ha come scopo la scoperta della verità (che può essere anche l'innocenza dell'imputato..) ed il giudice deve accertare la verità. La difesa delle parti private non è tenuta a ricercare e sostenere la verità⁴⁶", aggiungendo poi di ritenere che la separazione delle carriere "...sia un portato della concezione agonistica del processo".*

4.c I dati statistici

E' opportuno ragionare anche attorno ad aggiornati dati statistici: si parla molto spesso, infatti, del rischio di inquinamento della funzione giudicante che sarebbe determinato dal continuo passaggio dei magistrati da una carriera all'altra; in realtà, anche a prescindere dalla superficiale prospettazione di questo timore (si rimanda a quanto sin qui specificato), quasi mai si considerano i dati statistici di cui pure si dispone e che il CSM - nel 2000 - inviò anche al Comitato promotore del citato referendum abrogativo. Tra il '93 ed il '99, infatti, la percentuale di giudici trasferitisi a domanda agli uffici del P.M. risultava sostanzialmente costante, oscillando tra un minimo del 6% ed un massi-

mo dell'8,50%; anche nel caso di trasferimenti in direzione opposta, le percentuali nello stesso periodo erano costanti, oscillando tra il 10% e il 17%. Tali dati sono vistosamente "crollati" a seguito delle limitazioni introdotte d.lgs n. 160/2006, successivamente modificate dalla legge n. 111/2007 (provvedimenti citati nel par 2).

Infatti, esaminando numeri e tipologia dei trasferimenti con contestuale cambio di funzioni (da requirenti a giudicanti e viceversa), forniti dal Consiglio Superiore della Magistratura, relativi a due periodi in sequenza (1 gennaio 2011–30 giugno 2016 e 30 giugno 2016–30 giugno 2019), dunque recentissimi e successivi al D. Lgs. 111/2007, nonché relativi agli anni 2019, 2020 e 2021, si ricavano i seguenti dati:

Periodo 1 gennaio 2011–30 giugno 2016

· trasferimenti da funzioni requirenti a funzioni giudicanti : 101 (con media annua di 18,36 unità);

· trasferimenti da funzioni giudicanti a funzioni requirenti: 78 (con media annua di 14,18 unità). Pertanto, le percentuali annue dei magistrati trasferiti da una delle due funzioni all'altra, considerando il numero dei magistrati effettivamente in servizio al 30 giugno 2016 (requirenti:2192; giudicanti : 6453), risultano le seguenti:

- REQUIRENTI: 0,83

- GIUDICANTI : 0,21

Periodo 30 giugno 2016–30 giugno 2019

· trasferimenti da funzioni requirenti a funzioni giudicanti : 80 (con media annua di 26,66 unità);

· trasferimenti da funzioni giudicanti a funzioni requirenti: 41 (con media annua di 13,66 unità). Pertanto, le percentuali annue dei magistrati trasferiti da una delle due funzioni all'altra, considerando il numero dei magistrati effettivamente in servizio al 30 giugno 2019 (requirenti:2270; giudicanti : 6754), risultano le seguenti:

- REQUIRENTI: 1,17

- GIUDICANTI : 0,20

E tali percentuali, in relazione ad entrambi i due periodi considerati (per un totale di otto anni e mezzo), sarebbero ancora più irrilevanti se le si rapportassero al numero più alto dei magistrati previsti in organico, anziché a quello dei magistrati effettivamente in servizio.

Questi, infine, sono i dati più recenti:

· 2019 (anno intero): sono stati 5 i magistrati giudicanti trasferiti al ruolo di inquirenti, mentre 19 pubblici ministeri sono diventati giudici.

· 2020: sono stati 10 i magistrati giudicanti trasferiti al ruolo di inquirenti, mentre 15 pubblici ministeri sono diventati giudici.

· 2021: sono stati 15 i magistrati giudicanti trasferiti al ruolo di inquirenti, mentre 16 pubblici ministeri sono diventati giudici.

Quali riflessioni trarre da questi dati? Da un lato, evidentemente, che quella "trasmigrazione", secondo alcuni "inquinante" culturalmente e professionalmente, non è poi così massiccia come si crede, anzi è quantitativamente marginalissima; dall'altro, che la ragione di questa contenuta tendenza alla preservazione della funzione esercitata sta forse nel fatto che si va affermando quell'esigenza di specializzazione che molti indicano tra i possibili e più efficaci strumenti di risoluzione di conflitti e tensioni.

I dati in questione sono stati spesso utilizzati per criticare i magistrati che si oppongono alla separazione delle carriere. Si dice, cioè, che se la separazione già esiste di fatto, non si comprende perché la magistratura si opponga alla sua previsione normativa.

Una polemica volutamente suggestiva che ignora tutte le riflessioni possibili oggetto di questo documento, tra cui quelle sulla difesa della comune cultura giurisdizionale tra

giudici e pm a garanzia dei cittadini, sulla necessità di difendere anche la piena indipendenza dei magistrati - e dei pm in particolare - rispetto ad ogni possibile controllo politico, sul rispetto dei principi costituzionali in tema di giustizia ed altro ancora.

4.d Unica formazione e unico CSM

La magistratura, anche grazie ai principi contenuti nelle circolari del CSM, è in grado – da sé – di amministrare con razionale equilibrio i frutti derivanti, da un lato, dalla pluralità delle esperienze professionali e, dall'altro, dalla specializzazione nell'esercizio di determinate funzioni. Ma, come s'è detto in precedenza, la specializzazione ha senso all'interno di una visione globale della giurisdizione: l'appartenenza ad un'unica carriera, dunque, pur nella diversità delle funzioni esercitate, giustifica un percorso professionale unico di formazione e di aggiornamento professionale e giustifica l'esistenza di un unico Consiglio Superiore della Magistratura, di un'unica Scuola per l'aggiornamento da aprire il più possibile all'Avvocatura per favorire l'intensificarsi di una formazione comune, pur nella diversità delle professioni: verrebbe da chiedersi, anzi, perché non è stata mai formulata o seriamente presa in considerazione l'ipotesi di un'unica Scuola di formazione per magistrati ed avvocati.

Ma è comunque evidente che formazione comune ed un unico CSM, in presenza di carriere dei magistrati definitivamente separate, non avrebbero ragione di essere. E sarebbe un danno per tutti, a partire dai cittadini utenti della giustizia.

4.e Condizionamento del giudice: conseguenza certa della separazione delle carriere

Va da sé che la dipendenza del pubblico ministero dall'esecutivo e/o l'involuzione culturale che lo colpirebbe in caso di separazione delle carriere finirebbero con il condizionare il giudice, in quanto al suo esame sarebbero sottoposti unicamente gli affari trattati da un pubblico ministero che, inevitabilmente e come avviene in altri ordinamenti, dovrebbe attenersi alle direttive ministeriali (o parlamentari) o che potrebbe essere condizionato, a secondo dei momenti storici, da orientamenti culturali e giuridici di natura prevalentemente securitaria (si pensi al settore del contrasto dell'immigrazione irregolare) o, come qualcuno vorrebbe nel presente contesto storico, ispirati alla necessità di privilegiare le esigenze dell'economia e del mondo imprenditoriale etc. . Si comprende, dunque, come anche la funzione giurisdizionale in senso stretto ne risulterebbe gravemente vulnerata

4.f La tendenza internazionale alla creazione di organismi inquirenti e giudicanti sovranazionali richiede la forte difesa degli assetti ordinamentali oggi esistenti in Italia

E' noto che negli ultimi anni sono stati compiuti in Europa passi concreti verso la realizzazione di un'effettiva rete di cooperazione giudiziaria nel campo criminale. Come già si è ricordato nel par. 4.a, sono stati costituiti organismi di polizia, amministrativi e giudiziari di indubbia importanza (Europol, Rete giudiziaria europea e relativi "punti di contatto" tra le autorità giudiziarie degli Stati membri dell'Unione, magistrati di collegamento, Olaf nel settore antifrode, Eurojust, Corte Penale internazionale permanente, Procura Europea – EPPO, sia pur competente solo per alcuni tipi di reati) ed è noto che si discute della creazione di un vero e proprio *Corpus Juris* che dovrebbe dar vita ad un diritto penale sostanziale minimo, comune a tutti gli Stati membri.

In questa prospettiva, e mentre i lavori sono ancora in corso, si pone in tutta la sua evidenza, non solo per l'Italia, il problema della garanzia di indipendenza che dovrà essere riconosciuta ai magistrati che, a vario livello, esercitano ed eserciteranno la funzione di P.M. in tutti gli organismi giudiziari sovranazionali ed internazionali che sono stati rapidamente (ed un po' tumultuosamente) creati nel corso del decennio scorso⁴⁷ o di cui – in altri casi – ancora si discute.

Orbene, valutando il "senso di marcia" della evoluzione in atto, i poteri di ingerenza nelle funzioni giudiziarie di indagine che inevitabilmente saranno attribuiti agli organismi internazionali, i loro compiti di coordinamento, di impulso ed iniziativa rispetto agli organi inquirenti nazionali ed in settori criminali di indubbio ed oggettivo rilievo, **appare evidente che la preservazione dell'attuale assetto ordinamentale potrà garantire la presenza in quegli organismi di magistrati italiani indipendenti dall'esecutivo ed animati da quella cultura giurisdizionale** di cui si è fin qui più volte parlato.

Una cultura che l'Italia dovrebbe preoccuparsi di diffondere nel resto di Europa, invece di disperdere.

5. Rapporti tra potere politico e magistratura: sembrava passato il tempo delle riforme “rancorose”

In ogni parte del mondo, come si sa, si registrano contrasti tra giustizia, politica, mondo della finanza etc., ma in nessuna parte del mondo il livello di tali contrasti ha portato, come in Italia, ad una situazione di vero pericolo per l'indipendenza della magistratura ed al rischio di violazione del principio della separazione dei poteri che è alla base di ogni ordinamento democratico. Ci si vuol qui riferire, innanzitutto, ad un passato che, sia pur non troppo lontano, sembrava definitivamente tramontato, caratterizzato da accuse di parzialità e mala fede rivolte ai magistrati anche da chi rivestiva talune importanti cariche istituzionali. La crisi della divisione dei poteri si mostrò in tutta la sua pericolosità in Senato, il 5 dicembre 2001, allorchè venne approvata, a maggioranza, una mozione in cui si “denunciavano” riunioni clandestine tra giudici e PM per trovare il modo di violare la legge sulle rogatorie e si bocciavano senza appello l'interpretazione della medesima adottata dai collegi giudicanti milanesi (indicando loro quella che sarebbe stata corretta) e le decisioni da questi assunte in tema di impedimenti a comparire in giudizio di imputati parlamentari⁴⁸. Nello stesso senso, peraltro, andavano le reazioni di parti consistenti del mondo politico successive a sentenze sgradite. Significativamente, dopo una decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, sgradita ad imputati eccellenti ed ai loro difensori (in buona parte parlamentari), si riaccese il dibattito sulle riforme ordinamentali, prima tra tutte proprio quella sulla separazione delle carriere, che veniva presentata, per l'ennesima volta, come una riforma da attuarsi rapidamente in nome dell'efficienza e delle garanzie per i cittadini, pur non avendo a che fare né con l'una, né con le altre. Essa andava ad iscriversi, piuttosto, all'interno di un pacchetto di riforme “rancorose”⁴⁹ e punitive caratterizzate da un solo fine: **il depotenziamento del ruolo del P.M. e la sua sottoposizione al potere esecutivo.**

L'1.2.03, l'on.le G. Pecorella, Presidente della Commissione Giustizia della Camera, lanciava la proposta di far eleggere i dirigenti delle Procure da organismi politici (Parlamento e Consigli Regionali) ed il Ministro della Giustizia rilanciava, due giorni dopo, ipotizzando concorsi separati per l'accesso alle due carriere e concorsi ulteriori per il passaggio dall'una all'altra. E già da tempo, inoltre, si discuteva dell'attribuzione al Parlamento, su proposta del Ministro della Giustizia, *delle scelte delle priorità investigative* (il che sarebbe stato sufficiente di per sé a vanificare il principio di obbligatorietà dell'azione penale ed a depotenziare il ruolo del P.M., senza neppure necessità di sottoporlo al controllo dell'esecutivo), nonché dello *sganciamento dell'attività della P.G. dalla direzione e dal controllo del P.M.*, oggetto, più avanti, di un ulteriore progetto di riforma del procedimento penale, contenuto nel DDL n. 1440, approvato dal Consiglio dei Ministri il 6 febbraio 2009, il cui cuore era costituito proprio dal ridimensionamento del ruolo del PM, che – secondo note enunciazioni – avrebbe dovuto assumere la veste di “*avvocato dell'accusa*” o “*avvocato della polizia*”, in un contesto che ne avrebbe determinato burocratizzazione e -va detto ancora una volta- sottoposizione di fatto all'esecutivo. Nella relazione di accompagnamento allo schema di tale disegno di legge di riforma del processo penale era scritto, addirittura, che saranno «*distinti più nettamente i compiti della polizia giudiziaria e del pubblico ministero per creare i presupposti di una maggiore concorrenza e controllo reciproco*»: la logica del libero mercato rischiava di entrare nella giustizia attraverso lo slogan della “concorrenza” tra pubblici investigatori, ipotesi peggiore anche dell'auspicato controllo della p.g. sull'attività dei p.m. !

Proprio queste prospettive, come si è detto, appaiono allarmanti almeno quanto quella dell'allontanamento ordinamentale e culturale del P.M. dal giudice: **sottrarre ai Pubblici Ministeri la direzione ed il coordinamento della Polizia Giudiziaria non solo farebbe rivivere il regime antecedente a quello introdotto dal Codice di rito dell'88**, ma depotenzierebbe l'organo dell'accusa e, riducendolo al rango di funzionario amministrativo, comprometterebbe inevitabilmente il livello delle garanzie riconosciute ai cittadini⁵⁰.

Il livello di queste preoccupazioni è decisamente allarmante nella storia di questo Paese, ma recentemente – in conseguenza delle scelte dell'attuale Governo

in tema di giustizia già approvate dal Parlamento o in programma, e di cui è qui impossibile tracciare l'elenco - è nuovamente salito, pur se è vero anche che la storia riguardante i rapporti tra politica e magistratura in Italia, non è stata mai tranquillizzante negli ultimi tre decenni e deve indurre tuttialla massima attenzione. E ciò - è bene chiarirlo - indipendentemente dal colore dei governi che si sono succeduti e si succedono nella guida politica del Paese.

6. La proposta di legge costituzionale elaborata dall'Unione delle Camere Penali, (con cenni all'obbligatorietà dell'azione penale ed al tema delle priorità) e le altre cinque proposte di legge pendenti in Parlamento

Nell'ovvio rispetto per le elaborazioni e le proposte formulate dall'Avvocatura, in particolare per quella del 2017 di modifica costituzionale elaborata dall'Unione delle Camere Penali, e dai parlamentari, appaiono chiare - alla luce di quanto sin qui precisato - le ragioni della diffusa contrarietà al contenuto delle proposte di modifica dei seguenti articoli della Costituzione e dei principi in essi affermati:

- **Art. 104**, con suddivisione formale della magistratura in giudicante e requirente, nonché istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura giudicante.

In ordine all'art. 104, tra l'altro, la proposte dell'U.C.P., nonché la prima, la seconda e la quinta tra quelle parlamentari appresso elencate, contengono una identica nuova formulazione del primo comma ("L'ordine giudiziario è costituito dalla magistratura giudicante e dalla magistratura requirente ed è autonomo da ogni potere"), la cui particolarità - al di là dello sdoppiamento della magistratura - consiste nell'abolizione dell'aggettivo "altro" rispetto all'attuale testo della norma ("La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere"). Si rischia allora di vivere un "ritorno al futuro", tornando all'epoca berlusconiana ed a quanto allora sostenuto da ministri⁵¹ e sedicenti costituzionalisti: la magistratura non può essere considerata uno dei tre poteri distinti su cui si fonda ogni democrazia poiché "è la Costituzione che la definisce un ordine!". Meglio però, far sparire l'aggettivo "altro" dal co. 1 dell'art. 104 Cost. poiché, usando l'argomento puramente testuale e lo stesso metodo interpretativo, non si potrebbero considerare che se la magistratura è definita "indipendente da ogni altro potere", non può che costituire anch'essa un potere;⁵²

- **Art. 105**, con precisazioni delle competenze, anche disciplinari, del Consiglio Superiore della Magistratura giudicante;

- **Art. 105 bis e 105 ter** (da inserire nella Carta), con istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura requirente e precisazioni delle sue competenze, anche disciplinari;

- **Art. 105 quater** (da inserire nella Carta), con istituzione di una Corte di giustizia disciplinare, separata dal CSM e con competenze nei confronti sia dei giudici che dei pubblici ministeri ordinari;

- **Art. 106**, con previsione di distinti concorsi per magistrati giudicanti e requirenti, nonché di possibilità di nomina (da disciplinarsi per legge) di avvocati e professori ordinari di materie giuridiche a tutti i livelli della giurisdizione;

- **Art. 107**, con previsione di distinte competenze dei due istituendi Consigli Superiori rispetto a trasferimenti ed altro di magistrati giudicanti e requirenti; e con soppressione del co. 3 ("*I magistrati si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni*");

- **Art. 110**, con inserimento della citazione dei due istituendi distinti Consigli Superiori della Magistratura nella norma che prevede la competenza del Ministro della Giustizia in ordine a "*organizzazione e funzionamento dei servizi relativi alla giustizia*".

Un sistema così articolato finirebbe con il favorire "*..l'autoreferenzialità delle due categorie di magistrati, avviando una scissione ...tra l'attitudine prevalente a giudicare in posizione di terzietà e l'attitudine prevalente a formulare accuse da una posizione di parte*"⁵³.

Nell'incipit di questo documento sono state già elencate le **altre 5 proposte di legge costituzionale pendenti in Parlamento, le prime 4 presso la Camera dei Deputati e la quinta presso il Senato**, tutte con la medesima intitolazione («*Modifiche all'art. 87 e al titolo IV della parte II della Costituzione in materia di separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura*»), cioè :

- Proposta AC n. 23, d'iniziativa del deputato Enrico Costa (Azione), presentata in data 13 ottobre 2022;
- Proposta AC n. 432, d'iniziativa del deputato Roberto Giachetti (Italia Viva), presentata in data 24 ottobre 2022;
- Proposta AC n. 824, d'iniziativa dei deputati Morrone, Bellomo, Bisa, Matone e Sudano (Lega), presentata in data 26 gennaio 2023;
- Proposta AC n. 806, d'iniziativa dei deputati Calderone, Cattaneo, Pittalis e Patriarca (Forza Italia), presentata in data 24 gennaio 2023;
- DDL S. n. 504, d'iniziativa della senatrice Erika Stefani e di altri 21 senatori cofirmatari (Lega), presentato in data 26 gennaio 2023.

I rilievi che seguono saranno pertanto relativi sia alla proposta della Unione delle Camere Penali, sia a quelle presentate dai predetti parlamentari : esiste infatti un file rouge che le lega, ed è quello

- ben più ampio della separazione delle carriere - di un *"vasto disegno di riorganizzazione del potere giudiziario e dell'intera giurisdizione"*⁵⁴.

A sostegno di quest'affermazione si potrebbe citare la singolare quasi identità dei testi (leggere per credere) delle proposte di legge parlamentari, sia quanto alla formulazione delle norme che si intendono far approvare che delle relazioni di accompagnamento.

Si intendano introdurre le seguenti modifiche a norme costituzionali, in relazione a buona parte delle quali si rimanda agli argomenti contrari sin qui esposti:

- **separati concorsi di accesso alla magistratura per funzioni requirenti e giudicanti**, previa modifica dell'art. 106 Cost., che inevitabilmente determinerebbe diversità di preparazione e scuole di formazione, di eventuale praticantato in vista del concorso e di approccio culturale;
- **distinti Consigli superiori per la magistratura, l'uno per la funzione giudicante e l'altro per quella requirente** (modifica dell'art. 87 Cost.), il che tra l'altro determinerebbe ricadute nelle 26 Corti d'Appello italiane in ragione della conseguente necessità di duplicare anche i Consigli Giudiziari esistenti presso ciascuna di esse;
- **un nuovo rapporto tra il potere politico e il potere giudiziario, in particolare nella riscrittura degli equilibri interni al governo autonomo della magistratura: i membri laici dovrebbero aumentare fino al 50% del numero totale dei due CSM** (modifica dell'art. 104 Cost. ed introduzione dell'art. 105 bis Cost.), **depotenziando per entrambi la funzione di indirizzo collegata al complesso delle loro attività di alta amministrazione**⁵⁵, limitandone le competenze a assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni e provvedimenti disciplinari, salvo attribuzione di altre competenze con legge costituzionale (sostituzione dell'attuale art. 105 Cost. ed introduzione dell'art. 105 ter Cost.);
- **cancellazione di un'altra norma chiave dell'assetto costituzionale della magistratura: l'art. 107, terzo comma, della Costituzione secondo cui "I magistrati si distinguono tra di loro soltanto per diversità di funzione"**.

L'abrogazione proposta sembra destinata ad incidere all'interno delle carriere separate, sancendo la fine del principio di eguaglianza degli appartenenti alle carriere giudicante e requirente, aprendo la via a "distinzioni" diverse da quelle relative alle funzioni e ponendosi come potenziale preludio della rinascita di gerarchie e di trattamenti economici differenziati all'interno del corpo delle due magistrature giudicanti e requirenti;

- **un nuovo regime dell'azione penale, proponendosi la modifica dell'art. 112 Cost.** aggiungendo alla frase *"Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale"*, le parole *"nei casi e nei modi previsti dalla legge ordinaria"*, cioè della maggioranza di turno che con legge ordinaria deciderebbe *l'an*, il *quando* ed il *quomodo* delle iniziative giudiziarie del P.M., con buona pace dell'obbligatorietà dell'azione penale a favore della piena discrezionalità del legislatore.

Quest'ultima proposta di modifica costituzionale dell'art. 112 si allinea a quella dell'U.C.P.I., secondo cui, dopo le parole "Il Pubblico Ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale" dovrebbero essere aggiunte le seguenti : "secondo le forme previste dalla legge".

A proposito dell'obbligatorietà dell'azione penale e della selezione delle priorità, però, occorre qualche specifica ulteriore riflessione, trattandosi di un tema di assoluto rilievo, sin qui non approfondito.

È giusto ricordare, innanzitutto, che la riforma Cartabia, con la legge delega 27 settembre 2021 n. 134, aveva assegnato al legislatore delegato il compito di «*prevedere che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili; allineare la procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica a quella delle tabelle degli uffici giudicanti*».

Si tratta, a parere di chi scrive, di una scelta criticabile, la cui efficacia dipenderà dalla capacità del Governo di predisporre il testo delegatogli che – si augura chi scrive - potrebbe limitarsi a trasferire sul piano legislativo, se non le si ritenesse già vincolanti, alcune delle previsioni già contenute nelle delibere del CSM in tema di priorità, approvate nel 2008, 2009, 2014, 2016, 2017, 2018, 2020 e 2021, comprendenti in ogni caso :

- l'obbligo dei procuratori della Repubblica di selezionare le priorità nell'azione penale, valutando a tal fine risorse umane e strutturali dell'ufficio, nonché statistiche relative ai carichi di lavoro, tipologia ed evoluzione della criminalità locale, occasionali e particolari esigenze (ad es.: emergenze ambientali), il tutto nel rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale;
- il dovere di interlocuzione interna con i magistrati dell'Ufficio;
- quello di interlocuzione con i Presidenti di Tribunale, onde inserirle in omogenei assetti organizzativi;
- il coordinamento possibile in sede distrettuale, a fini di omogeneità dei progetti organizzativi da adottare nei Circondari, da affidare ai procuratori generali presso le Corti d'Appello.

Molto importante sarebbe anche la previsione di doverose interlocuzioni dei Procuratori con i rappresentanti dei rispettivi organismi forensi e con i responsabili dei presidi di polizia giudiziaria operanti nel Circondario, già di fatto attuate in molte Procure.

Tutto ciò senza alcuno sconfinamento da parte del Parlamento nelle competenze proprie degli Uffici Giudiziari e dei Procuratori della Repubblica (dunque evitando la strada alla sottoposizione del pm all'Esecutivo) e senza cedimento alcuno rispetto alla doverosa difesa e "cura" dell'obbligatorietà dell'azione penale, che non può esistere in forma politicamente orientata: per questo la selezione delle priorità di intervento dei p.m., anche solo nell'ambito di linee guida generali e non di un cogente catalogo di reati, non può essere materia sottratta alla competenza dell'Autorità Giudiziaria. Ed è questo che costituisce la linea di confine tra il sistema ordinamentale-giudiziario italiano e quello di altri Paesi europei per i quali – come già detto - costituisce un modello.

Fino a questo momento, comunque, "questa complessa procedura è sino ad ora rimasta lettera morta perché né il Ministro della Giustizia né membri Parlamento si sono dati carico di presentare la leggesui "criteri generali" voluta dalla riforma Cartabia che, assegnando al Parlamento una mera funzione di orientamento e di inquadramento (i "criteri generali") dell'esercizio dell'azione penale, rimesso alle successive scelte di priorità di quanti operano sul campo, resta preferibile e costituisce una valida alternativa rispetto all'avventurosa revisione costituzionale che oggi si propone con la proposta dell'on.le Costa e di altri parlamentari. La riforma Cartabia, dunque, potrà garantire una interpretazione ed una attuazione dell'obbligatorietà dell'azione penale che grazie alla pluralità dei soggetti che concorrono alla identificazione delle priorità – il Parlamento, gli uffici di Procura, il CSM – esclude il monopolio ed il controllo dell'azione da parte di un solo attore"⁵⁶, in particolare del ceto politico.

Sono comunque noti a tutti problemi e difficoltà che si frappongono all'effettiva applicazione dell'obbligatorietà dell'azione penale, ma si tratta di un principio da difendere con convinzione perché garantisce l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge: per questo è semmai il malato da aiutare a guarire, non la malattia da cancellare, come in molti vorrebbero!

E' chiara anche la ragione per cui quel principio garantisce l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge: essi sanno che, essendo il PM obbligato a perseguirli, tutti gli accertati responsabili di qualsiasi reato saranno condotti dinanzi ad un Tribunale (monocratico o collegiale) o ad una Corte d'Assise per essere giudicati, senza distinzione di razza, religione, censo e senza possibilità di influenza sull'esito delle indagini del loro eventuale potere politico, economico o sociale.

Ci si deve domandare, allora, come mai esistano accaniti "detrattori" del principio affermato nell'art. 112 Cost., pronti a sostenere che si potrebbe rendere discrezionale l'azione penale senza necessità di trasformare il PM in un organo dipendente dall'esecutivo e senza compromettere il principio inviolabile dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Le ragioni addotte a sostegno di questa posizione sono di duplice natura: tecniche, quelle di alcuni osservatori e giuristi che possono essere definiti "pragmatici"; politiche, quelle di chi - magari obliquamente - intende condizionare il ruolo del pubblico ministero, apparentemente preservandone l'indipendenza dall'esecutivo, in realtà mirando ad impedirgli di avviare indagini ed esercitare l'azione penale per certi reati e nei confronti di certi imputati.

Entrambe le posizioni si fondano su un identico rilievo di partenza, quello concernente le note difficoltà che si oppongono all'effettiva realizzazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale previsto dall'art. 112 Cost., sicché soltanto una parte dei reati commessi viene effettivamente perseguita: le notizie di reato pervenute al PM e le procedure d'indagine che si avviano, infatti, sarebbero troppo numerose ed ingestibili, costringendo il PM stesso ad operare una selezione. L'obbligatorietà dell'azione penale, dunque, non troverebbe effettiva applicazione nella realtà ed il PM, pur obbligato per legge a non scegliere, finirebbe per agire discrezionalmente selezionando gli affari da trattare e quelli da trascurare. Tale discrezionalità, peraltro, sarebbe esercitata senza criteri predeterminati o secondo criteri diversi tra Procura e Procura e, all'interno del singolo ufficio, tra i magistrati che lo compongono. In certi casi, poi, il PM sarebbe *indifferente* all'esito dei procedimenti di cui è oberato, mentre in altri la scelta di procedere o meno per un reato finirebbe con l'essere politicamente orientata, al punto da indurre il PM a perseguire i reati in cui sono coinvolti personaggi di orientamento politico a lui non gradito e contemporaneamente a tralasciarne altri che pure destano grave allarme sociale e pericolo per la sicurezza dei cittadini. In ogni caso, il destino finale per molti reati sarebbe costituito dalla prescrizione o dall'archiviazione per la mancata acquisizione degli elementi utili ad esercitare l'azione penale. A questo punto, le proposte "costruttive" per la modifica del sistema esistente si differenziano in ordine all'individuazione dell'istituzione o autorità cui attribuire competenza e responsabilità di dettare periodicamente i criteri-guida uniformi per l'esercizio discrezionale dell'azione penale da parte dei pubblici ministeri.

Quale potrebbe essere tale istituzione o autorità? Il Governo, tramite indicazioni del Ministro della Giustizia o il Ministro stesso, afferma taluno, con ciò aprendo la strada alla sottoposizione del PM all'esecutivo. Il Parlamento, previa discussione generale e trasparente, rispondono altri, così accettando la possibilità che l'azione penale sia condizionata dalle scelte della maggioranza politica di turno e che il dibattito parlamentare finisca inevitabilmente con l'investire il modo di operare di questo o quell'ufficio giudiziario. Ma c'è pure chi individua l'istituzione competente a regolare la presunta discrezionalità dei PM nel Consiglio Superiore della Magistratura (che mai, invece, si è ritenuto competente ad orientare il merito delle scelte giurisdizionali), chi pensa al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione o a quello presso le Corti d'Appello, chi ai Consigli Giudiziari operanti su base distrettuale e così in grado di valorizzare esigenze territoriali, chi ai singoli Procuratori della Repubblica (cui, anche per questo, dovrebbero essere riconosciuti poteri di tipo gerarchico). E c'è pure chi pensa ad una interlocuzione complessa tra tutte - o quasi tutte - queste Istituzioni, ritenendole a

vario titolo competenti.

Vi è poi un altro argomento spesso utilizzato a sostegno delle ragioni sia dei giuristi “tecnici” che di quelli “politici”. Nasce da uno sforzo incolto di usare il diritto comparato a proprio uso e consumo e consiste nell’affermare che il sistema italiano costituirebbe l’eccezione in un panorama internazionale asseritamente caratterizzato dal principio di discrezionalità dell’azione penale e da quello inevitabilmente connesso della dipendenza del PM dal potere esecutivo, che ne detta le linee d’azione. L’affermazione è sicuramente errata (come può dedursi anche da quanto specificato nel par. 3.e): esistono in Europa, infatti, sistemi in cui l’azione penale è obbligatoria, altri in cui è discrezionale, altri ancora in cui esistono temperamenti all’uno o all’altro principio (per cui l’obbligatorietà è talvolta condizionata all’effettiva gravità del reato e, dunque, all’ “economicità” insenso lato del processo, mentre la discrezionalità è orientata dal prevalere dell’interesse delle vittime dei reati). Negli Stati Uniti, poi, le direttive per l’esercizio dell’azione penale sono periodicamente dettate dall’Attorney General (figura che racchiude in sé le funzioni tanto del nostro Ministro della Giustizia che del Procuratore Generale presso la Cassazione), ma lì – e questa è la principale differenza con l’Italia – nemmeno il Presidente protesta se il *Prosecutor* lo incrimina. Nei sistemi europei in cui le direttive dell’esecutivo regolano il principio della discrezionalità dell’azione penale, esiste comunque la figura del Giudice Istruttore indipendente (da noi abolita ormai più di trent’anni fa), che può rimediare alle inerzie del PM.

Insomma, il significato del dato comparatistico non può essere enfatizzato, né assunto come parametro di valutazione del nostro sistema. E le differenze ordinamentali esistenti tra uno Stato e l’altro spesso derivano da secolari ulteriori differenze: quelle di cultura giuridica e politica.

L’elencazione delle ragioni della crisi del principio di obbligatorietà dell’azione penale e dei possibili rimedi (inclusi riferimenti al controverso tema delle priorità) richiederebbe comunque almeno il doppio dello spazio, già troppo ampio, che ha occupato nella presente relazione con la quale si spera di avere sufficientemente motivato la contrarietà dello scrivente alla modifica dell’art. 112 Costituzione⁵⁷.

7. Per concludere..l’iniziativa di 600 magistrati “a riposo”

Nello Rossi ha efficacemente scritto⁵⁸ che *“In ogni caso, nel dibattito pubblico che accompagnerà l’iter della progettata revisione costituzionale, occorrerà chiarire all’opinione pubblica quali sono le implicazioni di modifiche costituzionali che vanno ben oltre l’assetto e gli equilibri propri del processo penale per investire il rapporto tra il potere politico e il giudiziario.*

Nel corso dell’annosa partita sulla separazione delle carriere è infatti cambiata la posta in gioco e gli obiettivi che si vogliono realizzare.

Obiettivi che, come si è cercato di rappresentare, sopravanzano di molto il dato delle carriere dei magistrati, investendo la ridefinizione, a vantaggio del potere politico, dei complessivi equilibri di governo della magistratura, la cancellazione della valenza costituzionale dell’obbligatorietà dell’azione penale e l’abrogazione del principio per cui i magistrati si distinguono solo in base alle funzioni svolte”.

Sono assolutamente d’accordo con queste valutazioni che, tra l’altro, spiegano le ragioni per cui circa 600 magistrati (giudici e pubblici ministeri, civilisti e penalisti) in pensione – dunque ormai al di fuori dell’istituzione giudiziaria e delle dinamiche processuali – hanno sottoscritto, nell’agosto di quest’anno, un documento (qui in **Allegato 1**⁵⁹), mirante solo a fornire all’opinione pubblica ed ai decisori politici un contributo di esperienza e di conoscenza sul tema della separazione delle carriere, da tempo in discussione nel Paese ed oggetto di esame in Parlamento, ponendo ancora una volta in evidenza la necessità di garantire:

· l’autonomia del pubblico ministero ed insieme la terzietà del giudice ex art. 111 Costituzione assicurata anche dall’attuale ordinamento e dal contraddittorio delle parti, in condizione di parità, nell’ambito del processo che deve mirare all’accertamento della verità;

- l'unicità del concorso di accesso in magistratura per giudici e pubblici ministeri;
- l'unicità del Consiglio Superiore della Magistratura con maggioranza di eletti tra i membri togati e mantenimento delle sue competenze;
- l'obbligatorietà dell'azione penale e la titolarità di questa in capo al P.M.;
- l'importanza della stessa formazione e della stessa cultura della giurisdizione di giudici e pm, così come della stessa indipendenza;
- l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, preservando l'attuale ordinamento costituzionale, invidiato all'estero poiché consente di portare davanti al giudice qualsiasi persona che abbia commesso un reato.

Nello stesso documento vengono anche denunciati:

- il rischio di sottoposizione del PM al controllo svolto dal potere esecutivo, con la conseguenza che l'azione penale non potrebbe essere più obbligatoria;
- gli effetti deleteri, anche sotto l'aspetto organizzativo, sugli attuali assetti, nei quali operano giudice e pubblico ministero con conseguente periodo di transizione lungo e complesso.

In definitiva, si conclude nel documento (elaborata all'interno di una chat di magistrati in pensione, sul punto coordinata da Luigi Caiazzo e Gian Luigi Fontana), *"non si comprende la ragione per la quale la maggioranza politica insista tanto nel voler raggiungere l'obiettivo della separazione delle carriere, visto che già sono stati praticamente eliminati i passaggi da una carriera all'altra dalle riforme Castelli e Cartabia, a meno che non si voglia pensare che il vero intento sia quello di consentire al governo di controllare l'azione del pubblico ministero"*.

Inutile ricordare che il documento – benché elaborato e sottoscritto da "giuristi senza potere" quali sono i magistrati in quiescenza – ha suscitato, in alcuni ambienti politici, le reazioni scomposte e le accuse di illecita "interferenza" che accompagnano ormai tutte le iniziative pubbliche di giudici e pubblici ministeri sui temi di giustizia.

Il senatore di Forza Italia Maurizio Gasparri, vicepresidente del Senato⁶⁰, lo ha definito *"un atto di grave intimidazione nei confronti del Parlamento, sottoscritto da alcune centinaia di magistrati in pensione, che punta, come al solito, ad impedire al Parlamento di esprimersi sulla riforma della giustizia"*. *"In particolare"* - ha aggiunto - *"questi ex magistrati ordinano di non procedere alla annunciata riforma della separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri. Questa ulteriore aggressione alla sovranità del Parlamento sarà respinta. Questa riforma s'ha da fare". E non saranno i fogli d'ordine dei 'padroni della verità' a bloccare il libero Parlamento italiano"*.

Alcuni giornalisti hanno a loro volta definito il documento *"una diffida a Nordio"*, pur se il commento più "originale" è stato quello di Piero Sansonetti, Direttore dell'Unità, che ha parlato di *"un intervento a gamba tesa sull'attività legislativa"*, aggiungendo che *"questa lettera è l'atto formale di fondazione di un partito vero e proprio che si pone l'obiettivo di imporre e guidare la politica della giustizia e la definizione dei limiti dello Stato di diritto. Questo partito esiste da tempo, e ha il suo centro propulsore nell'Anm (l'associazione nazionale dei magistrati, struttura sindacale, anticostituzionale, ma sopportata dalle istituzioni che da anni svolge un ruolo politico molto attivo), ma non si era mai presentato al pubblico in forma così solenne"*⁶¹. Seguono le ormai consuete accuse ai PM di costituire un corpo dal potere incontrollato, nonché le citate inesattezze sulla *"peculiarità italiana"*, interpretata nel senso che *"nel mondo occidentale e democratico solida noi non c'è la separazione"*. *"Affascinante"*, se fosse quella di un film di fantascienza odell'orrore, la chiusura: *"Il partito dei PM, con questa lettera rende esplicita la sua idea politica. Quella di costruire una forma di democrazia che abbia un pilastro centrale nella magistratura e un potere, quello giudiziario, sovraordinato rispetto agli altri, scassando così il vecchio stato liberale e la struttura dello Stato di diritto"*.

Anche un magistrato - il pm Paolo Itri⁶² - ha criticato il documento, affermando di *"non essere contrario alla separazione delle carriere, ormai diventato una sorta di totem all'interno della magistratura, nel senso che se ne fa una battaglia di carattere ideologico, piuttosto che di carattere pratico e istituzionale, e l'appello di questi 300 magistrati lo conferma"*.

Bastano in realtà poche sobrie parole per rispondere a queste e ad altre affermazioni critiche sulla iniziativa dei magistrati in pensione: Elena Riva Crugnola, una dei firmatari

del documento, ha definito la separazione delle carriere una “battaglia di retroguardia” ed ha ben spiegato⁶³ che non si trattava di un’iniziativa “per interferire con il Parlamento”, ma di un tentativo di “mettere a disposizione della pubblica opinione e degli interlocutori istituzionali convincimenti maturati grazie alla nostra esperienza e sottolineare come la possibilità di aver svolto funzioni diverse, durante la carriera, sia stata un grande arricchimento professionale”.

A sua volta, in documento approvato il 9 settembre dal Comitato Direttivo Centrale (intitolato “*Un cavallo di Troia*” e qui in **Allegato n. 2**), l’ANM ha condiviso gli stessi rilievi ed espresso motivata e “grande preoccupazione per i contenuti dei disegni di legge in discussione dinanzi alla Commissione affari costituzionali della Camera di deputati che, nel riprodurre fedelmente la proposta di iniziativa popolare presentata dalle Camere Penali nella XVII legislatura, rivelano, al di là dei propositi annunciati nelle relazioni illustrative, l’intento di assoggettare tutti i magistrati, giudici e pubblici ministeri, al potere politico”.

Per concludere: attacchi violenti e strumentali alla magistratura non devono frenare e non possono rallentare le iniziative possibili, pur senza tacere che le persistenti e periodiche discussioni attorno alla ipotesi di separazione delle carriere e alla crisi del principio di obbligatorietà dell’azione penale sono talvolta conseguenti anche ad innegabili criticità che possono essere rilevate in Italia nelle prassi investigative e nei criteri di promovimento dell’azione penale.

Ma, in proposito, è utile invitare tutti ad un’analisi seria e mirata di tali problematiche, evitando di invocare soluzioni radicali, incompatibili con la nostra cultura e tradizione giuridica.

Sono ancora una volta condivisibili, a tal fine, le parole del prof. Gaetano Silvestri, pronunciate nel già citato intervento in occasione di un Congresso dell’ANM di vari anni fa⁶⁴: “*Non possiamo negare che oggi si assista in varie parti d’Italia ad una ipertrofia dell’azione penale, derivante da una concezione pan-penalistica dei rapporti sociali, politici e istituzionali coltivata da taluni magistrati. In contrasto con la cultura del diritto penale minimo, che dovrebbe essere l’approdo di una più aggiornata visione della legalità, si sviluppa talvolta un iperattivismo inquisitorio ed accusatorio non certo in linea con un equilibrato esercizio della giurisdizione. Dobbiamo tuttavia notare che complessivamente la terzietà del giudice nel nostro sistema funziona abbastanza bene e che la maggior parte dei processi iniziati in modo avventato – in assenza di un quadro probatorio sufficiente o in base a forzature pan-penalistiche della legge – si concludono con decisioni di proscioglimento. Il processo penale italiano contiene in sé una grande quantità di garanzie per la difesa. Sono convinto che di fronte alla scelta di barattarlo con altri sistemi, molti suoi detrattori farebbero un passo indietro*”.

“*Purtroppo – aggiungeva il prof. Silvestri – i mass-media amplificano anche a senso unico le lamentele. Se un imputato viene assolto, si inveisce contro il PM che ha esercitato l’azione penale, dimenticando di sottolineare che c’è stato un giudice che non si è adagiato sulle prospettazioni dell’accusa; se viene invece condannato, allora i medesimi giudici vengono presentati come succubi dei PM, perché colleghi ed amici*”.

Si tratta di parole di grande efficacia, utili per invitare tutti a difendere con orgoglio i principi fondanti del nostro sistema ordinamentale, tra cui vi è sicuramente quello della unicità della carriera dei magistrati giudicanti e requirenti

Proprio per questa ragione, è auspicabile che Avvocatura e Magistratura, con il contributo determinante del mondo accademico, uniscano le loro forze, fino a determinare una sinergia virtuosa che, lungi dal porre al centro di ogni confronto la proposta della separazione delle carriere (francamente anacronistica e che comunque non può essere interpretata come occasione di scontro), peraltro attraverso passaggi di dubbia costituzionalità, si concentri sulle cause vere delle disfunzioni del processo, a partire dalla drammatica carenza di personale giudiziario ed amministrativo .

Note

1. Il presente intervento era stato in buona parte predisposto per il convegno sulla separazione delle carriere tenutosi a Sanremo l'1 e 2 luglio 2016, organizzato da Unione Camere Penali e dalla Camera Penale di Imperia. Con integrazioni e alcune modifiche è stato poi pubblicato sul periodico La Paziienza – Rassegna dell'Ordine degli Avvocati di Torino, n. 3 del settembre 2017. Rispetto a tale versione, la presente contiene aggiornamenti sui dati statistici relativi al trasferimento di magistrati dagli Uffici Requirenti a quelli Giudicanti e viceversa (in par. 4.c), nonché su riforma e progetti di riforma intervenuti fino all'11 settembre 2023. Contiene inoltre riferimenti a riflessioni formulate nel corso del confronto dell'11 settembre 2023 tra lo scrivente e l'avv. Gian Domenico Caiazza organizzato dall'ANM – Sezione Autonoma Magistrati a Riposo, nonché presenti in alcuni importanti articoli sul tema della separazione delle carriere, qui citati o riprodotti con il consenso degli autori: 1) Oltre la separazione delle carriere di giudici e pm. L'obiettivo è il governo della magistratura e dell'azione penale (Nello Rossi - *Questione Giustizia*, 04/09/2023); 2) Un pubblico ministero "finalmente separato"? Una scelta per poco o per nulla consapevole della posta in gioco. E l'Europa ce lo dimostra (Maria Rosaria Guglielmi, *Questione Giustizia*, 27/07/2023); 3) Separazione delle carriere a Costituzione invariata. Problemi applicativi dell'art. 12 della Legge n. 71 del 2022 (Pasquale Serrao D'Aquino, *Giustizia Insieme*, 28 giugno 2022). Nelle note a piè di pagina successive i riferimenti a tali articoli conterranno solo i nomi degli autori.
2. Il Giornale (4 settembre 2023)
3. "L'avv. Coppi affonda la riforma Nordio. Separare le carriere non servirà a nulla" (Francesco Grignetti, *La Stampa*, 20 settembre 2023)
4. Per correttezza va doverosamente ricordato che neppure il dovere di contrastare la separazione delle carriere è condiviso da tutti i magistrati. Ci si vuol qui riferire, però, ad una minoranza assolutamente irrisoria della magistratura in cui si colloca perfino un attuale componente togato del CSM, il dr. Andrea Mirinda (si veda la sua intervista a Il Foglio, 23 agosto 2023: "I pm sono degli influencer. Serve un doppio CSM").
5. La Sicilia Catania, 29 agosto 2023
6. Il Fattoquotidiano.it ("Abolire l'imputazione coatta? Un'idea antisistema: se c'è un reato, il GIP non può far finta di nulla. L'avvocato Coppi smonta il piano di Nordio")
7. Art. cit. : *La Stampa*, 20 settembre 2023.
8. "Diritto Processuale Civile" (Cedam-Padova, 1967)
9. Lettera al Corriere della Sera del 12 settembre 2023 " («Il pm rimanga parte imparziale»).
10. Prima dell'entrata in vigore delle disposizioni di cui al capo V del d.lgs n. 160/06 non vi erano ostacoli al passaggio (a semplice domanda) dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti (e viceversa), per consentire il quale era sufficiente, ai sensi dell'art. 190 R.D. 12/1941, un parere attitudinale formulato dal Consiglio giudiziario del distretto di appartenenza del magistrato interessato. Nel 2003 una circolare del Consiglio Superiore della Magistratura (Circolare n. P-5157/2003 del 14 marzo 2003 - Deliberazione 13 marzo 2003) aveva regolamentato le modalità di formulazione del parere e previsto incompatibilità al passaggio dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti penali nell'ambito dello stesso circondario. In relazione alla domanda di passaggio da una funzione all'altra, non erano previsti limiti temporali speciali di previa permanenza nella funzione da cui si proveniva, salvo quelli ordinari e generali – contemplati dalla legge – di legittimazione a proporre domanda di trasferimento ad altra sede o di tramutamento da una funzione all'altra. Al momento dell'accesso in magistratura, inoltre, potevano essere indifferentemente conferite al magistrato di prima nomina le funzioni giudicanti o quelle requirenti.
11. Le precisazioni che seguono sono tratte dal sito web del CSM, accessibile al pubblico
12. Queste, in proposito, le testuali e "complicate" previsioni dei co. 3, 4, 5 e 6 dell'art. 13 D. Lgs. N. 160 del 2006: 3. Il passaggio da funzioni giudicanti a funzioni requirenti, e viceversa, non è consentito all'interno dello stesso distretto, né all'interno di altri distretti della stessa regione, né con riferimento al capoluogo del distretto di corte di appello determinato ai sensi dell'articolo 11 del codice di procedura penale in relazione al distretto nel quale il magistrato presta servizio all'atto del mutamento di funzioni. Il passaggio di cui al presente comma può essere richiesto dall'interessato, per non più di quattro volte nell'arco dell'intera carriera, dopo aver svolto almeno cinque anni di servizio continuativo nella funzione esercitata ed è disposto a seguito di procedura concorsuale, previa partecipazione ad un corso di qualificazione professionale, e subordinatamente ad un giudizio di idoneità allo svolgimento delle diverse funzioni, espresso dal Consiglio superiore della magistratura previo parere del consiglio giudiziario. Per tale giudizio di idoneità il consiglio giudiziario deve acquisire le osservazioni del presidente della corte di appello o del procuratore generale presso la medesima corte a seconda che il magistrato eserciti funzioni giudicanti o requirenti. Il presidente della corte di appello o il procuratore generale presso la stessa corte, oltre agli elementi forniti dal capo dell'ufficio, possono acquisire anche le osservazioni del presidente del consiglio dell'ordine degli avvocati e devono indicare gli elementi di fatto sulla base dei quali hanno espresso la valutazione di idoneità. Per il passaggio dalle funzioni giudicanti di legittimità alle funzioni requirenti di legittimità, e viceversa, le disposizioni del secondo e terzo periodo si applicano sostituendo al consiglio giudiziario il Consiglio direttivo della Corte di cassazione, nonché sostituendo al presidente della corte d'appello e al procuratore generale presso la medesima, rispettivamente, il primo presidente della Corte di cassazione e il procuratore generale presso la medesima. 4. Ferme restando tutte le procedure previste dal comma 3, il solo divieto di passaggio da funzioni giudicanti a funzioni requirenti, e viceversa, all'interno dello stesso distretto, all'interno di altri distretti della stessa regione e con riferimento al capoluogo del distretto di corte d'appello determinato ai sensi dell'articolo

del codice di procedura penale in relazione al distretto nel quale il magistrato presta servizio all'atto del mutamento di funzioni, non si applica nel caso in cui il magistrato che chiede il passaggio a funzioni requirenti abbia svolto negli ultimi cinque anni funzioni esclusivamente civili o del lavoro ovvero nel caso in cui il magistrato chieda il passaggio da funzioni requirenti a funzioni giudicanti civili o del lavoro in un ufficio giudiziario diviso in sezioni, ove vi siano posti vacanti, in una sezione che tratti esclusivamente affari civili o del lavoro. Nel primo caso il magistrato non può essere destinato, neppure in qualità di sostituto, a funzioni di natura civile o miste prima del successivo trasferimento o mutamento di funzioni. Nel secondo caso il magistrato non può essere destinato, neppure in qualità di sostituto, a funzioni di natura penale o miste prima del successivo trasferimento o mutamento di funzioni. In tutti i predetti casi il tramutamento di funzioni può realizzarsi soltanto in un diverso circondario ed in una diversa provincia rispetto a quelli di provenienza. Il tramutamento di secondo grado può avvenire soltanto in un diverso distretto rispetto a quello di provenienza. La destinazione alle funzioni giudicanti civili o del lavoro del magistrato che abbia esercitato funzioni requirenti deve essere espressamente indicata nella vacanza pubblicata dal Consiglio superiore della magistratura e nel relativo provvedimento di trasferimento. 5. Per il passaggio da funzioni giudicanti a funzioni requirenti, e viceversa, l'anzianità di servizio è valutata unitamente alle attitudini specifiche desunte dalle valutazioni di professionalità periodiche. ..(omissis...). 6. Le limitazioni di cui al comma 3 non operano per il conferimento delle funzioni di legittimità di cui all'articolo 10, commi 15 e 16, nonché, limitatamente a quelle relative alla sede di destinazione, anche per le funzioni di legittimità di cui ai commi 6 e 14 dello stesso articolo 10, che comportino il mutamento da giudicante a requirente e viceversa.

13. Questa giusta precisazione è stata tratta dal sito web di Magistratura Democratica.
14. Il referendum non sortì alcun effetto abrogativo visto che il 21 maggio 2000 non fu raggiunto il quorum elettorale necessario
15. Si rimanda al paragrafo 6, in cui verranno brevemente commentate le proposte di modifica costituzionale dell'Unione Camere Penali e quelle già citate di iniziativa di vari parlamentari.
16. Per precisione, va detto che l'art. 12 in questione prevede la possibilità per l'interessato di richiedere il passaggio di funzioni, per non più di una volta, entro il termine di sei anni dal maturare dei tre anni (e dunque per un totale di nove) per la legittimazione al tramutamento previsto dall'art. 194 dell'ordinamento giudiziario per i magistrati che esercitano le funzioni presso la sede di prima assegnazione.
17. Così in: "Il pubblico ministero nelle cause civili" (www.studiocataldi.it).
18. Prima del D.Lgs. 5 aprile 2006, come si è detto, la separazione delle funzioni era prevista dall'abrogato art. 190 dell'ordinamento giudiziario e dalla previsione ivi contenuta di pareri per il passaggio dall'una all'altra funzione.
19. Nei titoli dei sub-paragrafi da 3.a a 3.e saranno esaminate le affermazioni spesso formulate a sostegno della necessità della separazione delle carriere.
20. MicroMega n. 1/2003
21. Così Maria Rosa Guglielmi (articolo citato)
22. Sinteticamente, anche all'inizio del decennio scorso, venne affermato da autorevoli rappresentanti delle Camere Penali, che "il giudice non deve ispirarsi alla cultura dell'azione". Ma, ancora una volta, all'affermazione - in sé condivisibile - non fece seguito alcuna dimostrazione scientifica di tale ipotizzato atteggiamento culturale dei giudici
23. "Carriere separate? Nordio ed i politici vogliono mani libere" (Intervista a Il Fatto Quotidiano - Marco Grasso, 20 agosto 2023).
24. Il Riformista, 21 settembre 2023.
25. Comma inserito nell'art.111 Cost. dalla L. cost. 23.11.99 n.2. Si vedano, inoltre, il D.L. 7.1.2000 n.2 (recante disposizioni urgenti per l'attuazione dell'articolo 2 della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, in materia di giusto processo), conv. con modificazioni, nella L. 25.2.2000 n.35, e gli artt. 2 ss. della L. 24.3.2001 n.89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile).
26. In tal senso, più volte, numerosi giuristi e commentatori
27. Valentina Maisto (Q.G. . "La separazione delle carriere tra argomenti tradizionali ed evoluzione del processo: un tema ancora attuale?").
28. Livio Pepino, Giudici e Pubblici Ministeri, in La Magistratura, nn.1/2 2002
29. Il Riformista, 15 agosto 2023
30. Il Riformista, 17 agosto 2023
31. I riferimenti che seguono agli ordinamenti di altri Stati non sono tutti aggiornati e, dunque, potrebbero contenere inesattezze. In tal caso l'autore se ne scusa con i lettori.
32. In tale senso, ad esempio, sembra essere orientato il prof. Giuseppe Di Federico, come appare da una sua intervista pubblicata il 3 luglio 2016 su Il Giornale di Sicilia, in linea con un suo successivo intervento in un convegno svoltosi a Capo d'Orlando sulla separazione delle carriere (di cui egli è fautore), promosso dalla Unione delle Camere Penali Italiane.
33. Roma, 11 settembre 2023 - Confronto organizzato dall' ANM- Sezione Autonoma dei Magistrati a Riposo
34. Non è dunque corretto quanto affermato dall'avv. Francesco Petrelli (Il Dubbio, 30 agosto 2023), secondo cui in Gran Bretagna il PM sarebbe separato dal Giudice.
35. Maria Rosaria Guglielmi (art. cit. in cui sono citate le osservazioni della Commissione di Venezia, le decisioni della Corte Edu e i rapporti della Commissione Europea sulle condizioni di dipendenza dal potere politico dei pubblici ministeri in Bulgaria e Romania, in un contesto di enorme pressione sui giudici).
36. Antonio Cluny, dirigente di Medel: intervento nel corso del congresso di Magistratura Democratica

(Roma, 23/26.1.2003)

37. Vengono qui ancora riportate le valutazioni critiche del dr. Cluny
38. Maria Rosaria Guglielmi (art. cit.).
39. Sia qui permesso di citare anche il consenso alla struttura ordinamentale della carriera e della indipendente funzione del P.M. in Italia, manifestato da organismi rappresentativi dell'avvocatura tedesca nel corso di un importante convegno internazionale svoltosi nel 2007 a Berlino, in cui il sottoscritto fungeva da relatore. Rispondendo alle domande degli avvocati tedeschi, ebbi modo di illustrare il nostro sistema ordinamentale, in particolare la normativa che consente, a certe condizioni, il mutamento di funzioni giudicanti e requirenti dei magistrati italiani, in un quadro di assoluta ed uguale indipendenza dal potere politico di giudici e pm. Gli applausi delle centinaia di avvocati presenti, tutti in piedi, costituiscono tuttora uno dei ricordi più emozionanti del mio passato professionale, ma solo in quanto rivolti alla giustizia italiana.
40. Così in Proposte di riforma dell'ANM in tema di ordinamento giudiziario", in La Magistratura, nn.1/2 2002 Tale posizione è stata ribadita dall'ANM in numerose successive ulteriori prese di posizione, mai abbandonate neppure nel periodo attuale.
41. Sul punto, come si è già detto, sorprende che buona parte dell'avvocatura penale non ritenga importante che il P.M. sia permeato della cd. "cultura giurisdizionale", né appare appagante, se non le si dà contenuti concreti, la formula che, in proposito, viene spesa da parte dell'avvocatura: "basta che il P.M. sia mosso dalla cultura della legalità"! Ci mancherebbe che non fosse così!
42. Questo dato numerico, risalente al 2002, epoca dell'articolo, è ovviamente mutato. Oggi, come si ricava dal sito web del CSM, i dati numerici riguardanti i pubblici ministeri, aggiornati al 22 settembre 2023, sono i seguenti: 2649 posti in organico, di cui 438 (il 16,53% del totale) vacanti.
43. Livio Pepino: "Carriere Separate, Governo in Toga", L'Unità, 20.11.02
44. Non a caso, alla vigilia del fallito referendum abrogativo del 2000, si registrò una impennata di domande di trasferimenti di pubblici ministeri ad uffici giudicanti. Ad avviso di chi scrive, ciò si spiega con la preoccupazione - che evidentemente i p.m. all'epoca nutrivano - di vedersi precluso l'eventuale accesso alla carriera giudicante e di poter essere in breve sottoposti alle direttive dell'esecutivo:
45. "Questo era il progetto di Berlusconi. Ma così si stravolge la Costituzione" (Il Fatto Quotidiano, 21 agosto 2023).
46. In tal senso anche la giornalista Giulia Merlo: "Ragionando per principi, il pm risponde a quello di verità processuale, l'avvocato alla difesa di una parte" ("La separazione delle carriere è boomerang per Nordio", Domani, 27 agosto 2023).
47. Così Ignazio Juan Patrone, all'epoca presidente di Medel
48. A seguito di quella mozione, la giunta dell'ANM si dimise in blocco denunciandola come contrastante "...con il modello di giurisdizione e di assetto di poteri disegnato dalla Costituzione". La giunta dell'Anm si era sciolta un'altra sola volta: nel 1924, dopo il delitto Matteotti e la svolta autoritaria di Mussolini.
49. Efficace definizione dell'allora Vice Presidente del CSM, on.le prof. Virginio Rognoni
50. In proposito, il prof. Giuseppe Di Federico, nella intervista citata in precedente nota a piè di pagina, rivendica di avere per primo utilizzato la espressione di "pm-poliziotto" perché "se una persona dirige la polizia non la si può definire diversamente", aggiungendo, però, che il Pm "a differenza del poliziotto, non risponde a nessuno: una cosa incompatibile con il sistema democratico".
51. "Il nostro diritto prevede due poteri e un ordine, che è quello della magistratura": lo affermava l'on.le Angelino Alfano, intervistato da Lucia Annunziata durante la trasmissione "In ½ ora", in onda sui Rai Tre il 13 marzo 2011. Alfano non era ancora, a quella data, segretario nazionale del Partito della Libertà, ma Ministro della Giustizia, impegnato nell'impossibile tentativo di spiegare ai cittadini italiani perché la "riforma" della parte della Costituzione dedicata alla Magistratura (Titolo quarto della Parte seconda, articoli da 101 a 113) sarebbe stata "epocale" ed avrebbe consentito di risolvere tutti i problemi che affliggono la giustizia italiana. Lo stesso concetto (la Magistratura non è un potere costituzionale, ma un ordine) veniva ribadito poco più di un mese dopo, il 18 aprile, da un altro ex Ministro della Giustizia, il sen. Roberto Castelli, nel frattempo diventato Vice Ministro delle Attività produttive, anch'egli intervistato da Lucia Annunziata nel corso della trasmissione di Rai Tre, "Il Potere".
52. Le osservazioni relative al co. 2 dell'art. 104 della Cost. riproducono quelle dello scrivente già formulate in "I Leoni e il Trono", testo incluso nel libro "Il Potere in Italia" di Lucia Annunziata (Marsilio, 2011)
53. Così il prof. Gaetano Silvestri in "La riforma dell'ordinamento giudiziario in Italia" (Congresso ANM - Venezia 5- 8 febbraio 2004), commentando il disegno di legge n. 1296, approvato dal Senato il 21 gennaio 2014, contenente - al Capo I - "Delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario", con progetto di separazione delle carriere
54. Così Nello Rossi, articolo citato.
55. Idem
56. Così Nello Rossi, articolo citato.
57. Sia permesso, comunque, il riferimento ai seguenti interventi di chi scrive, ai quali si rimandano gli eventuali interessati: 1) "Obbligatorietà dell'azione penale", in "Giustizia, la parola ai magistrati", a cura di Livio Pepino (Laterza, 2010); 2) "Criteri di organizzazione della Procura della Repubblica di Torino dell'8 ottobre 2018", in particolare, paragrafo n. 12 (pag. 168)57, che in buona parte riprendono ed arricchiscono i precedenti criteri del 23 giugno 2015; 3) "Le priorità non sono più urgenti e comunque la scelta spetta ai giudici", in Cassazione Penale, LV, ottobre 2015, n. 10.
58. Articolo citato
59. La lista dei sottoscrittori è invece leggibile nel sito web dell'Associazione Nazionale Magistrati (www.associazionemagistrati.it)

60. Dichiarazioni del 20 agosto 2023
61. "Scendono in campo i capi dei PM: La riforma non s'ha da fare"(L'Unità, 20 agosto 2023)
62. Il Foglio, 22 agosto 2023)
63. ADN Kronos, 25 agosto 2023
64. "La riforma dell'ordinamento giudiziario in Italia" (Congresso ANM – Venezia 5-8 febbraio 2004), relazione a commento del disegno di legge n. 1296, approvato dal Senato il 21 gennaio 2014, contenente – al Capo I – "Delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario", con progetto di separazione delle carriere

ALLEGATO n. 1

Documento contro la separazione delle carriere sottoscritto da circa 600 magistrati in pensione

(agosto 2023)

Siamo magistrati in pensione - civilisti e penalisti, giudici e pubblici ministeri – che sentono il bisogno di intervenire contro l'annunciata riforma della separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri.

I promotori di questa riforma sostengono che non vogliono attentare all'autonomia del pubblico ministero e che il mutamento ordinamentale sarebbe necessario per garantire la terzietà del giudice, che deve essere completamente separato dalle parti in causa per essere completamente imparziale.

Non vi è dubbio che il processo, come recita l'art. 111 della Costituzione, si deve svolgere nel contraddittorio delle parti, in condizione di parità; ma questo certamente già avviene anche oggi, con un pubblico ministero che proviene da un unico concorso per giudici e pubblici ministeri; che può passare da una carriera all'altra (ora con molte limitazioni, tant'è che il passaggio riguarda solo pochissimi casi); che viene promosso, trasferito e punito disciplinarmente da un unico Consiglio Superiore della Magistratura; che è il titolare di un'azione penale obbligatoria.

L'annunciata riforma stravolgerebbe l'attuale architettura Costituzionale che prevede, tra l'altro, non solo l'appartenenza di giudici e pubblici ministeri ad un unico ordine giudiziario, indipendente da ogni altro potere, con conseguente possibilità di passaggio da una carriera all'altra, ma anche un unico Consiglio Superiore della Magistratura che, con una maggioranza di eletti tra tutti i magistrati, si occupa degli appartenenti ad entrambe le carriere garantendo l'autonomia della magistratura.

Si dice che l'appartenenza ad un'unica carriera darebbe un vantaggio al P.M. rispetto al difensore dell'imputato, ma il sospetto che il giudice possa favorire coloro che provengono dal suo stesso concorso non ha alcun fondamento, perché i giudici guardano alla rispondenza agli atti e alla logica degli argomenti spesi dalle parti, e non certo alla posizione di chi li propone; se fosse fondato questo sospetto, anche il giudice dell'impugnazione non dovrebbe far parte della stessa carriera del giudice del precedente grado di giudizio.

Di fronte alla importanza della decisione da prendere, in qualsiasi causa, non conta assolutamente nulla l'appartenenza alla stessa categoria, essendo ben distinte le funzioni. Per contro, è essenziale che il pubblico ministero abbia in comune con il giudice la stessa formazione e la stessa cultura della giurisdizione, godendo anche della stessa indipendenza, perché la sua azione deve mirare all'accertamento della verità, in difesa della legge, e deve poter essere rivolta nei confronti di chiunque, senza alcun timore di possibili ritorsioni.

Oggi il pubblico ministero, proprio perché organo di giustizia, è obbligato a cercare anche le prove favorevoli all'indagato e non di rado chiede l'assoluzione dell'imputato, se le risultanze non lo convincono della sua colpevolezza. Avverrebbe lo stesso con un pubblico ministero che si è formato nella logica dell'accusa ed è del tutto separato dalla cultura del giudice?

Oggi il pubblico ministero è valutato dal Consiglio Superiore della Magistratura anche per il suo equilibrio e non certo per il numero di condanne che è riuscito ad ottenere.

Ci sorprende che i fautori delle carriere separate non vedano i pericoli di un corpo specializzato nel sostenere l'accusa che, secondo i promotori della riforma, agirebbe senza essere sottoposto ad alcun controllo. Un corpo del genere, se non composto da chi condivide la cultura del giudice, dovrebbe invece essere necessariamente sottopo-

sto a controllo, come del resto avviene in molti paesi, e questo controllo non può che essere svolto dal potere esecutivo, con la conseguenza – come emerge dai progetti di legge sulla separazione delle carriere – che l'azione penale non potrebbe essere più obbligatoria, perché lo è in quanto affidata a un magistrato sottoposto solo alla legge.

La separazione delle carriere farà perdere all'Italia una peculiarità dataci dai Padri Costituenti che molti colleghi all'estero ci invidiano, vale a dire avere realizzato una vera autonomia dell'ordine giudiziario, perché solo con un pubblico ministero indipendente si ha la garanzia che potrà essere portato davanti al giudice qualsiasi persona che abbia commesso un reato.

La riforma in programma, oltre ad essere contraria alle risoluzioni europee che hanno raccomandato agli stati membri di garantire l'autonomia del pubblico ministero, avrebbe effetti deleteri anch'esso sotto l'aspetto organizzativo, in quanto stravolgerebbe gli attuali assetti, nei quali giudice e pubblico ministero lavorano fianco a fianco, con un assiduo controllo del primo sul secondo, ma nell'ambito di una comune cultura giurisdizionale.

Inoltre, la mutazione degli attuali assetti organizzativi richiederebbe un lungo e complesso periodo di transizione, dovendosi anche consentire il trasferimento di chi attualmente riveste la funzione requirente a quella giudicante, nonché, dovendosi istituire sia due nuovi consigli superiori della magistratura, uno per i giudici e l'altro per i pubblici ministeri, sia riformare gli uffici del pubblico ministero, con la nomina di capi e componenti.

In definitiva, non si comprende la ragione per la quale la maggioranza politica insista tanto nel volerraggiungere l'obiettivo della separazione delle carriere, visto che già sono stati praticamente eliminati i passaggi da una carriera all'altra dalle riforme Castelli e Cartabia, a meno che non si voglia pensare che il vero intento sia quello di consentire al governo di controllare l'azione del pubblico ministero.

ALLEGATO n. 2

Documento contro la separazione delle carriere deliberato dal Comitato Direttivo Centrale dell' Associazione Nazionale Magistrati

(9 settembre 2023)

UN CAVALLO DI TROIA

L'ANM esprime grande preoccupazione per i contenuti dei disegni di legge in discussione dinanzi alla Commissione affari costituzionali della Camera di deputati che, nel riprodurre fedelmente la proposta di iniziativa popolare presentata dalle Camere Penali nella XVII legislatura, rivelano, al di là dei propositi annunciati nelle relazioni illustrative, l'intento di assoggettare tutti i magistrati, giudici e pubblici ministeri, al potere politico.

Il disegno di riforma solo apparentemente mostra di voler garantire il principio costituzionale della terzietà del giudice, ma in realtà si propone:

- di cambiare la composizione di entrambi i Consigli Superiori della Magistratura, sia giudicante che requirente, aumentando i membri di nomina politica sino alla metà;
- di consentire la scelta per sorteggio dei componenti togati;
- di vietare ai consigli superiori della magistratura di aprire pratiche a tutela dell'indipendenza dei singoli magistrati e di esprimere pareri sulle riforme in tema di giustizia;
- di abolire l'art. 107, terzo comma, della Costituzione, secondo cui i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni;
- di ridurre il principio di obbligatorietà dell'azione penale, limitandolo ai soli casi e modi previsti dalla legge.

Si mostra così di ignorare che il principio costituzionale di parità delle parti è 'regola generalissima' riferita indistintamente ad "ogni processo", che non può essere trasfusa però sul piano ordinamentale, nel quale il pubblico ministero, in quanto "organo di giustizia" che persegue l'interesse pubblico raccogliendo le prove anche a favore dell'imputato, non ha un ruolo assimilabile a quello - pure essenziale, ma diverso - dell'avvocato che difende interessi privati.

Paradossale è poi che le proposte di legge da un lato vietano ai pubblici ministeri di diventare giudici, ma dall'altro lato ampliano a dismisura la possibilità di nominare direttamente come giudici "di ogni grado" gli stessi avvocati, senza passare da un pubblico concorso, mostrando così che la questione "separazione delle carriere" viene agitata in modo del tutto strumentale. Difendere una parte privata nel processo costituisce forse maggiore garanzia di imparzialità che perseguire interessi pubblici?

Se venissero approvate le proposte di modifica costituzionale, il corpo della magistratura professionale, ora selezionata per concorso pubblico, cambierebbe nel tempo la sua fisionomia con l'introduzione della nuova categoria dei magistrati di nomina politica "ad ogni livello" della magistratura giudicante.

I disegni di legge ridimensionano fortemente il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, che si esplicherà nei 'casi e modi' stabiliti dalla legge; con tali modifiche, la Politica indicherà i reati da perseguire e quelli da accantonare ed attrarrà nel suo ambito di influenza l'ufficio del pubblico ministero, il quale fatalmente dovrà soggiacere ai successivi controlli sull'effettiva osservanza delle disposizioni impartite dalla maggioranza politica di turno.

Un giudizio decisamente negativo deve esprimersi con riferimento alle ulteriori modifiche dirette ad ampliare la sfera di influenza della Politica sul Consiglio superiore della Magistratura, la cui componente togata non sarebbe più maggioritaria e sarebbe formata da magistrati non “eletti” ma “sorteggiati”, senza dunque adeguate garanzie che la scelta sia indirizzata sui soggetti più adatti e più capaci, come voluto dai Padri costituenti.

Inspiegabile, se non con la volontà di rendere la magistratura pavida e privarla delle sue prerogative di “potere diffuso”, è altresì l’abolizione del terzo comma dell’art. 107 della Costituzione, norma che svolge un ruolo di architrave del sistema, vietando le gerarchie tra i magistrati, sia giudici che pubblici ministeri, e garantendone l’indipendenza anche nei rapporti interni.

Il filo rosso che lega i vari disegni di legge, in definitiva, non è certo quello di migliorare la rapidità e l’efficacia del sistema penale e della risposta alle aspettative di ciascuno per una giustizia giusta, imparziale ed equanime, ma solo di aumentare l’ingerenza della Politica sulla Magistratura.

Per questo diciamo no a processi riformatori che, in contrasto con i principi costituzionali e con le direttive sovranazionali, mirano a ridimensionare il ruolo costituzionale della Magistratura e a gettare le basi per la sottoposizione del PM al controllo del Governo.

Il cdc invita tutti i magistrati associati a partecipare attivamente al dibattito pubblico sulla riforma della giustizia e invita le Ges a promuovere iniziative sul territorio, organizzando convegni aperti alla società civile e incontri con esponenti del mondo accademico, dell’avvocatura e dell’informazione. Sollecita le competenti Commissioni della ANM a predisporre schede tecniche che possano essere di ausilio anche alle attività di informazione delle Ges. Si impegna a promuovere ogni altra forma di comunicazione anche attraverso i suoi organi rappresentativi e si riserva di deliberare tutte le ulteriori iniziative necessarie a sensibilizzare l’opinione pubblica.

g

f

e

d

Civile

Immissioni di rumore: la tutela dei residenti ed il fenomeno della cd. “Mala movida”



di Carlo Gabutti

Giudice del Lavoro presso il Tribunale di
Palmi

It

Le immissioni di rumore provenienti dalle strade cittadine, lesive del diritto alla salute e della serenità della vita familiare nelle abitazioni dei cittadini residenti quartieri interessati, sono state oggetto di numerose pronunce da parte della giurisprudenza ordinaria, di merito e di legittimità, nonché dei tribunali amministrativi, nelle quali è stato affermato il principio secondo cui, premessa la competenza del Giudice Ordinario in materia, i danni causati ai residenti, per la prolungata esposizione ad immissioni rumorose intollerabili generate dalla movida molesta ed incontrollata, devono essere risarciti dal Comune, quale proprietario del demanio pubblico, che non abbia adottato le misure necessarie a prevenire o eliminare gli stessi.

Spetta quindi al Comune, tutelare il diritto alla salute del cittadino, dovendo osservare rigidamente le regole tecniche previste in materia nel rispetto dei canoni di “diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni”. Diversamente potrà essere ritenuto direttamente responsabile dell'inquinamento acustico causato dagli schiamazzi notturni e dalla movida selvaggia, e condannato sia al risarcimento del danno patito dai residenti che obbligato a riportare le immissioni dannose al di sotto della soglia di normale tollerabilità.



Immissioni di rumore - Risarcimento - Danno

Eng

The noise emissions that come from city streets, that damage the right to health and serenity of family life in the homes of resident citizens, have been the subject of numerous rulings by the judges of first instance, the High Court and the Administrative judges. Established the jurisdiction of the ordinary judge, in this kind of judgements, it was stated that the damage caused to resident citizens, by the long-term exposure to noise emissions, caused by bad nightlife, must be compensated by the Municipality, owner of the public property, that has not adopted the necessary tools to avoid or eliminate the damage.

The municipality must protect the health of the citizen, strictly observed the technical rules, respecting the criteria of “diligence and caution in the asset management”.

Otherwise, if the municipality does not respect these criteria, it may be held responsible for the noise pollution caused by night street noises coming from the bad nightlife.

For these reasons, the municipality may be condemned to pay a compensation for the damage suffered by resident citizens and bring the unhealthy emissions below the normal tolerability standard.



Noise emissions - Compensation - Damage

Sommario

Introduzione. – 1. **Immissioni di rumore.** – 1.1 **La normale tollerabilità in senso soggettivo.** – 1.2 **Sul giudizio di normale tollerabilità.** – 1.3 **La pronuncia del Tribunale ordinario di Torino Sent. n.1261/2021.** – 1.4 **La pronuncia della Corte di Cassazione con la sentenza n. 14209 del 23 maggio 2023.** – 1.5 **La valenza ambientale del diritto al domicilio ed alla vita privata e familiare nella giurisprudenza della Corte Edu.** – 2. **Le ordinanze contingibili e urgenti dei Sindaci.** – 2.1 **Caratteri generali.** – 2.2. **I presupposti della contingibilità e dell'urgenza.** – 2.2.1 **Le immissioni di rumore ed i danni causati ai residenti.** – 2.3 **TAR Lombardia, Sent. n.2021/2022 e 2035/2022.** – 2.4 **TAR Lombardia, Sent. n.2021/2022 e 2035/2022.** – 2.4.1 **Oggetto del giudizio.** – 2.4.2 **Il pregresso giudizio di ottemperanza, da cui la conseguente ordinanza impugnata.** – 2.5 **Considerazioni conclusive.** – 3. **Riparto di giurisdizione.** – 3.1 **Corte di Cassazione - Sezioni Unite, ordinanza n.27175 del 15/09/2022.**

Introduzione

L'inquinamento acustico da movida molesta è tema di stretta attualità in materia di condominio, che seppur presentandosi con continuità nel corso dell'anno solare, con l'arrivo della stagione estiva si manifesta in maniera dirompente, causando notevoli disagi e problemi ai cittadini residenti nei quartieri interessati.

La necessità dei condomini di tenere balconi e finestre aperte per poter godere di un po' di refrigerio, finisce infatti per scontrarsi con il desiderio, dei dehors, molto spesso giovani o addirittura adolescenti, di popolare le strade, generando così una situazione di scontro tra confliggenti interessi, in cui troppo spesso a soccombere è la tranquillità ed il diritto al riposo dei residenti-condomini.

Tale questione è stata oggetto, negli ultimi anni, di numerose pronunce da parte dei giudici ordinari di merito e di legittimità, ed anche dei Tribunali Amministrativi Regionali, ponendo il tema delle immissioni di rumore al centro del dibattito giuridico.

Tra le molteplici pronunce dei tribunali di merito spicca, ad esempio, quella del Tribunale ordinario di Torino, che con la sentenza 1261/2021, ha accolto il ricorso proposto da un corposo numero di cittadini contro il Comune del capoluogo piemontese.

Nel caso sotteso alla pronuncia i ricorrenti agivano in giudizio a seguito della mancata adozione da parte del Comune, di provvedimenti idonei ed efficaci ad eliminare, o quantomeno ricondurre nei limiti della normale tollerabilità, gli schiamazzi derivanti dall'incontrollata movida, sviluppatasi nel quartiere nelle ore notturne, sia nei giorni feriali che festivi, a partire dal 2006, anno in cui la zona venne riqualificata per lo svolgimento delle Olimpiadi Invernali, chiedendo quindi il risarcimento del danno causato dall'inquinamento acustico.

Il Comune veniva così condannato al pagamento di un cospicuo risarcimento per i danni subiti dai residenti.

Su questione analoga si è pronunciato anche il Tar Lombardia, con la sentenza, n.1214/2021, il quale ha accolto anche in questa circostanza, le posizioni dei condomini ricorrenti che avevano agito per ottenere l'ottemperanza di due precedenti decisioni già loro favorevoli emesse sempre dal Tar lombardo, la n. 1979/2019 e la n. 2054/2020.

Nel dettaglio oggetto del giudizio, su cui è stato chiamato a pronunciarsi il tribunale amministrativo lombardo riguardava, la lesione del diritto al riposo ed alla quiete, lamentata da un gruppo di condomini residenti in un quartiere centrale di Milano, i quali chiedevano un intervento urgente mediante cui porre fine alle intollerabili immissioni acustiche che determinavano il disturbo della loro tranquillità nelle ore notturne del fine settimana a causa della "movida molesta" generatasi nella zona.

Sempre il Tar Lombardia - Milano, con le sentenze n. 2021, e 2035, ha poi sancito la legittimità dell'ordinanza sindacale adottata dal Comune di Milano con cui è stata vietata la movida nelle ore notturne.

In questo caso i giudici amministrativi hanno rigettato il ricorso con cui veniva chiesto l'annullamento dell'ordinanza, ritenendo la stessa discriminatoria a favore dei locali situati nelle vicinanze in zone contigue, in quanto non colpiti dall'ordinanza restrittiva delle attività commerciali.

Deve osservarsi quindi come tutte le pronunce in esame si pongano nel solco tracciato dalle numerose decisioni adottate negli ultimi anni, dai tribunali ordinari ed amministrativi, in forza di cui è stata affermata la necessità di tutelare il diritto al riposo ed alla quiete degli abitanti dei quartieri in cui l'incontrollato sviluppo di fenomeni di movida

molesta, abbia determinato il propagarsi di intollerabili immissioni acustiche tali da determinare il disturbo della tranquillità dei residenti nelle ore notturne.

Di rilievo poi anche l'ordinanza n.27175 del 15/09/2022 con cui Sezioni Unite della Corte di Cassazione, affermando la preminente rilevanza del *petitum* sostanziale della domanda, hanno evidenziato che, ove il *petitum* abbia ad oggetto la tutela del diritto fondamentale alla salute, la giurisdizione non può che essere attribuita al giudice ordinario.

La necessità di tutelare il diritto al riposo ed alla quiete degli abitanti dei quartieri in cui l'incontrollato sviluppo di fenomeni di movida molesta, abbia generato il propagarsi di intollerabili immissioni acustiche, tali da determinare il disturbo della tranquillità dei residenti nelle ore notturne, è stata in fine sancita dalla recentissima sentenza n. 14209 del 23 maggio 2023, della Corte di Cassazione, la quale sintetizzando l'orientamento affermatosi sulla questione, ha affermato il seguente principio di diritto: *"La Pubblica Amministrazione è tenuta a osservare le regole tecniche o i canoni di diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni e, quindi, il principio del neminem laedere, con ciò potendo essere condannata sia al risarcimento del danno (articoli 2043 e 2059 del Cc) patito dal privato in conseguenza delle immissioni nocive che abbiano comportato la lesione di quei diritti, sia la condanna ad un facere, al fine di riportare le immissioni al di sotto della soglia di tollerabilità, non investendo una tale domanda, di per sé, scelte e atti autoritativi, ma, per l'appunto, un'attività soggetta al principio del neminem laedere. Ne consegue la titolarità dal lato passivo del convenuto Comune. Inoltre, la domanda di risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, non postula alcun intervento del giudice ordinario di conformazione del potere pubblico e, dunque, non spiega alcuna incidenza rispetto al perimetro dei limiti interni della relativa giurisdizione, ma richiede soltanto la verifica della violazione da parte della Pa del principio del neminem laedere e, dunque, della sussistenza o meno della responsabilità ai sensi dell'articolo 2043 del Cc, per aver mancato di osservare le regole tecniche o i canoni di diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni quale condotta, connotata da cosiddetta "colpa generica", determinativa di danno ingiusto per il privato".* Con quest'ultima pronuncia, i giudici di piazza Cavour hanno quindi definitivamente riconosciuto la possibilità di agire in giudizio avverso il Comune per ottenere la condanna dello stesso al risarcimento dei danni patiti, nonché ad un facere specifico al fine di riportare le immissioni sotto la soglia di normale tollerabilità.

1. Immissioni di rumore

1.1 La normale tollerabilità in senso soggettivo

Le immissioni di rumore sono quelle immissioni acustiche provenienti da un fondo o da un immobile, vietate dalla legge nei casi in cui per la loro entità diventino intollerabili, ovvero quando comportino una lesione del diritto al libero godimento della proprietà privata ai vicini del fondo o dell'abitazione, oppure quando generino un disturbo insostenibile nei confronti dei soggetti residenti negli immobili vicini alla fonte rumorosa.

Il disposto normativo dell'art. 844 del codice civile, rubricato "Immissioni" stabilisce che: *"Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi"*, da ciò ne deriva che il proprietario di un fondo, non ha la possibilità di impedire in ogni caso le immissioni di fumo, calore, scuotimento o rumore provenienti dal fondo confinante, ma può intimare l'interruzione della stesse solo ove queste superino il limite della normale tollerabilità.

Il legislatore del '42, con la disposizione in esame ha cercato quindi di realizzare un delicato temperamento tra gli interessi dei proprietari dei fondi confinanti, bilanciando il diritto a svolgere attività nel proprio fondo od abitazione, da cui la produzione di immissioni rumorose sgradite al vicino, con il diritto di questi a vivere in un ambiente salubre e sereno.

L'individuazione del limite delle immissioni consentite si basa, quindi, sul criterio della normale tollerabilità previsto dal 1° comma dell'art. 844 c.c.; tuttavia la norma in esame non è il solo parametro di riferimento per la tollerabilità delle attività rumorose causate da un'attività produttiva, in quanto dal dettato codicistico, emerge la sussistenza di un controlimite, consistente nel necessario bilanciamento tra le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà, tenuto conto della priorità dell'uso (2° comma dell'art.

844 c.c.).

Occorre evidenziare come nello specifico, i valori limite di immissione vengano definiti con un decreto del Consiglio dei ministri, con cui si differenziano in valori limite assoluti, individuati in rapporto al livello equivalente di rumore ambientale e valori limite differenziali, stabiliti in rapporto alla differenza tra il livello equivalente di rumore ambientale e il rumore residuo.

Per livello differenziale di rumore si intende la differenza tra il livello di rumore ambientale e quello di rumore residuo, quantificato nei decibel in eccesso, rispetto al rumore di fondo da cui può derivare l'inquinamento acustico.

In tale ambito un ruolo cardine è rivestito dal Comune al quale è riconosciuto il potere di adottare apposite misure di contrasto ai rumori nei casi in cui la fonte degli stessi possa essere ricondotta ad attività produttive, commerciali e/o professionali.

In questi casi il Comune può esplicare il suo potere di intervento attraverso l'Arpa, l'Agenzia Regionale per la prevenzione e l'ambiente, la quale redige una perizia verificando il superamento delle soglie del rumore previste dalla legge e da eventuali regolamenti, con la conseguente possibilità di applicare sanzioni amministrative in caso di superamento dei limiti previsti.

1.2 Sul giudizio di normale tollerabilità

La valutazione relativa all'individuazione del limite di normale tollerabilità nei rapporti tra soggetti privati deve essere quindi individuata nelle norme codicistiche suindicate. Nonostante l'ordinamento tenda a bilanciare l'interesse privatistico, volto alla salvaguardia dello svolgimento degli atti di normale vita quotidiana, con gli interessi sociali connessi allo sviluppo della produzione, le immissioni di rumore persistenti, connesse ad attività produttiva, devono ritenersi illecite nel caso in cui stesse ledano la normale realizzazione della vita quotidiana, nonché il diritto alla salute dei vicini (Cass. n. 5564/2010); di conseguenza dovranno essere qualificate come illecite le immissioni che, al di là di quanto previsto da norme speciali, comportino un pregiudizio alle altrui condotte di vita secondo quanto previsto dall'art. 844 c.c. (Cass. n. 939/2011).

I giudici di piazza Cavour, infatti, pronunciatisi più volte sulla questione hanno affermato come l'accertamento dell'intensità e della intollerabilità delle attività che arrecano disturbo non possa essere basato esclusivamente su criteri di ordine matematico o statistico, ovvero su criteri quantitativo-oggettivi, dovendosi invece effettuare un'analisi in concreto della situazione di fatto, con un attento bilanciamento degli interessi in gioco. (Cass. n. 939/2011; Cass. n. 1418/2006).

Parte della dottrina ha quindi ritenuto, fornendo un'interpretazione costituzionalmente orientata volta alla tutela della salute dei terzi ed al diritto di proprietà del soggetto che subisce le immissioni, che possa ritenersi lesiva dei diritti altrui anche una produzione rumorosa che, per volume od intensità, non superi i limiti previsti da misurazioni oggettive, ma che, per continuità e collocazione temporale della propagazione delle immissioni, determini ugualmente un'intollerabile disturbo alle attività della vita quotidiana.

Tale ricostruzione, che fornisce una lettura degli artt. 2043 e 2059 c.c. in combinato disposto con l'art. 32 Cost. e con l'art. 844, 2° comma, individua così il limite della normale tollerabilità rumorosa, nella tutela della salute, la quale deve essere sempre garantita nei rapporti di vicinato.

A riguardo occorre evidenziare come il rumore che non superi i limiti oggettivi della normale tollerabilità previsti da misurazioni oggettive, ma che si protragga per molte ore, determini l'ingiusto pericolo di lesione di valori importanti come il riposo notturno, la serenità, l'equilibrio della mente e la vivibilità della casa, potendo determinare il sorgere di un danno morale/esistenziale risarcibile in base al solo accertamento della sussistenza di tali immissioni (*ex multis* Cass. Civ. n. 26899/2014).

Da ciò ne deriva che, nel rispetto del secondo comma dell'articolo 844 c.c., la tutela delle esigenze di produzione non possa essere ritenuta preminente rispetto al mantenimento di una normale qualità della vita, ciò in particolar modo nei casi in cui tali esigenze, derivino da un'attività produttiva che si svolga in un'ambiente residenziale.

Ne consegue quindi che sia necessario in *primis* garantire il diritto alla salute, inteso quale diritto fondamentale della persona, unitamente al diritto al godimento della proprietà privata, contemperando lo stesso con il diritto/dovere di produzione, da cui la soccombenza di quest'ultimo ove, per posizione della fonte rumorosa e/o per intensità e ripetitività delle immissioni, venga a determinarsi uno squilibrio dei diritti che avvanga esclusivamente l'attività economico-produttiva.

1.3 La pronuncia del Tribunale ordinario di Torino sent. n.1261/2021

Oggetto della sentenza riguarda il ricorso presentato da decine di cittadini si rivolgevano al Tribunale di Torino per chiedere:

- che fosse ordinata al sindaco e quindi al Comune, conformemente a quanto previsto dall'art.844 cc., la cessazione delle immissioni sonore oltre il limite della tollerabilità e/o di adottare le misure idonee a ricondurre la rumorosità del quartiere nei parametri della normale tollerabilità;
- che fosse condannato il Comune al pagamento di una penale per ogni giorno di ritardo dell'inadempimento di tale obbligo;
- che fosse condannato il Comune a risarcire ciascun ricorrente del danno non patrimoniale in relazione al periodo di danno subito da ogni singolo ricorrente.

Nel dettaglio veniva evidenziato come fin dal 2006, anno di realizzazione dei lavori per i giochi Olimpici Invernali della città di Torino, il quartiere presso il quale abitavano i ricorrenti, si fosse trasformato in uno dei principali luoghi di aggregazione della movida notturna della città. Ciò avveniva in quanto in tale zona erano stati aperti tutta una serie di nuove attività commerciali, quali rivendite di cibo e bevande da asporto (ai quali nel tempo si erano aggiunti anche i venditori ambulanti), risultanti avere tutte la medesima vocazione, ovvero quella di incentivare lo svago notturno, da cui la conseguente concentrazione di giovani e meno giovani, nelle ore della sera e della notte presso le vie del quartiere.

I ricorrenti lamentavano quindi come dallo sviluppo non controllato di tali attività commerciali, fosse derivato il proliferare, dal tardo pomeriggio fino a notte fonda di persone per il quartiere che, a causa dell'eccessivo consumo di sostanze alcoliche, tenevano condotte deprecabili come imbrattare le strade, i portoni ed i marciapiedi, urlando e facendo baccano, senza che le Forze dell'Ordine e quindi dal Comune, intervenissero per porre un freno a tali condotte.

A sostegno di ciò i cittadini allegavano i rilievi svolti dall'ARPA e dalla Polizia Municipale nel 2003 che avevano individuato venti locali dove, soprattutto per gli schiamazzi dei clienti che sostavano per strada, venivano abbondantemente superati i limiti di immissione sonora, con picchi che riscontrati tra la mezzanotte e le due del mattino.

Per tali ragioni i cittadini del quartiere avevano deciso di attivarsi per chiedere l'intervento delle Autorità competenti, senza però riuscire ad ottenere un miglioramento della situazione lesiva dei loro diritti. I provvedimenti emanati dal Comune, infatti, si erano rivelati inefficaci ad eliminare, o quantomeno a contenere, tale fenomeno.

In virtù di quanto esposto i ricorrenti decidevano pertanto di agire in giudizio contro il Comune per chiedere il riconoscimento della lesione dei propri diritti fondamentali, tutelati costituzionalmente, nonché dall'art.8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con cui viene tutelato il diritto di ciascuno al rispetto della propria vita privata e familiare, evidenziando le conseguenze causate dall'inquinamento acustico, così come tutelate da leggi nazionali ed euro-convenzionali, sottolineando come il Comune, quale proprietario dei luoghi in cui si svolgevano e si continuavano a svolgere le attività da cui derivavano le immissioni, fosse tenuto a rispettare, così come qualsiasi altro proprietario, i limiti previsti dall'art. 844 cc. in materia di immissioni.

La ricostruzione ora esposta veniva confutata dal Comune, il quale allegava tutti i provvedimenti adottati nel corso degli anni per cercare di fronteggiare il fenomeno in questione, sostenendo di aver fatto tutto quanto in suo potere per tutelare i diritti dei cittadini residenti nel quartiere ed il loro inviolabili tra cui quello al riposo.

A ciò, aggiungeva poi, in via preliminare l'eccezione relativa al difetto di legittimazione passiva nella causa, in quanto a suo dire *"il principale elemento di disturbo proviene dagli esercizi commerciali e dal comportamento abnorme degli avventori e di coloro che, in genere, popolano le strade della movida"*, contestando così la sussistenza della giurisdizione del G.O., avendo la causa ad oggetto il mancato esercizio di un potere autoritativo da parte di una pubblica amministrazione, nonché l'insussistenza del nesso causale tra le richieste di risarcimento proposte dai cittadini e la condotta tenuta.

Chiamato a pronunciarsi sulla questione il Tribunale di Torino con la sentenza n. 1261/2021 ha accolto la domanda dei residenti condannando il Comune al risarcimento del danno loro causato per importi variabili, quantificati fino ad un massimo di

42.000 euro, per le ragioni di seguito riportate.

Il Tribunale nell'esaminare le prove prodotte riconosceva come dalle perizie e dai rilievi effettuati era emerso che fosse *"sempre e soltanto la cosiddetta movida a generare, oltre al rumore, tutti i pregiudizi segnalati dai ricorrenti"*, che pertanto dovesse ritenersi fuor di dubbio la sussistenza del nesso causale tra le azioni inadeguate poste in essere dal Comune e la situazione nociva venutasi a creare nel corso degli anni con cui veniva eliso il diritto al riposo dei residenti.

Il Comune infatti seppur essendo a conoscenza del problema relativo alla movida selvaggia sviluppatasi nella zona non aveva posto in essere alcun piano di risanamento acustico, né tantomeno aveva predisposto controlli per limitare o quantomeno gestire ed incanalare il flusso di persone da cui si generavano i rumori molesti, non regolando in nessuno modo che potesse ritenersi efficace, gli orari delle attività, da cui il proliferare delle stesse aventi tutte la medesima vocazione, dalla quale una sempre maggiore espansione dei rumori, degli schiamazzi e delle attività moleste poste in essere nel quartiere

Sempre secondo il giudice piemontese il Comune avrebbe dovuto procedere ad *"un'analisi approfondita della situazione complessiva, verosimilmente quella richiesta dal piano di risanamento acustico, intervenendo, nel frattempo, con misure d'urgenza assai più pregnanti di quelle fin qui adottate"*, essendo indubbio quindi, che in mancanza di ciò potesse ritenersi sussistente ed allo stesso addebitabile il danno cagionato ai residenti. In conclusione, il Tribunale di Torino ha finito per confermare quanto già affermato da recente pronuncia dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione secondo cui *"il danno non patrimoniale conseguente a immissioni illecite è risarcibile indipendentemente dalla sussistenza di un danno biologico documentato, quando sia riferibile alla lesione del diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione e al diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini quotidiane, trattandosi di diritti costituzionalmente garantiti, la cui tutela è ulteriormente rafforzata dall'art. 8 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, norma alla quale il giudice interno è tenuto a uniformarsi"* (Cass. 20445/2017).

1.4 La pronuncia della Corte di Cassazione con la sentenza n. 14209 del 23 maggio 2023

Alcuni cittadini residenti nel Comune di Brescia convenivano in giudizio l'amministrazione della città lombarda, deducendo la responsabilità della stessa per le immissioni di rumore nella propria abitazione, causate dagli avventori dei bar e dei locali ubicati nel loro quartiere, i quali, nelle ore notturne dei fine settimana, in particolare nel periodo estivo, sostavano in strada arrecando disturbo alla quiete pubblica anche ben oltre l'orario di chiusura, con urla e schiamazzi.

Chiedevano pertanto che fosse accertata l'int

ollerabilità delle immissioni provenienti dalla strada con la condanna del Comune, ex art. 844 c.c., a fare tutto quanto necessario per la cessazione immediata delle immissioni nocive ovvero alla messa in opera delle necessarie misure per ricondurre alla normale tollerabilità le immissioni medesime.

Il giudice di primo grado, accoglieva le richieste attoree, condannando il Comune *"a far cessare le immissioni di rumore ovvero ad adottare le cautele idonee a riportare alla normale tollerabilità le immissioni medesime, predisponendo un servizio di vigilanza per tutte le sere dal giovedì alla domenica nei mesi di maggio ad ottobre, con impiego di agenti comunali che si adoperino entro la mezz'ora successiva alla scadenza dell'orario di chiusura degli esercizi commerciali, a far disperdere ed allontanare dalla strada comunale le persone che stazionano lungo la stessa"*.

Avverso tale decisione veniva proposto appello.

I giudici di secondo grado ribaltavano la decisione, ritenendo fondati i motivi dell'appello, rigettando così la domanda attorea, osservando che: per la configurabilità di una responsabilità omissiva del Comune non era sufficiente il richiamo all'art. 844 c.c., essendo necessario che l'obbligo trovasse fondamento in una disposizione normativa che imponesse il controllo sull'utilizzo della strada al fine di evitare le immissioni di rumore nocive.

La Corte d'Appello aggiungeva inoltre che in ogni caso non poteva ritenersi sussistente la giurisdizione del Giudice Ordinario tenuto conto dell'oggetto del giudizio, in quanto al giudice civile non era consentito ordinare l'effettuazione di un pubblico servizio, giun-

gendo al punto di dettarne le modalità esecutive, pena la violazione dei principi previsti dall'art. 113 Cost. E dall'art. 4 L. 2248/1865 all.E, in materia di riparto di giurisdizione. Avverso la pronuncia di appello, i due coniugi residenti presentavano ricorso in Cassazione. La terza sezione della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 14209 del 23 maggio 2023, statuiva quanto segue.

Preliminarmente secondo la Suprema Corte, la premessa dalla quale era partita la Corte territoriale doveva ritenersi errata.

In particolare - si legge nella pronuncia - la tutela del privato che lamenta la lesione, anzitutto, del diritto alla salute (costituzionalmente garantito è incompressibile nel suo nucleo essenziale, art. 32, Cost.), ma anche del diritto alla vita familiare (convenzionalmente garantito - art. 8 CEDU: cfr., tra le altre, Cass. n. 2611/2017; Cass. n. 19434/2019; Cass. n. 21649/2021-) e della stessa proprietà (che rimane diritto soggettivo pieno sino a quando non venga inciso da un provvedimento che ne determini l'affievolimento, Cass. n. 1636/1999), causato dalle immissioni di rumore intollerabili, ex art. 844 c.c., provenienti da strada pubblica (nella specie, da una strada della quale la Pubblica Amministrazione è proprietaria), trova fondamento, anche nei riguardi della P.A., in *primis* nelle norme ora citate, poste a tutela dei menzionati diritti soggettivi.

Secondo i supremi giudici nomofilattici *"la P.A. è tenuta ad osservare le regole tecniche o i canoni di diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni e, quindi, il principio del neminem laedere, con ciò potendo essere condannata sia al risarcimento del danno (artt. 2043 e 2059 c.c.) patito dal privato in conseguenza delle immissioni nocive che abbiano comportato la lesione di quei diritti, sia la condanna ad un fare, al fine di riportare le immissioni al di sotto della soglia di tollerabilità, non investendo una tale domanda, di per sé, scelte ed atti autoritativi, ma, per l'appunto, un'attività soggetta al principio del neminem laedere"*. In tal modo viene quindi affermata la titolarità dal lato passivo del Comune convenuto. Prosegue poi la pronuncia ritenendo che la domanda di risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, *"non postula alcun intervento del giudice ordinario di conformazione del potere pubblico e, dunque, non spiega alcuna incidenza rispetto al perimetro dei limiti interni della relativa giurisdizione, ma richiede soltanto la verifica della violazione da parte della P.A. del principio del neminem laedere e, dunque, della sussistenza o meno della responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c., per aver mancato di osservare le regole tecniche o i canoni di diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni quale condotta, connotata da c.d. colpa generica, determinativa di danno ingiusto per il privato"*.

Da ciò ne deriva che la statuizione del giudice di primo grado con cui veniva individuato il *facere* specifico cui era tenuto il Comune prescrivendo determinati comportamenti – quali la predisposizione di un servizio pubblico di vigilanza, organizzandone anche le modalità operative – *"non impediva, però, ogni diversa delibazione del giudice di secondo grado, coerente con la portata della domanda formulata dagli attori, che fosse volta ad imporre alla P.A. (non già le modalità di esercizio del potere discrezionale ad essa spettante, ma) di procedere agli interventi idonei ed esigibili per riportare le immissioni acustiche entro la soglia di tollerabilità, ossia quegli interventi orientati al ripristino della legalità a tutela dei diritti soggettivi violati"*.

In conclusione, con la pronuncia in esame, i giudici della terza sezione della Corte di Cassazione forniscono un'interpretazione estensiva della responsabilità posta in capo all'Amministrazione di riferimento, giungendo ad affermare che *"la tutela del privato che lamenta una lesione del diritto alla salute (costituzionalmente garantito) è incompressibile nel suo nucleo essenziale sulla base dell'articolo 32 della Costituzione, ma anche del diritto alla vita familiare e della stessa proprietà, che rimane diritto soggettivo pieno sino a quando non venga inciso da un provvedimento che ne determini l'affievolimento, cagionata dalle immissioni (nella specie, acustiche) intollerabili, provenienti da area pubblica (nella specie, da una strada della quale la Pubblica Amministrazione è proprietaria)."*

Da ciò ne consegue che il Comune, titolare del diritto di proprietà del demanio pubblico (nel caso di specie la strada dove si teneva la movida notturna) sarà direttamente responsabile dell'inquinamento acustico causato dai bar e locali notturni ivi situati nonché dai loro avventori, spettando allo stesso porre in essere tutti gli strumenti necessari per garantire la tutela del diritto alla salute del cittadino, dovendo rigidamente osservare le regole tecniche previste in materia e i canoni di *"diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni"*, potendo, in caso contrario, essere condannato a rispondere del risarcimento del danno patito dal privato ed obbligato a porre in essere tutto quanto necessario a riportare le immissioni nocive al di sotto della soglia di normale tollerabilità.

1.5 La valenza ambientale del diritto al domicilio ed alla vita privata e familiare nella giurisprudenza della Corte Edu

Quanto detto fin ora ha trovato riscontro e sostegno anche nella giurisprudenza della Corte EDU, ed infatti il diritto ad un ambiente salubre in cui vivere, inteso come il diritto al riposo notturno, alla serenità, all'equilibrio della mente ed alla vivibilità della casa è stato oggetto negli ultimi anni, di un sempre maggior riconoscimento non solo da parte dei giudici nazionali, ma anche e soprattutto da parte di quelli sovranazionali.

Occorre premettere che la Convenzione Europea sulla salvaguardia dell'uomo e delle libertà fondamentali non riconosce espressamente tale diritto, tuttavia nella stessa sono contenute diverse disposizioni che hanno permesso lo sviluppo di una giurisprudenza volta a valorizzare espansivamente il concetto di ambiente, quale valore della società, capace di giustificare limitazioni di altri diritti riconosciuti dalla Carta, al punto da richiedere l'attuazione di interventi positivi da parte dello Stato per la sua protezione.

I giudici della Corte EDU hanno ritenuto, pertanto, che la predisposizione di misure a tutela dell'ambiente fosse condizione necessaria per il godimento di alcuni diritti fondamentali, da ciò ne è derivato che la mancata predisposizione di misure adeguate da parte di uno Stato aderente alla Convenzione è stata considerata, a tutti gli effetti, una violazione della stessa, determinando così un obbligo di risarcimento nei confronti della vittima.

Il percorso adottato dai Giudici di Strasburgo ripercorre *l'excursus* logico seguito in Italia dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione la quale, sulla base di un'interpretazione creativa del combinato disposto dagli artt. 32, 9 e 2 Cost., ha riconosciuto tutela al cd. "diritto ad un ambiente salubre".

Anche nelle pronunce dei supremi giudici nomofilattici nazionali, l'ambiente non è considerato quale oggetto diretto di tutela, ma viene acquisita rilevanza indiretta quale mezzo per assicurare il rispetto dei diritti inviolabili dell'individuo. La tutela dell'ambiente viene così migliorata e protetta in quanto funzionale al miglior godimento della salute e degli altri diritti fondamentali dell'individuo.

Ne consegue quindi che pur non assumendo autonomo rilievo, la tutela dell'ambiente si stia andando via via affermando come nuovo valore in grado di contribuire ad un più equo bilanciamento tra l'esercizio dei diritti umani espressamente riconosciuti dalla Convenzione ed il principio generale del rispetto dell'individuo, su cui si fonda l'intero sistema di garanzia CEDU.

Si afferma sempre di più, quindi, come il diritto all'ambiente salubre rappresenti una estrinsecazione dei diritti già previsti dalla carta, riletti in una chiave ambientalista, senza finire per sovrapporsi con il diritto all'ambiente in senso stretto, inteso quale diritto all'integrità dell'ambiente, la cui configurabilità continua a destare perplessità.

Occorre evidenziare come il risultato in esame sia il prodotto di due diverse categorie di pronunce avutesi nella giurisprudenza della Corte EDU, una prima categoria di queste ha affrontato la problematica relativa alla possibilità che la tutela dell'ambiente potesse comportare limitazioni di altri diritti fondamentali previsti dalla Carta: sul punto sono stati ritenuti ammissibili limiti all'esercizio di taluni diritti, tra cui ad esempio il diritto di proprietà.

Un secondo ordine di questioni invece ha riguardato da vicino la materia di cui si tratta, ossia il collegamento tra stato dell'ambiente e godimento dei diritti garantiti dalla CEDU.

Nel dettaglio, di recente, tale problematica è stata sollevata in una serie di ricorsi individuali, tra i quali rientra un caso analogo a quello oggetto della pronuncia del tribunale di Torino (Moreno Gomez contro Spagna), in cui il ricorrente destinatario immissioni di rumore provenienti da schiamazzi ed urla causati dalla presenza di movida molesta nel suo quartiere, denunciava l'atteggiamento passivo tenuto dalle autorità spagnole, da cui la situazione di disagio scaturita, nonché i disturbi alla salute subiti da lui e dalla sua famiglia, con conseguente violazione degli artt. 8 (tutela del diritto alla vita privata e familiare) e 3 (diritto di ogni individuo a non essere sottoposto a trattamento inumano e degradante) della Convenzione.

I giudici di Strasburgo, dopo aver esaminato le doglianze del ricorrente hanno accolto il ricorso condannando lo Stato spagnolo ad un cospicuo risarcimento per violazione dell'art. 8 della Convenzione, ritendo, dunque, inquadrabili come violazione dell'art. 8 I comma Conv. i fastidi che il ricorrente ed i suoi familiari erano stati costretti a sopportare a causa delle emissioni rumorose causate dalla movida molesta.

Il ragionamento della Corte nella risoluzione della questione evidenzia come, in base all'art. 8 Conv., le pubbliche autorità non debbano esclusivamente rispettare il diritto alla riservatezza della vita privata della persona, ma anche proteggerlo.

Il dettato normativo della disposizione non deve essere quindi interpretato come diretto solo a sanzionare misure direttamente adottate da pubbliche autorità che possano aver influito o influire, sul diritto alla vita privata e/o alla tutela del domicilio di un individuo.

Al contrario, la tutela prevista dall'art. 8 dovrebbe essere estesa anche a quelle intrusioni indirette, che si manifestano quale conseguenza indiretta di misure adottate per il perseguimento di altre finalità pubbliche.

Nel caso di specie il ricorrente era rimasto esposto per diversi anni alle emissioni rumorose causate dalla movida molesta presente nel proprio quartiere, senza che le autorità locali adottassero misure adeguate a contrastare il fenomeno lesivo dei diritti tutelati dalla convenzione.

Per tali ragioni, la Corte ha affermato quindi la violazione da parte dello Stato spagnolo dell'art. 8 della Convenzione, condannando lo stesso alla corresponsione di un risarcimento nei confronti della vittima.

2. Le ordinanze contingibili e urgenti dei Sindaci

2.1 Caratteri generali

Chiarita la disciplina normativa prevista in materia di immissioni acustiche ed i relativi limiti di tollerabilità, dobbiamo ora esaminare gli strumenti previsti dall'ordinamento per poter far fronte a tali fenomeni, tra i quali spicca su tutti il potere di emettere ordinanze contingibili e urgenti da parte dei Comuni.

Il Sindaco, quale organo responsabile dell'amministrazione del Comune, assume un ruolo di fondamentale rilevanza nella risoluzione delle problematiche caratterizzate da una urgente rilevanza che richiedono una celere soluzione.

Il Testo Unico degli Enti Locali, infatti, attribuisce al Sindaco, quale soggetto apicale dell'amministrazione comunale, il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti per far fronte a situazioni espressamente individuate, incidenti sui diritti fondamentali dei cittadini.

Nello specifico, l'art. 50, comma 5, T.U.E.L. prevede che *"in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale"*, mentre il successivo art. 54, comma 4, stabilisce invece, che *"Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana"*.

Le ordinanze in esame sono degli strumenti atipici predisposti dal nostro ordinamento, aventi contenuto indeterminato a priori dal legislatore, previste per far fronte a fenomeni anomali o imprevedibili.

Tali ordinanze vengono quindi definite *extra ordinem*, in virtù della loro di capacità di derogare all'ordinamento giuridico, per consentire all'Autorità di fronteggiare situazioni straordinarie ed urgenti, non risolvibili mediante il ricorso ai normali strumenti normativi.

Nonostante il contenuto *"libero"* delle ordinanze *extra ordinem*, necessario per poter esplicitare la loro funzione, le stesse necessitano ad ogni modo di un fondamento normativo primario, quantomeno in termini finalistici, per evitare che la loro adozione finisca col contrastare con il rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa. Il legislatore infatti, con tali ordinanze ha inteso tutelare la concreta possibilità per il Sindaco di attuare un potere *extra ordinem*, quale rappresentante della comunità locale, per far fronte a situazioni caratterizzate da eccezionalità ed urgenza localmente circoscritte (cfr. art. 50, comma 5) od anche, di prevenire ed eliminare, in veste di ufficiale di Governo, gravi pericoli che minaccino l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana (cfr. art. 54, comma 4).

2.2 I presupposti della contingibilità e dell'urgenza

Chiarita, la possibilità prevista nel nostro ordinamento, sebbene nei limiti poc'anzi indicati, di adottare ordinanze *extra ordinem*, intese quali strumenti atipici cui far ricorso in casi eccezionali di necessità ed urgenza, acquista particolare importanza l'individuazione dei limiti entro i cui tali ordinanze, venendo concretamente adottate, possano considerarsi legittime.

le ordinanze in esame per essere ritenute legittime devono rispettare *in primis* i principi generali dell'ordinamento giuridico: non devono quindi violare le norme costituzionali, come ad esempio quelle inerenti materie coperte da riserva assoluta di legge, ed inoltre devono rispettare i principi generali dell'ordinamento seppur non contenuti espressamente da norme costituzionali.

A questo presupposto essenziale, la giurisprudenza amministrativa ha aggiunto poi il principio, ormai consolidatosi, secondo cui *"l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti postula "la necessità di provvedere con immediatezza in ordine a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile, cui sia impossibile far fronte con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento"*.

La concisa definizione di ordinanze *extra ordinem* ora fornita, ci permette di meglio comprendere i concetti di urgenza e contingibilità previsti dal legislatore quali presupposti essenziali per l'esercizio di tale potere da parte del Sindaco, il quale potrà adottare provvedimenti diretti ad incidere sui diritti dei consociati mediante l'imposizione, il divieto o la regolamentazione di determinati comportamenti.

Nello specifico l'urgenza, deve essere individuata nell'impossibilità di differire nel tempo l'intervento dell'Autorità al fine di scongiurare la possibilità del verificarsi di un danno incombente, mentre la contingibilità, invece, concerne la natura residuale dell'ordinanza sindacale, adottabile nei soli casi in cui si verificano situazioni non altrimenti disciplinate dall'ordinamento giuridico.

2.2.1 Le immissioni di rumore ed i danni causati ai residenti

Nell'ambito delle immissioni di rumore, la lesione dei diritti fondamentali quali il diritto al riposo ed alla quiete, nello svolgimento della propria vita quotidiana, denotano senz'altro un elevato grado di urgenza nella predisposizione delle misure idonee a contrastare il fenomeno.

Pertanto, è possibile rilevare come in tali circostanze, non risulti possibile differire nel tempo l'intervento pubblico, dovendosi allo stesso modo ritenere ugualmente sussistente il requisito della contingibilità (ovvero necessità) dell'esercizio dei poteri *extra ordinem* del Sindaco nei termini poc'anzi descritti, rientrando la quiete, il riposo ed il sonno, tra i beni fondamentali della vita dell'uomo, come confermato di recente da diverse pronunce dei giudici nazionali e sovranazionali.

Il quadro normativo appena delineato chiarisce, una volta per tutte, la necessità da parte dei comuni di ricorrere all'adozione di ordinanze contingibili e urgenti per far fronte ai sempre più dilaganti fenomeni di mala movida, attraverso l'adozione di ordinanze restrittive che possano quantomeno limitare e circoscrivere il fenomeno nei limiti della normale tollerabilità, essendo l'ordinanza *extra ordinem* definita atipica proprio perché finalizzata a regolare un fenomeno che, per la sua imprevedibilità, non poteva essere preso in considerazione dal legislatore.

2.3 La pronuncia del TAR Lombardia, sent. n.1214/2021

Tenuto conto di quanto detto fin ora possiamo sintetizzare dicendo che per inquinamento acustico deve intendersi l'esistenza, all'interno di un ambiente, di una fonte di rumore sostenuta tale da determinare, con il tempo, disturbi o addirittura veri e propri danni al sistema psicofisico delle persone.

Per contrastare e prevenire la diffusione di fenomeni di inquinamento acustico è stata istituita l'Arpa - Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente - la quale si occupa della prevenzione e della protezione dell'ambiente.

Nel caso sotteso alla pronuncia del Tar Lombardia, sent. n.1214/2021, è stato osservato come in due relazioni l'Arpa - assunte in via istruttoria prima e dopo le chiusure degli

esercizi commerciali a causa del “lockdown” – evidenziasse che nella zona in cui risiedevano i condomini ricorrenti si erano registrati cospicui dati di superamento di tollerabilità delle immissioni sonore al punto che, soprattutto nelle ore notturne tra il venerdì e sabato, emergeva «un valore che eccederebbe anche il limite massimo previsto per le zone esclusivamente industriali» e che il dato più rilevante consisteva nel contributo antropico dei dehors e dei consumatori dei diversi plateatici dei locali pubblici presenti.

Le due relazioni dell’Arpa fotografavano una situazione intollerabile di rilevante inquinamento acustico, individuando le fonti dell’inquinamento stesso nei locali pubblici presenti nel quartiere, contrastando così le difese del Comune di Milano, il quale in via preliminare aveva escluso qualsiasi responsabilità da parte delle commerciali presenti. Il Tar di Milano con la sentenza n. 2054/2020, accertata l’intollerabilità delle immissioni acustiche cui erano sottoposti i condomini e l’entità del superamento dei limiti massimi consentiti, dichiarava l’inadempimento del Comune di Milano mentre, con la sentenza n. 1979/2020 lo condannava ad adottare i provvedimenti necessari per ricondurre le immissioni sonore entro i limiti della normale tollerabilità nonché nei massimi consentiti nominando, nominando in caso di inadempimento da parte dell’amministrazione, Commissario *ad acta* il Prefetto di Milano.

Il Comune meneghino adottava ordinanza sindacale, ritenendo così di ottemperare alle sentenze richiamate, attraverso la quale prevedeva il divieto, per tutti gli esercizi commerciali presenti nella zona, di vendere e somministrare bevande alcoliche di qualsiasi gradazione dalle ore 00.00 alle ore 06.00, nelle notti tra il venerdì e sabato e tra il sabato e la domenica ovvero nelle giornate prefestive e festive, permettendo, invece, la consumazione di bevande alcoliche all’interno dei locali “in sede fissa”.

Il Condominio a seguito dell’adozione di tale provvedimento impugnava lo stesso, deducendone la nullità per sostanziale violazione del giudicato, e chiedendo quindi l’ottemperanza di quanto deciso in precedenza dal Tribunale.

Secondo i ricorrenti, infatti, le limitazioni previste dall’ordinanza del comune erano circoscritte entro limiti spazio-temporali ingiustificati (le sole notti tra il venerdì e sabato e tra il sabato e la domenica, ovvero nelle giornate prefestive e festive) tenuto conto che i rilievi tecnici dell’Arpa non avevano preso in considerazione solo il livello di inquinamento acustico sussistente nel fine settimana o nelle giornate festive e prefestive ma, al diversamente, avevano verificato l’intensità per tutto l’arco della settimana, rilevando in orario notturno, ovvero dalle 22.00 alle 06.00, un costante superamento dei valori soglia in tutti i giorni della settimana.

Ciò premesso, i condomini lamentavano quindi una violazione del giudicato da parte del Comune, che aveva omesso di adottare misure inerenti tutti i giorni della settimana e pertanto adeguate, in quanto l’adozione del solo divieto concernente la vendita di bevande alcoliche non risultava coerente con la necessità di contenere le immissioni rumore, tale da integrare una corretta esecuzione della pronuncia giurisdizionale loro favorevole.

Tar Lombardia accoglieva le argomentazioni dei residenti ritenendo che il provvedimento del Comune di Milano dovesse ritenersi contrario a quanto previsto dalle precedenti sentenze della medesima Corte e pertanto dichiarava la nullità ex articolo 21 *septies* della legge 1990 n. 241; ordinando nuovamente l’obbligo per l’amministrazione di adottare, entro 15 giorni dalla comunicazione o dalla notificazione della sentenza, misure idonee a ricondurre le immissioni di rumore nei limiti massimi consentiti, confermava inoltre la nomina del Prefetto di Milano, quale Commissario *ad acta*, preposto ad intervenire sostituendosi all’amministrazione su segnalazione del Condominio ricorrente, in caso di inutile decorso del suddetto termine.

2.4 TAR Lombardia, sent. n.2021/2022 e 2035/2022

2.4.1 Oggetto del giudizio

Con distinti ricorsi presentati dinanzi al TAR Lombardia i ricorrenti impugnavano l’ordinanza sindacale adottata dal Comune di Milano in ottemperanza di quanto stabilito dalle precedenti pronunce dello stesso tribunale amministrativo ed in ossequio a quanto sancito dal comma settimo dell’art. 50 del Testo unico degli enti locali, secondo cui «Il sindaco, altresì, coordina e riorganizza, sulla base degli indirizzi espressi dal consiglio comunale e nell’ambito dei criteri eventualmente indicati dalla regione, gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d’intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di

apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, al fine di armonizzare l'espletamento dei servizi con le esigenze complessive e generali degli utenti».

Nel dettaglio il ricorso al Tar avverso l'ordinanza sindacale contro la movida si fondava su due ordini di ragioni: l'avvenuto annullamento di una delle sentenze con cui era stata ordinata all'amministrazione comunale di provvedere a tutelare la tranquillità dei residenti e la ritenuta irragionevolezza del provvedimento, che non avrebbe tenuto in adeguata considerazione gli interessi degli esercizi commerciali rispetto ad esclusivo favore di quelli dei residenti, creando inoltre una discriminazione a vantaggio degli esercizi commerciali e dei locali situati nelle zone limitrofe non colpite tuttavia dall'ordinanza restrittiva.

2.4.2 Il pregresso giudizio di ottemperanza, da cui la conseguente ordinanza impugnata

Per meglio comprendere i motivi di ricorso dei ricorrenti è necessario evidenziare come l'ordinanza impugnata sia il risultato di una stratificazione di sentenze del giudice amministrativo, adottata a seguito di un giudizio contro il silenzio-inadempimento.

Il Tar Lombardia con una prima sentenza del 2019 aveva infatti, accertato l'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione, ordinando al Comune di Milano di adottare provvedimenti atti a far fronte i fenomeni di inquinamento acustico causati dagli avventori degli esercizi commerciali e in generale dalla "mala movida" presente nel quartiere, accogliendo il ricorso avverso l'inerzia del Comune a fronte dell'istanza di adozione dei necessari provvedimenti avanzata dai residenti di un condominio situato nella zona. Il Comune, quindi, al fine di adeguarsi a tale pronuncia adottava una serie di provvedimenti volti al contenimento dei rumori, sollecitando gli esercizi commerciali ad assumere presidi e misure atte a ridurre fortemente l'impatto della propria attività commerciale sulla quiete e la vivibilità dei quartieri interessati.

Il Tar, con sentenza del 2020 (successivamente annullata, come si vedrà in seguito), a seguito del ricorso in ottemperanza proposto dal sopracitato condominio, accertava che le misure adottate da Comune non ottemperavano alla sentenza del 2019, e ordinando pertanto di provvedere all'adozione dei provvedimenti necessari a ricondurre le immissioni sonore entro i limiti massimi consentiti.

Il Comune, quindi, con nuova ordinanza sindacale del novembre 2020, prevedeva, nei confronti di tutte le tipologie di esercizi pubblici situati nell'area oggetto del contenzioso, una serie di restrizioni, tra cui il divieto della vendita e somministrazione per asporto di bevande alcoliche di qualsiasi gradazione dalle ore 00.00 alle ore 06.00, nelle notti tra il venerdì e sabato e tra il sabato e la domenica ovvero nelle giornate festive e prefestive, rimanendo, invece consentita, nel rispetto delle misure di sicurezza vigenti, la consumazione di bevande alcoliche di qualsiasi gradazione all'interno dei pubblici esercizi in sede fissa.

Anche questo provvedimento veniva impugnato dal condominio con ricorso che il Tar accoglieva con una sentenza del 2021.

A seguito di tale accoglimento, l'amministrazione comunale adottava ulteriore ordinanza oggetto della sentenza in esame.

2.4.3 La decisione del TAR Lombardia: "legittimità l'ordinanza sindacale contro la movida"

Premesso quanto precedentemente accaduto all'ordinanza oggetto di impugnazione in commento, il Tar Lombardia - Milano, con le sentenze n.2021/2022 e n. 2035/2022, ha ritenuto legittima l'ordinanza sindacale anti-movida, rigettando il ricorso.

L'annullamento della sentenza del 2020 (disposto in sede di opposizione di terzo) non ha infatti travolto il giudizio di ottemperanza volto a dare esecuzione alla precedente sentenza del 2019 pronunciata sul silenzio dell'amministrazione a fronte dell'istanza presentata dal condominio.

Il giudizio proseguito con la sentenza del 2021, ha accertato la nullità del successivo provvedimento adottato dall'amministrazione.

In particolare, i giudici amministrativi hanno precisato che quest'ultima sentenza non è legata da un nesso di stretta dipendenza alla sentenza annullata, ma, altresì, alla sentenza del 2019, passata in giudicato, di cui deve essere garantita l'ottemperanza, nel rispetto del margine di discrezionalità riservato all'amministrazione.

Pertanto, l'annullamento della precedente pronuncia non incide sul provvedimento comunale adottato a seguito di giudizio di ottemperanza, tenuto conto che il giudizio di ottemperanza è volto alla «*puntuale verifica da parte del giudice dell'esatto adempimento da parte dell'amministrazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato per far conseguire all'interessato l'utilità o il bene della vita riconosciutogli in sede di cognizione*» (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2020, n. 1769).

Da ciò ne consegue che le regole fissate, a fini di prospettiva conformazione, in sede di cognizione, quand'anche aventi carattere elastico, condizionato o incompleto, possono essere integrate nel giudizio di ottemperanza (nella logica di un giudicato c.d. a formazione progressiva, che fa del relativo giudizio un peculiare misto di attività cognitoria ed esecutiva), allorché il loro ulteriore svolgimento sia desumibile, nei suoi tratti essenziali, dalla sentenza da portare ad esecuzione, solo entro questi limiti essendo predicabile una sorta di "cognizione esecutiva" (Cons. Stato, sez. V, 2 aprile 2020, n. 2225).

Quanto poi alla censura riguardante la presunta "irragionevolezza" dell'ordinanza comunale, la quale avrebbe discriminato alcuni locali a discapito di altri che si trovano a poca distanza, anche questa viene ritenuta infondata, in quanto, precisa il collegio, come l'ordinanza impugnata sia intervenuta specificamente a limitare la movida solo nei luoghi in cui l'inquinamento acustico era stato rilevato, in modo preciso e oggettivo, dall'Arpa, da cui pertanto la piena legittimità dell'ordinanza sindacale contro la movida, non risultando la stessa in alcun modo viziata.

2.5 Considerazioni conclusive

La sentenza in esame, così come la pronuncia del Tribunale di Torino di cui sopra, stabilisce come sia sempre più compito dell'amministrazione comunale chiamata in causa, oggi più di ieri, intervenire con urgenza ed efficacia per far fronte alle richieste dei residenti nei condomini a cui oramai troppo spesso è tolta la quiete e quindi il sonno nelle ore notturne, appartamenti spesso in centro, di pregio, danneggiati moralmente ed economicamente dalla chiassosa cosiddetta "mala movida".

Ai Comuni è chiesto quindi uno sforzo maggiore che quello di limitare la consumazione di bevande alcoliche in determinate ore nel week end, per adempiere al dovere di garantire la quiete, il riposo ed il sonno dei residenti, beni essenziali per l'esplicazione della vita quotidiana, così come affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione secondo cui tale lesione è meritevole di risarcimento in quanto inerente un autonomo bene della vita, costituzionalmente garantito: *"il danno non patrimoniale conseguente a immissioni illecite è risarcibile indipendentemente dalla sussistenza di un danno biologico documentato, quando sia riferibile alla lesione del diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione e al diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini quotidiane, trattandosi di diritti costituzionalmente garantiti, la cui tutela è ulteriormente rafforzata dall'art. 8 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, norma alla quale il giudice interno è tenuto a uniformarsi"* (Cass. 20445/2017).

3. Riparto di giurisdizione

Quanto all'individuazione del giudice competente a decidere in materia di immissioni è necessario distinguere tra il caso in cui venga ad essere contestato un titolo abilitativo rilasciato dalla PA, a seguito del quale vengano svolte attività che potrebbero produrre immissioni (come nel caso all'autorizzazione all'installazione di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica), da quello in cui il superamento della soglia della normale tollerabilità non sia correlato alla contestazione del titolo autorizzativo. Secondo impostazione tradizionale, nella prima ipotesi, la questione rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, il quale sarà chiamato a pronunciarsi sull'annullabilità del provvedimento di autorizzazione ritenuto illegittimo, mentre nella seconda la giurisdizione dovrà essere attribuita al giudice ordinario anche nel caso in cui le immissioni intollerabili provengano da un'area pubblica.

Riguardo, ad esempio ad immissioni di rumore provenienti da aree pubbliche, la Cassazione ha stabilito che rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia avente ad oggetto la domanda di condanna della P.A. a provvedere, con tutte le misure necessarie, alla rimozione o alla riduzione nei limiti della soglia di tollerabilità delle immissioni nocive, oltre che al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali atteso che *"l'inosservanza da parte della P.A. delle regole tecniche o dei canoni di diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni può essere denunciata dal privato davanti al giudice ordina-*

rio, non solo, per conseguire la condanna della P.A. al risarcimento dei danni, ma anche per ottenerne la condanna ad un *facere*, tale domanda non investendo scelte ed atti autoritativi della P.A., ma un'attività soggetta al principio del *neminem laedere*" (Cass.civ., Sez. Un., ordinanza n. 21993/2020, Vincenti, Rv. 659163-01).

Tale impostazione sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, trova il suo fondamento normativo nel disposto normativo dell'art. 103 Cost. Sul punto infatti dopo un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, con diverse pronunce della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, si è giunti alla sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale, con cui il Giudice delle leggi ha chiarito che "è in contrasto con la Costituzione la devoluzione al giudice amministrativo delle controversie riguardanti i comportamenti della pubblica Amministrazione nei casi in cui la stessa non eserciti, nemmeno mediamente (cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti privatistici), alcun pubblico potere".

Da ciò ne deriva pertanto che per essere affermata la giurisdizione del giudice amministrativo, anche se esclusiva, è necessario che la p.a. abbia agito esercitando il proprio il potere autoritativo e non diversamente agendo *iure privatorum*, in virtù di specifiche norme, con cui le viene attribuita la facoltà di agire come soggetto di diritto privato. Sulla base di tali principi, la Corte di Cassazione ha affermato che deve, invece, essere riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario in tutte le controversie in cui la P.A. non ha correttamente agito su un piano paritetico, anche solo in violazione dei generali principi di diligenza e correttezza, rilevando in tal caso, esclusivamente l'illiceità della condotta dell'ente pubblico, capace di incidere sui propri diritti patrimoniali, non venendo contestato alcun provvedimento amministrativo, di cui la condotta dell'amministrazione risulti essere esecuzione, nei cui confronti il privato si trova ad assumere una posizione giuridica che non può che essere qualificata se non come di diritto soggettivo (Cass. Civ., SS.UU., sentenza n. 20117/2005).

3.1 Corte di Cassazione - Sezioni Unite, ordinanza n.27175 del 15/09/2022

Ciò posto, nel caso in esame, viene chiesto alla Corte di accertare se la giurisdizione sia del giudice ordinario, o se invece l'oggetto del giudizio concerne la legittimità di un atto amministrativo.

Sul punto la Corte ha rilevato che nel caso di specie il *petitum* sostanziale riguardava la tutela del diritto alla salute dei cittadini residenti connessa alla serenità della vita familiare all'interno delle loro abitazioni lesa dalle immissioni rumorose intollerabili causate dalla condotta omissiva del Comune, che non adottando adeguate misure, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt.844 c.c. e 32 Cost., volte ad eliminare o quantomeno limitare e ridurre le fonti delle immissioni acustiche nelle proprietà degli istanti ha contribuito al proliferare della mala movida e quindi alla propagazione dei forti rumori scaturiti dal flusso massiccio e costante di persone che transitando, stazionando e intralciando i marciapiedi per partecipare alla vita notturna del quartiere, hanno determinato il sorgere di una situazione intollerabile per i residenti.

In particolare gli ermellini hanno sottolineato il principio secondo cui in ambito di immissioni intollerabili per la salute umana "l'inosservanza da parte della P.A. delle regole tecniche o dei canoni di diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni, là dove le immissioni nocive provengano dal bene pubblico (o da impianto privato realizzato sulla base di provvedimento amministrativo), può essere denunciata dal privato davanti al giudice ordinario non solo per conseguire la condanna della P.A. al risarcimento dei danni, ma anche per ottenerne la condanna ad un *facere*, tale domanda non investendo scelte ed atti autoritativi della P.A., ma un'attività soggetta al principio del *neminem laedere*" (cfr. tra le più recenti Cass., Sez. Un. n. 7636/2020 e n. 25578/2020; Cass., Sez. Un. n. 29298/2021, Cass., Sez. Un., 12 ottobre 2020, n. 21993).

Quanto alla posizione giuridica fatta valere, la Suprema Corte ha rilevato che nel caso di specie si tratta di diritto soggettivo, non di interesse legittimo, in quanto l'oggetto del giudizio non investe scelte ed atti autoritativi della P.A., la quale non esercita alcun potere discrezionale sui cittadini che vivono nell'area interessata dalle immissioni inquinanti e lesive della salubrità dell'ambiente.

La Corte ha inoltre, ha escluso che la controversia potesse rientrare nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art.133 cod. proc. amm.,

in quanto non avente ad oggetto atti o provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica ed edilizia, o di provvedimenti, anche contingibili e urgenti, emanati dal Sindaco in materia di igiene pubblica. Secondo i giudici di legittimità si esula dall'ambito della giurisdizione esclusiva non perché la posizione fatta valere in giudizio corrisponde ad un diritto costituzionalmente protetto, quale il diritto alla salute, ma perché anche nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la tutela dei diritti fondamentali può estendersi anche ai comportamenti materiali della P.A., solo nel caso in cui siano consequenziali ad atti amministrativi o comunque manifestazione di un potere autoritativo, fino a che questi comportamenti non degradino a comportamenti di mero fatto (Corte costituzionale sentenza n. 204/2004). Alla luce dei principi normativi e giurisprudenziali esposti, le Sezioni Unite della Cassazione hanno pertanto affermato che nel caso di specie, la condotta addebitata al Comune non risulta connessa ad atti amministrativi emanati in virtù di potere autoritativo, ma ad un'attività soggetta al principio del *neminem laedere*, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

Note

1. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 21993 del 12 ottobre 2021, «...In tema di immissioni acustiche provenienti da aree pubbliche, appartiene alla giurisdizione ordinaria la domanda, proposta dai cittadini residenti nelle zone interessate, di condanna della Pubblica Amministrazione a provvedere, con tutte le misure adeguate, all'eliminazione o alla riduzione nei limiti della soglia di tollerabilità delle immissioni nocive, oltre che al risarcimento dei danni, patrimoniali o non patrimoniali, patiti, atteso che l'inosservanza, da parte della Pubblica Amministrazione, delle regole tecniche o dei canoni di diligenza e di prudenza nella gestione dei propri beni può essere denunciata dal privato davanti al Giudice Ordinario non solo per conseguire la condanna della Pubblica Amministrazione al risarcimento dei danni, ma anche per ottenere la condanna a un 'facere', tale domanda non investendo scelte e atti amministrativi della Pubblica Amministrazione, ma un'attività soggetta al principio del "neminem laedere"».



Lavoro

Il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. Il caso dei “riders”



di Michele Di Iesu

Avvocato del Foro di Lagonegro, Giudice onorario di Tribunale

It

Il lavoro esamina le condotte incriminate dall'art. 603-bis c.p., soffermandosi sui concetti di “sfruttamento” e “stato di bisogno” del lavoratore alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e la questione di legittimità costituzionale per indeterminatezza della fattispecie.

Il lavoro di poi, si sofferma sulla recente decisione del Giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale Ordinario di Milano, primo caso di condanna per caporalato sui rider, che offre spunti di riflessione sugli ambiti applicativi della norma a tutela delle condizioni di lavoro e contrasto alle pratiche di sfruttamento del lavoro.

 **intermediazione, sfruttamento, stato di bisogno, rider**

Eng

The work examines the conducts indicted by the art. 603-bis of the criminal code, focusing on the concepts of “exploitation” and “state of need” of the worker in the light of the jurisprudential guidelines and the question of constitutional legitimacy due to the indeterminacy of the case.

The work then focuses on the recent decision of the Gup of Milan, the first case of conviction for illegal hiring on riders, which offers food for thought on the application areas of the law to protect working conditions and contrast the practices of labor exploitation.

 **intermediation, exploitation, state of need, rider**

Sommario

1. Il delitto di intermediazione e sfruttamento del lavoro: lo sfruttamento e lo stato di bisogno;
2. Rider e caporalato.

1. Il delitto di intermediazione e sfruttamento del lavoro: lo sfruttamento e lo stato di bisogno

Il d.l. 138/2011 recante “Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo”, convertito, con modificazioni dalla l. 148/2011, ha introdotto il delitto di intermediazione e sfruttamento del lavoro, allo scopo di contrastare il fenomeno del c.d. caporalato, storicamente diffuso soprattutto nel meridione (Piana del Sele, Agro Pontino e zona del Foggiano) e nel lavoro dei migranti in agricoltura, e di tutelare il lavoratore che è soggetto debole del rapporto di lavoro. In particolare, la Suprema Corte ha evidenziato come l'intervento fosse volto a colmare quel vuoto di tutela creatosi fra, da un lato, la più grave ipotesi di riduzione in schiavitù di cui all'art. 600 c.p. (che include anche forme di lavoro forzato o obbligatorio) e, dall'altro, gli illeciti contravvenzionali previsti dal D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (c.d. Legge Biagi) volti a reprimere alcune forme di intermediazione e interposizione illecita¹.

Nella specie, l'art. 603-bis c.p. inserito alla sezione I “Dei delitti contro la personalità individuale”, nel titolo denominato “Dei delitti contro la persona”, puniva con la reclusione da cinque a otto anni e con la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore lo svolgimento di un'attività di intermediazione organizzata, mediante violenza, minaccia o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori. La norma aveva uno stretto ambito applicativo e si limitava sostanzialmente alla punizione dell'attività di intermediazione lasciando impunito il fruitore finale della prestazione (datore di lavoro), che avrebbe potuto concorrere nel delitto ex art. 110 c.p. qualora lo sfruttamento del lavoro fosse posto in essere attraverso l'attività di intermediazione, senza altresì tener conto della circostanza che le condotte di sfruttamento potevano essere poste in essere anche senza ricorrere necessariamente alla violenza, alla minaccia.

La legge n. 199 del 2016 ha allargato le maglie di operatività dell'incriminazione.

L'art. 603 bis c.p., primo comma, come modificato dalla l. n. 199 del 2016, dispone che *«salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque: 1) recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori; 2) utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione di cui al numero 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno»*.

Con tale intervento legislativo, ferma restando la clausola di riserva relativamente indeterminata, che configura il reato in questione come fattispecie sussidiaria rispetto a reati puniti più gravemente, si è reso punibile anche lo sfruttamento di manodopera direttamente posto in essere dal datore di lavoro². Per la configurazione del reato non è più necessario che la condotta sia connotata da violenza o minaccia. Una delle ragioni della scarsa applicazione della precedente norma di cui all'art. 603 bis c.p. derivava dalla difficoltà probatoria di dimostrare lo svolgimento in forma organizzata nell'attività di reclutamento dei lavoratori. Inoltre, l'attività organizzata di intermediazione doveva essere caratterizzata dallo sfruttamento mediante violenza, minaccia o intimidazione, con contestuale approfittamento dello stato di bisogno di necessità del lavoratore³.

Se i fatti sono commessi mediante violenza o minaccia, si applica la circostanza aggravante prevista dall'art. 603 bis co. 2, c.p., e la pena è della reclusione da cinque a otto anni nonché della multa da 1.000 a 2.000 euro.

La fattispecie individuata nel n. 1 del comma prima dell'art. 603 bis c.p. individua un'ipotesi di reato di mera condotta punibile a titolo di dolo specifico, senza che sia necessaria la produzione dell'evento costituito dallo sfruttamento dei lavoratori⁴.

Nella condotta individuata nel n. 2 dell'art. 603 bis c.p., le condizioni di sfruttamento costituiscono il risultato della condotta tipica del datore di lavoro o dell'utilizzatore della manodopera.

La fattispecie è punibile a titolo di dolo generico.⁵

All'uopo, la suprema Corte ha affermato che il delitto previsto dall'art. 603 *bis*, comma 1, n. 1, c.p. è caratterizzato dal dolo specifico, essendo necessario che l'intermediario recluti la manodopera al fine di destinarla al lavoro presso terzi, mentre per quello previsto dall'art. 603 *bis*, co. 1, n. 2, c.p., è sufficiente il dolo generico, essendo richiesto che l'utilizzatore abbia agito con coscienza e volontà di sottoporre i lavoratori a condizioni di sfruttamento e di approfittare del loro stato di bisogno⁶.

Il legislatore non ha definito direttamente il concetto di sfruttamento, ma lo ha individuato attraverso una indicizzazione delle condotte, che già la giurisprudenza aveva enucleato in riferimento alla fattispecie di cui all' art. 600 c.p., ovvero la retribuzione, l'orario di lavoro, le condizioni di igiene e di sicurezza sul lavoro, i metodi di sorveglianza e le situazioni alloggiative degradanti⁷.

La giurisprudenza ha specificato che, come si può dedurre dalla stessa dizione normativa, basterebbe in teoria anche la ricorrenza di un solo indice sintomatico per individuare la condotta criminosa.

In relazione alla violazione dei contratti collettivi in tema di salario e delle disposizioni relative all'orario (siano esse di natura pattizia o normativa), è necessaria la reiterazione della condotta⁸.

Nella relazione ministeriale di accompagnamento alla legge, è chiaramente affermato che gli indici dello sfruttamento non fanno parte del fatto tipico, dal che deriva che la loro genericità non costituisce un *vulnus* alle garanzie sottese al principio di legalità.

Stando all'insegnamento della suprema Corte, l'indicazione di condizioni che integrano lo sfruttamento non chiude la strada dell'interprete e quella del giudice all'individuazione di altre condotte che integrino la condotta di abuso del lavoratore, posto che esse costituiscono appunto indici del fatto tipico, cioè sintomi della sua sussistenza, che ben può risultare diversamente, purché si concreti la condizione di coartazione a condizioni di lavoro di cui si subisce l'imposizione⁹.

I giudici di legittimità, poi, nel dichiarare manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale, hanno affrontato anche il tema della determinatezza della fattispecie, affermando che si è in presenza di un'architettura normativa e concettuale pienamente in linea con il dettato costituzionale" e che è da escludersi ogni *vulnus* ai principi di tassatività e determinatezza, poiché la norma fa riferimento agli indici di cui al comma III proprio al fine di riempire di contenuto concreto il concetto di sfruttamento e la giurisprudenza ha chiarito che si tratta di meri "sintomi" e, cioè, di indici che il giudice valuta al fine di stabilire se ricorra o meno la predetta condizione di sfruttamento, avendo il legislatore inteso agevolare i compiti ricostruttivi del giudice, orientando l'accertamento in quei settori – retribuzione, condizioni di lavoro, condizioni alloggiative etc. – che rappresentano gli ambiti privilegiati di emersione della condotta di sfruttamento.

In conclusione, gli indici costituiscono dei criteri-guida per l'interprete che non precludono l'individuazione di altre condotte che integrino la fattispecie di abuso, posto che essi costituiscono meri indicatori della sussistenza del fatto tipico, che ben può risultare *aliunde*, purché si concreti l'assoggettamento a condizioni di lavoro di cui si subisce l'imposizione¹⁰.

Sul punto anche la dottrina si è espressa in conformità con quanto asserito dalla giurisprudenza di legittimità¹¹.

Per quanto attiene all'approfittamento dello stato di bisogno, lo stesso rappresenta un *quid pluris* volto a selezionare tra le condotte di sfruttamento quelle punibili. Anche in questo caso la norma, pur richiedendo che lo sfruttamento derivi dallo stato di bisogno, non definisce la nozione, né elabora degli indici così come ha fatto per le condizioni di sfruttamenti elencati al terzo comma. Il legislatore ha utilizzato la locuzione "stato di bisogno" con riferimento ad istituti civilistici ed altri reati (quali, ad esempio, l'usura nell'originaria configurazione), e non quella "posizione di vulnerabilità", utilizzata invece, nella formulazione dell'art. 600 c.p. .

La condotta commessa nei confronti anche di un singolo lavoratore in presenza delle condizioni di sfruttamento e l'approfittamento dello stato di bisogno è penalmente rilevante.

Una recente sentenza emessa dalla Corte di appello di Palermo¹² ha assolto, con la formula *“perché il fatto non sussiste”*, un imprenditore agricolo condannato in primo grado per il reato di cui all'art. 603 *bis* c.p. per avere impiegato come pastore un cittadino extracomunitario sottoponendolo a condizioni di sfruttamento.

I giudici d'appello hanno ritenuto assenti quell'eclatante pregiudizio e quello stato di rilevante soggezione del lavoratore richiesti per l'integrazione della fattispecie nonostante il lavoratore (un migrante di origine ghanese) svolgesse settanta ore di lavoro settimanali, a fronte delle trentanove previste dai contratti collettivi nazionali; gli venisse corrisposta una retribuzione pari alla metà di quella indicata dai medesimi contratti; non godesse del pagamento degli straordinari, delle ferie, delle pause giornaliere e dei turni di riposo settimanali; non fosse stato sottoposto a visita medica; lavorasse senza formale contratto; usufruisse di un alloggio procurato dall'imputato, che lo costringeva a espletare i propri bisogni fisiologici in campagna e a utilizzare per l'igiene personale un lavandino sito nella vicina stalla.

La Corte d'appello ha ritenuto che il lavoratore non versasse in stato di bisogno al momento dell'accettazione del lavoro, potendo egli fruire - in quanto ospite di un centro di accoglienza - di tutti i servizi indispensabili alla persona: vitto e alloggio, cure e visite mediche, *pocket money* di 75 euro al mese, riscaldamento, televisione, Wi-Fi¹³.

Il tema della prova dell'approfittamento dello stato di bisogno della vittima, ai fini dell'integrazione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603 *bis* c.p., è stato affrontato anche dai giudici di legittimità. Parte della giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che l'approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori possa ricavarsi dalla condizione di clandestinità degli stessi, che li rende disposti a lavorare in condizioni disagevoli¹⁴.

La suprema Corte ha specificato che, per la verifica della sussistenza dello stato di bisogno, non occorra indagare sulla sussistenza di una posizione di vulnerabilità, da intendersi, secondo le indicazioni sovranazionali, come assenza di un'altra effettiva ed accettabile scelta, diversa dall'accettazione dell'abuso - indagine che, peraltro, anche nella fattispecie di cui all'art. 600 c.p. è alternativa rispetto alla verifica di altre e diverse situazioni di debolezza della vittima, specificamente indicate dal legislatore. Lo stato di bisogno, infatti non si identifica con uno stato di necessità tale da annientare in modo assoluto qualunque libertà di scelta, ma come un impellente assillo e, cioè, come una situazione di grave difficoltà, anche temporanea, in grado di limitare la volontà della vittima, inducendola ad accettare condizioni particolarmente svantaggiose¹⁵.

Altro filone giurisprudenziale di legittimità si è orientato verso la necessità di una prova rigorosa dello stato di necessità. I giudici della nomofilachia sono stati chiamati a pronunciarsi sul ricorso di un indagato per il reato di cui all'art. 603 *bis* c.p., che aveva impugnato l'ordinanza del tribunale per il riesame, con la quale era stata sostituita la misura dell'obbligo di dimora nel comune di residenza e dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria con il divieto di esercitare uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese.

I lavoratori di provenienza straniera erano stati assunti o comunque utilizzati allo scopo di destinarli alla coltivazione di terreni agricoli nella disponibilità dell'indagato. I braccianti vivevano in condizioni igienico-sanitarie pessime in un'area dove sorgeva un centro di accoglienza affiancato da una baraccopoli e percepivano la retribuzione oraria di euro cinque all'ora, non erano stati loro forniti dispositivi di protezione individuali e non erano stati sottoposti a visita medica.

La Cassazione ha annullato l'ordinanza, sul presupposto che il provvedimento impugnato appariva carente in merito alla motivazione della sussistenza dello stato di bisogno, che non può essere desunto dalle condizioni di sfruttamento, avendo la stessa Corte già chiarito che, sebbene non possa negarsi che soggiornare in un centro di accoglienza costituisca una condizione di disagio, trattandosi di alloggiamenti che implicano condizioni di promiscuità dei servizi e l'assenza degli ordinari agi di un'abitazione, cionondimeno ciò non integra di per sé lo stato di bisogno¹⁶.

Un concetto così estremizzato, che porta a non ritenere sufficiente, per la prova dello

stato di bisogno, la circostanza che il lavoratore viva in una baraccopoli o in un centro di accoglienza, sembra paralizzare l'operatività della norma in esame, rendendo la prova in questione un onere gravoso, se non impossibile da assolvere.

Non è richiesta, per l'integrazione della fattispecie, una finalità di lucro¹⁷.

È stata ritenuta sussistente la fattispecie criminosa in un caso riguardante la vicenda di un cittadino extracomunitario che si prodigava, senza ricevere nulla in cambio, nel procurare un ingaggio come bracciante ai propri connazionali che successivamente venivano sfruttati dal datore di lavoro.

La dottrina prevalente, al fine di individuare la definizione dello stato di bisogno, fa applicazione dei principi sanciti dalla giurisprudenza relativamente al reato di usura. Lo stato di bisogno si identificerebbe dunque in una condizione di difficoltà materiale, meno intensa della necessità, ma tale da incidere sulla capacità di autodeterminazione del lavoratore¹⁸.

Quanto al momento in cui il reato si perfeziona, **è sufficiente per la fattispecie di cui all'art. 603 bis**, co. 1, n. 1), c.p., che il soggetto attivo procuri manodopera al datore di lavoro in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori, a prescindere dalla sua effettiva utilizzazione. Per quanto attiene alla fattispecie di cui all'art. 602 n. 2, c.p., è necessario che l'impiego si sia protratto per un tempo apprezzabile che abbia determinato lo sfruttamento del lavoratore.

Il legislatore del 2016 ha colmato una rilevante lacuna¹⁹ della precedente norma ampliando la responsabilità da reato dell'ente giuridico, con l'inserimento dell'art. 603 bis nell'elenco dei reati di cui l'ente risponde *ex art. 25 quinquies* d.lgs. n. 231/2001 e ha reso possibile il ricorso a strumenti repressivi di tipo patrimoniale, come i diversi tipi di confisca e il sequestro giudiziario, con la consapevolezza che siamo di fronte, a tutti gli effetti, a forme di criminalità economica²⁰.

La dottrina maggioritaria ha affermato, in linea con l'orientamento giurisprudenziale, che anche la persona giuridica straniera può essere chiamata a rispondere del reato commesso nel territorio nazionale dai rappresentanti della società²¹.

2. Rider e caporalato

La sentenza in esame affronta, dal punto di vista penalistico, il crescente fenomeno dello sfruttamento del lavoro dei cosiddetti "riders", da parte delle società che gestiscono il c.d. mercato delle piattaforme digitali attraverso le quali vengono organizzate le consegne di cibo a domicilio e la dibattuta questione dell'inquadramento giuridico del rapporto di lavoro dei c.d. rider che solo formalmente hanno una qualifica di lavoratori automi retribuiti a cottimo.

Nella specie, il giudice dell'udienza preliminare presso il tribunale ordinario di Milano, a seguito di giudizio abbreviato, ha ritenuto configurabile il delitto di cui all'art. 603 bis c.p. in capo all'amministratore di diritto della società intermediaria Flash Road City con il compito di reclutamento e gestione diretta dei "rider", addetti alla consegna dei pasti a domicilio per il gruppo italiano di Uber Italy s.r.l., facente parte della multinazionale Uber²².

Il giudice, nella sentenza di condanna, ha ritenuto essersi create condizioni di sfruttamento e di approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori, agevolate dall'assenza di una specifica regolamentazione dei rapporti di lavoro connotati dalla smaterializzazione e dalla gestione tramite applicazioni informatiche e digitali²³. Nell'affermare la sussistenza della penale responsabilità dell'imputato, si è soffermato sia sulla sussistenza degli indici dello sfruttamento lavorativo perpetrato in danno dei rider, sia sulla sussistenza dell'elemento dello stato di bisogno di cui all'art. 603 bis c.p.

Per quanto attiene agli indici dello sfruttamento lavorativo perpetrato ai danni dei fattorini, il giudice ha rappresentato in sentenza una serie di elementi tra cui: una retribuzione corrisposta ai lavoratori tra queste di gran lunga inferiore a quanto previsto dai CCNL (tre euro a consegna a prescindere dalla durata del tragitto e dall'orario della consegna notturna); la violazione di tutte le norme contrattuali in tema di lavoro auto-

uomo con la configurazione in sostanza di un rapporto di lavoro subordinato alterato; la non corresponsione della manca dovute al lavoratore; l'omesso versamento delle ritenute previdenziali in concreto operato sulla retribuzione dei lavoratori; la previsione di penali di natura strumentale che ne riducevano ulteriormente l'importo; il sollecito dei lavoratori ad effettuare consegne anche in caso di malattia con l'imposizione ai predetti di connettersi all'applicazione *web* nelle fasce orarie più richieste, accettando qualunque consegna a qualunque distanza anche in condizione di tempo avverse e in giorni festivi con la minaccia di blocco dell'account; il mancato rispetto delle norme in materia di sicurezza sul lavoro, non fornendo adeguato equipaggiamento (caschi da biciclette, giubbotti catarifrangenti ecc.), la mancanza di qualsivoglia assistenza sanitaria e l'imposizione dell'uso del cellulare durante il tragitto.

Tali condotte, secondo il giudice, sono da ricondurre ad un caporalato grigio, celandosi dietro una parvenza di legalità del rapporto di lavoro e non implicando il totale assoggettamento del lavoratore.

In ordine alla nozione di stato di bisogno di cui all'art. 603 *bis* c.p., il giudice conformemente alla giurisprudenza di legittimità, lo definisce uno stato di grave difficoltà, anche temporanea, che, pur non annientando in modo assoluto qualunque libertà di scelta, comporta un impellente assillo, tale da compromettere fortemente la libertà contrattuale. Nel corpo motivazionale della sentenza, si evidenzia come gran parte dei lavoratori impiegati come *riders* fossero migranti richiedenti asilo, per lo più dimoranti presso centri di accoglienza straordinaria, in condizioni di isolamento e vulnerabilità, provenienti in gran parte da zone segnate da anni di guerre, povertà alimentare e lontananza dai propri affetti familiari. Ed è proprio il bisogno di «*avere i soldi per sopravvivere*» che li avrebbe indotti a svolgere lavori meno qualificati e più gravosi e costretti ad effettuare le consegne anche – e soprattutto – in orario serale e notturno, in condizioni atmosferiche avverse, ad utilizzare il cellulare durante il tragitto, a lavorare anche in condizioni di malattia, rischiando incidenti a bordo di mezzi spesso non idonei, in assenza di qualunque controllo sanitario pagati poco e male.

La sentenza offre spunti di riflessione sui confini di applicazione della norma che può trovare applicazione a tutela del lavoratore e contrasto dello sfruttamento al di là del lavoro in agricoltura e al di là del formale inquadramento come lavoratore autonomo del soggetto passivo.

Note

1. Cass. pen., sez. IV, 13 dicembre 2021, n. 45615 in Italggiureweb.
2. A. Di Martino, Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato, Bologna, 2020; F. Gianfrotta, Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: luci e ombre di una riforma necessaria. Come cambia la tutela penale dopo l'approvazione della legge n. 199/2016, in Quot. giur., 2017.
3. S. Tordini Cagli, Profili penali del collocamento della manodopera. Dalla intermediazione illecita all'intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, in Ind. pen., 2017, p. 751.
4. G. Fiandaca – E. Musco, Diritto penale. Parte speciale, Milano, 2008, p. 356.
5. G. Fiandaca – E. Musco, op. ult. cit., ibidem.
6. Cass. pen., sez. IV, 1° febbraio 2022, n. 3554 in Italggiureweb.
7. A. Di Martino, Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento dell'art. 603-bis c.p., in Arch. pen., 2018, 3, p. 10.
8. Cass. pen., sez. IV, 13 dicembre 2021, n. 45615 in Italggiureweb.
9. Cass. pen., sez. IV, 4 marzo 2022, n. 7861 in Italggiureweb.
10. Cass. pen., sez. IV, 30 novembre 2022, n. 9473 in Giur. pen. web, 9 marzo 2023.
11. A. Di Martino, Tipicità di contesto, cit., p. 9.
12. Corte App. Palermo, sez. IV, sentenza 26 febbraio 2021 n. 408, in www.aodv231.it.
13. C. Cucinotta, Il ruolo del consenso e lo stato di bisogno del lavoratore nell'art. 603-bis c.p., in Arch. pen., 2021, 2, pp. 2 ss.
14. Cass. pen., sez. V, 20 aprile 2018, n. 17939 in www.aodv231.it.
15. Cass. pen., sez. IV, 04 marzo 2022, n. 7861 in www.olympus.uniurb.it.
16. Cass. pen., sez. IV, 19 luglio 2022, n. 28289, *ivi*.
17. Cass. pen., sez. IV, 19 febbraio 2018 n. 7891 in www.servizioagromafie.it.
18. G. Rotolo, A proposito del “nuovo” delitto di “intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”. Note critiche sul controllo penale del c.d. caporalato, in Economia informale e politiche di trasparenza. Una sfida per il mercato del lavoro, a cura di Ferrante, Milano, 2017, p. 15.
19. A. Giuliani, I reati in materia di “caporalato”, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, Padova 2015, p. 215, che osserva come il fenomeno è “il prodotto dell'azione di una rete criminale transnazionale organizzata capace di mantenere un dominio trasversale sulle vittime dal momento del reclutamento e per tutta la durata dello svolgimento delle prestazioni lavorative”.
20. Cass. pen., sez. IV, 13 dicembre 2021, n. 45615 in www.olympus.uniurb.it.
21. T. Padovani, La disciplina italiana della responsabilità degli enti nello spazio transnazionale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2021, p. 410 ss..
22. Altri imputati hanno optato per il rito alternativo ex art. 444 c.p.p., mentre la manager di Uber e la società FRC s.r.l., imputata dell'illecito amministrativo dipendente dal reato di cui all'art. 603-bis c.p. hanno scelto il rito ordinario e sono stati rinviati a giudizio. Nel maggio 2020 il Tribunale di Milano, sezione misure di prevenzione, con decreto n. 9 del 2020, aveva disposto la misura di prevenzione di cui all'art. 34, co. 1, D.lgs. n. 159 /del 2011 come sostituito dalla legge n. 161 del 2017, nei confronti della società Uber Italy s.r.l. per caporalato a danno dei rider. Nel decreto si afferma: «risulta dunque palese come, di fatto, Uber indirizzasse e limitasse le capacità decisionali del fleet partner con ripercussioni sull'autonomia decisionale dei fattorini e in aperta contraddizione con quanto previsto sia nel contratto siglato tra Uber e FRC S.r.l. [...] e con la natura degli accordi di collaborazione occasionale sottoscritti dalla FRC con i vari riders...». I giudici successivamente, con decreto del 3 marzo del 2021, hanno revocato la misura a seguito del riconoscimento del percorso virtuoso intrapreso dall'azienda a seguito dell'indagine.
23. Trib. Milano, ufficio G.i.p., ord. 7 gennaio 2022 (giudice T. De Pascale), in www.dirittinternet.it.

L'omessa adozione dell'atto di gradazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi da parte dell'Azienda sanitaria e la tutela spettante al dirigente medico



di Dario Cavallari

Consigliere della Corte di Cassazione

It

L'articolo tratta di una serie di sentenze pronunciate dalla Sezione Lavoro della Corte Suprema di Cassazione nel 2023 e concernenti la tutela spettante, nel pubblico impiego, ai medici che, in assenza del completamento di una particolare procedura da parte della P.A., che avrebbe dovuto concludersi con un atto c.d. "di gradazione delle funzioni" e con la connessa "pesatura degli incarichi", avessero svolto attività con riferimento alle quali sarebbe loro spettata la corresponsione di parte dell'indennità di posizione aziendale, ove detto atto fosse stato tempestivamente adottato dalla competente amministrazione sanitaria.

Dopo avere individuato e descritto la normativa rilevante e la composizione della retribuzione in esame, tali sentenze hanno chiarito il ruolo dei fondi previsti in materia dalla contrattazione collettiva e la procedura che avrebbe dovuto essere seguita per determinare la parte variabile della retribuzione di posizione.

Esse hanno precisato, quindi, quale incidenza avessero le regole concernenti la citata procedura sui diritti e i doveri delle parti contraenti e la posizione giuridica dei medici.

Hanno poi individuato in concreto le tutele azionabili dai detti medici in caso di mancata attivazione della procedura menzionata, affermando che i medici interessati avrebbero potuto domandare il risarcimento del danno patito, da qualificare come danno da perdita di chance.

Hanno pure affrontato la tematica dell'incidenza sul danno da riconoscere degli importi percepiti in più dal medico in conseguenza del fatto che l'omesso completamento della procedura menzionata aveva comportato l'inutilizzabilità dei fondi per la retribuzione di posizione, che erano confluiti in quelli per la retribuzione di risultato, determinando un incremento di quest'ultima.

Infine, le sentenze in commento hanno trattato la problematica del rilievo del c.d. factum principis nel presente contenzioso.



pubblico impiego, tutela dei medici, retribuzione

Eng

The article deals with a series of judgments handed down by the Labour Section of the Supreme Court of Cassation in 2023 and concerning the protection due, in the public service, to doctors who, in the absence of the completion of a particular procedure by the public administration, which should have ended with a so-called act of "gradazione delle funzioni" and with the related "pesatura degli incarichi", had carried out activities with reference to which they would have been entitled to the payment of part of the so-called "position" allowance, if that act had been promptly adopted by the competent health administration. After identifying and describing the relevant legislation and the composition of the remuneration in question, these judgments clarified the role of the funds provided for in the matter by collective bargaining and the procedure that should have been followed to determine the variable part of the position remuneration.

They specified, therefore, what impact the rules concerning the aforementioned procedure had on the rights and duties of the contracting parties and the legal position of the doctors. They went on to identify in concrete terms the protections that could be claimed by those doctors in the event of failure to activate the aforementioned procedure, stating that the doctors concerned could claim compensation for the damage suffered, to be classified as damage for loss of chance.

They also dealt with the issue of the impact on the damages to be recognised of the additional amounts received by the doctor as a result of the fact that the failure to complete the above-mentioned procedure had resulted in the unusability of the funds for "position" remuneration, which had been merged with those for performance remuneration, leading to an increase in this latter.

*Finally, the judgments under comment dealt with the issue of the significance of the so-called *factum principis* in this litigation.*

 **public service, protection of doctors, remuneration**

1. Premessa generale ed individuazione dell'oggetto del contendere

Con una serie di importanti sentenze (le n. 7110, 8468, 8663, 9040, 9244, 9724, 10613, 12270, 12273, e 12276), pronunciate all'udienza del 1° febbraio 2023, la sezione lavoro della Corte Suprema di cassazione ha affrontato e risolto delle delicate questioni concernenti la tutela spettante ai dirigenti medici che, in assenza di un atto di gradazione delle funzioni e della connessa pesatura degli incarichi, avessero svolto attività con riferimento alle quali sarebbe loro spettata la corresponsione della parte variabile dell'indennità di posizione aziendale, ove detto atto di gradazione fosse stato tempestivamente adottato dalla competente amministrazione sanitaria. Pur trattandosi di controversie solo in parte sovrapponibili, i lavoratori coinvolti nelle cause in esame, medici di un'azienda sanitaria locale, avevano chiesto in sede giudiziaria, di base, che fosse loro riconosciuto il diritto al pagamento dell'indennità di posizione variabile per la funzione svolta e, in via subordinata, il risarcimento del danno.

La tematica è di grande rilievo perché, tecnicamente, essi non potevano pretendere la corresponsione della menzionata indennità, in assenza delle necessarie procedure di graduazione delle funzioni dirigenziali e di pesatura degli incarichi.

Era prospettata, però, la sussistenza di un inadempimento colpevole dell'azienda per non avere posto in essere tali procedure, con conseguente diritto al risarcimento del danno.

La tesi difensiva dell'azienda sanitaria coinvolta era che l'espletamento delle procedure di graduazione delle funzioni dirigenziali e di pesatura degli incarichi rappresentava un ostacolo insuperabile alla richiesta dei dipendenti, in quanto essi potevano vantare un diritto soggettivo pieno alla sola parte fissa della retribuzione

in questione mentre, in ordine a quella variabile, essi erano titolari, al massimo, di una mera aspettativa di fatto.

Pertanto, i ricorrenti, in assenza dell'intervento del datore di lavoro, non avrebbero avuto diritto a ricevere l'emolumento in esame.

Una particolarità della maggior parte dei giudizi è che l'azienda sanitaria aveva riconosciuto a tutti i dirigenti medici, compresi i ricorrenti, un minimum della retribuzione di posizione il che, ad avviso del datore di lavoro, avrebbe escluso ogni colpevole inerzia della detta azienda sanitaria, considerato anche che la Regione aveva ordinato di sospendere il conferimento degli incarichi di responsabile di struttura semplice e complessa. Non era possibile, quindi, qualificare il mancato pagamento della retribuzione variabile come responsabilità contrattuale. In ogni caso, sarebbe stato onere dei ricorrenti, avendo essi ricevuto un minimum dell'indennità, di dimostrare che, in presenza della pesatura della funzione esercitata, avrebbe avuto diritto ad ottenere una somma maggiore.

In aggiunta a ciò, l'azienda sanitaria ha esposto che il versamento di tale minimum avrebbe dovuto essere considerato come manifestazione della sua buona fede.

2. La normativa rilevante e la composizione della retribuzione di posizione

La Suprema Corte compie un'attenta disamina della normativa rilevante.

Innanzitutto, evidenzia che l'art. 24 del d.lgs. n. 29 del 1993, poi trasfuso nell'art. 24 del d.lgs. n. 165 del 2001, prescrive, al comma 1, che:

“La retribuzione del personale con qualifica di dirigente è determinata dai contratti collettivi per le aree dirigenziali, prevedendo che il trattamento economico accessorio sia correlato alle funzioni attribuite e alle connesse responsabilità. La graduazione delle funzioni e responsabilità ai fini del trattamento accessorio è definita, ai sensi dell'art. 3, con decreto ministeriale per le amministrazioni dello Stato e con provvedimenti dei rispettivi organi di governo per le altre amministrazioni o enti, ferma restando comunque l'osservanza dei criteri e dei limiti delle compatibilità finanziarie fissate dal Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica”.

Inoltre, considera che l'art. 51 del CCNL 5 dicembre 1996 dispone che le aziende od enti, in relazione alle articolazioni aziendali individuate dal d.lgs. n. 502 del 1992, dalle leggi regionali di organizzazione e dagli eventuali atti di indirizzo e coordinamento del Ministero della Sanità, determinano la graduazione delle funzioni dirigenziali cui è correlato il trattamento economico di posizione, ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. n. 29 del 1993. L'individuazione delle funzioni è effettuata nel rispetto delle previsioni degli artt. 53 e 54 e sulla base di una serie di criteri e parametri di massima che le aziende ed enti menzionati possono integrare con riferimento alla loro specifica situazione organizzativa e nel rispetto delle citate leggi regionali. Le aziende ed enti, in base alle risultanze della detta graduazione, attribuiscono ad ogni posizione dirigenziale prevista nel proprio assetto organizzativo un valore economico secondo i parametri di riferimento di cui agli artt. 56 e 57, previa informazione alle rappresentanze sindacali di cui agli artt. 10 e 11, seguita, su richiesta, da un incontro. A parità di struttura organizzativa e corrispondenza delle funzioni, alle posizioni è attribuita la stessa valenza economica. Alla retribuzione di posizione, sulla base dei criteri e parametri stabiliti dal menzionato art. 51, si provvede mediante un apposito Fondo - costituito presso ogni azienda o ente al fine di assegnare ai dirigenti un trattamento economico correlato alle funzioni dell'incarico attribuito ed alle connesse responsabilità - e finanziato con le modalità di cui agli artt. 60 e 61 e dell'art. 63, comma 2, lett. a) del CCNL 5 dicembre 1996.

Osserva, poi, la Corte di cassazione, che il successivo art. 55 afferma che la retribuzione di posizione è una componente del trattamento economico dei dirigenti di I e II livello dell'area medico - veterinaria che, in relazione alla graduazione delle funzioni prevista dall'art. 51, comma 3, è collegata all'incarico agli stessi conferito dall'azienda o ente.

Essa è composta, quindi, da una parte fissa e da una variabile, la cui somma complessiva corrisponde al valore economico degli incarichi attribuiti in base alla gra-

duazione delle funzioni, ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. 29 del 1993, e compete per tredici mensilità.

La componente variabile della retribuzione di posizione, salvo quanto previsto dal comma 7, è determinata in sede aziendale sulla base della graduazione delle funzioni in conformità degli incarichi di cui agli artt. 56 e 57 e con le procedure previste dagli artt. 53 e 54. Dal 1° dicembre 1995 e sino al conferimento degli incarichi di cui al comma 6, la retribuzione di posizione dei dirigenti, è costituita dai valori indicati per le due componenti - fissa e variabile - nella tabella allegata n. 3 del CCNL 5 dicembre 1996. Alla corresponsione della retribuzione di posizione nelle sue componenti - fissa e variabile - si provvede con i fondi degli artt. 60 e 61.

L'art. 39 del successivo CCNL 8 giugno 2000, dopo avere confermato, ai commi 1 e 2, che la retribuzione di posizione è una componente del trattamento economico dei dirigenti che, in relazione alla graduazione delle funzioni prevista dall'art. 51, comma 3 del CCNL 5 dicembre 1996, è collegata all'incarico agli stessi conferito ex art. 27, ed è composta da una parte fissa e una variabile e compete per tredici mensilità, ha previsto, ai commi da 5 a 7, che:

"5. In prima applicazione del CCNL del 5 dicembre 1996 come integrato dal CCNL del 2 luglio 1997, il valore economico minimo contrattuale della retribuzione di posizione - parte fissa e variabile - per il personale già in servizio all'entrata in vigore del contratto medesimo - è stato indicato nella tabella all. 1 del CCNL relativo al II biennio economico, secondo le posizioni funzionali od economiche di provenienza dei dirigenti.

6. La componente fissa della retribuzione di posizione stabilita dalla tabella indicata nel comma 5 non è modificabile, mentre l'incremento della componente variabile minima contrattuale della medesima tabella - sulla base della graduazione delle funzioni di cui all'art. 26 - è competenza delle singole aziende in relazione alle risorse disponibili nell'apposito fondo. Di conseguenza la retribuzione di posizione dei dirigenti, fermo rimanendo il principio che, a parità di graduazione delle funzioni, deve essere identica, si colloca - in base alla tipologia degli incarichi conferiti - nelle fasce economiche degli artt. 56 e 57 del CCNL 5 dicembre 1996.

7. Il valore economico complessivo dell'incarico determinato ai sensi del comma 6 è la risultante della somma del minimo contrattuale del comma 5 e della quota aggiuntiva variabile definita aziendali. Detto valore, a parità di funzioni, si ottiene mediante i relativi conguagli sulla parte variabile rispetto al minimo contrattuale in godimento fino al raggiungimento del valore economico complessivo".

Sul punto, come evidenza la Suprema Corte, aè intervenuto l'art. 24 del CCNL 3 novembre 2005 che, interpretando autenticamente l'art. 55 del CCNL 5 dicembre 1996 e l'art. 39 del CCNL 8 giugno 2000, ha chiarito che, in materia di trattamento economico del personale dirigente amministrativo sanitario, l'art. 51 del CCNL 5 dicembre 1996 dell'area dirigenza dei ruoli sanitario, professionale tecnico ed amministrativo del SSN, nel prevedere, da parte delle aziende, la determinazione della graduazione delle funzioni dirigenziali attribuendo ad ogni relativa posizione un valore economico complessivo, riconosce ai dirigenti una retribuzione di posizione complessiva, che è composta da una quota stabilita tabellarmente in sede contrattuale, divisa in una parte fissa e in una variabile, nonché da un'ulteriore quota, parimenti variabile e definita in sede aziendale, collegata all'incarico conferito sulla base della graduatoria delle funzioni, fermo restando che, sino al conferimento degli incarichi, deve essere corrisposta una retribuzione di posizione minima, costituita dalle componenti, fissa e variabile, della quota tabellare, destinata ad essere riassorbita nel valore economico complessivo successivamente attribuito all'incarico conferito in quanto mera anticipazione prevista dal contratto collettivo.

Pertanto, come ribadito dalla Corte di cassazione, la composizione della retribuzione di posizione dopo la graduazione delle funzioni è la seguente:

- 1) Parte fissa della quota tabellare stabilita in sede contrattuale;
- 2) Parte variabile della quota tabellare stabilita in sede contrattuale;
- 3) Variabile definita in sede aziendale dipendente dalla graduazione delle funzioni.

3. I fondi previsti dalla contrattazione collettiva e la procedura per determinare la parte variabile della retribuzione di posizione

Rileva la Suprema Corte nelle citate sentenze che il menzionato art. 60 del CCNL 5 dicembre 1996 prescrive, per la parte rilevante, che al finanziamento della retribuzione di posizione dei dirigenti di I e II livello si provvede mediante l'utilizzo di un fondo, costituito a decorrere dal 1° dicembre 1995 ed a valere sulla competenza 1996 senza alcun pregiudizio sugli aumenti del biennio successivo.

Tale fondo annuale deve essere integralmente utilizzato. Eventuali risorse che, a consuntivo, risultassero ancora disponibili nel citato fondo annuale sono temporaneamente utilizzate nel fondo per la retribuzione di risultato relativo al medesimo anno e, quindi, riassegnate al fondo di cui al presente articolo a decorrere dall'esercizio finanziario dell'anno successivo.

Analoga previsione è contenuta nell'art. 50 del CCNL dell'8 giugno 2000.

Quanto alla procedura da seguire per determinare la parte variabile di retribuzione di posizione definita in sede aziendale e dipendente dalla graduazione delle funzioni, osserva sempre la Corte che l'art. 4, CCNL 8 giugno 2000, riguardante la contrattazione collettiva integrativa, nello stabilire che essa si svolge utilizzando le risorse dei fondi di cui agli artt. 50 (Fondi per la retribuzione di posizione, equiparazione, specifico trattamento, indennità di direzione di struttura complessa), 51 (Fondo del trattamento accessorio legato alle condizioni di lavoro) e 52 (Fondo della retribuzione di risultato e premio per la qualità della prestazione individuale), individua, fra gli oggetti di tale contrattazione, anche la rideterminazione della parte variabile della indennità di posizione.

Il ruolo fondamentale di tale livello di contrattazione è confermato dalla regola, pure contenuta nell'art. 4 del contratto in esame, secondo cui, in sede integrativa, le parti definiscono i criteri generali per "la distribuzione tra i fondi degli artt. 50 e 52 delle risorse aggiuntive assegnate" e "lo spostamento di risorse tra i fondi di cui agli artt. 50, 51 e 52 ed al loro interno...".

Di rilievo è, poi, l'art. 5, comma 2, del CCNL 8 giugno 2000, rubricato "Tempi e procedure per la stipulazione o il rinnovo del contratto collettivo integrativo", in base al quale l'azienda costituisce la delegazione di parte pubblica abilitata alle trattative entro trenta giorni da quello successivo alla stipulazione del detto contratto e a convocare la delegazione sindacale di cui all'art. 10, comma 2, per l'avvio del negoziato, entro quindici giorni dalla presentazione delle piattaforme.

Il precedente art. 4 dello stesso contratto stabilisce che "... decorsi trenta giorni dall'inizio delle trattative senza che sia raggiunto l'accordo tra le parti, queste riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e di decisione. D'intesa tra le parti, il termine citato è prorogabile di altri trenta giorni".

4. L'incidenza delle regole sul procedimento di graduazione delle funzioni e pesatura degli incarichi

Le regole procedurali sopra menzionate attribuiscono diritti e doveri alle parti stipulanti e non ai singoli dipendenti, ai quali il contratto si applica per effetto delle previsioni normative contenute nel d.lgs. n. 165 del 2001.

Il procedimento di negoziazione ha, secondo la Suprema Corte, un significato prevalentemente politico-sindacale, con la conseguenza che le scansioni previste per tale procedimento non hanno funzione simile a quelle di un ordinario procedimento amministrativo e che l'inosservanza del termine per la costituzione della delegazione di parte pubblica e per la convocazione dei sindacati, come pure la mancata conclusione delle trattative entro la data fissata dal contratto, non sono di per sé inadempimento da parte dell'Azienda ai suoi obblighi contrattuali verso i dipendenti.

Dalle disposizioni elencate si ricava che il provvedimento di graduazione delle funzioni è atto riservato all'organo di vertice delle amministrazioni, riconducibile alle previsioni dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001, quale atto di macro-organiz-

zazione, e che dalla sua adozione dipende la determinazione della retribuzione di posizione.

A carico dell'Azienda vi è l'obbligo di effettuare la graduazione delle funzioni e la pesatura degli incarichi e di determinare la componente variabile della retribuzione di posizione distinta dalla quota tabellare stabilita in sede contrattuale, utilizzando le risorse di cui al fondo menzionato dagli artt. 60 CCNL 5 dicembre 1996 e 50 CCNL 8 giugno 2000. Detto obbligo discende dalla necessità di quantificare una quota della retribuzione spettante ai medici per la loro attività e dal dovere di attivare la contrattazione collettiva che la concerne alle scadenze previste. Per giungere a questo esito occorre seguire uno specifico iter perché l'individuazione della voce retributiva de qua richiede un'attività finale esclusivamente riservata all'amministrazione datrice di lavoro e una fase preparatoria negoziale che coinvolge i sindacati.

In seguito all'espletamento di detta fase preparatoria la P.A. provvederà ad attingere dalle risorse dei fondi menzionati e a predisporre il provvedimento conclusivo. Pertanto, prima della graduazione delle funzioni e della pesatura degli incarichi vi è una obbligatoria fase procedimentale che non coinvolge il lavoratore e rispetto alla quale quest'ultimo è indifferente.

Tale fase è governata, ad avviso dei giudici di legittimità, da termini il cui mancato rispetto, però, non esonera l'Azienda dall'obbligo di porre in essere l'attività necessaria per giungere alla graduazione delle funzioni e alla pesatura degli incarichi.

Allo stesso modo, eventuali problematiche concernenti il fondo ex artt. 60 CCNL 5 dicembre 1996 e 50 CCNL 8 giugno 2000 non comporteranno di per sé il venire meno dell'obbligo *de quo*.

Infatti, la Corte ha chiarito che l'attività negoziale preliminare che coinvolge i sindacati e la formazione e gestione del fondo citato rientrano fra gli atti esecutivi dell'obbligazione e di adempimento della medesima, che devono essere realizzati dalla P.A. nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede. Scaduti i termini fissati dalla contrattazione collettiva per coinvolgere le parti sociali e costituitasi la provvista nel fondo, l'Azienda ha l'obbligo di attivare il procedimento di graduazione delle funzioni e pesatura degli incarichi. Se non lo fa, è inadempiente.

In particolare, con riferimento al fondo previsto dagli artt. 60 CCNL 5 dicembre 1996 e 50 CCNL 8 giugno 2000, la contrattazione collettiva pone un dovere di integrale utilizzo annuale delle relative risorse e, quindi, la P.A. non potrà opporre, in linea di principio, al dipendente la propria volontà di non utilizzarle per il fine al quale sono destinate.

Ove, poi, si verificano eventi imprevedibili che incidano su questa fase procedimentale, impedendone l'instaurazione e lo svolgimento, perché ostacolano la negoziazione sindacale o, quanto al fondo *de quo*, lo privano di risorse o lo rendono inattivo, sempre la stessa P.A. sarà gravata ex art. 1218 c.c. dall'onere di allegare e provare detti eventi; il medesimo onere di allegazione e prova graverà sull'amministrazione in ordine ad ogni eccezione.

È, dunque, il datore di lavoro a dovere dimostrare di essersi trovato nell'impossibilità di eseguire la prestazione per causa a lui non imputabile.

Il creditore lavoratore deve, invece, provare solo la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, limitandosi ad allegare l'inadempimento della P.A.

La Suprema Corte perviene a tali conclusioni applicando le ordinarie regole civilistiche sulla ripartizione dell'onere probatorio nelle obbligazioni contrattuali, delineate da consolidata giurisprudenza e, quindi, nega che le procedure di graduazione delle funzioni dirigenziali e di pesatura degli incarichi abbiano, per la parte che dipende dalla P.A. datrice di lavoro, natura speciale.

Infatti, per i giudici di legittimità, l'Azienda era tenuta, comunque, a dare avvio alla procedura che avrebbe portato all'adozione del provvedimento di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi e il lavoratore aveva diritto a che la controparte operasse in questa direzione.

Opinando il contrario, la parte variabile dell'indennità di posizione diverrebbe una prestazione rimessa al mero unilaterale arbitrio della P.A., in contrasto con la previsione di principio contenuta nella legge nonché con una lettura ragionevole della contrattazione collettiva.

5. Le tutele azionabili in caso di mancata attivazione della procedura di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi

Una volta chiarita la natura delle regole che sovrintendono alla procedura di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi, la Corte di cassazione si è posta il problema dell'azione spettante ai dirigenti medici che contestassero l'inadempimento di dette regole.

L'alternativa era fra l'azione di esatto adempimento e quella di risarcimento del danno per inadempimento.

La Suprema Corte ha negato che il dirigente potesse chiedere l'adempimento e conseguire direttamente la retribuzione di posizione, parte variabile aziendale, solo in ragione della funzione svolta.

Infatti, il provvedimento di graduazione delle funzioni è un elemento costitutivo del diritto a percepire la parte variabile della retribuzione di posizione e, in sua mancanza, detta componente non può essere determinata in sede giudiziale né con riferimento all'importanza e complessità dell'incarico ricoperto né, in maniera indifferenziata, in proporzione alla disponibilità dell'apposito fondo aziendale.

Il dirigente medico, però, non resta privo di tutela, in presenza della mancata graduazione imputabile al datore di lavoro pubblico.

La Corte di cassazione ha ribadito il principio enunciato, seppure ad altri fini, da Cass., Sez. 6-L, n. 29111 del 6 ottobre 2022, secondo cui, in relazione al mancato pagamento della retribuzione di posizione, parte variabile aziendale, il dirigente può esperire due distinte azioni, quella di adempimento e quella di risarcimento del danno, che si distinguono fra loro per *petitum* e *causa petendi*.

Nel primo caso, sul presupposto della ricorrenza dei fatti costitutivi del diritto al compenso, si chiede "il pagamento del debito ad essi conseguente, overosia, rispetto al caso di specie, l'esistenza di una graduazione del valore della prestazione dirigenziale in sé idonea a quantificare la quota variabile della retribuzione pretesa in causa"; nel secondo, invece, si addebita al datore di lavoro di non "avere dato corso a quanto necessario ed a suo carico per la determinazione della graduazione", ossia di avere, colposamente o dolosamente, impedito che sorgessero gli elementi costitutivi del diritto al compenso, pur essendo tenuto contrattualmente ad attivare le procedure necessarie. In assenza del provvedimento di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi, quindi, difettando un elemento costitutivo del diritto al compenso, il dipendente non potrà chiedere l'esatto adempimento, nonostante l'accertamento della violazione dell'obbligo, gravante sull'Azienda sanitaria, di iniziare la relativa procedura.

Allo stesso tempo, però, l'accertata violazione del diritto del dirigente medico giustifica l'accoglimento della domanda (eventualmente subordinata) di risarcimento del danno avanzata dal lavoratore.

Invero, ove la P.A. risulti inadempiente rispetto al proprio obbligo di avviare la procedura finalizzata all'adozione del provvedimento di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi, il dipendente potrà chiedere non già una tutela in forma specifica - essendo detto provvedimento oggetto di un *facere* discrezionale e infungibile dell'amministrazione - ma una tutela risarcitoria per equivalente.

6. La determinazione del risarcimento del danno

Il risarcimento del danno andrà determinato *sub specie* di risarcimento del danno da perdita di *chance*.

Tale danno va riconosciuto, ove sussista la prova, fornita anche presuntivamente dal soggetto leso, di una concreta ed effettiva occasione perduta (da valutare in base ai parametri di apprezzabilità, serietà e consistenza) e va liquidato in via equitativa, tenuto conto del grado di probabilità e della natura di danno futuro, consistente nella perdita non di un vantaggio economico, ma della possibilità di conseguirlo.

Per l'esattezza, in tema di risarcibilità dei danni da fatto illecito o da inadempimento, nell'ipotesi di responsabilità contrattuale, il nesso di causalità va inteso in modo da ricomprendere nel risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della c.d. regolarità causale. La regola per la

quale il risarcimento per l'inadempimento dell'obbligazione esige un rapporto causale immediato e diretto fra lo stesso inadempimento e il danno, prevista dall'art. 1223 c.c., pur essendo fondata sulla necessità di limitare l'estensione temporale e spaziale degli effetti degli eventi illeciti, deve essere intesa, dunque, come orientata ad escludere dal risarcimento esclusivamente le conseguenze dell'inadempimento che non siano connesse a questo in maniera giuridicamente rilevante.

In questi termini va interpretata la prescrizione per la quale tale risarcimento deve comprendere la perdita e il mancato guadagno del creditore che di detto inadempimento siano ex art. 1223 c.c. conseguenza propriamente "immediata e diretta".

È compito del giudice di merito accertare la materiale esistenza di un rapporto causale che abbia i menzionati caratteri normativamente richiesti.

Il dipendente è tenuto, allora, ad allegare l'esistenza di un danno da perdita di *chance* e degli elementi costitutivi dello stesso, ossia di una plausibile occasione perduta, del possibile vantaggio perso e del correlato nesso causale (nei termini sopraesposti), fornendo la relativa prova pure mediante presunzioni o secondo un calcolo di probabilità. Una volta fatto ciò, il giudice, che ritenga fornita tale prova, liquida il danno eventualmente in via equitativa.

7. La *compensatio lucri cum damno*

La Corte di cassazione ha affrontato un ulteriore problema.

Infatti, l'Azienda sanitaria ha dedotto la violazione dell'art. 50, comma 5, CCNL dell'Area della Dirigenza sanitaria professionale tecnica ed amministrativa del servizio sanitario nazionale 1998-2001, perché non sarebbe stato detratto, dalla somma calcolata a titolo risarcitorio o, comunque, al fine di apprezzare l'esistenza di un danno, quanto percepito in più dal dirigente medico, in ragione del fatto che l'omessa graduazione avrebbe comportato l'inutilizzo dei fondi per la retribuzione di posizione che erano confluiti in quelli per la retribuzione di risultato, determinando un incremento di quest'ultima.

Al riguardo, la Suprema Corte ha rilevato che, ai sensi dell'art. 50, comma 5, del menzionato CCNL, i fondi per la retribuzione di posizione "devono essere integralmente utilizzati" e che, tuttavia, "eventuali risorse che annualmente a consuntivo risultassero ancora disponibili nei fondi sono temporaneamente utilizzate in quello per la retribuzione di risultato relativo al medesimo anno e, quindi, riassegnate ai fondi di cui al presente articolo a decorrere dall'esercizio finanziario dell'anno successivo".

Ne deriva che, se la retribuzione di posizione non è in tutto o in parte erogata e se da ciò derivi la disponibilità di importi sul corrispondente fondo, essi vengono imputati alla retribuzione di risultato del medesimo anno, che può così aumentare.

Nel caso trattato dalla sentenza della Sezione lavoro n. 9040 del 30 marzo 2023, i maggiori importi a titolo di retribuzione di risultato erano stati erogati. In questo modo, lo stesso evento che era ragione di inadempimento (omessa graduazione e corresponsione dell'indennità di posizione parte variabile) era causa del beneficio consistente nell'incremento della retribuzione di risultato.

Ricorreva, quindi, una tipica ipotesi di *compensatio lucri cum damno*, che sussiste ove il "vantaggio ed il danno siano entrambi conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, quali suoi effetti contrapposti".

Ad avviso dei giudici di legittimità, il giudice del merito, in sede di quantificazione del risarcimento spettante al dirigente medico per il mancato avvio della procedura di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi, avrebbe dovuto accertare l'ammontare dei maggiori importi erogati a titolo di retribuzione di risultato per effetto dell'inadempimento dell'Azienda sanitaria e detrarre gli stessi dal risarcimento calcolato, così stabilendo se fosse residuo un danno e in che misura.

8. Il *factum principis*

Una particolarità di questi giudizi è rappresentata dal fatto che l'Azienda sanitaria si è difesa allegando che l'Assessorato regionale alla Salute aveva invitato le Aziende sanitarie del luogo ad "astenersi dal modificare gli assetti organizzativi al fine di rispettare i parametri già fissati dal Comitato LEA".

La questione è se una simile circostanza possa o meno essere qualificata come *factum principis*.

La Suprema Corte ha risposto in senso negativo.

Innanzitutto, il citato invito non impediva di dare corso alle procedure concorsuali *de quibus*, ma, eventualmente, provava che il non completamento di dette procedure era voluto e che, quindi, vi era un inadempimento imputabile.

Inoltre, la liberazione del debitore per sopravvenuta impossibilità della prestazione può verificarsi, ai sensi degli artt. 1218 e 1256 c.c., solo ove concorrano l'elemento obiettivo della impossibilità di eseguire la prestazione medesima, in sé considerata, e quello soggettivo dell'assenza di colpa da parte del debitore riguardo alla determinazione dell'evento che ha reso impossibile la prestazione.

Pertanto, se il debitore non ha adempiuto la propria obbligazione nei termini contrattualmente stabiliti, egli deve offrire la prova che l'impossibilità della prestazione non era a lui imputabile neanche in via remota e non può invocare tale impossibilità con riferimento ad un ordine o divieto dell'autorità amministrativa (*factum principis*) sopravvenuto e che fosse ragionevolmente e facilmente prevedibile, secondo la comune diligenza, all'atto della assunzione della obbligazione, ovvero rispetto al quale non abbia, sempre nei limiti dell'ordinaria diligenza, sperimentato tutte le possibilità disponibili per vincere o rimuovere la resistenza o il rifiuto della pubblica autorità. In particolare, ove vi siano obblighi contrattuali assunti da una P.A., l'impossibilità di adempiere per sopravvenute esigenze di pubblico interesse va apprezzata, anche in relazione all'esercizio di potestà pubblicistiche, alla stregua dell'obbligo della stessa amministrazione di tenere motivatamente presente l'esistenza della convenzione contrattuale di fronte ai sopravvenuti interessi pubblici.

Infatti, ai sensi degli artt. 1218 e 1256 c.c., il debitore è responsabile per l'inadempimento dell'obbligazione fino al limite estremo della possibilità della prestazione, presumendosi, fino a prova contraria, che l'impossibilità sopravvenuta, temporanea o definitiva, della prestazione gli sia imputabile per colpa.

L'impossibilità che libera dall'obbligazione (se definitiva) o che esonera da responsabilità per il ritardo (se temporanea) deve essere obiettiva, assoluta e riferibile al contratto e alla prestazione ivi contemplata, e deve consistere non in una difficoltà, ma in un impedimento, del pari obiettivo e assoluto e non rimovibile, non rilevando comportamenti di soggetti terzi rispetto al rapporto.

Di conseguenza, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione produce i detti effetti estintivi o dilatori se deriva da una causa esterna, imprevedibile e non prevenibile secondo la diligenza media, fermo restando che l'estinzione dell'obbligazione per siffatta impossibilità, in base al principio *genus nunquam perit*, si verifica solo se la prestazione ha per oggetto un fatto o una cosa determinata o di genere limitato, e non una somma di denaro.

Nei casi esaminati, la Suprema Corte ha rilevato che era dedotta una situazione di impossibilità temporanea di adempiere un'obbligazione pecuniaria a causa dell'adozione, da parte dell'autorità politica ed amministrativa di riferimento, di direttive che impedivano la modifica dell'assetto organizzativo e, dunque, la graduazione e la pesatura degli incarichi. La Corte di cassazione ha ritenuto che difettesse la stessa configurabilità di un *factum principis*, atteso che le direttive regionali erano intervenute in epoca successiva alla nascita dell'obbligo contrattuale in capo all'Azienda sanitaria.

Inoltre, dette direttive non impedivano tecnicamente di dare corso alle procedure concorsuali *de quibus* che, invece, neppure erano iniziate. Alla luce del carattere temporaneo dell'impedimento e della natura generica dell'obbligazione di dare, era evidente, poi, come non fossero state dedotte né la non imputabilità remota al debitore della situazione che aveva ostacolato l'attività in questione né la non imputabilità dell'impossibilità temporanea di adempiere, sotto la specie della diligenza impiegata in concreto sia per evitare che sorgesse sia per rimuovere tempestivamente l'ostacolo all'adempimento.

Infatti, l'obbligo di diligenza doveva essere assolto non in negativo, mediante la generica astensione dall'illecito, ma in positivo, con una condotta esente da rischi estranei a quelli connaturati all'esercizio dell'attività, lineare nella scelta degli obiettivi perseguiti e, trattandosi di ente collettivo, prudente nell'adozione delle scelte organizzative e nella gestione dei fondi pubblici ricevuti.

9. Considerazioni finali

La Suprema Corte ha affrontato delle problematiche di estrema difficoltà, dovendo conciliare i propri precedenti in tema di gradazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi con le questioni sollevate nelle controversie in esame.

Essa ha trovato una sintesi fra detti precedenti e le menzionate questioni ricostruendo in termini rigorosamente civilistici il rapporto fra l'Azienda sanitaria ed i suoi dirigenti medici e, soprattutto, il procedimento di gradazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi.

Da siffatta sintesi è derivata l'enunciazione dei seguenti rilevanti principi di diritto:

“In tema di dirigenza medica del settore sanitario pubblico, la P.A. è tenuta a dare inizio e a completare, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, il procedimento per l'adozione del provvedimento di graduazione delle funzioni dirigenziali e di pesatura degli incarichi, nel cui ambito la fase di consultazione sindacale, finalizzata anche a determinare l'ammontare delle risorse destinate al pagamento della quota variabile della retribuzione di posizione definita in sede aziendale e dipendente dalla graduazione delle funzioni, ha carattere endoprocedimentale; il mancato rispetto dei termini interni che ne scandiscono lo svolgimento, l'omessa conclusione delle trattative entro la data fissata dal contratto collettivo e le eventuali problematiche concernenti il fondo espressamente dedicato, ai sensi del medesimo contratto collettivo, alla quantificazione della menzionata quota variabile non fanno venir meno di per sé l'obbligo gravante sulla P.A. di attivare e concludere la procedura diretta all'adozione di tale provvedimento”;

“La violazione dell'obbligazione della P.A. di attivare e completare il procedimento finalizzato all'adozione del provvedimento di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi legittima il dirigente medico interessato a chiedere non l'adempimento di tale obbligazione, ma solo il risarcimento del danno per perdita della chance di percepire la parte variabile della retribuzione di posizione. A tal fine, il dirigente medico è tenuto solo ad allegare la fonte legale o convenzionale del proprio diritto e l'inadempimento della controparte; il datore di lavoro è gravato, invece, dell'onere della prova dei fatti estintivi o impeditivi dell'altrui pretesa o della dimostrazione che il proprio inadempimento è avvenuto per causa a lui non imputabile”;

“Il danno subito dal dirigente medico della sanità pubblica per perdita della chance di percepire la parte variabile della retribuzione di posizione, conseguente all'inadempimento della P.A. all'obbligo di procedere alla graduazione delle funzioni ed alla pesatura degli incarichi a tal fine necessaria, può essere liquidato dal giudice anche in via equitativa; in proposito il dipendente deve allegare l'esistenza di tale danno e degli elementi costitutivi dello stesso, ossia di una plausibile occasione perduta, del possibile vantaggio perso e del correlato nesso causale, inteso in modo da ricomprendere nel detto risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della c.d. regolarità causale, fornendo la relativa prova pure mediante presunzioni o secondo parametri di probabilità”.

Note

1. Per una trattazione generale sull'inadempimento, C.M. BIANCA, Dell'inadempimento delle obbli
2. Sull'aspettativa, R. SCOGNAMIGLIO, Aspettativa di diritto, in Enc. dir., Milano, 1958, 228; D. RUBINO, La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari, Milano, 1939, 281.
3. Sulla natura dell'incarico di direzione di una struttura complessa, A. BOSCATI, Il collocamento a riposo d'ufficio della dirigenza medica e la prosecuzione del rapporto di lavoro, in Giornale di dir. amm., 2021, 2, 242 ss.
4. Sulla contrattazione collettiva in ambito sanitario, S. SIMONETTI, Il nuovo CCNL Sanità. Commento alla nuova disciplina per il personale del comparto, Santarcangelo di Romagna, 2023; R. ALESSI - G. FERRO - M. RIZZATO, Manuale per la Contrattazione nel Servizio Sanitario Nazionale. Le tematiche fondamentali del rapporto di lavoro nella contrattualistica del Personale dei Livelli e della Dirigenza Sanitaria, Saonara, 2020.

5. Sulla dirigenza medica, A. TUZZA - L. BUSICO, La disciplina legislativa e contrattuale del rapporto di lavoro nelle Aul e negli altri enti del Servizio sanitario nazionale. La dirigenza sanitaria, in F. CASTIELLO - V. TENORE (a cura di), *Manuale di Diritto sanitario*, Milano, 2018.
6. Cfr. Cass., Sez. L, n. 22934 del 10 novembre 2016.
7. Cass., SU, n. 7768 del 31 marzo 2009.
8. In generale, sull'attività preparatoria in materia contrattuale, C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, Bologna, 1979, 28; sull'applicazione dei principi di correttezza e buona fede da parte del datore di lavoro nel pubblico impiego contrattualizzato, A. PRINCIPE NICOLUSSI, *La portata precettiva del principio di buon andamento nella gestione negoziale dei rapporti di lavoro nell'impiego pubblico*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2019, 1, 332.
9. Da Cass., SU, n. 13533 del 30 ottobre 2001 in poi.
10. Si osserva che i giudici di merito avevano escluso che tale procedura fosse stata attivata.
11. Sulla contrattazione collettiva, M. TIRABOSCHI, *Per uno studio della contrattazione collettiva in Italia*, Modena, 2021.
12. In generale, sull'azione di adempimento, A. IULIANI, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*, Milano, 2018; G. AMADIO, *Azione di adempimento e risarcimento in forma specifica*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, 69 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011.
13. A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale. Art. 1177-1200*, in F. GALGANO (a cura di), in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994.
14. In argomento, fra i tanti Autori che si sono occupati della tematica, M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010; G. GRISI, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria*, in F. RUSCELLO (a cura di), in *Studi in onore di Davide Messinetti*, II, Napoli, 2008; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, IV, Milano, 1964.
15. Cass., Sez. L, n. 20480 del 28 settembre 2020.
16. Di recente, sul risarcimento del danno in ambito lavorativo, M. BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*, Milano, 2022.
17. B. TASSONE, *La chance fra razionalizzazione, finzione e sanzione*, in *Foro it.*, 2020, 1, 1, 197; dello stesso Autore, *Causalità e perdita di chances*, Torino, 2020, 105 ss.
18. In materia, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, ora in C. CASTRONOVO - A. ALBANESE - A. NICOLUSSI (a cura di), *L. MENGONI, Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011.
19. Cass., Sez. 3, n. 15274 del 4 luglio 2006.
20. Cass., Sez. L, n. 9374 del 21 aprile 2006.
21. F. MEZZANOTTE, *La valutazione equitativa del danno*, Torino, 2022.
22. In dottrina, di recente A. VENCHIARUTTI, *La compensatio lucri cum damno: orientamenti italiani e europei a confronto*, Pisa, 2020; A. PENTA, *La compensatio lucri cum damno*, Milano, 2018.
23. Cass., SU, n. 28056 del 25 novembre 2008.
24. In dottrina, per una trattazione generale, E. SENA, *L'impossibilità sopravvenuta nel diritto del lavoro*, Napoli, 2016; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2012, 37 s.; A. DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, Milano, 2011; G. OSTI, *Appunti per una teoria della "sopravvenienza" (la così detta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno*, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, 249 s.
25. Cass., Sez. 3, n. 14915 dell'8 giugno 2018; Cass., Sez. 3, n. 15712 dell'8 novembre 2002; Cass., Sez. 1, n. 12093 del 28 novembre 1998.
26. Cass., Sez. L, n. 15073 del 26 giugno 2009.
27. Cass., Sez. 1, n. 20152 del 22 giugno 2022.
28. Cass., Sez. 2, n. 6594 del 30 aprile 2012.

Smart-working: c'eravamo tanto amati?



di Giannicola Paladino

Giudice del Lavoro presso il Tribunale di
Napoli Nord

It

Il presente contributo si pone l'obiettivo di analizzare sinteticamente le recenti modifiche normative in materia di lavoro agile, il quale, strumento primario di contrasto all'emergenza pandemica del virus Covid-19, è stato fortemente ridimensionato dagli ultimi interventi legislativi e relegato, per lo più, alla singola contrattazione aziendale. Allo stesso tempo, l'autore si sofferma su di una peculiare pronuncia in materia al fine di delinearne una panoramica completa.



diritto del lavoro-smart-working-lavoro agile-previdenza

Eng

This paper aims to provide a brief analysis of recent regulatory changes concerning smart-working. Remote work, which was a primary tool in combating the Covid-19 pandemic, has been significantly downsized by recent legislative interventions and is now mainly relegated to individual company negotiations. At the same time, the author focuses on a particular legal decision in this matter in order to provide a comprehensive overview.



labour law-smart-working-social security

Sommario

1- La dimensione dello smart-working nei recenti interventi normativi; 2- Smart-working e foro di competenza del giudice del lavoro; 3- Considerazioni conclusive.

1. La dimensione dello smart-working nei recenti interventi normativi

L'art. 1, comma 306, Legge 29 dicembre 2022, n. 197 (Legge di Bilancio 2023), come modificata dalla legge di conversione -c.d. Decreto Milleproroghe (Legge 24 febbraio 2023, n. 14, art. 9, comma 4 *ter*)- ha disposto, fino al 30 giugno 2023, per i lavoratori fragili rientranti nelle categorie individuate dal decreto del Ministro della salute di cui all'articolo 17, comma 2, del decreto-legge 24 dicembre 2021, n. 221, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2022, n. 11, dipendenti pubblici e privati, lo svolgimento della prestazione lavorativa in *smart-working* anche ricorrendo all'adibizione a diversa mansione compresa nella medesima categoria o area di inquadramento come definite dai contratti collettivi di lavoro vigenti, senza alcuna modifica della retribuzione in godimento. Resta ferma, in ogni caso, se più favorevole, l'applicazione delle disposizioni dei relativi contratti collettivi nazionali di lavoro.

In virtù della suddetta legge di conversione del Decreto Milleproroghe (art. 9, comma 5 *ter* della legge n. 14/2023), la quale ha previsto che le misure di cui all'art. 90, commi 1 e 2, del D.L. n. 34/2022, convertito con modificazioni in Legge n. 77/2022, si applicano con riferimento a periodi collocati fra il 28 febbraio e il 30 giugno 2023, anche i genitori lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di 14 anni, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, anche in assenza degli accordi individuali e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione.

Del pari, l'opzione per lo *smart-working* è stata confermata per i lavoratori dipendenti maggiormente esposti al rischio di contagio dal virus Covid-19, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possano caratterizzare una situazione di maggiore rischio, accertata dal medico competente. Anche in tal guisa l'accesso al lavoro a distanza è subordinato alla verifica sulla compatibilità della mansione svolta.

Al di fuori delle ipotesi menzionate, la prestazione lavorativa può essere espletata in modalità di lavoro agile mediante accordo individuale stipulato tra il singolo datore e il singolo lavoratore.

Successivamente, il 29 giugno 2023, la Camera dei deputati ha approvato la Legge n. 85 del 2023 di conversione del Decreto Lavoro (D.L. 4 maggio 2023 numero 48) in cui sono state inserite delle disposizioni in materia di lavoro agile.

In sede di conversione, infatti, è stato ulteriormente esteso il diritto allo *smart-working* per i lavoratori fragili, i genitori di figli *under 14* nonché i soggetti maggiormente esposti al rischio di contagio da Covid-19.

L'articolo 42, comma 3 *bis*, del c.d. Decreto Lavoro estende sino al 31 dicembre 2023 la normativa sul diritto allo svolgimento della prestazione in modalità agile, a patto che la stessa sia compatibile con le caratteristiche della mansione, a beneficio dei lavoratori del settore privato genitori di almeno un figlio minore di anni 14. Il diritto in questione spetta ricorrendo la condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito, in caso di sospensione o cessazione dell'attività, oppure non lavoratore.

Allo stesso modo, il suddetto articolo estende sino al 31 dicembre 2023 il diritto allo *smart-working* per i lavoratori dipendenti maggiormente esposti al rischio di contagio dal virus Covid-19.

Con riferimento, invece, ai lavoratori fragili, l'articolo 28 *bis* del Decreto Lavoro, inserito in sede di conversione in legge, proroga al 30 settembre 2023 il termine per il diritto allo *smart-working* in favore dei lavoratori fragili.

A quanto precede consegue che il ritorno allo svolgimento del lavoro agile secondo la modalità concordata tra datore e lavoratore è stato procrastinato dal legislatore al 1° ottobre 2023 per i lavoratori fragili e al 1° gennaio 2024 per genitori di minori che non hanno compiuto anni 14 e i lavoratori maggiormente esposti al rischio di contagio da Covid-19, ricorrendo le condizioni normativamente previste.

In ogni caso, alla scadenza del termine fissato dalle disposizioni derogatorie in materia di lavoro agile resteranno ferme le categorie prioritarie definite dalla normativa generale in materia (articolo 18, comma 3 *bis*, Legge 22 maggio 2017 numero 81). Per tali si intendono i dipendenti pubblici e privati ai quali i datori di lavoro dovranno concedere, con priorità rispetto ad altri colleghi, il lavoro a distanza. In particolare, si fa riferimento ai lavoratori con figli in condizioni di disabilità (senza alcun limite di età); con figli fino ai 12 anni di età; affetti da handicap grave; qualificabili come *caregivers*.

Tuttavia, anche per tali categorie prioritarie lo svolgimento della prestazione in *smart-working* sarà subordinato alla stipula di un accordo individuale tra datore e lavoratore.

Nell'ottica di regolamentare la materia in maniera organica, il legislatore si è occupato anche di disciplinare le modalità di comunicazione degli accordi di lavoro agile stipulati.

In base all'art. 23, comma 1 della Legge 22 maggio 2017, n. 81 (come modificato dall'art. 41 *bis* del D.L. 21 giugno 2022, n. 73, c.d. Decreto Semplificazioni, convertito con modificazioni in Legge 4 agosto 2022, n. 122), dal 1° settembre 2022 il datore di lavoro è tenuto a comunicare in via telematica al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali i nominativi dei lavoratori nonché la data di inizio e di cessazione delle prestazioni di lavoro in modalità agile, secondo le modalità individuate con il Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 149 del 22 agosto 2022.

La comunicazione telematica deve avvenire per il tramite dell'applicativo disponibile, tramite autenticazione SPID e CIE, sul portale Servizi LavoroApri in una nuova scheda, oppure, in alternativa, mediante i servizi telematici API REST di invio delle comunicazioni.

A decorrere dal 15 dicembre 2022, poi, è disponibile una modalità alternativa per l'invio di massa delle comunicazioni di lavoro agile mediante l'applicativo informatico, inviando un file Excel.

Pertanto, in ossequio alla nuova disciplina non è più necessario allegare l'accordo individuale di *smart-working* sottoscritto tra datore di lavoro e lavoratore. Quest'ultimo, però, deve essere comunque conservato dal datore di lavoro ai fini della prova e della regolarità amministrativa per cinque anni dalla sua sottoscrizione.

I datori di lavoro privati sono tenuti ad inviare la comunicazione di *smart-working*, che sia di inizio periodo della prestazione in modalità agile o di proroga, entro cinque giorni successivi, rispettivamente, dall'inizio della prestazione in modalità agile o dall'ultimo giorno comunicato prima dell'estensione del periodo. I datori di lavoro pubblici e le agenzie di somministrazione, invece, devono inviare tali comunicazioni entro il giorno 20 del mese successivo all'inizio della prestazione in modalità agile o, nel caso di proroga, dell'ultimo giorno del periodo comunicato prima dell'estensione del periodo.

In caso di mancata comunicazione, secondo le modalità previste dal decreto ministeriale, si applica la sanzione di cui all'art. 19, comma terzo, del Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276, il quale è espressamente richiamato dall'art. 23, comma primo, L. n. 81/2017.

2. Smart-working e foro di competenza del giudice del lavoro

La diffusione dello *smart-working* nel nostro ordinamento ha comportato, inevitabilmente, l'insorgenza di problematiche inerenti a tale modalità di espletamento della prestazione lavorativa. A fronte di plurime questioni irrisolte, tuttavia, le pronunce giurisprudenziali sono state esigue.

Ciononostante, di recente la Corte di cassazione ha affrontato la questione della qualificazione dell'abitazione del lavoratore che opera in *smart-working* in termini di dipendenza aziendale in relazione all'individuazione del foro competente nelle controversie di lavoro.

La Suprema Corte, investita della questione a seguito della proposizione di un regolamento di competenza in giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, con l'ordinanza del 5.7.2023 n. 19023 ha dapprima menzionato la disciplina dell'art. 413 c.p.c. affermando che: *"secondo l'art. 413 c.p.c., il giudice del lavoro è competente per territorio alternativamente nel luogo in cui è sorto il rapporto, in quello dove si trova l'azienda ovvero, infine, in quello ove si trova la dipendenza aziendale alla quale il lavoratore è adetto.*

4. *In particolare, per dipendenza aziendale va inteso il luogo in cui il datore ha dislocato un nucleo, seppur modesto, di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa (Cass. n. 14449/2019; Cass. n. 4767/2017).*

5. *Sebbene l'orientamento di questa Corte si sia sempre più indirizzato nella direzione dell'ampliamento del concetto di "dipendenza aziendale" per cui esso non coincide con quello di unità produttiva contenuto in altre norme di legge, ma deve essere inteso in senso lato, in armonia con la mens legis, al fine di garantire che il foro speciale del lavoro sia il più possibile prossimo alla prestazione lavorativa (Cass. n. 23110/2010; Cass. n. 3154/2018; Cass. n. 23053/2020; Cass. n. 1285/2022), tuttavia occorre pur sempre la sussistenza di un collegamento oggettivo o soggettivo del luogo ove il lavoratore presta la sua opera con la organizzazione aziendale.*

6. *Tale collegamento, sotto un profilo oggettivo, è stato ritenuto, per esempio, nel caso di utilizzo, da parte del datore di lavoro, di un'area di terzi (Cass. n. 3154/2018; Cass. n. 23053/2020) adibita a rimessa di autoveicoli da cui aveva poi inizio l'attività lavorativa dei dipendenti, ovvero, sotto l'aspetto soggettivo, nel caso di inviato speciale fuori sede di un giornale, ove appunto la peculiarità della prestazione lavorativa e il riferimento dell'abitazione nei rapporti con l'azienda inducevano a ritenere il domicilio del giornalista quale articolazione della organizzazione aziendale (Cass. n. 12907/2022)".*

Richiamati i principi generali, i giudici di legittimità hanno ritenuto che nel caso specifico difettesse un criterio di collegamento oggettivo tra il luogo di svolgimento della prestazione lavorativa e l'organizzazione aziendale. Ad avviso della Corte di cassazione, secondo quanto dedotto dallo stesso lavoratore, la prestazione poteva peraltro essere espletata in modo fungibile presso differenti abitazioni mancando, altresì, l'allegazione *"di alcun altro elemento (o collegamento oggettivo o soggettivo, come sopra evidenziato) che caratterizzasse in qualche modo la abitazione quale dipendenza aziendale, nel senso delineato"*.

Sulla scorta di tale ragionamento, la Corte ha escluso la possibilità di applicare il criterio della dipendenza aziendale residuando esclusivamente gli altri due criteri di individuazione del foro competente.

Sebbene, dunque, la decisione della Cassazione non abbia escluso *tout court* la possibilità di utilizzo del criterio della dipendenza aziendale in caso di lavoro agile, sembra davvero difficile individuare dei margini di applicazione. Invero, nella quasi totalità dei casi la prestazione in *smart-working* viene svolta presso un'abitazione in cui si trova il lavoratore, che può essere quella di residenza oppure in cui il dipendente si trova occasionalmente. Sono davvero rare, infatti, le ipotesi di prestazione lavorativa in spazi di *co-working*.

Seguendo il citato ragionamento della Suprema Corte, la quale richiede uno sforzo di

allegazione in capo al lavoratore in grado di individuare un criterio di collegamento oggettivo tra l'abitazione e l'organizzazione aziendale, l'unico spazio residuo di applicazione del criterio della dipendenza aziendale potrebbe, quindi, individuarsi esclusivamente allorquando il ricorrente allegghi di aver svolto sempre la prestazione presso un unico luogo e che questo era stato comunicato al datore ed eventualmente inserito nell'accordo individuale stipulato con quest'ultimo.

Diversamente ragionando si addiverrebbe alla conclusione di poter qualificare in termini di dipendenza aziendale qualsiasi luogo dove anche occasionalmente il lavoratore si trovi a prestare l'attività, in contrasto con lo spirito della norma così come interpretata dalla giurisprudenza.

L'analisi dell'ordinanza della Corte di cassazione evidenzia, inoltre, ulteriori problematiche che lo svolgimento del lavoro agile può comportare. In particolare, in tema di controllo da parte del datore di lavoro della prestazione e, soprattutto, della sicurezza che il datore dovrebbe garantire al lavoratore impiegato anche qualora egli operi in regime di *smart-working*, con specifico riferimento alle ipotesi di infortunio sul lavoro.

Tali tematiche, tuttavia, non sono state ancora oggetto di pronunce giurisprudenziali.

3. Considerazioni conclusive

Con le recenti modifiche normative il legislatore ha praticamente smantellato l'impianto legislativo costruito durante l'emergenza epidemiologica ed ha in sostanza determinato un ritorno al passato. A decorrere dal 1° gennaio 2024, infatti, lo *smart-working* potrà essere concesso solo in applicazione di accordi individuali tra datore e lavoratore, venendo meno il diritto di opzione per tutte le categorie di lavoratori normativamente previste. Resta ferma solo l'individuazione di categorie prioritarie di dipendenti nel caso di accordo di lavoro agile tra datore e lavoratori. Di conseguenza, il legislatore ha inteso demandare agli accordi individuali o comunque della singola azienda la regolamentazione dello *smart-working*. È ragionevole pensare che la maggior parte dei datori opererà per individuare un sistema misto, che consenta lo svolgimento della prestazione lavorativa in *smart-working* almeno per alcuni giorni alla settimana. Tale previsione, tuttavia, comporta alcune perplessità in quanto il datore, parte ontologicamente forte del rapporto, potrebbe far prevalere le proprie volontà nella contrattazione con il singolo dipendente o i singoli lavoratori. Sarebbe stato, forse, maggiormente garantista per la posizione dei lavoratori introdurre modalità di intervento o di consultazione dei sindacati oppure rendere protagonista questi ultimi della contrattazione.

Con gli ultimi correttivi normativi, dunque, il legislatore ha allineato la disciplina del lavoro privato a quello pubblico dove il principio generale al quale devono attenersi i dirigenti degli uffici, è quello della prevalenza, per ciascun lavoratore, dell'esecuzione della prestazione in presenza.

In conclusione, il quadro normativo resta definito con un sistema "misto" tra lavoro in presenza e lavoro agile destinato a consolidarsi, salvo ulteriori proroghe che il legislatore potrebbe consentire.

Note

1. Per un approfondimento sull'istituto dello smart-working e la sua evoluzione in relazione all'epidemia da Covid-19 si veda G. Paladino "Lo smart-working: necessità e virtù", in "Diritto e COVID-19", a cura di G. Chiesi e M. Santise, Torino, 2020; G. Paladino "Smart-working...io vorrei...non vorrei...ma se vuoi..." in www.dirittocovid.it.
2. Consultabile in www.gazzettaufficiale.it.
3. La normativa in parola individua le condizioni e le patologie croniche, caratterizzate da scarso compenso clinico e da particolare connotazione di gravità, in presenza delle quali è certificata dal medico di medicina generale del lavoratore la situazione di fragilità ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di smart-working.
4. Consultabile in www.gazzettaufficiale.it.
5. Tale norma quantifica, altresì, l'impatto che la proroga dello smart-working per i lavoratori fragili ha sulle casse pubbliche, il quale è stimato dal dossier di Camera e Senato in euro 541.839,00 ed attiene alle sostituzioni del personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario delle istituzioni scolastiche.
6. La Legge 22 maggio 2017, n. 81 (articoli 18-24), come da ultimo modificata dalla Legge 4 agosto 2022, n. 122 (che ha convertito con modificazioni il D.L. 21 giugno 2022, n. 73, c.d. Decreto Semplificazioni), stabilisce che il lavoro agile è una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa.
7. Il termine di questo adempimento decorre dal 1° settembre 2022 soltanto per i nuovi accordi di lavoro agile o qualora si intenda procedere a modifiche o proroghe di precedenti accordi. Restano valide le comunicazioni già eseguite secondo le modalità della disciplina previgente (art. 1, comma terzo, D.M. n. 149 del 22 agosto 2022).
8. Tale disposizione stabilisce che: "3. La violazione degli obblighi di cui all'articolo 4-bis, commi 5 e 7, del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, così come modificato dall'articolo 6, comma 1, del decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297, di cui all'articolo 9-bis, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996, n. 608, così come sostituito dall'articolo 6, comma 3, del citato decreto legislativo n. 297 del 2002, e di cui all'articolo 21, comma 1, della legge 24 aprile 1949, n. 264, così come sostituito dall'articolo 6, comma 2, del decreto legislativo n. 297 del 2002, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 500 euro per ogni lavoratore interessato".





Penale e sorveglianza

Il sistema delle circostanze aggravanti nei reati contro il patrimonio culturale: una occasione mancata



di Francesco Mazza

Professore a c. di Diritto penale
nell'Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

It

La legge 9 marzo 2022, n. 22 ha cristallizzato all'interno del Codice Rocco un nuovo Titolo di reati (VIII-bis) denominato "Dei Delitti contro il patrimonio culturale". L'odierno legislatore, ancora una volta sciatto e neghittoso, ha operato una traslazione delle fattispecie più gravi contenute nel D.lgs n. 42/2004, il c.d. Codice dei beni culturali e del paesaggio. Un grande impulso in materia è stato fornito invece dalla Convenzione del Consiglio d'Europa svoltasi a Nicosia il 19 maggio 2017, entrata in vigore a livello internazionale il 1 aprile 2022 e ratificata con la legge 21 gennaio 2022, n. 6. L'art. 518 sexiesdecies c.p. prevede quattro ipotesi circostanziali aggravanti speciali ad effetto speciale, proprio in attuazione dell'art. 15 della Convenzione di Nicosia e dal precedente art. 14 che invoca la adozione di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive che devono tener conto della gravità del reato.



Delitti patrimonio culturale – Convenzione di Nicosia – Circostanze aggravanti.

Eng

The law No. 22 of March 9, 2022 has introduced a new section of offenses (section VIII-bis) titled "Offenses against cultural heritage" into the Italian Criminal Code. The lawmaker, once again sluggish and indecisive, has transferred into it the most serious offenses contained in the Legislative Decree No. 42/2004, known as the Code of Cultural Heritage and Landscape. A significant push in this matter, however, has been provided by the Council of Europe Convention held in Nicosia on May 19, 2017, which entered into force internationally on April 1, 2022, and was ratified by Law No. 6 of January 21, 2022. Article 518 sexiesdecies of the Criminal Code establishes four specific aggravating circumstances with a special effect, precisely to implement Article 15 of the Nicosia Convention and the previous Article 14, which called for the adoption of effective, proportionate, and dissuasive sanctions taking into account the seriousness of the offense.



Offenses against cultural heritage – Nicosia Convention – Aggravating circumstances.

Sommario

1. La adesione alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulle infrazioni relative ai beni culturali e le previsioni contenute nell'art. 518 *sexiesdecies* cod. pen.; 2. Il danno di rilevante gravità; 3. La aggravante dell'esercizio di una attività professionale, commerciale, bancaria o finanziaria; 4. Il fatto commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio; 5. I nodi problematici dei delitti contro il patrimonio culturale realizzati nella forma associativa di cui all'art. 416 cod. pen.

1. L'adesione alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulle infrazioni relative ai beni culturali e le previsioni contenute nell'art. 518 *sexiesdecies* cod. pen.

La Convenzione del Consiglio d'Europa sulle infrazioni relative ai beni culturali (*Convention on Offences relating to Cultural Property*), fatta a Nicosia il 19 maggio 2017 (entrata in vigore in sede internazionale il 1 aprile 2022) ed alla quale è stata data piena ed intera esecuzione dalla legge 21 gennaio 2022, n. 6, ha lo scopo enunciato nel suo art. 1 di prevenire e combattere la distruzione, il danneggiamento e la tratta di quei beni rendendo reati determinati comportamenti, di rafforzare l'attività di prevenzione e la reazione del sistema penale in tale materia e di promuovere la cooperazione nazionale ed internazionale nella lotta contro condotte che aggrediscono il patrimonio mondiale culturale e naturale al fine di adeguatamente proteggerlo anche attraverso l'adozione di misure preventive.

All'art. 15 del capitolo II della anzidetta Convenzione, espressamente dedicato al diritto penale sostanziale (cui segue il capitolo III, riguardante i profili processuali ed amministrativi della materia), è stabilito che ciascuna Parte aderente provveda "affinché le seguenti circostanze, nella misura in cui esse non facciano già parte degli elementi costitutivi del reato, possano essere prese in considerazione (...) come circostanze aggravanti nella determinazione delle sanzioni relative ai reati di cui alla presente Convenzione" in quanto situazioni ritenute meritevoli di una più severa reazione punitiva. Si tratta in particolare di quattro ipotesi così indicate: a). Il reato è stato commesso da persone che abusano della fiducia loro riposta in qualità di professionisti; b). Il reato è stato commesso da un funzionario pubblico incaricato della conservazione o della protezione di beni culturali mobiliari o immobiliari, se si è intenzionalmente astenuto dallo svolgere correttamente le proprie funzioni con il fine di ottenere un vantaggio o una prospettiva indebita; c). Il reato è stato commesso nell'ambito di una organizzazione criminale; d). L'autore è stato precedentemente condannato per uno dei reati di cui alla presente Convenzione".

L'art. 518 *sexiesdecies* comma primo cod. pen., introdotto con l'art. 1 comma primo lett. b) della legge 9 marzo 2022, n. 22, ha previsto in parziale attuazione di quanto richiesto dal citato art. 15 della Convenzione di Nicosia e dal precedente art. 14, che invoca la adozione di "sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive che tengano conto della gravità del reato", quattro ipotesi circostanziali aggravanti in presenza delle quali, con riferimento soltanto alle fattispecie contemplate dal nuovo titolo VIII *bis* del libro secondo del codice penale dedicato ai "delitti contro il patrimonio culturale" (e con esclusione, quindi, della fattispecie contravvenzionale inserita con l'art. 707 *bis* dall'art. 1 comma primo lett. c) della stessa legge 9 marzo 2022, n. 22) viene disposto un aumento della pena da un terzo alla metà. Si è, dunque, al cospetto di circostanze aggravanti speciali ad effetto speciale rispetto alle quali si pongono tra l'altro questioni di compatibilità-incompatibilità con alcune circostanze aggravanti comuni, con le circostanze generiche di cui all'art. 62 *bis* cod. pen. (in particolare riguardo alla gravità del fatto ed alla contestata recidiva) e con la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* cod. pen.

Delle quattro ipotesi circostanziali contemplate dall'art. 15 della Convenzione di Nicosia non viene presa in considerazione dall'art. 518 *sexiesdecies* cod. pen. quella descritta nella lettera d) in quanto ritenuta ricadente nella disciplina in vigore dell'istituto della recidiva nelle sue varie forme che lo caratterizzano (artt. 99 e segg. cod. pen.), mentre è stata aggiunta la fattispecie dell'aver cagionato "un danno di rilevante gravità". Tutte tali circostanze si applicano ai reati previsti "dal presente titolo" (VIII *bis*), formula che ha sostituito l'originaria dizione la quale si riferiva invece al reato avente ad oggetto beni culturali o paesaggistici.

2. Il danno di rilevante gravità

Sebbene non prevista espressamente dalla citata Convenzione, la prima ipotesi aggravante delineata dall'art. 518 *sexiesdecies* comma prima n. 1 cod. pen. riguarda appunto l'aver cagionato "un danno di rilevante gravità", avente quindi chiaramente natura oggettiva.

Tale circostanza è modellata sullo stampo di quella descritta nell'art. 61 n. 7 cod. pen., ossia nell'aver "nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro, cagionato alla persona offesa un danno di rilevante gravità", al cui riguardo esiste una vasta casistica giurisprudenziale e dottrinale elaborata nel corso dei lunghi anni della sua vigenza ormai plurisecolare. A questa può chiedere ed attingere lumi l'interprete, ma occorre tener ben presente che la nota comune alle due citate formule normative è integrata soltanto dal lemma "rilevante gravità" del danno, mentre sussistono notevoli divergenze testuali: si pensi alla stessa nota del danno qualificato soltanto nella versione codicistica come "patrimoniale", ove si rinviene anche il riferimento all'averlo cagionato alla "persona offesa dal reato", locuzione invece assente dall'enunciato di cui al n. 1 comma primo dell'art. 518 *sexiesdecies* cod. pen.. Ne deriva che nella materia *de qua* un valido supporto lo si può rinvenire unicamente in relazione alla locuzione "rilevante gravità" riferita genericamente al "danno" (che comprende sia quello emergente che il lucro cessante) recato non esclusivamente al soggetto passivo "persona offesa dal reato". Occorre, quindi, rapportarsi con prudenza, al momento della consumazione dell'illecito, ad un criterio misto oggettivo-soggettivo, ossia che tenga conto in via principale della entità obiettiva del danno (il cui concetto va dematerializzandosi) da stabilirsi in base a valutazioni della generalità dei consociati ed in via sussidiaria sulla scorta della situazione non solo economica della vittima.

Non tutti questi principi, persino non sempre pacifici, possono trovare però applicazione nell'esegesi della circostanza aggravante in esame: in primo luogo perché la eterogeneità dei beni tutelati dalle nuove norme fa sì che alcune loro categorie possano essere possedute anche da privati ed avere, quindi, per essi un valore affettivo non facilmente determinabile, così come se di appartenenza allo Stato anche un privato cittadino potrebbe subire un danno non solo di immagine, ma anche economico in quanto identitari di un certo territorio o di una data cultura.

Ulteriori problematiche attengono alla mancanza nella materia in discorso di parametri obiettivi di valutazione (specialmente riguardo ad alcuni beni culturali indicati in modo eterogeneo dalla novella del 2022) cui il giudice nella quantificazione del danno possa rapportarsi, finendo così con l'essere rimesso all'apprezzamento degli organi amministrativi competenti per le diverse categorie di quei beni. Si pensi, ad esempio, ad un frammento di un bucchero etrusco o di una anfora romana che rappresenta per il suo proprietario un significativo ricordo di famiglia illecitamente sottrattogli o irrimediabilmente danneggiato, così da recargli un danno soggettivo di rilevante gravità ed invece insignificante per lo Stato, con i suoi evidenti riflessi processuali in ordine alla ammissibilità della costituzione di parte civile nel relativo giudizio penale.

In tale delicata materia, anche alla luce del sistema penale previgente, deve comunque essere apprezzato nella giusta dimensione il valore che rappresentano i documenti nei quali un popolo ritrova il suo passato e riconosce nei secoli "la continuità della nazione, i caratteri che la differenziano dalle altre genti, la sua storia e la sua gloria", i quali si

esprimono anche “nelle opere d’arte, negli aspetti artistici in cui si concreta un bene spirituale che appartiene a tutti”.

Una più attenta e raffinata formulazione della circostanza in esame attraverso l’uso di segni linguistici adeguati, anche in vista di un opportuno coordinamento con la citata aggravante comune, avrebbe in gran parte risolto le problematiche sopra accennate al fine di delimitare il loro ambito applicativo in relazione a condotte aventi ad oggetto tutte la eterogenea griglia dei beni tutelati dal titolo VIII *bis* del libro secondo del codice penale. È però evidente che ove, ad esempio, fosse sottratto o danneggiato un bene culturale non inquadrabile in quella griglia – da ritenersi non esaustiva – scatterebbe eventualmente la aggravante comune di cui all’art. 61 n. 7 cod. pen.: non a caso si è autorevolmente affermato che il legislatore nostrano fa uso di un lessico privo di correttezza e soprattutto di uniformità, segno palese di una “imperante sciattezza” nella tecnica di redazione delle norme.

3. L’aggravante dell’esercizio di una attività professionale, commerciale, bancaria o finanziaria

La seconda circostanza aggravante prevista dall’art. 518 *sexiesdecies*, comma primo, n. 2, contempla l’ipotesi del reato di cui al citato titolo VIII *bis* commesso “nell’esercizio di un’attività professionale, commerciale, bancaria o finanziaria”.

Viene in tal modo riproposta in parte la aggravante speciale ad effetto comune preveduta dall’abrogato art. 178 comma secondo del d. lgs. 27 gennaio 2004, n. 42 che testualmente stabiliva, con esclusivo riferimento al delitto di contraffazione di opere d’arte, un aumento di pena (sino ad un terzo) se i fatti descritti nel suo primo comma “sono commessi nell’esercizio di un’attività commerciale”, cui conseguiva in caso di sentenza di condanna l’interdizione contemplata dall’art. 30 cod. pen.

La *ratio* di tale aggravante soggettiva è facilmente individuabile, anche alla luce della dizione contenuta nell’abrogato art. 178 comma secondo sopra citato, nella esigenza di perseguire più severamente il soggetto che viola la fiducia riposta in chi esercita una attività professionale, commerciale (anche al di fuori di un esercizio commerciale), bancaria o finanziaria. Suscita, invece, perplessità l’ampliamento enumerativo (casistico o tassativo?) delle attività sottoposte al maggior rigore della legge penale in quanto quelle commerciali, bancarie e finanziarie sono di certo attività professionali (e quindi l’0esemplificazione risulta equivoca) ed a maggior ragione se si riflette che proprio il secondo comma dello stesso art. 518 *sexiesdecies* cod. pen. stabilisce la pena accessoria della interdizione di cui all’art. 30 cod. pen. se i reati previsti dal titolo VIII *bis* sono commessi nell’esercizio di una attività professionale o commerciale, e non già quando sono realizzati nell’esercizio di una attività bancaria o finanziaria. Trattasi di una evidente illogica diversità di trattamento che non può essere sanata in via interpretativa essendo ciò vietato dal dover rispettare il principio di stretta legalità.

La dizione “nell’esercizio di una attività” impone poi che il soggetto che ha commesso alcuno dei fatti previsti dal titolo VIII *bis* non solo sia munito delle relative autorizzazioni amministrative, ma anche che la condotta venga spesa durante lo svolgimento di quelle attività espressamente previste (resta in chiaroscuro la figura del mero intermediario occasionale), configurandosi così una aggravante a tempo circoscritto, come previsto, ad esempio, nell’art. 515 cod. pen. che punisce la frode “nell’esercizio di una attività commerciale”.

4. Il fatto commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio.

Il numero 3 dell’art. 518 *sexiesdecies*, comma primo, cod. pen. prevede un’altra ipotesi aggravante quando uno dei reati contemplati nel titolo VIII *bis* è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio preposto alla conservazione o alla tutela di beni culturali mobili o immobili.

Difformemente da quanto stabilito nel precedente numero 2 non si fa più riferimento al momento in cui la condotta viene spesa dal soggetto qualificato: non è, infatti, replicata la formula “nell’esercizio di una attività”, sicché appare irrilevante che uno dei reati di cui trattasi si sia realizzato durante lo svolgimento delle funzioni ricoperte o del servizio prestato. E’ sufficiente, quindi, che la condotta penalmente rilevante venga spesa da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio purché preposto alla conservazione o alla tutela dei beni culturali mobili o immobili protetti dalle nuove norme introdotte con la legge 9 marzo 2022, n. 22. Tale puntualizzazione relativa alla posizione del “preposto” fa sì che resta escluso dalla applicazione della aggravante il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio che svolga compiti di valorizzazione, ossia di promozione o sponsorizzazione di quei beni, funzione ben diversa da quelle tipizzate nella previsione in esame (conservazione e tutela).

Per le nozioni di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio l’interprete può avvalersi delle elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali maturate nell’esegesi degli artt. 357 e 358 cod. pen., nella formulazione attualmente vigente, spesso percepita in una prospettiva di sostanziale continuità con quella abrogata, ma che ha lasciato irrisolte alcune problematiche relative, ad esempio, al funzionario di fatto ed al funzionario comunitario. Con riferimento alla prima figura si è rafforzata nel tempo la sua concezione oggettiva, mentre l’approfondimento delle note che caratterizzano la seconda ha accentuato il profilo funzionale-oggettivo, vale a dire il dato obiettivo della prestazione di un pubblico servizio.

È stato osservato che la aggravante in esame avrebbe dovuto contemplare tra i soggetti di riferimento anche la figura dei privati concessionari e coloro i quali svolgono semplici compiti di custodia. Un ulteriore profilo problematico si determinerebbe poi sul piano pratico quanto al rapporto tra la più favorevole per il reo fattispecie di appropriazione indebita di beni culturali *ex art. 518 ter* cod. pen., cui acceda la circostanza in esame, ed il reato di peculato, assai più grave non solo relativamente al profilo edittale, ma anche per l’applicazione di pene accessorie.

Il quadro sanzionatorio che affiora dalla lettura delle nuove disposizioni è visibilmente sperequato ed appesantito oltre ogni ragione, in violazione del principio di proporzionalità anche per la presenza delle circostanze aggravanti di cui all’art. 518 *sexiesdecies* cod. pen., che concorrono con quelle comuni previste dall’art. 61 cod. pen. e soltanto temperabile in sede di bilanciamento *ex art. 69* cod. pen. (coniato anche in vista di temperare il rigore punitivo di non pochi reati), il che è accaduto non solo per la mancanza di una visione complessiva e sistematica della reazione dell’ordinamento, che tenga conto del bene aggredito e delle modalità dell’offesa, ma anche in quanto il legislatore assai spesso calibra quella reazione anche in funzione della possibilità di ricorrere a misure endoprocessuali, non avvedendosi così di stabilire sanzioni non proporzionate tra loro, in violazione anche dell’art. 14 della menzionata convenzione di Nicosia.

5. I nodi problematici dei delitti contro il patrimonio culturale realizzati nella forma associativa di cui all’art. 416 cod. pen..

L’ultima circostanza aggravante riguarda i fatti di reato previsti dal citato titolo VIII *bis* commessi “nell’ambito dell’associazione per delinquere di cui all’articolo 416” del codice penale.

Si tratta di una formulazione davvero infelice sotto molteplici aspetti: innanzi tutto, la ambigua dizione “nell’ambito” può indurre l’interprete a ritenere applicabile la circostanza in discorso non solo quando il reato venga realizzato da un intraneo al sodalizio criminioso, ma anche allorché venga commesso da un concorrente esterno che, pur non essendo formalmente un affiliato, si ponga tuttavia in un rapporto di contiguità con l’associazione e quindi operi anch’esso “nell’ambito” di un gruppo deviante organizzato. Si è poi osservato che si potrebbe essere in presenza sia di uno dei delitti scopo dell’associazione o di un delitto strumentale alla esistenza, sopravvivenza od operatività della struttura organizzativa.

Ed ancora, il puntuale ed inequivoco riferimento all'art. 416 cod. pen., ossia alla figura della mera associazione per delinquere impedisce, in osservanza del principio di stretta legalità, di estendere l'applicazione della aggravante in discorso ad altre ipotesi associative, ad esempio alla previsione di cui all'art. 416 *bis* cod. pen., che si riferisce alle associazioni di tipo mafioso, camorristico o comunque "localmente denominate" che perseguono scopi corrispondenti, sebbene tali ultime associazioni non siano del tutto estranee al traffico illecito (nazionale ed internazionale) di beni culturali.

Ed a tale proposito stupisce che non sia stato attenzionato il profilo riguardante la criminalità transnazionale, ossia le attività di gruppi criminali organizzati, impiegati nella realizzazione di illeciti concernenti i beni oggetto di tutela da parte del titolo VIII *bis* del libro secondo del codice penale, e quello della figura associativa per commettere delitti di contrabbando prevista dall'art. 295 comma secondo lett. d) del T. U. 23 gennaio 1973, n. 43, tanto più che proprio nell'art. 518 *duodevicies* cod. pen., nel disciplinare le ipotesi di confisca, si dispone al suo primo comma che questa "ha luogo in conformità alle norme della legge doganale relative alle cose oggetto di contrabbando. Una prova ulteriore, questa, della miopia da cui è stato colpito da tempo l'odierno legislatore il quale, assai spesso, dimentica le buone e più elementari regole stabilite per una corretta "architettura" della norma che si deve andare ad inserire in un sistema giuridico dotato di coerenza e razionalità. E' sempre attuale a tal proposito l'antico ammonimento di Charles-Louis de Secondat, barone di La Brède e di Montesquieu nell'opera più rilevante dell'intero *Aufklärung, L'Esprit des lois*, ove il filosofo transalpino ha scolpito il seguente pensiero: "le leggi inutili indeboliscono quelle necessarie".

Note

1. Con la legge 1 ottobre 2020, n. 133 è stata ratificata dall'Italia la "Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società", fatta a Faro il 27 ottobre 2005 ed entrata in vigore il 1 giugno 2011. Si tratta di un documento, composto da 23 articoli, che intende stabilire il valore del patrimonio culturale per la società europea, qualificando la conoscenza ed il patrimonio culturale come diritti dell'essere umano. Al riguardo cfr. GUALDANI, A. (2020), L'Italia ratifica la convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano?, in *Aedon Riv. di arti e diritto*, 1 e segg., la quale sottolinea l'importanza del suo art. 2 lett. a) che detta una nuova ampia e dinamica definizione di patrimonio culturale individuata in "un insieme di risorse ereditate dal passato che alcune persone identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni costantemente in evoluzione. Esso comprende tutti gli aspetti dell'ambiente derivati dall'interazione nel tempo fra le persone e i luoghi". Ulteriori osservazioni si leggono in GUZZO, L.M. (2021), La convenzione di Faro e il patrimonio culturale religioso: (alcune brevi) questioni di ordine definitorio, in AA.VV., *Il Diritto dei beni culturali*, Roma, Roma Tre Press, 141 e segg.. Un'altra importante Convenzione concernente la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, con l'intento di istituzionalizzare un dovere di cooperazione e solidarietà fra Stati, veniva stipulata a L'Aja il 14 maggio 1954 (seguita da due protocolli aggiuntivi) e poi resa esecutiva in Italia con la legge 7 febbraio 1958, n. 279 (avente peraltro diverse lacune attuative come sottolineato da BROCCA, M. (2001), La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, in *Aedon - Riv. di arti e diritto*, 10 e segg.; MANISCALCO, F. (1999) *Ius praedae: la tutela dei beni culturali in guerra*, Napoli, Massa ed., 38 e segg.; ZAGATO, L. (2007), La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato all'alba del secondo Protocollo 1999, Torino, Giappichelli, passim; MAUGERI A.M., (2008), La tutela dei beni culturali nel diritto penale internazionale. Crimini di guerra e crimini contro l'umanità, Milano, Giuffrè, passim, Diverse fonti internazionali che disciplinano particolari aspetti della materia in esame (come la Convenzione UNESCO del 1970 e la Convenzione UNIDROIT del 1995) sono analizzate da PAVONI, R. (2006), L'incompiuta "codificazione" italiana delle norme internazionali e comunitarie sulla circolazione dei beni culturali: interazioni fra sistemi e problemi in materia di adattamento, in PIERGIGLI, V. - MACCARI A.L., *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e pratica*, Milano, Giuffrè, 331 e segg.
2. Sulla importanza della cooperazione internazionale nella tutela del patrimonio artistico nazionale cfr. F. MANTOVANI, F. (1976), Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 75 e segg..
3. Cfr. MAZZA, L. (2006), Il nuovo volto della recidiva, in *Riv. pol.*, 89 e segg.; ROCCHI, F. (2020), La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive d'indagine nel sistema penale integrato, Napoli, ESI, 33 e segg..
4. Cfr. VENAFFRO, E. (2000), Le circostanze comuni di natura patrimoniale, in *Studium iuris*, 1266 e segg..

5. Cfr. DI PINTO, S. (2007), *Conseguenze civili del reato e nuovi tipi di danno*, Milano, Giuffrè, 12 e segg..
6. Su queste problematiche anche con riferimento all'art. 133 comma primo n. 2 cod. pen. cfr. DASSANO, F. (1992), *Il danno da reato. Profili sostanziali e processuali*, Torino, Giappichelli, 41 e segg..
7. Indicazioni in MARINI, G. (1999), *Delitti contro il patrimonio*, Torino, Giappichelli, 73 e segg..
8. Per un improbabile ampliamento della categoria sulle base di fonti internazionali cfr. PERINI, C. (2018), *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, in www.legislazione.penale.eu.
9. Cfr. MAZZA, L. (1976), *Riflessi penalistici della situazione giuridica dei beni di interesse storico, artistico ed archeologico appartenenti allo Stato*, in *Riv. pol.*, 758 e segg..
10. Cfr. COLANTONIO, R. (2022), *I nuovi beni culturali. Tutela, conservazione, conoscenza*, Milano, Giuffrè, passim.
11. Cfr. PIOLETTI, G. (1982), *Patrimonio artistico e storico nazionale (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 398 e segg..
12. Cfr. MAZZA, L. (1982), *Sui limiti di ammissibilità della costituzione di parte civile nei giudizi penali relativi a danneggiamento di cose d'antichità e d'arte*, in *Mass. pen.*, 230 e segg..
13. Così CALAMANDREI, P. (1933), *Immobili per destinazione artistica*, in *Foro it.*, I, 1715 e segg..
14. Cfr. BERNARDINI, G. (1991), *Osservazioni preliminari al diritto come linguaggio*, Siena, 1991, 17 e segg..
15. Cfr. MANTOVANI, F. (2020), *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 135.
16. Per un discutibile apparentamento con la aggravante comune prevista dall'art. 61 n. 11 cod. pen. cfr. MARTINI, A. (2022), *In G.U. la tutela del patrimonio culturale: le modifiche al codice penale*, in www.altalex.com, implicando comunque un abuso di una posizione cui sono connessi poteri e doveri.
17. per una visione assai sintetica cfr. SALAMONE, F. E. (2017), *Argomenti di Diritto Penale dei beni culturali*, Torino, Giappichelli, 95 e segg..
18. In proposito cfr. PIOLETTI, G. (2006), *Sub art. 178*, in PIERGIGLI, V.-MACCARI A.L., *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e pratica*, Milano, Giuffrè 736 e segg., anche con riferimento al previgente art. 127 comma secondo del d. lgs. 29 Ottobre 1999, n. 490.
19. Cfr. MACCARI, A. L. (2004), *Il falso d'arte nel nuovo codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Milano, Giuffrè, 2006, 472 e segg..
20. Cfr. MOSCA, C. (2021), *Diritto pena e principio di legalità. Materiali per uno studio sulla legalità penale*, Napoli, ESI, 171 e segg..
21. Cfr. MAZZA M. (1975) *Su taluni aspetti del delitto di frode in commercio*, in *Giur. agr. it.*, 606 e segg..
22. Le similitudini con l'aggravante comune di cui all'art. 61 n.9 sono sottolineate da A. MARTINI, *In G.U. la tutela del patrimonio culturale cit.*, 6.
23. Cfr. GOLINELLI, C. M. (2008) *La valorizzazione del patrimonio culturale: verso la definizione di un modello di governance. Cultura, impresa e territorio*, Milano, Gippichelli, passim.
24. Indicazioni nei volumi curati da L. CASINI, *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna 2010, passim, e da P. BILANCIA, *La valorizzazione dei beni culturali. Modelli giuridici di gestione integrata*, Milano, 2006, passim.
25. Cfr. BONADIO, G. (2002), *Sub artt. 357 e 358*, in *Commento al codice penale, T. secondo*, Torino, Giappichelli, 1691 e segg., ed ivi richiami di dottrina e giurisprudenza.
26. Cfr. DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII- Bis*, in *Sistema penale*, 2022, 29.
27. Sul quale cfr. ADDANTE, E. (2020), *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, Pacini, passim.
28. Cfr. GALLISAI PILO, M. G. (2002), *Sub art. 69*, in *Commento al codice penale, T. primo*, Torino, Giappichelli, 582 e segg..
29. Cfr. SPAGNOLO, G. (1997), *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, Cedam, 21 e segg.; TURONE, G. (2015) *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, Giuffrè, passim; POMANTI, P. (2018), *La metamorfosi delle associazioni di tipo mafioso e la legalità penale*, Pisa, Pacini, 2018, passim.
30. Cfr. MUSACCHIO, V. - DI TULLIO D'ELISIIS, A. (2022), *Reati contro il patrimonio culturale*, Milano, Giuffrè, 159.
31. Sulla struttura di tale aggravante cfr. MAZZA, L. (1979), *Profili del tentativo di contrabbando doganale*, Napoli, ESI, 203 e segg..

Procedibilità a querela di parte e remissione di querela: effetti sostanziali e processuali delle modifiche del regime di procedibilità



di Angelo Salerno

Magistrato con funzioni G.I.P./G.U.P.
presso il Tribunale di Bari

It

Il legislatore della c.d. Riforma Cartabia, in linea con l'intervento attuato con la c.d. Riforma Orlando, ha esteso il novero delle fattispecie di reato procedibili a querela di parte, perseguendo una finalità deflattiva e di razionalizzazione del sistema penale. Le modifiche introdotte con la Riforma del 2022 hanno tuttavia interessato fattispecie delittuose per le quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza di reato e che consentono l'applicazione di misure cautelari personali. È stato pertanto necessario, a più riprese, un intervento del legislatore, volto a colmare le originarie lacune e a garantire un bilanciamento tra la tutela della libertà dell'indagato e l'esercizio dei diritti della persona offesa. Il presente lavoro ricostruisce la disciplina della procedibilità a querela e della correlata causa di estinzione del reato per remissione di querela, soffermandosi sulle vicende successive innescate dalle recenti riforme del 2018 e del 2022, nonché analizzando i problemi interpretativi affrontati da dottrina e giurisprudenza sul punto.



Querela, remissione di querela, riforma Cartabia aggravante mafiosa

Eng

The legislator of the Cartabia Reform, in line with the intervention implemented by the Orlando Reform, has extended the list of criminal offences prosecutable on complaint, pursuing a deflactive purpose and rationalization of the criminal system. However, the changes introduced by the 2022 Reform have affected criminal cases for which mandatory arrest in the act of felony and which allow the application of personal cautelar measures. It has therefore been necessary, on several occasions, to intervene by the legislator in order to fill the original gaps and ensure a balance between the protection of the suspect's freedom and the exercise of the rights of the offended person. The present work reconstructs the discipline of the procedure to sue and of the correlated cause of extinction of the crime for remission of lawsuit, dwelling on the successory events triggered by the recent reforms of 2018 and 2022, as well as analyzing the interpretation problems faced by doctrine and jurisprudence on the point.



Complaint, remittant of complaint, law reform Cartabia, mafia-like aggravating circumstance

Sommario

1. La querela; 2. La remissione di querela; 3. La procedibilità a querela di parte sopravvenuta: profili successori; 3.1. Il d.lgs. n. 36 del 2018; 3.2. La procedibilità a querela di parte introdotta dalla Riforma Cartabia; 3.3. Il ripristino della procedibilità d'ufficio in caso di aggravante c.d. mafiosa; 4. Considerazioni conclusive.

1. La querela

La querela è disciplinata dagli artt. 120 ss. c.p., tra le condizioni di procedibilità del reato, rappresentando un requisito processuale in assenza del quale il giudice non può pervenire ad una decisione nel merito e deve pronunciare sentenza di non doversi procedere nei confronti dell'imputato (ove, per le medesime ragioni, non sia stata già disposta l'archiviazione del procedimento penale, da parte del G.I.P., ai sensi dell'art. 411, comma primo, c.p.p., ovvero già pronunciata sentenza di non luogo a procedere, da parte del G.U.P., in sede di udienza preliminare, ai sensi dell'art. 425, comma primo, c.p.p.).

L'art. 120 c.p., nel disciplinare il "diritto di querela", afferma che "Ogni persona offesa da un reato per cui non debba procedersi d'ufficio o dietro richiesta o istanza ha diritto di querela". Dal testo del comma primo dell'articolo emerge dunque la distinzione tra reati procedibili d'ufficio – che non necessitano dunque di alcun impulso da parte di soggetti terzi rispetto al Pubblico Ministero – e reati procedibili a querela della persona offesa. Va inoltre precisato che, ai sensi dell'art. 131 c.p., "Nei casi preveduti dall'articolo 84, per il reato complesso si procede sempre di ufficio, se per taluno dei reati, che ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti, si deve procedere di ufficio".

Ai sensi del comma secondo dell'art. 120 c.p. "Per i minori degli anni quattordici e per gli interdetti a cagione d'infermità di mente, il diritto di querela, è esercitato dal genitore o dal tutore", mentre il comma terzo precisa che "I minori che hanno compiuto gli anni quattordici e gli inabilitati possono esercitare il diritto di querela e possono altresì, in loro vece, esercitarlo il genitore ovvero il tutore o il curatore, nonostante ogni contraria dichiarazione di volontà, espressa o tacita, del minore o dell'inabilitato". In relazione a siffatte ipotesi, l'art. 121 c.p. prevede, a tutela del minore infra quattordicenne o di chi sia incapace naturale, che "Se la persona offesa è minore degli anni quattordici o inferma di mente, e non v'è chi ne abbia la rappresentanza, ovvero chi l'esercita si trovi con la persona medesima in conflitto di interessi, il diritto di querela è esercitato da un curatore speciale".

Del pari, l'art. 125 c.p., con riferimento al caso in cui il genitore, il tutore o il curatore abbiano rinunciato a sporgere querela nell'interesse del minore o del soggetto inabilitato, prevede espressamente che tale rinuncia "non priva il minore, che ha compiuto gli anni quattordici, o l'inabilitato, del diritto di proporre querela", così da non privare costoro del relativo diritto e da rimettere al diretto interessato la scelta in merito alla punizione del reo.

La querela consiste in una richiesta, da parte della persona offesa, di punizione dei fatti di cui sia stata vittima, e deve pertanto contenere l'espressa "volontà che si proceda in ordine a un fatto previsto dalla legge come reato", come prescritto dall'art. 336 c.p.p. (la disciplina della querela, al pari delle altre condizioni di procedibilità, è infatti divisa tra il Codice penale e il Codice di procedura penale, dal momento che si tratta di istituti attraverso cui si dà impulso all'inizio del procedimento penale, e che, nel contempo, ne condizionano l'esito e la stessa procedibilità).

Ai sensi dell'art. 124, comma primo, c.p., tale volontà deve essere manifestata entro tre mesi dal giorno della notizia del fatto che costituisce il reato, pena la decadenza dal diritto di querela; la norma fa tuttavia salva la possibilità che il legislatore preveda un termine diverso, come nel caso dei delitti di atti persecutori (o stalking) e per il neo introdotto art. 612 ter c.p. (che punisce la "Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti") per i quali il termine di proposizione della querela è di sei mesi. Il legislatore, per vero, con legge del 19 luglio 2019, n. 69, c.d. Codice Rosso, ha elevato fino ad un anno il termine utile per proporre la querela in caso di violenza sessuale, modificando in tal senso il comma secondo dell'art. 609 septies c.p.

In ogni caso, ai sensi dell'art. 126 c.p., "Il diritto di querela si estingue con la morte della persona offesa" ma "Se la querela è stata già proposta, la morte della persona

offesa non estingue il reato”.

Gli artt. 122 e 123 c.p. prendono invece in considerazione le ipotesi in cui vi siano più persone offese ovvero più autori del medesimo reato, stabilendo, rispettivamente, che “Il reato commesso in danno di più persone è punibile anche se la querela è proposta da una soltanto di esse” e che “La querela si estende di diritto a tutti coloro che hanno commesso il reato”.

Nell'uno e nell'altro caso è pertanto sufficiente che una sola persona offesa sporga querela o che quest'ultima sia sporta verso di uno soltanto dei concorrenti, perché il reato sia perseguito penalmente nei confronti di tutti gli autori del reato.

Specularmente, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 124 c.p., “La rinuncia si estende di diritto a tutti coloro che hanno commesso il reato”.

La disposizione citata consente infatti al querelante di rinunciare all'esercizio del diritto di querela, in forma tacita o espressa, precisando, al comma terzo, che “Vi è rinuncia tacita, quando chi ha facoltà di proporre querela ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di querelarsi” (si pensi al caso in cui la persona offesa abbia pubblicamente accettato le scuse da parte del reo in relazione al previgente delitto di ingiuria); un'ipotesi di rinuncia espressa può invece essere ravvisata nel caso di una transazione in cui esplicitamente la persona offesa rinunci a sporgere querela nei confronti del reo.

La disciplina della rinuncia alla querela è completata dalle norme dettate dall'art. 339 c.p.p., ai sensi del quale, “La rinuncia espressa alla querela è fatta personalmente o a mezzo di procuratore speciale, con dichiarazione sottoscritta, rilasciata all'interessato o a un suo rappresentante. La dichiarazione può anche essere fatta oralmente a un ufficiale di polizia giudiziaria o a un notaio, i quali, accertata l'identità del rinunciante, redigono verbale. Questo non produce effetti se non è sottoscritto dal dichiarante”.

Oltre ai profili formali, la disposizione citata, al comma secondo, prevede in relazione al contenuto della rinuncia che “La rinuncia sottoposta a termini o a condizioni non produce effetti”, consentendo di qualificarla come atto c.d. “puro”, che non tollera cioè la sottoposizione a termini o a condizioni. Infine il comma terzo dell'art. 339 c.p.p. prevede, in relazione alle ipotesi di rinuncia espressa, che “Con la stessa dichiarazione può essere fatta rinuncia anche all'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno”, consentendo la definizione della vicenda penalmente rilevante anche sul piano civilistico.

Si tratta di un diritto disponibile, come confermato dalla disciplina della c.d. remissione di querela, collocata invece tra le cause di estinzione del reato, in ragione del suo effetto sulla responsabilità penale del reo.

La differenza tra i due istituti si coglie sul piano temporale e degli effetti che producono; la rinuncia può infatti intervenire solo prima che la persona offesa abbia sporto querela nei confronti del reo e preclude la successiva richiesta di punizione nei confronti di quest'ultimo; la remissione di querela, al contrario, può avvenire solo dopo che sia stata presentata querela (e comunque prima che sia intervenuta condanna, come precisato dall'art. 152, comma quinto, c.p.) e incide quindi sul procedimento penale (che, a seconda della fase del procedimento, si concluderà con l'archiviazione, con sentenza di non luogo a procedere o con sentenza di non doversi procedere); ai sensi del comma primo dell'art. 152 c.p., infatti, “Nei delitti punibili a querela della persona offesa, la remissione estingue il reato”.

2. La remissione di querela

La remissione di querela può avvenire in sede processuale o al di fuori del processo, fatta eccezione per le ipotesi in cui il legislatore richieda obbligatoriamente, per determinate fattispecie penali, che la persona offesa manifesti la propria volontà di remissione di querela davanti al giudice, per consentire a quest'ultimo di accertare le effettive intenzioni della parte e di verificarne la consapevolezza e la spontaneità.

Tanto è previsto con riferimento al delitto di atti persecutori, di cui all'art. 612 bis c.p., che, dopo la modifica apportata con decreto legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito con legge 15 ottobre 2013, n. 119, all'ultimo comma dell'art. 612 bis, oggi prevede che “La remissione della querela può essere soltanto processuale”, come pure per il nuovo art. 612 ter c.p., “Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti”, introdotto con legge n. 69 del 19 luglio 2019, c.d. Codice Rosso.

Con particolare riferimento alla remissione extraprocessuale, l'art. 152 c.p., al comma secondo, prevede che possa essere espressa o tacita, precisando al comma terzo che

“Vi è remissione tacita, quando il querelante ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di persistere nella querela”.

Tra i fatti incompatibili cui la norma fa riferimento, ha posto particolari questioni in giurisprudenza la mancata presentazione in giudizio della persona offesa, superate tuttavia nel 2016, a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 31668, in cui si afferma che “Integra remissione tacita di querela la mancata comparizione alla udienza dibattimentale del querelante previamente ed espressamente avvertito dal giudice che l'eventuale sua assenza sarà interpretata come fatto incompatibile con la volontà di persistere nella querela”.

Tale soluzione è stata recepita dal legislatore con la riforma Cartabia, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, che ha introdotto due nuovi commi (il nuovo terzo comma e il nuovo quarto comma) all'art. 152 c.p.

In particolare, ai sensi del nuovo terzo comma, vi è altresì remissione tacita:

1) quando il querelante, senza giustificato motivo, non compare all'udienza alla quale è stato citato in qualità di testimone;

Ai sensi del nuovo comma quarto, tuttavia, tale disposizione non si applica quando il querelante è persona incapace per ragioni, anche sopravvenute, di età o di infermità, ovvero si tratti di persona in condizione di particolare vulnerabilità (art. 90 quater c.p.p.). Del pari, la remissione tacita di querela è esclusa quando la persona che ha proposto querela ha agito nella qualità di esercente la responsabilità genitoriale su un minore, ovvero di rappresentante legale di una persona minore o incapace, ovvero di persona munita di poteri per proporre querela nell'interesse della persona offesa priva in tutto o in parte di autonomia, ovvero di curatore speciale nominato ai sensi dell'art. 121 c.p.

2) quando il querelante ha partecipato a un programma di giustizia riparativa concluso con un esito riparativo; nondimeno, quando l'esito riparativo comporta l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la querela si intende rimessa solo quando gli impegni sono stati rispettati.

Con riferimento, invece, al contenuto della remissione, l'ultimo comma dell'art. 152 c.p., al pari di quanto previsto per la rinuncia alla querela, precisa che “La remissione non può essere sottoposta a termini o a condizioni” e che “Nell'atto di remissione può essere fatta rinuncia al diritto alle restituzioni e al risarcimento del danno”. A tali previsioni deve essere inoltre aggiunta quella di cui all'ultimo comma dell'art. 340 c.p.p., ai sensi del quale “Le spese del procedimento sono a carico del querelato, salvo che nell'atto di remissione sia stato diversamente convenuto”, consentendo così alle parti di definire anche i profili attinenti alle spese processuali.

Quest'ultima disposizione regola altresì le forme in cui la remissione deve avvenire, prevedendo che “La remissione della querela è fatta [...] personalmente o a mezzo di procuratore speciale, con dichiarazione ricevuta dall'autorità procedente o da un ufficiale di polizia giudiziaria che deve trasmetterla immediatamente alla predetta autorità”; con riferimento al soggetto remittente, inoltre, è previsto dall'art. 156 c.p. che “Il diritto di remissione si estingue con la morte della persona offesa dal reato”, precludendo così la possibilità che gli eredi manifestino volontà contraria a quella del defunto.

L'art. 153 c.p. prende invece in considerazione le ipotesi in cui la persona offesa sia priva della capacità di agire, per età ovvero per infermità mentale, prevedendo che il diritto di remissione sia esercitato dal legale rappresentante o che quest'ultimo approvi la remissione da parte del minore che abbia compiuto i quattordici anni o dell'inabilitato.

Per converso, la remissione di querela da parte del rappresentante non ha effetto se il rappresentato manifesti volontà contraria, come previsto dal comma terzo dell'art. 153 c.p.

L'art. 154 c.p., al comma primo, disciplina inoltre le ipotesi in cui la querela sia stata proposta da più persone, precisando che “il reato non si estingue se non intervenga la remissione di tutti i querelanti”. Il comma secondo disciplina invece il caso in cui, tra più persone offese, solo una abbia sporto querela e rimesso la stessa, facendo salvo in questo caso “il diritto di querela delle altre”, che potranno esercitarlo incondizionatamente, purché entro i termini di legge di cui al sopra esaminato art. 124 c.p.

La remissione di querela da parte della persona offesa, nelle forme e nei limiti finora esaminati, è presupposto necessario ma non sufficiente perché il reato possa ritenersi estinto.

Ai sensi del comma primo dell'art. 155 c.p., infatti, “La remissione non produce effetto, se il querelato l'ha espressamente o tacitamente ricusata”, con la precisazione che, anche in questo caso, “Vi è ricusa tacita, quando il querelato ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di accettare la remissione” (come ad esempio il compi-

mento di atti processuali a seguito di intervenuta remissione o lo svolgimento di indagini difensive nonostante la remissione di querela, in fase antecedente al giudizio dibattimentale); perché intervenga l'estinzione del reato per remissione di querela occorre pertanto l'accettazione da parte del querelato.

Anche per l'accettazione operano le medesime regole dettate dall'art. 153 c.p. per l'esercizio del diritto di remissione, in forza dell'espresso richiamo contenuto al comma terzo dell'art. 155 c.p.; il comma quarto dell'articolo prevede inoltre che "Se il querelato è un minore o un infermo di mente, e nessuno ne ha la rappresentanza, ovvero chi la esercita si trova con esso in conflitto di interessi, la facoltà di accettare la remissione è esercitata da un curatore speciale".

Infine, il comma secondo dell'art. 155 c.p. prende in esame l'ipotesi in cui il reato oggetto di querela e di successiva remissione sia stato posto in essere da una pluralità di persone, prevedendo che la remissione opera a favore di tutti i querelati, anche se fatta a favore di uno soltanto di loro, ma non per quelli che l'abbiano riacquisita o che comunque non l'abbiano accettata.

3. La procedibilità a querela di parte sopravvenuta: profili successori

Come si è avuto modo di evidenziare, la disciplina della querela, quale condizione di procedibilità, e della remissione di querela, quale causa di estinzione del reato, presentano contemporaneamente profili sostanziali e processuali, con conseguente necessità di individuare il regime normativo applicabile a fronte di fenomeni di successione di norme nel tempo che incidano sulla procedibilità del reato.

La giurisprudenza di legittimità e la dottrina hanno infatti affrontato il problema della disciplina successoria applicabile nel caso in cui una norma sopravvenuta introduca o rimuova la necessità di sporgere querela per un fatto precedentemente commesso. L'orientamento prevalente (tra le altre Cass. pen., Sez. II, sentenza 17 maggio 2019, n. 21700 e, da ultimo, Cass. pen., sentenza 23 marzo 2023, n. 12179, proprio in relazione agli effetti della Riforma Cartabia) propende per l'applicazione della disciplina che regola la successione delle norme penali sostanziali, con conseguente operatività della disciplina più favorevole per il reo; se pertanto le norme vigenti al momento del fatto richiedevano la querela e tale necessità viene successivamente eliminata dal legislatore, si dovrebbe escludere la possibilità di dare inizio d'ufficio a un procedimento penale a carico del reo.

Non manca tuttavia un orientamento minoritario, di segno contrario, che riconosce natura processuale all'istituto e afferma pertanto l'operatività del principio *tempus regit actum*, che consentirebbe di iniziare un procedimento penale a carico del reo, nei termini di prescrizione, a seguito della sopravvenuta rimozione della condizione di procedibilità.

3.1 Il d.lgs. n. 36 del 2018

Di recente, importanti novità in materia di condizioni di procedibilità sono state introdotte in esecuzione della legge delega 23 giugno 2017, n. 103, recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario"; in particolare, la riforma, al comma 16 dell'unico articolo, ha conferito delega al Governo per emanare, entro un anno, "decreti legislativi per la modifica del regime di procedibilità per taluni reati".

Il Governo è stato chiamato ad assoggettare al regime di procedibilità a querela della persona offesa "i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, fatta eccezione per il delitto di cui all'articolo 610 del codice penale, e per i reati contro il patrimonio previsti dal codice penale". La delega faceva salvi tuttavia i reati in cui la persona offesa sia incapace per età o per infermità, sussistano circostanze aggravanti ad effetto speciale ovvero le circostanze indicate nell'articolo 339 c.p. (relative ai fatti di resistenza al pubblico ufficiale) o infine, tra i reati contro il patrimonio, quelli in cui il danno arrecato alla persona offesa sia di rilevante gravità.

Il legislatore, nella delega, alla lettera b), si è preoccupato inoltre di dettare una disciplina transitoria, prevedendo che per i reati commessi prima della data di entrata in vigore del decreto delegato di attuazione, il termine per presentare la querela decorre dalla predetta data, salvo che la persona offesa non abbia avuto conoscenza in epoca successiva del reato (in tal caso il *dies a quo* del termine per sporgere la querela coinciderà con l'avvenuta conoscenza del reato).

Nel contempo, era stato previsto che, in caso di reati per i quali penda il procedimento penale, il pubblico ministero o il giudice informino la persona offesa dal reato della facoltà di esercitare il diritto di querela, con decorrenza del relativo termine dal giorno in cui tale informazione viene comunicata. Ove la persona offesa non eserciti il predetto diritto, dunque, dovrà procedersi ad archiviazione ovvero alla pronuncia di sentenza di non doversi procedere nei confronti dell'imputato, per mancanza della condizione di procedibilità.

Tali coordinate sono state attuate con il decreto legislativo n. 36 del 2018 che, sebbene abbia interessato un ambito ben più ristretto di fattispecie penali rispetto a quelle astrattamente interessate dalla legge delega, ha recepito le indicazioni di quest'ultima, in tema di disciplina intertemporale, all'art. 12.

La disposizione prevede infatti, al comma primo, che per i reati perseguibili a querela in base alle disposizioni del decreto, commessi prima della data di entrata in vigore dello stesso, il termine per la presentazione della querela decorre dalla predetta data, se la persona offesa ha avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato; ai sensi del comma secondo, se è invece pendente il procedimento, il pubblico ministero, nel corso delle indagini preliminari, o il giudice, dopo l'esercizio dell'azione penale, previa ricerca anagrafica ove necessario, informa la persona offesa dal reato della facoltà di esercitare il diritto di querela e il termine decorre dal giorno in cui la persona offesa è stata informata.

3.2 La procedibilità a querela di parte introdotta dalla Riforma Cartabia

Un nuovo e rilevante intervento legislativo che ha interessato il regime di procedibilità di una serie di fattispecie penali codicistiche è avvenuto con la c.d. Riforma Cartabia, attuata con d.lgs. n. 150/2022, entrato in vigore il 30 dicembre 2022.

La legge delega, 27 settembre 2021, n. 134, ha infatti previsto, tra i criteri direttivi della riforma, di "prevedere la procedibilità a querela della persona offesa per il reato di lesioni personali stradali gravi o gravissime previsto dall'art. 590 bis, primo comma, del codice penale", nonché di "prevedere l'estensione del regime di procedibilità a querela di parte a ulteriori specifici reati contro la persona o contro il patrimonio nell'ambito di quelli puniti con pena edittale non superiore nel minimo a due anni", senza tener conto delle circostanze del reato.

Il legislatore delegato ha dato esecuzione ai predetti criteri, procedendo in primo luogo a trasformare la procedibilità d'ufficio del delitto di lesioni stradali in procedibilità a querela di parte, nei casi di cui al comma 1 dell'art. 590 bis c.p., laddove cioè non ricorrano circostanze aggravanti speciali. Il nuovo comma 9 dell'art. 590 bis c.p. prevede oggi infatti che "Il delitto è punibile a querela della persona offesa se non ricorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dal presente articolo."

L'intervento legislativo in questione ha recepito il monito che la Corte Costituzionale che, con sentenza n. 248 del 2020, aveva impartito al legislatore, pur escludendo la manifesta irragionevolezza del regime di procedibilità d'ufficio previgente, aveva evidenziato che sul piano dell'offensività, le violazioni di cui al comma 1 sono connotate da un disvalore inferiore sicché, a fronte di condotte che possono consistere in occasionali disattenzioni, pur se produttive di danni significativi a terzi, ben potrebbe discutersi circa l'opportunità della necessaria celebrazione del processo penale a prescindere dalla volontà della persona offesa, specie se integralmente risarcita del danno subito. Tale scelta legislativa, secondo la Consulta, non può infatti che riflettersi sulla complessiva efficienza della giustizia penale, evitando il sovraccarico legato alla celebrazione di processi penali non funzionali alle istanze di tutela della vittima. Con la Riforma del 2022, il legislatore ha dunque recepito le indicazioni del giudice delle leggi.

La fattispecie di lesioni stradali non è stata l'unica interessata dalla riforma, in quanto il legislatore delegato è intervenuto su una pluralità di altri reati, tra cui il delitto di lesioni personali volontarie, ex art. 582 c.p.

Se infatti, prima della riforma, la procedibilità d'ufficio conseguiva al superamento dei venti giorni di guarigione della malattia cagionata, oggi l'art. 582, comma 1, c.p. prevede in via generale la procedibilità a querela di parte del reato. Ai sensi del comma 2, tuttavia, è prevista in via di eccezione la procedibilità d'ufficio in presenza delle aggravanti di cui agli artt. 583 e 585 – eccetto i casi ex art. 577, comma 1, n. 1, c.p. – nonché quando la persona offesa risulti incapace, per età o infermità, e abbia subito

una malattia con durata superiore ai venti giorni.

La procedibilità a querela di parte è stata altresì introdotta per il delitto di sequestro di persona, ex art. 605, comma 1, c.p., nel caso in cui non ricorrano circostanze aggravanti, nonché di violenza privata, ex art. 610 c.p., e di minacce, ex art. 612 c.p.

In relazione al delitto di minacce, il legislatore della riforma ha infatti limitato la procedibilità d'ufficio, nei casi di minacce gravi, alle sole ipotesi in cui ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale diverse dalla recidiva, ovvero la persona offesa risulti incapace, per età o per infermità. Nel contempo è stata espunta dal testo dell'art. 623 ter c.p., che disciplina i casi di procedibilità d'ufficio nei delitti contro la persona, il riferimento alla minaccia grave.

Infine, anche il delitto di violazione di domicilio ha visto modificato il regime di procedibilità, prevendo oggi il comma 4 dell'art. 614 c.p. che il delitto è punibile a querela della persona offesa, ad eccezione dei casi in cui il fatto sia stato commesso con violenza alle persone o da persona palesemente armata o ancora con violenza sulle cose ai danni di persona incapace, per età o infermità.

Anche i delitti contro il patrimonio sono stati interessati dalla riforma, in relazione al regime di procedibilità, con particolare riferimento al delitto di furto aggravato, ex artt. 624 e 625 c.p.

Per effetto delle modifiche intervenute, la procedibilità d'ufficio che caratterizzava le ipotesi di furto aggravato è oggi limitata ai casi di cui all'art. 625, n. 7, c.p., ad eccezione del caso in cui la res sia stata esposta alla pubblica fede, e n. 7 bis), ossia quando il furto abbia ad oggetto componenti metalliche o altro materiale sottratto ad infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici e gestite da soggetti pubblici o da privati in regime di concessione pubblica. Si procede altresì d'ufficio, anche in questo caso, quando la persona offesa risulti incapace per età o infermità.

Anche la procedibilità dei delitti di truffa, ex art. 640 c.p., frode informatica, ex art. 640 ter c.p., e appropriazione indebita, ex art. 646 c.p., è stata modificata dalla Riforma Cartabia che, all'art. 649 bis c.p., ha espunto il riferimento al danno di rilevante gravità, che comportava la procedibilità d'ufficio. A seguito della novella, dunque, i predetti delitti sono procedibili a querela di parte, ad eccezione dei casi in cui ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale, diverse dalla recidiva (come precisato con la riforma, recependo la giurisprudenza di legittimità sul punto), ovvero se la persona offesa è incapace per età o per infermità.

Anche il delitto di turbativa violenta del possesso di cose mobili, ex art. 634 c.p., e quello di danneggiamento, ex art. 635 c.p., sono oggi procedibili a querela della persona offesa, fuori dei casi di danneggiamento commesso in occasione del delitto di interruzione di un pubblico servizio, ex art. 331 c.p., ovvero commesso ai danni di persona incapace, per età o infermità. Persiste invece la procedibilità d'ufficio delle condotte di danneggiamento qualora il fatto sia stato commesso su cose esposte per necessità o consuetudine alla pubblica fede, venendosi così a creare una disparità di trattamento rispetto alla più grave fattispecie di furto aggravato ex art. 625, n. 7, c.p. Il legislatore della Riforma ha altresì introdotto un regime di procedibilità a querela di parte in relazione a due fattispecie contravvenzionali, tra cui il disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone, ex art. 659 c.p., fuori dei casi di spettacoli, trattenimenti o ritrovi pubblici; nonché con riferimento alla fattispecie di molestia o disturbo alle persone, ex art. 660 c.p.

Il carattere inedito della procedibilità a querela della persona offesa di fattispecie contravvenzionali ha richiesto un adattamento del testo dell'art. 152 c.p., che prevedeva la remissione di querela per i soli delitti e oggi fa riferimento alla più ampia categoria dei "reati".

Le modifiche illustrate, entrate in vigore, come anticipato, il 30 dicembre 2022 (per effetto del decreto legge n. 162/2022, che ha spostato in avanti la data di entrata in vigore della Riforma Cartabia, originariamente prevista il 1° novembre 2022), hanno efficacia retroattiva, costituendo norme sopravvenute favorevoli per il reo.

Il legislatore ha altresì previsto un regime transitorio, all'art. 85 del d.lgs. n. 150/2022, distinguendo a seconda che il procedimento penale fosse stato già instaurato o meno al momento dell'entrata in vigore della riforma.

Nel caso in cui il procedimento non avesse ancora avuto inizio, il dies a quo del termine per la proposizione della querela da parte della persona offesa è stato individuato nella data di entrata in vigore della riforma.

Con riferimento invece ai procedimenti già pendenti, è stata prevista la necessità di informare la persona offesa della facoltà di sporgere querela. Tale onere è stato

posto in capo al Pubblico Ministero fino al momento in cui abbia esercitato l'azione penale e quindi in capo al giudice procedente.

Sul punto, la Corte di Cassazione, da ultimo con sentenza 19 aprile 2023, n. 16570, della Terza Sezione penale, ha precisato – pronunciandosi in merito alla contravvenzione ex art. 659 c.p. – che qualora sia rimasta ferma in giudizio la costituzione di parte civile, specie a fronte della presentazione delle relative conclusioni, non può essere ravvisato un difetto di condizione di procedibilità in mancanza di formale querela. In tal senso, la Corte ha richiamato l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 21 giugno 2018, n. 40150), evidenziando che “la sussistenza della volontà di punizione da parte della persona offesa, non richiedendo formule particolari, può essere riconosciuta dal giudice anche in atti che non contengono la sua esplicita manifestazione», e, quindi, «può essere riconosciuta anche nell'atto con il quale la persona offesa si costituisce parte civile, nonché nella persistenza di tale costituzione nei successivi gradi di giudizio», con la conseguenza che i precisati atti e comportamenti possono ritenersi equivalenti ad una querela nel caso in cui la proposizione di quest'ultima sia divenuta necessaria per disposizioni normative sopravvenute nel corso del giudizio”. Si tratta di una soluzione che è stata già affermata dalla giurisprudenza di legittimità all'indomani del sopra esaminato d.lgs. n. 36/2018 (in tal senso Cass., Sez. II, n. 5193/2020).

Ulteriori disposizioni transitorie hanno inoltre riguardato i casi in cui fosse stata applicata una misura cautelare personale per delitti originariamente procedibili d'ufficio ma divenuti procedibili a querela di parte. Il legislatore ha infatti colmato la lacuna che caratterizzava, sotto tale profilo, il d.lgs. n. 150/2022, modificando con il d.l. n. 162/2022, conv. in l. n. 199/2022, il testo dell'art. 85. È stato così previsto, all'art. 85, comma 2, del decreto che le misure cautelari personali in corso di esecuzione al momento dell'entrata in vigore della Riforma avrebbero perso efficacia qualora, entro venti giorni dall'entrata in vigore del decreto stesso, non fosse stata presentata querela da parte della persona offesa. Il legislatore ha previsto che, a tal fine, l'autorità giudiziaria procedente effettui ogni ricerca utile per reperire e informare la persona offesa, stabilendo altresì che i termini di fase ex art. 303 c.p.p. sono sospesi durante tale periodo di venti giorni.

3.3 Il ripristino della procedibilità d'ufficio in caso di aggravante c.d. mafiosa

Il regime di procedibilità a querela di parte introdotto dalla Riforma Cartabia ha sollevato perplessità in dottrina e tra gli operatori del diritto, con particolare riferimento ai delitti contro la persona trasformati in fattispecie procedibili a querela di parte, evidenziando che la persona offesa, quando il fatto sia riferibile a contesti di criminalità organizzata, potrebbe non essere in condizione di esercitare liberamente il proprio diritto di chiedere la punizione dei responsabili.

Per far fronte a tali esigenze, con legge 24 maggio 2023, n. 60, il legislatore ha previsto, all'art. 1, che i delitti aggravati ai sensi degli artt. 270 bis 1 e 416 bis 1 c.p. (e dunque nei casi di finalità terroristica o di aggravante c.d. mafiosa), sono sempre procedibili d'ufficio, introducendo un ultimo comma nel testo dei suddetti articoli, che dispone in tal senso.

In merito all'efficacia della novella, la Corte di Cassazione, con sentenza 4 agosto 2023, n. 34518, della Sesta Sezione penale, ha sancito la irretroattività del regime di procedibilità d'ufficio, rimarcando la natura sostanziale oltre che processuale delle norme che disciplinano la procedibilità del reato ed evidenziando gli effetti in malam partem della normativa sopravvenuta.

L'art. 3 della legge n. 60/2023 ha altresì disciplinato le ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza di reato per delitti procedibili a querela di parte, prevedendo che, qualora non sia stata proposta contestualmente querela da parte della persona offesa e quest'ultima non sia immediatamente reperibile, si procede comunque ad arresto dell'indagato. In tal caso occorre che la querela sia proposta entro quarantotto ore dal momento dell'arresto e, in mancanza, ovvero in caso di rinuncia o remissione di querela, l'arrestato deve essere rimesso immediatamente in libertà.

La novella ha altresì previsto che, in caso di giudizio per direttissima, a seguito di convalida dell'arresto, qualora non sia stata proposta querela ma questa possa ancora sopravvenire, il processo resti sospeso fintanto che non intervenga querela o decorra inutilmente il termine per proporla, ovvero la persona offesa rinunci alla querela.

4. Considerazioni conclusive

I recenti interventi normativi, volti ad estendere il novero delle fattispecie procedibili a querela della persona offesa, lasciano emergere chiaramente l'esigenza di far fronte al sovraccarico degli uffici giudiziari, cui il legislatore tenta di porre rimedio consentendo alle parti di rinunciare alla persecuzione del reato o di estinguerlo nel corso del procedimento penale.

Si tratta tuttavia di interventi privi di organicità, tanto in sede di delega al Governo, quanto in sede di attuazione dei criteri direttivi che hanno ispirato le riforme del 2018 e del 2022, e che non si accompagnano a misure strutturali efficaci, fungendo così da mero palliativo.

L'elevata litigiosità che caratterizza in nostro sistema giudiziario, unitamente alla facilità con cui la persona offesa può avanzare istanza di punizione, salvo poi disinteressarsi delle sorti del procedimento, impongono di domandarsi se la procedibilità a querela di parte del reato costituisca un valido strumento deflattivo e di razionalizzazione del sistema giudiziario penale.

In tal senso appaiono sicuramente valide le norme introdotte con la Riforma Cartabia che hanno recepito la giurisprudenza di legittimità in ordine alla remissione tacita della querela, quando la persona offesa si assenti in maniera ingiustificata nel corso del processo. Si tratta tuttavia di correttivi che intervengono a procedimento avviato e che pertanto non consentono di evitare il dispendio di risorse ed energie della magistratura e della polizia giudiziaria nelle fasi antecedenti.

Ben più efficace, in tal senso, appare invece uno strumento alternativo alla querela e ad essa espressamente equiparato, proprio del procedimento innanzi al Giudice di Pace. Ci si riferisce al ricorso immediato, di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 274/2000, ai sensi del quale "Per i reati procedibili a querela è ammessa la citazione a giudizio dinanzi al giudice di pace della persona alla quale il reato è attribuito su ricorso della persona offesa".

La disciplina del processo innanzi al giudice di pace prevede che il ricorso immediato debba contenere, oltre alle generalità delle parti, "la descrizione, in forma chiara e precisa, del fatto che si addebita alla persona citata a giudizio, con l'indicazione degli articoli di legge che si assumono violati", oltre all'indicazione delle fonti di prova e della documentazione che si chiede di acquisire.

Per la presentazione del ricorso immediato è necessaria la sottoscrizione del difensore del ricorrente, che potrà così filtrare eventuali istanze di punizione pretestuose, fungendo da primo filtro all'esercizio dell'azione penale. La necessità di procedere contestualmente alla costituzione di parte civile impone inoltre alla persona offesa di ponderare fin da subito la propria decisione di intraprendere il giudizio penale, con un ulteriore effetto deflattivo sulle istanze di punizione.

A fronte del ricorso, il ruolo del Pubblico Ministero, come delineato dall'art. 25 del d.lgs. n. 274/2000, consiste nel valutarne l'ammissibilità e la fondatezza, oltre che verificare la competenza del giudice adito, esprimendo parere contrario alla citazione ove sussista taluna delle predette ipotesi. Fuori da questi casi, il Pubblico Ministero procede a formulare l'imputazione, confermando o modificando l'addebito contenuto nel ricorso, entro il termine di dieci giorni. Tale termine consentirebbe dunque di accelerare notevolmente l'instaurazione del procedimento, incidendo positivamente sulla relativa durata.

Appare dunque evidente come questa forma di introduzione del procedimento penale consenta, in relazione ai reati procedibili a querela di parte, di ridurre il carico di adempimenti che grava in primo luogo sulla Polizia Giudiziaria, consentendo in questo modo di razionalizzare risorse notoriamente limitate; nel contempo, il ricorso immediato, esteso alle fattispecie penali di competenza del tribunale - eccezione dei procedimenti, di ben diversa natura, di competenza collegiale - consentirebbe al Pubblico Ministero di esprimersi in merito ad un'istanza di punizione proveniente da un professionista, l'avvocato, e corredata ab origine da tutte le indicazioni necessarie per procedere al vaglio cui lo stesso è deputato in ordine all'esercizio o meno dell'azione penale. Infine, questa modalità introduttiva del procedimento penale agevolerebbe finanche il giudice monocratico, nell'esercizio delle competenze attribuitegli con la Riforma Cartabia, in sede di udienza predibattimentale, consegnando un quadro più nitido in merito ai fatti per cui si procede.

Ferma dunque la necessità di interventi strutturali e, come a più voci auspicato, volti a ridimensionare l'area delle condotte penalmente rilevanti, gli interventi di riforma sulla procedibilità del reato potrebbero sortire maggiore effetto sulle sorti del processo penale sfruttando moduli operativi già noti all'ordinamento e che garantirebbero indubbi vantaggi pratici e in chiave deflattiva.

Riferimenti bibliografici

In dottrina, sull'argomento, si segnalano:

BATTAGLINI, Remissione espressa e tacita di querela, GP, 1951, 365;

BELLANTONI, La remissione tacita e la rinuncia tacita nella disciplina della querela, IP, 1973, 125;

BRICOLA, «Punibilità (condizioni obiettive di)», in NN.D.I., XIV, Torino, 1967, 538;

CARULLI, Sulla natura giuridica della querela, RIDP, 1952, 843;

GATTA, L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022, in SistemaPenale.it, 2023;

GROSSO, Successione di leggi integratrici di leggi penale e successione di leggi penali, RIDP, 1960, 206;

GULLINO, Le condizioni di procedibilità: compatibilità con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, DForm, 2002, 1239;

LOMBARDI, Reato divenuto procedibile a querela con la riforma "Cartabia" e persistenza della costituzione di parte civile, in PenaleDP.it, 2023;

MADEO, Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflativa comune nella "riforma Cartabia", in www.lalegislaZIONEpenale.eu.

NORCIO, La querela, SI, 2002, 988; Normando, L'esercizio dell'azione e la richiesta di giudizio nel processo penale, Torino, 2000;

SEMERARO, Il diritto di querela, in Codice penale. Giur. sist. c.p. Bricola e Zagrebelsky, III, Torino, 1996, 1;

TONINI, La nuova competenza penale del giudice di pace: un'alternativa alla depenalizzazione?, DPP, 2000, 929.



Organizzazione giudiziaria e deontologia

Giustizia elettronica



Sergio González Malabia

Giudice del Tribunale di primo grado
numero 3 di Ibiza

It

Nessuno può negare il ruolo che le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) svolgono attualmente in tutti i settori della nostra vita, connettendo le persone in tempo reale ed a livello globale. La giustizia non è rimasta avulsa da questa rivoluzione tecnologica e dai cambiamenti che essa comporta: la modernizzazione dei suoi processi consente una tutela giurisdizionale più efficace, poiché la nostra società richiede, ogni giorno con maggiore forza, una Giustizia più accessibile, di qualità superiore ed in grado di garantire i diritti legalmente riconosciuti in modo rapido ed efficace, e deve disporre di procedure trasparenti, veloci, efficaci ed efficienti allo stesso tempo.

 **Nuove tecnologie, procedura, prova, notifica, efficienza**

Eng

No one can deny the role that information and Communication (ICT) currently perform in all areas of our life, connecting people in real time and globally. The justice has not been detached from this technological revolution and changes it entails: the modernisation of its processes more effective judicial protection, since our society requires, every day with greater strength, a more accessible, of superior quality and able to guarantee the rights be legally recognised quickly and effectively, and must have transparent, fast, effective and efficient procedures at the same time.

 **New technologies, procedure, testing, notification, efficiency**

Sommario

1. Iter legislativo; 2. Le TIC nella Legge di procedura civile; 2.1. Prova; 2.2. Documentazione delle attuazioni; 2.3. Atti di notifica; 2.4. Deposito di atti e documenti; 2.5. Altri strumenti e usi; 3. Il fascicolo giudiziario elettronico.

1. Iter legislativo

Il percorso seguito per implementare le TIC nel modello di giustizia spagnolo non è stato né facile né veloce, essendo stato necessario compiere molti passi per poter parlare di giustizia elettronica o e-giustizia. Già la legge di procedura amministrativa del 1958 auspicava l'attuazione della progressiva meccanizzazione e automazione negli uffici pubblici, e la legge 30/1992, sul regime giuridico delle pubbliche amministrazioni e sulla procedura amministrativa comune, nei suoi articoli 38 e 45, puntava chiaramente per l'adozione delle tecniche e dei mezzi elettronici, informatici e telematici per lo sviluppo delle attività delle Pubbliche Amministrazioni, stabilendo la validità di detti mezzi di comunicazione tra i cittadini e l'Amministrazione, nonché la validità degli atti indipendentemente dal loro supporto, che è stata sancita dal Regio Decreto 263/1996, che disciplina l'uso delle tecniche elettroniche, informatiche e telematiche da parte dell'Amministrazione Generale dello Stato.

Tuttavia, è stato solo con la Legge Organica 16/1994, dell'8 novembre, di riforma della Legge Organica del Potere Giudiziale (LOPJ), quando è stato compiuto il primo passo nell'uso delle TIC nel campo dell'amministrazione della giustizia, introducendo per prima volta nel nostro ordinamento la possibilità di utilizzare mezzi tecnici, elettronici e informatici per lo svolgimento dell'attività e l'esercizio delle funzioni dei Tribunali, conferendo validità ed efficacia agli atti emessi con tali mezzi nel procedimento giudiziario. Insieme a ciò, l'articolo 217 LOPJ, introdotto nella stessa riforma, ha aperto la possibilità che la realizzazione delle notifiche potesse essere svolta attraverso qualsiasi mezzo tecnico che consentisse la prova della loro buon fine e delle loro circostanze e modalità di esecuzione.

In questo quadro giuridico, sono iniziati i primi passi nell'attuazione delle TIC nell'amministrazione della giustizia. La prima, consistente nell'utilizzo di materiale informatico per la predisposizione di atti processuali attraverso programmi di videoscrittura. La seconda, quasi logicamente successiva, consisteva nella realizzazione di un sistema che consentisse il trattamento automatizzato del processo attraverso schemi e modulistica processuale, a cui sarebbe seguita la creazione di banche dati, private e pubbliche, volte a raccogliere e pubblicare sentenze delle diverse Corti e Tribunali per facilitarne l'accesso, sostituendo così gli archivi e repertori cartacei contenenti la giurisprudenza. Nel campo della giurisdizione civile, il momento più significativo sulla strada di una giustizia realmente *elettronica* si è avuto con l'entrata in vigore della Legge 1/2.000 di procedura civile (LEC), "*attenta al presente e lungimirante del futuro*", come si legge nella sua Relazione Illustrativa; legge che ha sostituito quella risalente al 1881.

Successivamente, l'approvazione del Piano strategico per l'ammodernamento del sistema giudiziario 2009-2012, approvato dal Consiglio Generale della Magistratura (CGPJ) il 12 novembre 2008, ha notevolmente facilitato l'incorporazione delle TIC in ambito giudiziario, coordinando un insieme di riforme normative, cambiamenti organizzativi e miglioramenti tecnologici al fine di realizzare un sistema giudiziario agile ed efficiente e trasformare l'Amministrazione della Giustizia in un servizio pubblico di qualità, tecnologicamente avanzato e vicino ai cittadini. Regolamenti come la Legge 31/2002, dell'11 luglio, sui servizi della società dell'informazione e del commercio elettronico, la Legge 59/2003, sulle firme elettroniche, la Legge 13/2009, del 3 novembre, sulla riforma della normativa procedurale per l'attuazione del nuovo ufficio giudiziario o la Legge 42/2015, del 5 ottobre, di riforma della LEC, con l'ausilio di nuovi strumenti provenienti da diversi ambiti e istituzioni, ha aperto la strada a dar vita a un nuovo modo di intendere la Giustizia. L'ultima tappa di questo lungo cammino ha come protagonista il *fascicolo giudiziario elettronico*, promosso dalla Legge 18/2011, del 5 luglio, che disciplina l'uso delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione nell'Amministrazione della Giustizia, norma fondamentale nel suo ammodernamento, riconoscendo l'uso delle TIC come strumento essenziale della Giustizia nella nostra società attuale, che costituisce il recepimento

mento, all'Amministrazione della Giustizia, della Legge 11/2007, del 22 giugno, sull'accesso elettronico dei cittadini ai servizi pubblici.

2. Le tic nella legge di procedura civile

La LEC ha voluto introdurre, per la prima volta nell'ordinamento spagnolo, l'uso delle TIC nei procedimenti civili, cristallizzando l'obiettivo di ottenere un processo più agile, economico ed efficiente: non solo ha introdotto i cosiddetti mezzi audiovisivi e strumenti di archiviazione come nuovo mezzo di prova, ma ha anche previsto l'uso di mezzi elettronici in termini di deposito di memorie e documenti, svolgimento di atti di notifica o documentazione e deposito dei verbali di udienza.

2.1 Prova

L'articolo 299.2 LEC ha introdotto, come mezzo di prova, due nuove modalità. La prima, costituita dai mezzi di riproduzione della parola, del suono e dell'immagine (artt. 382 e 383 LEC). La seconda, dagli strumenti che consentono di archiviare e conoscere i dati rilevanti per il processo (artt. 384 LEC). Inoltre, gli articoli 267 e 268 LEC, relativi alla presentazione di documenti pubblici e privati, rispettivamente, tengono conto della possibilità che questi appaiano in formato elettronico attraverso un'immagine digitalizzata incorporata come allegato che deve essere firmato mediante firma elettronica.

Anche per quanto riguarda i mezzi di prova del riconoscimento giurisdizionale, l'articolo 359 LEC prevede l'uso di supporti per la registrazione di immagini e suoni o altri mezzi simili per registrare ciò che è oggetto di detto riconoscimento e le dichiarazioni di chi in esso interviene, pur senza omettere per tale motivo verrà consegnata la redazione del verbale in cui sarà consegnato tutto quanto necessario per l'identificazione delle registrazioni, riproduzioni o esami effettuati. Dal canto suo, e in materia di perizie giudiziarie, l'articolo 346 LEC prevede che il consulente rilasci il proprio parere per iscritto, ma trasmettendolo per via telematica al Tribunale entro il termine indicato.

Ma senza dubbio l'uso della videoconferenza è la misura più efficace ed efficiente facilitata dalle TIC nella pratica della prova, consentendo la comunicazione di immagini e suoni in tempo reale tra due punti distanti in modo compatibile nel pieno rispetto per i principi di immediatezza, oralità, contraddizione, pubblicità e concentrazione che richiedono l'adempimento di un processo con tutte le garanzie, possibilità prevista dall'articolo 229.3 LOPJ, a cui concorre l'articolo 230.1 del medesimo testo normativo.

2.2 Documentazione delle attuazioni

L'articolo 146 LEC prevede che il procedimento orale, alle udienze pubbliche ed in camera di consiglio, sarà documentato attraverso mezzi tecnici di registrazione o riproduzione, facendo un ulteriore passo avanti all'articolo 147 LEC concedendo alle registrazioni elettroniche la valenza dei verbali quando incorporano la firma elettronica dell'Avvocato dell'Amministrazione della Giustizia, salvaguardando i principi di autenticità, integrità, sicurezza e garanzia di identità.

2.3 Atti di comunicazione

Anche nel compimento di atti di notifica, rilievava l'uso delle TIC, richiamando l'articolo 162 LEC, in relazione a quanto previsto dall'articolo 152 del medesimo testo normativo, la possibilità che gli stessi siano effettuati mediante mezzi elettronici, telematici, infotelefonici o di un'altra classe simile, che consente l'invio e la ricezione di scritti e documenti, in modo tale che sia garantita l'autenticità della comunicazione e del suo contenuto e vi sia una registrazione affidabile del completo sgravio e ricezione, così come il tempo in cui sono stati fatti. Lo stesso sarà realizzato con tali mezzi quando i soggetti coinvolti nel processo siano obbligati ad utilizzare i sistemi telematici o elettronici esistenti nell'Amministrazione della Giustizia o, quando in mancanza, optino per il loro utilizzo.

Per realizzarlo, il Ministero della Giustizia ha sviluppato LexNET, un sistema per la trasmissione telematica sicura di notifiche e scritti tra organi giudiziari e operatori legali esterni, concepito come piattaforma per lo scambio sicuro di informazioni tra un'ampia varietà di agenti e organi giudiziari, consentendo il compimento di atti di notifica processuale per via telematica garantendo i requisiti richiesti dalle norme processuali. Tale sistema, disciplinato dal Regio Decreto 84/2007, del 26 gennaio, costituisce un'architettura basata sulla posta elettronica che fornisce la massima sicurezza e affidabilità nella comunicazione attraverso l'uso della firma elettronica, che permette di godere delle garanzie di autenticità, integrità, riservatezza, garanzie alle quali il sistema aggiunge quelle di custodia dei messaggi e di timestamp.

2.4 Deposito di atti e documenti

L'articolo 135 LEC prevede la possibilità di trasmissione e ricezione telematica di atti e documenti attraverso un mezzo che garantisca l'autenticità della comunicazione, prevedendo una registrazione attendibile del suo completo inoltro e ricezione, nonché della data della stessa. Acquista ancora una volta particolare importanza il sistema LexNET, concepito non solo per compiere atti di notifica per via telematica, ma anche per il deposito di atti e documenti e il trasferimento di copie, il tutto con livelli di sicurezza superiori al tradizionale scambio su supporto cartaceo.

2.5 Altri strumenti e usi

Oltre a questi usi delle TIC nei procedimenti civili, ve ne sono altri - espressione dello sforzo profuso da diversi ambiti e istituzioni per fornire agli organi giudiziari strumenti elettronici o informatici più precisi per l'esercizio efficiente del proprio lavoro giurisdizionale: è il caso del Punto Neutrale Giudiziario (PNJ), ovvero un portale o rete di servizi, promosso dal CGPJ, che consente agli organi giudiziari di consultare e ottenere informazioni rilevanti da altre Amministrazioni ed enti, consentendo agli organi giudiziari, oltre a conoscere altri dati e informazioni, di svolgere azioni finalizzate all'indagine patrimoniale sui beni e diritti delle parti in causa e, in particolare, consultare i conti e saldi che hanno le stesse in enti finanziari o le dichiarazioni dell'Agenzia di Stato dell'Amministrazione Tributaria; anche al fine di adottare sequestri telematici nei loro confronti.

Infine, e non meno rilevante, la possibilità introdotta dall'articolo 1 della Legge 19/2015, del 13 luglio, sui provvedimenti di riforma amministrativa in materia di Amministrazione della Giustizia e del Registro Civile, disciplinando un sistema di aste elettroniche che si svolgono nel Portale dipendente dalla Gazzetta Ufficiale dello Stato dell'Agenzia di Stato, consentendo così di partecipare alle aste giudiziarie senza la presenza fisica degli intervenienti, il che consente una maggiore partecipazione, favorisce la trasparenza e pubblicità, serve per ottenere prezzi migliori ed evita i soliti trucchi usati in questi casi.

3. Il fascicolo giudiziario elettronico

Con questi presupposti si è reso necessario compiere un ulteriore passo nel percorso intrapreso verso la giustizia elettronica, che si è svolto attraverso il cosiddetto fascicolo giudiziario elettronico (EJE), previsto dalla Legge 18/2011, del 5 luglio, che disciplina l'uso delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione nell'Amministrazione della Giustizia, *"erede digitale degli atti che hanno tradizionalmente costituito la decorazione dei nostri tribunali"*, come indicato nella sua Relazione Esplicativa, definita dal suo articolo 26.1 come *"l'insieme dei documenti elettronici corrispondente ad un procedimento giudiziario qualunque sia il tipo di informazione in esso contenuta"*. In tal modo si è perseguito l'obiettivo della *"carta zero"*, ovvero la soppressione del tradizionale atto in formato cartaceo nell'ambito di ogni fascicolo giudiziario, sostituendolo con atti giudiziari elettronici, cui si aggiungono le registrazioni delle aule d'udienza; documentazione elettronica resa accessibile a tutte le parti che sono coinvolte in tale procedimento.

COBO SAENZ, J.F., "L'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nello spazio giudiziario europeo. Il programma europeo di giustizia elettronica", *Diritto privato e nuove tecnologie: nuovi concetti e strumenti di contrattazione, pagamento, responsabilità e garanzia nei rapporti giuridico-privati generati attraverso la rete*, Quaderni di formazione digitale, CGPJ, n° 20, 2009, p. 22, lo definisce come "l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per migliorare l'accesso dei cittadini alla giustizia e per l'efficacia dell'azione giudiziaria, intesa come qualsiasi attività consistente nella risoluzione di una controversia o nel sanzionare penalmente un comportamento".

² GARCÍA TORRES, M, L., "Trattamento elettronico dei procedimenti giudiziari, ai sensi della Legge 18/2011, del 5 luglio, che disciplina l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nell'amministrazione della giustizia. Particolare riferimento al processo civile", *Riedpa.com*, n° 3, 2011, pag. 3, afferma che *"questa norma presuppone la concretizzazione nell'ambito del nostro ordinamento del Piano d'azione per la giustizia elettronica dell'Unione Europea, il cui obiettivo è il miglioramento dell'amministrazione della giustizia a beneficio dei cittadini e la specificazione degli artt. 230 e 271 della LOPJ, dopo la riforma prodotta dalla Legge 16/1994, dell'8 novembre, che introduce nei processi l'uso di mezzi tecnici, elettronici, informatici e telematici, nello svolgimento dei processi"*.

³ Nell'ambito dell'Unione Europea, e per i procedimenti civili transfrontalieri, l'uso della videoconferenza è previsto dal Regolamento CE n° 1206/2001, del Consiglio, del 28 maggio 2001, in materia di cooperazione tra organi giurisdizionali dei Stati membri nel campo dell'acquisizione di prove in materia civile o commerciale. È previsto anche dalla Direttiva 2004/80/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul risarcimento alle vittime di reati, il cui articolo 9 prevede la possibilità di utilizzare la videoconferenza per l'ascolto del richiedente il risarcimento. Parimenti, l'articolo 9.1 del Regolamento CE n° 861/2007, del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, consente l'esercizio della prova mediante videoconferenza nella misura in cui sono disponibili i mezzi tecnici corrispondenti. Da parte sua, la Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, su alcuni aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, sottolinea che le sue disposizioni non dovrebbero in alcun modo impedire l'uso di nuove tecnologie della comunicazione nei processi di mediazione.

⁴ GONZÁLEZ ALONSO, A., "Nuove tecnologie e riforme legislative in corso. Sistema LexNET e il nuovo ufficio giudiziario", *Diritto privato e Nuove Tecnologie: nuovi concetti e strumenti di contrattazione, pagamento, responsabilità e garanzia nei rapporti giuridico-privati generati attraverso la rete*, Quaderni di formazione digitale, CGPJ, n° 20, 2009, p. 7.

⁵ JIMÉNEZ GOMEZ, C., "Impatto della nuova Legge 18/2011, che disciplina l'uso delle TIC nell'amministrazione della giustizia", *Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada*, 2012, p. 58, sottolinea che *"quando si pensa al fascicolo elettronico, dobbiamo sottrarci all'immagine del fascicolo che avevamo fino ad ora, con unità che sarebbero fogli o fogli, e che contenevano informazioni statiche. Ora, tuttavia, l'unità di base dell'informazione saranno i dati (elettronici), dati trovati in un database e solitamente privi di significato di per sé. È possibile accedere a questi dati contemporaneamente da diverse unità e luoghi e da persone diverse. Può anche essere modificato e replicato. Inoltre, questi dati possono far parte di infinite e diverse procedure nello stesso istante di tempo, le caratteristiche che ha un semplice dato ne condizioneranno il trattamento e trattamento, data la sua natura, molto diverso da quello che avevamo precedentemente sulla carta"*.

Traduzione a cura dell'Avv. Daniele Mundula, professionista di riferimento del Vice Consolato Onorario d'Italia a Ibiza e Formentera.

L'ufficio del processo nel sistema spagnolo e l'impatto delle nuove tecnologie



Vanesa Prieto López

Giudice presso il Tribunale di primo grado numero 1 e Ufficio del Registro Civile di Ibiza

It

Negli ultimi anni abbiamo assistito ad un vero e proprio trasferimento di competenze in materia di Giustizia tra il Giudice e il Funzionario dell'Amministrazione della Giustizia. Tale trasferimento trova la sua origine principalmente nell'impatto determinato dalle nuove tecnologie, che ha fornito l'occasione di rimodulare le competenze che tradizionalmente erano esercitate dal Funzionario dell'Amministrazione della Giustizia fino a trasformarlo in un giudice del processo, sgravando così di attività il Giudice, ora concentrato nella risoluzione di questioni strettamente giurisdizionali.



Nuovo ufficio del processo, funzionario dell'amministrazione della giustizia, giustizia digitale, nuove tecnologie

Eng

In recent years we have witnessed a real transfer of jurisdiction in matters of Justice between the Judge and the Official of the Administration of Justice. This transfer finds its mainly due to the impact of new technologies, which provided an opportunity to reshape the skills that traditionally exercised by the Official of the Administration of Justice until turning him into a trial judge, thus relieving the Judge of activity, now concentrated in the resolution of strictly jurisdictional issues.



New trial office, Official of the Administration of Justice, digital justice, new technologies.

Sommario

1. Introduzione; 2. Competenze; 3. Giustizia digitale; 3.1. Quadro normativo; 3.2. Incidenza in Spagna.

1. Introduzione

Il Funzionario dell'Amministrazione della Giustizia, già denominato Segretario Giudiziario, si configura come un organo giuridico superiore al quale, prima delle successive riforme, in particolare quella attuata con la Legge n. 13, del 3 novembre 2009, di riforma della legislazione processuale per l'introduzione del nuovo Ufficio del processo¹, svolgeva, in sostanza, la funzione di attribuire pubblica fede agli atti processuali e quella di organizzazione del personale a servizio dell'Ufficio del processo. È con l'avvento delle nuove tecnologie che si verifica un cambiamento sostanziale nella sua concezione, poiché le sue funzioni passano a essere svolte dalle nuove tecnologie con maggiore accuratezza, divenendo possibile la registrazione delle udienze con caratteri di integralità e immodificabilità.

Tale situazione ha consentito di acquisire consapevolezza dell'esistenza in ogni Tribunale di un pubblico professionista altamente qualificato al quale poter affidare un ruolo fondamentale al servizio del processo e in ausilio al giudice, un esperto del procedimento che può assicurare che le attività si conformino a un iter processuale adeguato, sgravando da compiti i giudici, i quali potranno in tal modo dedicarsi esclusivamente alla risoluzione del merito della controversia. In questo modo il vecchio Segretario Giudiziario si converte in un anello di congiunzione tra il potere giurisdizionale, esercitato esclusivamente dai giudici, e il processo attraverso il quale esercitarlo².

2. Competenze

Tale mutamento è stato possibile, essenzialmente, grazie alla Legge 13/2009, che ha attribuito ai Funzionari dell'Amministrazione della Giustizia nuove funzioni in tutti gli ordini, principalmente nella giurisdizione civile, comportando una vera e propria rivoluzione che ha consentito lo smaltimento di un numero maggiore di procedimenti nonostante ne sia aumentato il numero complessivo, essendo stati i giudici esentati da tutte le funzioni che non sono strettamente giurisdizionali.

In particolare, sono state attribuite ai Funzionari dell'Amministrazione della Giustizia le funzioni relative all'ammissione delle domande giudiziali; competenza in materia di liquidazione delle spese, parcelle di avvocati e procuratori legali e risoluzione delle relative impugnazioni; procedimenti monitori in assenza di opposizione; sfratti per morosità in assenza di opposizione; in materia di volontaria giurisdizione, quali conciliazioni e dichiarazioni di assenza e di morte presunta; le definizioni anormali dei processi (rinuncia, soddisfacimento stragiudiziale e cessazione della materia del contendere nei casi in cui non vi sia opposizione, tra gli altri); impulso delle procedure; poteri in materia di famiglia (divorzi e separazioni consensuali in assenza di figli minori o di persone prive di autonomia o incapaci per provvedimento del giudice); o in materia di registrazione civile.

Particolarmente rilevanti sono le competenze attribuite in materia di esecuzione, ove, a seguito dell'ordinanza del Giudice che dispone l'esecuzione, è il Funzionario dell'Amministrazione della Giustizia che emette un decreto contenente gli specifici provvedimenti istruttori e/o di pignoramento, esegue i pignoramenti, emette un provvedimento con cui dispone l'asta immobiliare ed emette l'avviso di vendita con le relative condizioni, registra l'asta nell'apposito applicativo, cura la gestione del conto di deposito e versamenti ed, infine, è colui che emette il provvedimento finale per la piena soddisfazione del credito³. Ciò significa, in pratica, che il Funzionario dell'Amministrazione della Giustizia è incaricato di dare piena attuazione all'esecuzione.

D'altra parte, questa ripartizione delle competenze tra il Giudice e il Funzionario dell'Amministrazione della Giustizia implica il difetto di competenza del Giudice a dirimere le questioni attribuite alla competenza del Funzionario⁴.

3. Giustizia digitale

Negli ultimi anni abbiamo assistito a una maggiore presenza e impatto delle nuove tecnologie nel settore della Giustizia, al punto che attualmente è impensabile lo svolgimento di attività lavorativa in qualsiasi ufficio giudiziario senza il loro utilizzo. Ormai praticamente tutti gli ordinamenti giuridici hanno realizzato la necessità che la Giustizia sia digitale, arrivando a parlare di “carta zero”, situazione che, unitamente all’attribuzione di nuovi poteri ai Funzionari dell’Amministrazione della Giustizia, ha reso possibile il conseguimento di un processo più rapido, efficace ed efficiente.

3.1 Quadro normativo

È stata la legge fondamentale 8 novembre 1994, n. 16, che riforma la legge fondamentale 1 luglio 1985, n. 6, sull’ordinamento giudiziario, che ha introdotto, per la prima volta nell’ordinamento spagnolo, la possibilità di utilizzare mezzi tecnici, elettronici e informatici per lo sviluppo dell’attività e l’esercizio delle funzioni degli organi giurisdizionali. Insieme ad essa, il Parlamento ha approvato il 22 aprile 2002 un disegno non di legge sulla Carta dei Diritti dei Cittadini dinanzi alla Giustizia, indicando nel suo preambolo che, alle soglie del XXI secolo, la società spagnola chiedeva con urgenza una giustizia più aperta, capace di dare risposta ai cittadini con maggiore agilità, qualità ed efficacia, adottando metodi organizzativi e strumenti processuali più moderni ed avanzati⁵.

Successivamente, la legge 26 maggio 2003, n. 15, che regola il trattamento retributivo del personale appartenente alle carriere dei giudici e dei pubblici ministeri ha sancito l’obiettivo generale di trasparenza proclamato nella Carta dei diritti dei cittadini davanti alla Giustizia, creando uno strumento tecnico denominato Piano di Trasparenza Giudiziaria, approvato con delibera del Consiglio dei Ministri del 21 ottobre 2005. In esso è individuato come strumento indispensabile per raggiungere l’obiettivo della trasparenza il pieno utilizzo delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione nell’Amministrazione della Giustizia, rendendo necessario unificare le diverse applicazioni informatiche utilizzate negli uffici giudiziari, nonché creare pagine informative nelle Amministrazioni competenti in materia di Giustizia. È stata inoltre dichiarata la necessità di predisporre adeguati sistemi di interconnessione e di scambio sicuro degli atti nei processi giudiziari, nonché di garantire la disponibilità di sistemi di comunicazione tra i diversi siti giudiziari telematici.

Infine, nel 2007 è stata approvata la Legge 22 giugno 2007, n. 11, sull’accesso telematico dei cittadini ai servizi pubblici, che ha comportato il definitivo riconoscimento del diritto dei cittadini a comunicare elettronicamente con le pubbliche amministrazioni, norma che insieme ad altre ha rappresentato l’avallo definitivo della giustizia digitale, come il Regio decreto 26 gennaio 2008, n. 84, sull’introduzione nell’amministrazione della giustizia del sistema informatico di telecomunicazioni LEXNET per la presentazione di scritti e documenti, il trasferimento di copie e l’esecuzione delle comunicazioni degli atti processuali per via telematica; la Legge 5 luglio 2011, n. 18, che regola l’uso delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione nell’amministrazione della giustizia; la Legge 13 luglio 2015, n. 19, sulle misure di riforma amministrativa nel settore dell’amministrazione della giustizia e del registro civile; la Legge fondamentale 21 luglio 2015, n. 7, che modifica la LOPJ; la Legge 5 ottobre 2015, n. 42, di riforma del codice di procedura civile; il Regio decreto 27 novembre 2015, n. 1065, sulle comunicazioni elettroniche nell’amministrazione della giustizia; la Risoluzione del 15 dicembre 2015 del Segretariato Generale dell’Amministrazione della Giustizia.

3.2 Incidenza in Spagna

Sebbene possa sembrare che la giustizia digitale sia arrivata nell'ordinamento spagnolo con più ritardo rispetto ad altri, allo stato attuale si può affermare che l'impatto delle nuove tecnologie ha portato una vera rivoluzione sotto tutti i profili e aspetti, dalla registrazione delle udienze, all'opera quotidiana dei funzionari e degli avvocati, con i benefici che ne derivano per il processo.

Nasce così un applicativo specifico, il CDCJ (Conto Generale di Depositi e Versamenti) per la gestione dei mandati di pagamento e dei bonifici ai cittadini, che vede ampliate le sue possibilità al punto che attualmente i pignoramenti dei conti bancari e dei rimborsi del Ministero delle Finanze sono eseguiti elettronicamente tramite detta applicazione.

Le aste, sia giudiziali che stragiudiziali, si svolgono in via telematica, utilizzando la stessa applicazione CDCJ, che si collega al Portale Aste e consente l'invio, oltre al bando che indica le condizioni generali e particolari dell'asta, di qualsiasi tipo di documentazione, quali fotografie, perizie, ecc.⁶. Ciò determina una maggiore partecipazione degli offerenti, aumentando le offerte ricevute, nonché impedisce la possibilità di accordarsi per alterare le aste.

Accanto a questi strumenti, è a disposizione dei Funzionari dell'Amministrazione della Giustizia la possibilità di consultare ogni tipo di beni o diritti dei cittadini attraverso il Punto Neutro Giudiziario, strumento che consente di accedere ai dati patrimoniali o domiciliari di ogni natura esistenti nel diversi *database* della Pubblica Amministrazione (Tesoro, Tesoreria Generale della Previdenza Sociale, Catasto, Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, Direzione Generale del Traffico, tra gli altri).

Dal canto loro, i bandi, anteriormente pubblicati nella Gazzetta Ufficiale dello Stato o nell'albo del Tribunale, sono anch'essi gestiti in un'applicazione informatica, mediante firma digitale, nell'albo unico del bando. La firma dei decreti, come quella degli avvocati e dei procuratori costituiti in giudizio, è digitale, il che fornisce una maggiore certezza giuridica in quanto è necessario disporre di un certificato digitale. Allo stesso modo, le notifiche sono effettuate in via telematica, o tramite LEXNET o tramite il Sito Giudiziario Telematico (il cui uso è obbligatorio per chi deve interagire per via telematica con l'Amministrazione della Giustizia, nei termini indicati dall'art. 273, comma 3 L.E.C.⁷), che si configura come punto di accesso per i cittadini con l'Amministrazione della Giustizia.

Esiste anche un'applicazione nell'ambito del Ministero della Giustizia, EVID, per la fissazione di appuntamenti tramite videoconferenza. Le possibilità di questo sistema sono infinite: si rende agile l'accettazione degli incarichi da parte di esperti e altri professionisti obbligati a utilizzare mezzi elettronici, è possibile per i cittadini ottenere l'omologazione del proprio divorzio in casi di separazione consensuale senza la necessità di spostarsi, consente di rendere dichiarazioni all'ufficio con detti mezzi, ecc.

Ma senza dubbio è stato il fascicolo processuale telematico il grande cambiamento operato negli ultimi anni in materia di giustizia, con grande impatto sul modo di lavorare e sull'accesso al fascicolo, pur dovendosi riconoscere che ha causato anche grossi grattacapi durante il processo in quanto, sebbene nel lungo termine si sia visto che facilita enormemente il lavoro di tutti gli operatori legali, richiede la loro corretta formazione, supervisionata dal Funzionario dell'Amministrazione della Giustizia, che deve garantire che tutti gli scritti e i documenti siano debitamente descritti e catalogati, presentati nel formato corretto, correttamente ordinati, ecc.

Tutti questi cambiamenti hanno unito la tecnologia alle procedure giudiziarie, immergendoci in un sistema con molte sfaccettature finora nuove e sconosciute in materia giudiziaria. E, sebbene la sua attuazione e il suo corretto funzionamento siano stati una vera avventura, ha portato evidenti miglioramenti nella conduzione e nella riso-

luzione dei processi, con conseguente miglior soddisfacimento del diritto a ottenere una tutela giudiziale effettiva, legando per sempre l'attività professionale alla rete in una sfida digitale inarrestabile. L'aumento dell'efficacia della Giustizia va di pari passo con la corretta implementazione e l'utilizzo dei nuovi mezzi digitali, coinvolgendo tutti gli operatori del diritto. Pertanto, una gestione efficace delle risorse è necessaria per garantire che l'implementazione delle nuove tecnologie avvicini tutti i cittadini alla Giustizia e, allo stesso tempo, non allontani dalla stessa coloro che sono meno propensi ai cambiamenti dell'era digitale.

Note

1. Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dello Stato n. 266 del 4 novembre 2009.
2. Dialoghi per il futuro giudiziario. Il Funzionario dell'Amministrazione della Giustizia. L'attuazione in Spagna del nuovo Ufficio per il processo attraverso la Legge n. 13 del 3 novembre 2009 (la LEY 19391/2009) sulla riforma della legislazione processuale ha trovato nella figura del Funzionario dell'Amministrazione della Giustizia (allora: Segretario Giudiziario) un professionista pubblico di primo livello a cui affidare, non solo la direzione degli uffici con tutti gli aspetti gestionali e amministrativi connessi, ma anche un ruolo fondamentale al servizio del processo, ovvero un esperto tecnico responsabile dell'ordine processuale come modello giuridicamente adeguato per la decisione delle controversie.
3. <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>
4. Al Funzionario dell'Amministrazione della Giustizia quello che è del Funzionario dell'Amministrazione della Giustizia, di Diego Fierro Rodríguez. Ordinanza della Audiencia Provincial di Girona 194/2021, che dichiara la nullità di un'ordinanza del giudice che era stata emessa per un potenziamento del sequestro in quanto questa attività compete al Funzionario dell'Amministrazione della Giustizia che vi provvede mediante decreto.
5. Carta dei diritti dei cittadini dinnanzi alla Giustizia. Una giustizia moderna e aperta ai cittadini. Una giustizia agile e tecnologicamente avanzata.
6. <https://subastasboe.es>
7. Prevede l'articolo 273.3 LEC che "in ogni caso, sono obbligati a interagire con l'Amministrazione della giustizia per via elettronica, almeno, i seguenti soggetti: a) le persone giuridiche b) gli enti privi di personalità giuridica c) coloro che esercitano un'attività professionale per la quale è richiesta l'iscrizione obbligatoria per le formalità e gli atti che compiono con l'Amministrazione della giustizia nell'esercizio di tale attività professionale d) i notai e i cancellieri e) coloro che rappresentano una parte interessata che è tenuta a interagire per via elettronica con l'Amministrazione della giustizia f) i dipendenti pubblici delle Amministrazioni pubbliche per le formalità e gli atti che compiono in ragione della loro carica."

