



LA MAGISTRATURA

ORGANO DELL'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI

“E ora apriamo gli occhi”

4 La riforma dei giudici

8 Riforma della responsabilità civile:
assente un'attenta ponderazione dei valori
in gioco

46 Le Procure: l'inizio di ogni cosa...

62 Riforma della prescrizione in una
sistematica revisione del “nuovo”
processo penale

90 Gli interventi di riforma nel quadro
dell'efficienza del sistema giudiziario



La Magistratura

Periodico a cura dell'Associazione Nazionale Magistrati

Le opinioni espresse in ciascun articolo sono proprie dell'autore e possono non coincidere con quelle della redazione o della direzione o con la linea dell'ANM

Direzione e Amministrazione:

Roma - Palazzo di Giustizia,
presso l'Associazione Nazionale Magistrati
Telefono: 06/6861266
Fax: 06/68300190
Sito internet: www.associazionemagistrati.it

Direttore responsabile:

Rosa Polito

Direttore editoriale:

Marcello Bortolato

Comitato di redazione

Michele Ciambellini
Luisa De Renzis
Alessandra Galli
Loredana Micciché
Francesca Picardi
Andrea Reale

Concept grafico

dol

www.dol.it



Editoriale

4 La riforma dei giudici di **Marcello Bortolato**

Associazione/Attualità

8 Riforma della responsabilità civile: assente un'attenta ponderazione dei valori in gioco di **Francesca Picardi**

10 "Soltanto alla legge". Brevi note sulla responsabilità civile dei magistrati di **Calogero Commandatore**

18 Tre questioni (più una) sulla responsabilità civile dei magistrati di **Gianluca Grasso**

24 Le ferie giudiziarie di **Aldo Morgigni**

34 Responsabilità giudici: no slogan, più equilibrio di **Rodolfo M. Sabelli**

38 L'associazionismo giudiziario transnazionale di **Cristina Marzagalli**

Ordinamento

46 Le Procure: l'inizio di ogni cosa... di **Alessandra Galli**

48 I poteri del procuratore della Repubblica di **Armando Spataro**

Penale

62 Riforma della prescrizione in una sistematica revisione del "nuovo" processo penale di **Michele Ciambellini**

66 Spunti di riflessione sulla riforma della prescrizione di **Francesco Viganò**

74 Considerazioni sparse sulla prescrizione dei reati di **Carlo Citterio**

Civile

90 Gli interventi di riforma nel quadro dell'efficienza del sistema giudiziario di **Luisa De Renzis**

94 Il Tribunale per la persona, i minorenni e le relazioni familiari. Una riforma necessaria per una democrazia evoluta di **Donatella Donati**

102 Le nuove prospettive del diritto di famiglia di **Riccardo Rosetti**

112 Riparto di competenze tra Tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni. Disciplina vigente e prospettive di riforma di **Cesare Trapuzzano**

122 Trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria di **Stefano Schirò**

128 Profili di incostituzionalità della negoziazione assistita obbligatoria di **Massimo Vaccari**

136 Relazione alla proposta di modifica del codice di procedura civile di **Luciano Varotti**

2.037 milioni

di euro **confiscati alla mafia**
in un anno

1.288.171

di procedimenti definiti
in un anno
Magistrati penali italiani
primi in Europa

2.834.879

di cause definite in un anno
Giudici civili italiani **secondi in Europa**

I numeri contano più delle parole
La magistratura chiede vere riforme
per una giustizia nell'interesse dei cittadini

120.000

processi in fumo in un anno
per l'assenza di una vera
riforma della **prescrizione**

9.000

i **cancellieri**
che mancano
negli uffici giudiziari

60 miliardi

di euro l'anno il costo
della **corruzione** per l'assenza
di una vera riforma

“E ora apriamo gli occhi”

LA RIFORMA DEI GIUDICI

L'uscita del primo numero della Rivista “La Magistratura” ha coinciso con l'annuncio della riforma della giustizia. Dopo sette mesi il secondo numero è in grado di fotografare solo poche norme presentate a colpi di slogan e banalizzazioni. Le disposizioni emanate finora, lungi dall'apportare benefici sostanziali in termini di efficienza, hanno inciso solo sullo status dei magistrati e sul processo civile con modesti e inutilizzabili strumenti di semplificazione.

Filo comune che lega gli ultimi interventi, assemblati nello strumento improprio del decreto legge, è ribaltare sul magistrato, ultimo terminale, le disfunzioni e le carenze organizzative del sistema, orfano ormai da anni di una profonda riforma organica. Si ignora del tutto il forte impegno dei magistrati nell'affrontare con professionalità l'abnorme domanda di giustizia con risultati che li vedono ai primi posti in Europa per smaltimento dei procedimenti, nonostante la drammatica penuria di risorse.

Altri interventi sono all'esame del Parlamento in tema di responsabilità civile dei magistrati.

Il ruolo della magistratura, ma indirettamente anche quello della giurisdizione, ne esce svilito e mortificato senza alcun miglioramento del servizio ai cittadini.

Da inefficienti a irresponsabili.

Quest'ultima è l'immagine dei magistrati fornita all'opinione pubblica da un dibattito volutamente superficiale in tema di responsabilità civile. Piegando alle più assurde interpretazioni il monito “ce lo chiede l'Europa” si elimina il baluardo del filtro di ammissibilità, che oggi evita la proliferazione di cause strumentali volte a riprodurre in una sede impropria le ragioni della parte che ha avuto torto nel processo, di fatto introducendo un ulteriore grado di giudizio; si aggiunge il travisamento del fatto o delle prove come ulteriore forma di responsabilità, colpendo al cuore l'attività interpretativa, cioè il fulcro della giurisdizione, con il rischio di compromettere la serenità del giudizio.

Sul fronte delle riforme in materia penale, abbiamo assistito a un'improvvisa accelerazione legata a vicende giudiziarie che, davanti all'indignazione collettiva, hanno costretto la politica a occuparsi di corruzione e prescrizione – temi su cui l'ANM reclama da tempo serie riforme – ma con modalità e contenuti normativi, frutto di divisioni interne, che non risolveranno le storture esistenti, anzi in alcuni casi rischieranno di aggravarle.

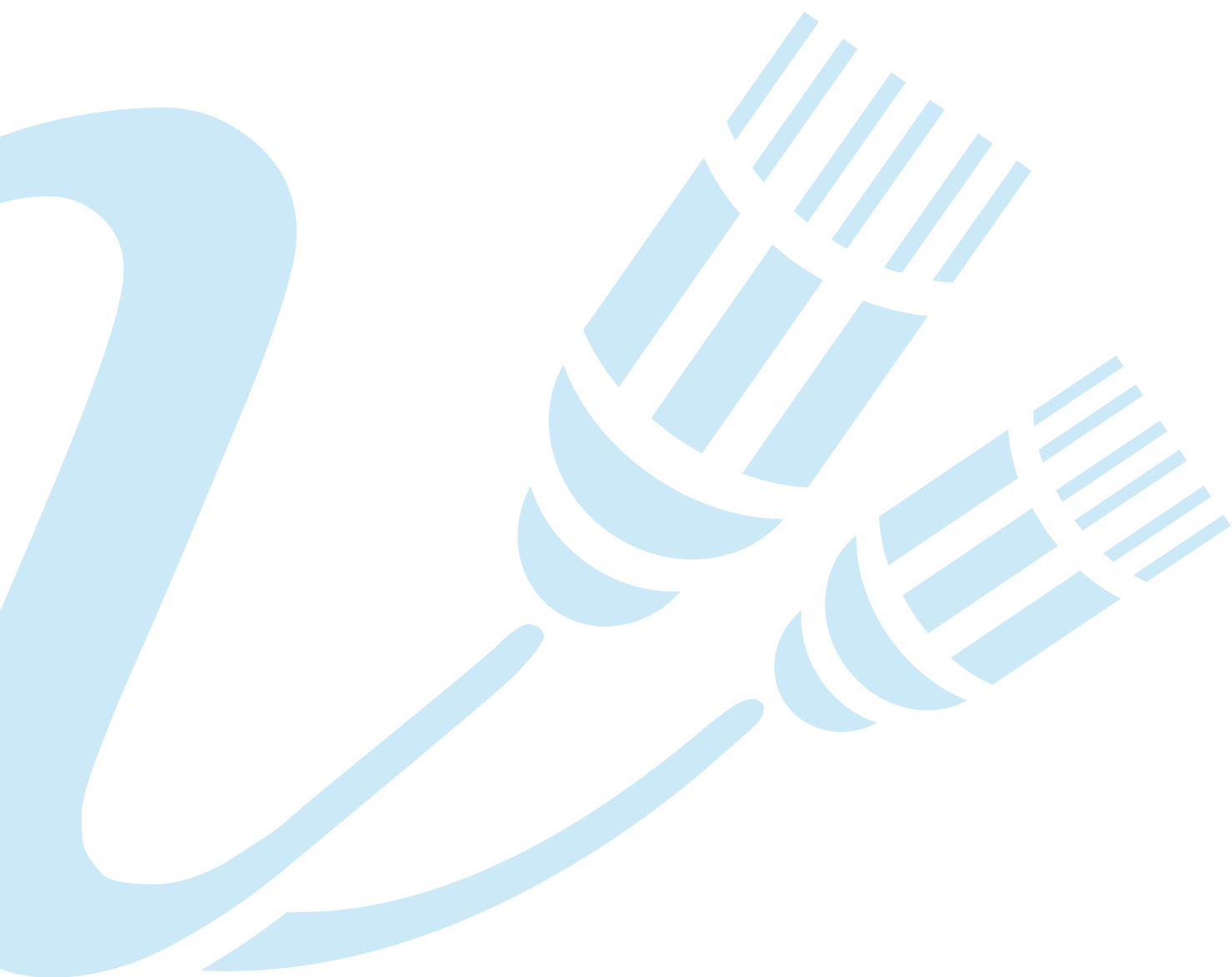
Proprio alla luce delle vicende di cronaca in materia di inchieste non cessa la riflessione della magistratura sul delicato ruolo del procuratore della Repubblica e sui suoi poteri, cui è dedicata la sezione Ordinamento.

Questo numero raccoglie, quindi, gli approfondimenti sulle riforme in atto, dalle misure sul processo civile, alle ferie giudiziarie, al diritto di famiglia, alle forme di degiurisdizionalizzazione, alla prescrizione del reato e, con uno sguardo all'esterno sull'associazionismo giudiziario internazionale, riflette sul lavoro dei magistrati e sui pericoli di interventi demagogici propagandati come rivoluzionarie “riforme della giustizia” ma il cui intento sembra solo quello, per ora, di “riformare” i giudici.

Buona lettura!

Il Direttore editoriale
Marcello Bortolato

ASSOCIAZIONE ATTUALITÀ



RIFORMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE: ASSENTE UN'ATTENTA PONDERAZIONE DEI VALORI IN GIOCO

La presente sezione si propone di offrire un quadro completo relativamente all'annunciata riforma della responsabilità civile per i danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, resa necessaria dall'esigenza di adeguare l'ordinamento interno a quello comunitario.



Difatti, la Corte di Giustizia, con la sentenza n. 173 del 13 giugno 2006, ha affermato la contrarietà al diritto comunitario di una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario posta in essere da un organo giurisdizionale di ultimo grado tramite un'interpretazione delle norme giuridiche o una valutazione dei fatti e delle prove; successivamente, con la sentenza n. 379 del 24 novembre 2011, ha dichiarato che l'Italia, escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli dalla violazione del diritto comunitario che sia derivata dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione di fatti e prove effettuate da un organo giurisdizionale di ultimo grado e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 2, della legge 13 aprile 1988, n. 117, è venuta meno agli obblighi imposti dal principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado. La Commissione, a fronte del persistente inadempimento del nostro legislatore, ha avviato nei confronti dell'Italia una nuova procedura di infrazione, ex art. 260, par. 2, del Trattato dell'Unione Europea, per cui, in caso di mancata approvazione in tempi brevi di un'adeguata novella, vi è il rischio dell'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

In base alle attuali previsioni della legge 13 aprile 1988, n. 177, mentre è espressamente escluso che possa dar luogo a responsabilità civile l'attività di interpretazione di norme di diritto o di valutazione del fatto e delle prove, l'azione di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie è consentita esclusivamente nei casi di dolo, colpa grave e denegata giustizia; può essere proposta, fatta eccezione per i danni derivanti da reato, solo contro lo Stato, al quale è riconosciuta, in caso di condanna, la rivalsa, nei limiti di un terzo di un'annualità di stipendio, nei confronti del magistrato; è subordinata a una valutazione, rimessa al Tribunale in camera di consiglio, relativamente all'ammissibilità e alla non manifesta infondatezza; può essere esercitata soltanto quando siano stati esperiti tutti i mezzi d'impugnazione e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento; è sottoposta a un termine di decadenza di due anni.

La proposta di legge, approvata dal Senato in data 20 novembre 2014, pur lasciando inalterata l'impalcatura della legge Vassalli, prevede la risarcibilità dei danni non patrimoniali cagionati dall'esercizio delle funzioni giudiziarie, prima limitata alla sola ipotesi di privazione della libertà personale; la possibilità che anche l'attività d'interpretazione di norme di diritto o di valutazione del fatto o delle prove possa ingenerare la responsabilità civile nell'esercizio; l'allungamento del termine di decadenza, da due a tre anni; l'eliminazione integrale del filtro di ammissibilità; l'obbligatorietà, pena la responsabilità contabile, dell'azione di rivalsa, da parte dello Stato, nei confronti del magistrato nell'ipotesi di dolo o negligenza inescusabile; l'innalzamento della misura della rivalsa da un terzo alla metà di un'annualità di stipendio o, in caso di dolo, l'esclusione di ogni limite quantitativo; l'eseguibilità della rivalsa tramite trattenute sullo stipendio netto nella misura non più di un quinto, al pari di ogni altro dipendente, ma di un terzo.

È evidente che le modifiche prospettate vanno ben al di là di quelle imposte dalle sentenze della Corte di Giustizia, che avrebbero potuto essere limitate alla responsabilità dello Stato o, comunque, alla sola violazione del diritto comunitario. Ancora una volta sembra che gli interventi nel settore della giustizia siano il frutto di campagne demagogiche, destinate a esasperare i toni conflittuali già raggiunti, e non di un'attenta ponderazione dei valori in gioco, tra cui l'imparzialità e l'indipendenza del giudice e l'efficienza e l'efficacia del sistema.

Tale argomento, così delicato e nevralgico, discusso già all'Assemblea Generale del 9 novembre 2014 e alla riunione del CDC del 20 dicembre 2014, non poteva essere trascurato dalla Rivista.

Francesca Picardi
Comitato di redazione
Componente del CDC dell'ANM

“SOLTANTO ALLA LEGGE”.

BREVI NOTE SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI

Calogero Commandatore
Giudice del Tribunale di Enna

L'INDIPENDENZA E LA RESPONSABILITÀ

L'indipendenza può essere definita dal punto di vista giuridico come “una qualità particolare che assiste l'attività di un determinato soggetto o di un determinato organo” (N. Zanon, F. Biondi Francesca, 2011, pp. 58-59). Essa consiste, specificamente, nella possibilità per il soggetto di assumere liberamente delle decisioni, senza alcun vincolo esterno e, soprattutto, senza il timore di esporsi a conseguenze – negative ma, anche positive – in ragione delle proprie scelte.

L'indipendenza non è però un valore in sé, ma uno strumento ancillare e funzionale alla tutela di altri valori. Così, l'indipendenza delle c.d. Autorità indipendenti è strumentale al buon andamento della Pubblica Amministrazione; l'indipendenza di ogni parlamentare è necessaria ad attuare i fondamenti della democrazia rappresentativa e della sovranità popolare; l'indipendenza della magistratura è funzionale alla stessa imparzialità degli organi giurisdizionali.

La responsabilità (dal latino *responsum*, risposta) delinea, invece, la condizione giuridica di chi è chiamato a rispondere delle azioni e dei comportamenti tenuti, rendendone ragione e accettandone le conseguenze.

Le nozioni di indipendenza e responsabilità sono necessariamente correlate: a un'indipendenza assoluta non può che corrispondere l'assenza di responsabilità, poiché è indubbio che la minaccia di una sanzione di qualsiasi natura possa influire sulle determinazioni del soggetto; a un'indipendenza soltanto relativa può far seguito la reazione da parte dell'ordinamento – o di altri soggetti o organi – nel caso di violazione dei principi e delle regole che disciplinano il settore di attività interessato.

Si tratta di un rapporto che muta in considerazione dell'anzidetta natura strumentale dell'indipendenza, in ragione del valore che – con il conferimento della stessa – si intende tutelare. Ad esempio, all'indipendenza delle Autorità indipendenti non corrisponde l'immunità da qualsivoglia forma di

responsabilità, essendo essa riconosciuta soltanto per evitare che le scelte compiute in determinati settori soggetti a regolazione possano essere influenzate dalle maggioranze politiche contingenti o da operatori di mercato particolarmente forti. Di contro, in molti ordinamenti, si tende a riconoscere ai giudici un'indipendenza tendenzialmente assoluta; il che – a parere di chi scrive – risulta facilmente comprensibile posto che il tutelato valore dell'imparzialità è, a ben vedere, funzionale a un principio fondante delle moderne Costituzioni (*in primis*, la nostra): l'eguaglianza formale e sostanziale di tutti i cittadini dinanzi alla legge e il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi. Si tratta di esigenza, peraltro, avvertita anche a livello comunitario: all'assoluta indipendenza degli organi giurisdizionali dell'Unione si accompagna una totale immunità dalla giurisdizione civile e penale assicurata dall'art. 2 del Protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE NELLA COSTITUZIONE

L'art. 101 della nostra Carta fondamentale, in perfetta assonanza con l'art. 97 della Legge fondamentale della Repubblica Federale Tedesca, statuisce che «I giudici sono soggetti soltanto alla legge». La norma consacra in questi termini l'indipendenza dei giudici nel processo decisionale che precede l'adozione dei provvedimenti giurisdizionali rispetto a eventuali interferenze di potere.

Sul punto, la giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. 11 gennaio 1989, n. 18) ha evidenziato come per i giudici «La garanzia costituzionale della (...)

indipendenza è diretta (...) a tutelare, *in primis*, l'autonomia di valutazione dei fatti e delle prove e l'imparziale interpretazione delle norme di diritto». Al fine di cogliere in pieno il significato dell'art. 101 Cost., appare necessario affidarsi ai lavori preparatori che accompagnarono la sua formulazione, i quali rivelano come il testo attuale sia il frutto di una chiara impostazione dei costituenti.

La norma – nella prima versione – così recitava: «I giudici, nell'esercizio delle loro funzioni, dipendono soltanto dalla legge che interpretano e applicano secondo coscienza».

Nella seduta pomeridiana del 20 novembre 1947 e nella votazione finale del 20 dicembre 1947 l'Assemblea Costituente decideva, tuttavia, l'eliminazione dell'inciso «che interpretano e applicano secondo coscienza», approvando l'art. 101 Cost. nella forma attualmente vigente.

Ecco le motivazioni che emergono dal dibattito parlamentare a sostegno di tale scelta normativa:

» il giudice deve esser libero d'interpretare e applicare il diritto positivo ma tale attività non può mai sfociare nell'arbitrio;

» eventuali lacune dell'ordinamento devono esser colmate con ragionamenti di tipo giuridico, escludendosi che al giudice – attraverso il richiamo a dettami ultragiuridici – possa conferirsi un ruolo creativo;

» l'attività del giudice – di valutazione dei fatti e delle prove – deve concepirsi come libera, senza vincoli imposti da precedenti giurisprudenziali ovvero direttive o indicazioni da parte di istituzioni di qualsiasi tipo.

Emerge il contenuto costituzionale dell'indipendenza riconosciuta ai magistrati: libertà di valutazione dei fatti e delle prove purché qualsiasi decisione sia, in ultimo, giuridicamente



argomentata e, in grado di “persuadere che il giudice non poteva rispondere meglio” (R. Bin Roberto, 2013, *passim*). Interpretare significa attribuire a un testo normativo o, meglio a più testi normativi variamente coordinati e in reciproca relazione, uno dei significati ammissibili alla luce delle regole della lingua e delle tecniche interpretative così da ricavarne la norma da applicare alla concreta controversia. All'interno di tale ambito non ha senso affermare che delle interpretazioni siano vere o false poiché ciò che rileva è solamente l'enunciato interpretativo dell'organo competente a pronunciare in ultima istanza (R. Guastini, 2008, pp. 463 e ss.).

Non a caso, in mancanza della chiara individuazione di un interprete di ultima istanza, le posizioni interpretative rimangono in una posizione di fisiologico “stallo” e necessitano per la loro affermazione di una condivisione tra tutti coloro

che costituiscono, sotto diversi profili, gli interpreti di ultima istanza. Sul punto non può che richiamarsi il rapporto esistente tra Corte di Giustizia dell'Unione Europea e le Corti costituzionali in cui il binomio “primazia” del diritto comunitario/teoria dei controlli descrive ormai un modo di relazione tra giudici supremi non legati da nessun rapporto gerarchico.

La stessa *ratio* ispira i successivi artt. 104 e 107 della Carta costituzionale: il primo ribadisce l'indipendenza della magistratura da ogni altro potere; il secondo l'assenza di vincoli di gerarchia tra i vari giudici.

L'indipendenza del giudice dagli altri poteri dello Stato e dagli altri organi giurisdizionali non costituisce un privilegio del singolo magistrato ma strumento di estrema tutela del cittadino rispetto ad altri soggetti pubblici e privati

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI

L'art. 101 Cost., statuendo la soggezione dei giudici soltanto alla legge, consente di delineare a *contrariis* gli ambiti della responsabilità (civile, penale, amministrativa) cui i medesimi possono esporsi nello svolgimento delle funzioni di cui sono titolari. Con riferimento alla responsabilità civile, il riconoscimento costituzionale del potere-dovere del giudice di interpretare le norme, i fatti e le prove esclude la possibilità che dal suo esercizio possa derivarne un danno "ingiusto" ex art. 2043 c.c., essendo tale soltanto quello arrecato in difetto di una causa di giustificazione (*non iure infectum*).

Anche in assenza di una normativa specifica, l'art. 101 Cost. sarebbe, quindi, norma sufficiente a escludere la responsabilità aquiliana dei magistrati per l'attività d'interpretazione delle norme e di valutazione dei fatti e delle prove.

Senonché, il legislatore ordinario ha avuto cura di specificare il precetto costituzionale, prevedendo con la legge n. 117/1988 la c.d. clausola di salvaguardia per le anzidette attività.

L'indipendenza interpretativa e valutativa del giudice – e la correlata assenza di responsabilità – consente, d'altra parte, di superare le difficoltà che deriverebbero dall'accertamento dell'elemento soggettivo. E invero, parafrasando le massime della Suprema Corte in tema di responsabilità professionale, quale sarebbe la migliore scienza (giuridica) per la valutazione dei fatti e delle prove cui il giudice dovrebbe attenersi al fine di escludere ogni sua colpa rispetto al danno cagionato?

a) Potrebbe aversi riguardo alle cognizioni giuridiche delle Corti superiori; ma ciò sarebbe in palese contrasto con il disposto dell'art. 107 Cost. e comporterebbe lo snaturamento dell'art. 101 Cost. che dovrebbe essere così riscritto: *i giudici sono soggetti soltanto alla Corte di Cassazione e/o alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*;

b) potrebbe farsi riferimento alle opinioni della migliore dottrina, salvo, poi, individuare quali siano in concreto *i migliori autori* (a meno di non

voler riproporre il meccanismo della c.d. legge delle citazioni voluta dall'imperatore Valentiniano III nel 426 d.c. per limitare l'*interpretatio* dei giudici, così trasformando l'art. 101 Cost. in una mera nota bibliografica);

c) potrebbe, infine, attribuirsi a un organo di natura tecnico-politica la scelta del sapere giuridico da utilizzare e l'attività di accertamento del fatto, così relegando l'attività del giudice a mero completamento di decisioni assunte fuori dal circuito della giurisdizione.

La Costituzione ha rimesso allo stesso giudice la



scelta della migliore opzione interpretativa, la più convincente e quella che, a suo prudente giudizio, può colmare il naturale *iato* tra la norma astratta e il caso concreto. La fisiologica riconsiderazione di tale scelta valutativa può trasfondersi solamente nei mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento. Ove il giudice si affidasse a interpretazioni o istruzioni esterne non perché persuaso ma solamente sulla base dell'*ipse dixit*, tradirebbe il compito affidatogli dal nostro Costituente e, trasformando le garanzie riservate ai giudici, in inutili privilegi.

Si tratterebbe di un compito sicuramente meno

gravoso se la soluzione fosse già *confezionata* in altre sedi: nella consapevolezza che le interpretazioni giuridiche, dei fatti e delle prove possono essere plurime e che nessuna questione di diritto ammette una sola risposta corretta e vera (R. Guastini, 2008, p. 463) il richiamare pedissequamente l'opinione delle Corti superiori o del moderno *Papiniano* o, ancora, delegare ad altri organi l'accertamento e la valutazione dei fatti non potrebbe che rappresentare un *sollevio* per gli organi di giurisdizione.

diritto eurounitario poiché la libertà interpretativa e valutativa del giudice è vista come un pericolo all'unitarietà dell'ordinamento e alla funzione di nomofilachia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (T. Giovannetti, 2006). Per tale ragione, in virtù della primazia del diritto eurounitario, si è imposto ai giudici comuni degli Stati membri una forte limitazione del potere interpretativo nonché di tener conto della "posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria" o addirittura di decidere in ossequio alle determinazioni di istituzioni comunitarie (cfr. §

L'articolo 101 della Costituzione, nel riconoscere il potere-dovere del giudice di interpretare le norme, i fatti e le prove, esclude la possibilità che dal suo esercizio possa derivarne un danno "ingiusto" in base all'articolo 2043 del codice civile

L'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA: LIMITAZIONI VECCHIE E NUOVE

La nostra Carta Fondamentale tutela non solo l'indipendenza esterna della magistratura, ovvero l'indipendenza dagli altri poteri dello Stato (art. 104 Cost.) ma anche l'indipendenza interna ribadendo all'107 Cost. l'assenza di vincoli di gerarchia tra i vari giudici.

Tali garanzie appaiono *minacciate* in ambito del

53-56 CGCE, 30 settembre 2003, causa C-224/01 – Gerard Koebler c. Repubblica d'Austria).

Emblematico sul punto è il regolamento (CE) 16-12-2002 n. 1/2003 che all'art. 16, comma 1, prevede l'impossibilità per le giurisdizioni nazionali di pronunciarsi su accordi, decisioni e pratiche che, ai sensi dell'articolo 81 o 82 del Trattato, sono già oggetto di una decisione della Commissione o di assumere decisioni in contrasto con quelle adottate dalla Commissione. E ancora, la Corte del Lussemburgo ha evidenziato che, in difetto di tempestivo ricorso per annullamento ai

sensi dell'art. 263 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, la decisione della Commissione non può essere più sindacata dai giudici comuni.

Non a caso, autorevole dottrina (N. Zanon, 2002) ha ritenuto che neanche il principio di *primauté* del diritto eurounitario possa andare a discapito dell'indipendenza funzionale del giudice: il valore consacrato all'art. 101 Cost. – ancorandosi agli artt. 3 e 24 della Carta fondamentale – costituisce sicuramente uno dei principi fondamentali e supremi del nostro sistema giuridico e, in quanto tale, può legittimare l'applicazione della teoria dei controlimiti (Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170 e *Id.* 21 aprile 1989, n. 232, di recente, applicati dalla Corte costituzionale con la sentenza, 22 ottobre 2014, n. 238), intesa, a bene vedere, non come momento di strenua difesa di prerogative nazionali, ma come “elemento di integrazione fra gli ordinamenti, che può ammettere anche l'applicazione di norme nazionali, in deroga al diritto UE, ove (...) rappresentino elementi essenziali della peculiare struttura costituzionale statale” (A. Celotto, 2006, p. 2).

Anche la nostra giurisprudenza di legittimità ha, di recente, imposto delle scelte interpretative ai giudici attribuendo, ad esempio, alle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale un'efficacia *erga omnes* (Cass. Civ., Sez. III, 5 novembre 2013, n. 24798) contrariamente a quanto sostenuto dalla migliore dottrina costituzionalista. Da ultimo, poi, alcune proposte legislative hanno preteso di individuare nella giurisprudenza delle Corti superiori un parametro cui ancorare la responsabilità civile e disciplinare dei magistrati. In tutte le sopraindicate ipotesi si è prospettata la responsabilità civile dei magistrati per difformità interpretative rispetto alle scelte delle magistrature supreme così reintroducendo la gerarchia tra giudici che un autorevole padre costituyente, Giuseppe Maria Bettiol, definì pericolosa “perché l'espressione tipica della gerarchia è il comando che il superiore rivolge all'inferiore, e che può essere in certi determinati casi cogente, obbligatorio, anche

se anti-giuridico” (in www.nascitacostituzione.it). L'indipendenza del giudice non è, quindi, qualcosa di scontato, ma deve essere preservata poiché in estrema sintesi rappresenta l'unico strumento per la tutela del cittadino a prescindere dalla forza economica, politica e istituzionale della controparte fosse anch'essa un potere pubblico che mal tollera limiti al proprio agire.

Lucido appare l'insegnamento del deputato Giuseppe Abozzi in seno all'Assemblea Costituente che ricorda come l'assoluta autonomia e indipendenza della magistratura sia l'unico strumento per il singolo cittadino di difendersi da offese provenienti da un altro cittadino o da pubblici poteri (in www.nascitacostituzione.it). Emblematico l'atteggiamento di Federico II di Hohenzollern, detto Federico il Grande: soltanto una leggenda il rispetto del sovrano per l'indipendenza dei giudici narrato con l'episodio del mugnaio di *Potsdam*; tangibile, invece, la sua insofferenza per tale principio dimostrata nel caso – realmente accaduto – del mugnaio *Arnold* (A. Barbero, 2007).

L'indipendenza del giudice non è qualcosa di scontato, ma deve essere preservata poiché rappresenta l'unico strumento per la tutela del cittadino a prescindere dalla forza economica, politica e istituzionale della controparte

LA RIFORMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE PER I DANNI CAGIONATI NELL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI GIUDIZIARIE

- » Perché è necessaria la riforma?
- » Il contenuto della disciplina attuale
- » Le modifiche proposte e approvate dal Senato
- » Quali i cambiamenti necessari e quali quelli punitivi?

È contraria al diritto comunitario la legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario posta in essere da un organo giurisdizionale di ultimo grado tramite un'interpretazione delle norme giuridiche o una valutazione dei fatti e delle prove o che, comunque, limiti tale responsabilità ai casi di dolo o colpa grave.

L'attuale disciplina

- » è espressamente escluso che possa dar luogo a responsabilità civile l'attività di interpretazione di norme di diritto o di valutazione del fatto e delle prove;
- » l'azione di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie è consentita esclusivamente nei casi di dolo, colpa grave e denegata giustizia;
- » l'azione di risarcimento può essere proposta, fatta eccezione per i danni derivanti da reato, solo contro lo Stato, al quale è riconosciuta, in caso di condanna, la rivalsa, nei limiti di un terzo di un'annualità di stipendio, nei confronti del magistrato;
- » l'azione di risarcimento è subordinata a una valutazione, rimessa al Tribunale in camera di consiglio, relativamente all'ammissibilità e alla non manifesta infondatezza;
- » l'azione di risarcimento può essere esercitata soltanto quando siano stati esperiti tutti i mezzi d'impugnazione e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento;
- » l'azione di risarcimento è sottoposta a un termine di decadenza di due anni.

Le modifiche previste

- » la risarcibilità di tutti i danni non patrimoniali cagionati dall'esercizio delle funzioni giudiziarie;
- » la possibilità che anche l'attività d'interpretazione di norme di diritto o di valutazione del fatto o delle prove possa ingenerare responsabilità civile;
- » l'allungamento del termine di decadenza, da due a tre anni;
- » l'eliminazione integrale del filtro di ammissibilità;
- » l'obbligatorietà, pena la responsabilità contabile, dell'azione di rivalsa, da parte dello Stato, nei confronti del magistrato nell'ipotesi di dolo o negligenza inescusabile;
- » l'innalzamento della misura della rivalsa da un terzo alla metà di un'annualità di stipendio o, in caso di dolo, l'esclusione di ogni limite quantitativo;
- » l'eseguibilità della rivalsa tramite trattenute sullo stipendio netto nella misura non più di un quinto, al pari di ogni altro dipendente, ma di un terzo.

TRE QUESTIONI (PIÙ UNA) SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI

Gianluca Grasso

Magistrato di Tribunale destinato alla Corte di Cassazione

1. PREMESSA (AL DI LÀ DEI LUOGHI COMUNI)

La responsabilità civile dei magistrati costituisce uno dei temi della giustizia più dibattuti in Italia negli ultimi trent'anni, che ha fortemente diviso la politica e l'opinione pubblica e che è parte dell'attuale progetto di riforma del governo. Nel dibattere, tuttavia, di questo argomento sono talvolta emersi due fattori che hanno rischiato di alterare i termini della discussione; da un lato, le logiche corporative, tese a difendere lo *status quo*, dall'altro le tendenze punitive, dirette a minare i principi di autonomia e di indipendenza della magistratura. Si tratta di due fattori che devono essere messi da parte allo scopo di effettuare una riflessione equilibrata. Prima di affrontare la questione della riforma, è necessario però partire da tre domande fondamentali sulla natura della responsabilità di cui si discorre e sui suoi eventuali limiti.



1.1. UNA "PROFESSIONE" COME TUTTE LE ALTRE?

Una delle questioni che affiorano quando si discute della responsabilità dei magistrati è quella relativa ai privilegi di immunità che godrebbero rispetto agli altri professionisti. Perché un medico che sbaglia la diagnosi o non esegue diligentemente un intervento chirurgico è chiamato a rispondere del suo operato dinanzi a un Tribunale qualora abbia causato un danno al proprio paziente mentre un magistrato non risponde degli errori compiuti nel corso delle indagini o nell'ambito di un processo e che possono aver determinato gravi danni alle persone coinvolte?

Se quella civile non è l'unica responsabilità cui va incontro il magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, essendovi anche una responsabilità disciplinare e una penale, deve osservarsi come la sua non sia una "professione" come le altre, dovendo essere ricondotta a una delle funzioni essenziali dello Stato, quella giudiziaria. Se il fondamento costituzionale della responsabilità del magistrato è riconducibile all'art. 28 Cost., per cui i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti e, in questi casi, la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici, la peculiarità della funzione giudiziaria, la natura dei provvedimenti giurisdizionali, le garanzie di autonomia e di indipendenza previste dalla Carta fondamentale dei consociati (artt. 101, 104 e 108 Cost.), hanno costantemente indotto la Corte costituzionale (Corte cost. 14 marzo 1968, n. 2, in *Foro it.*, 1968, I, 585; Corte cost., 3 febbraio 1987, n. 26, in *Foro it.*, 1987, I, 638; Corte cost., 19 gennaio 1989, n. 18, in *Foro it.*, 1989, I, 305, con note di Scotti, Pizzorusso) a ritenere legittima e razionale l'esistenza di una disciplina caratterizzata da condizioni e limiti, senza tuttavia giungere alla totale negazione di essa. L'esclusione della responsabilità *in toto* finirebbe, infatti, per vulnerare sia il precetto della responsabilità dei dipendenti dello Stato (art. 28 Cost.), sia il principio di uguaglianza del trattamento irragionevole rispetto agli altri funzionari (art. 3 Cost.). Le caratteristiche della funzione giudiziaria giustificano, pertanto, la previsione di una disciplina differenziata. Sotto altro profilo, deve rilevarsi come il rimedio ordinario e fisiologico contro gli atti giudiziari sia l'impugnazione. La questione è allora di stabilire quando l'errore giudiziario, che abbia cagionato un danno, debba essere ristorato con un risarcimento. Tale riflessione va limitata all'area della colpa e del dolo che non integrino fatti costituenti reato, giacché dei comportamenti delittuosi il magistrato già risponde direttamente (art. 13, l. 13 aprile 1988, n. 117).

La disciplina della responsabilità civile dei magistrati, dunque, è chiamata a contemperare i principi dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura con il diritto di ogni cittadino a ricevere il ristoro del danno ingiusto. Se quella del magistrato non è una "professione" come tutte le altre, è opportuno affrontare la seconda questione, riguardante la responsabilità diretta o indiretta.

1.2. RESPONSABILITÀ DIRETTA O INDIRETTA?

Nei confronti di quali soggetti deve essere rivolta la richiesta per la riparazione dell'errore giudiziario o della denegata giustizia? Il tema riguarda la responsabilità diretta o indiretta del magistrato. La disciplina attuale prevede, al di là delle ipotesi di reato, una responsabilità diretta dello Stato che potrà poi esercitare l'azione di rivalsa.



**LA DISCIPLINA DELLA
RESPONSABILITÀ CIVILE
DEI MAGISTRATI È CHIAMATA
A CONTEMPERARE I PRINCIPI
DI AUTONOMIA E INDIPENDENZA
DELLA MAGISTRATURA
CON IL DIRITTO DI OGNI
CITTADINO A RICEVERE IL
RISTORO DEL DANNO INGIUSTO**

Il sistema abrogato dal referendum del 1988, di cui agli artt. 55, 56 e 74 c.p.c., stabiliva una responsabilità diretta del magistrato, anche se temperata dal vaglio di ammissibilità da parte del Ministro della giustizia che, di fatto, aveva reso la disciplina raramente applicabile, ragion per cui fu promosso il referendum. La l. n. 117/1988 ha invece previsto un'azione diretta verso lo Stato con rivalsa nei confronti del magistrato. Al riguardo, si è ritenuto che questo meccanismo consenta di contemperare l'esigenza di garantire il ristoro patrimoniale degli errori giudiziari con la tutela dell'autonomia e dell'indipendenza del magistrato, che non sarebbe parimenti garantita dall'eventualità di citare direttamente in giudizio il magistrato, esponendolo al rischio di ritorsioni e di azioni intimidatorie tese a impedire il sereno svolgimento della funzione giudiziaria e l'introduzione, di fatto, di un ulteriore meccanismo di impugnazione diretto a contestare la decisione al di fuori delle forme previste (G.M. Flick, *La responsabilità civile dei magistrati. Le proposte di modifica tra disinformazione e realtà*, in <<http://tinyurl.com/kqeoijx>>).

Da un punto di vista teorico, quindi, vanno tenute distinte la posizione dello Stato, nel cui interesse viene esercitata la funzione giudiziaria, da quella del magistrato-persona fisica, potendosi legittimamente strutturare una disciplina tesa a distinguere la responsabilità diretta dell'ente statale dalla responsabilità indiretta del magistrato. Tale distinzione è fondamentale anche per comprendere l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha sanzionato lo Stato italiano per le limitazioni poste dalla normativa interna non alla responsabilità civile del magistrato-persona fisica ma dello Stato per violazione imputabile all'organo giurisdizionale di ultima istanza.

Questione ulteriore è costituita dalla previsione di filtri di ammissibilità. La disciplina vigente prevede un giudizio di ammissibilità della domanda (art. 5, l.

n. 117/1988) che, secondo la Consulta, «*garantisce adeguatamente il giudice dalla proposizione di azioni "manifestamente infondate", che possano turbarne la serenità, impedendo, al tempo stesso, di creare con malizia i presupposti per l'astensione e la ricusazione*». Nella pratica, tale filtro ha ridotto significativamente il numero delle domande portate al vaglio della fase di merito, fino quasi ad annullarle, e le proposte di riforma si indirizzano verso l'eliminazione di tale giudizio preliminare, ritenuto un ostacolo alla funzionalità dell'intera disciplina. Il meccanismo del filtro, peraltro, non ha nulla a che vedere con la distinzione tra responsabilità diretta/indiretta, essendo stato concepito come garanzia contro le domande temerarie e intimidatorie.

Questione ulteriore è quella dei danni di cui il magistrato debba essere chiamato a rispondere.

Il filtro ha ridotto significativamente il numero delle domande portate al vaglio della fase di merito fino quasi ad annullarle



1.3. QUALI DANNI RISARCIRE?

Se l'attività del magistrato non è equiparabile alle altre professioni legali e si connota per caratteristiche che giustificano una disciplina differenziata da quella degli altri dipendenti pubblici, bisogna chiedersi quali siano i danni da risarcire nell'ambito delle funzioni giudiziarie. Sul punto, la l. n. 117/1988, al di là dell'ipotesi del dolo, ha specificato i casi in cui sussiste una colpa grave (art. 2, co. 3), tipizzando anche il caso del diniego di giustizia (art. 3). Inoltre, il legislatore ha introdotto la c.d. clausola di salvaguardia, per cui l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non possono dar luogo a responsabilità (art. 2, co. 2). La legge, su questa linea, ha ampliato la sfera dell'irresponsabilità fino al punto in cui

l'esercizio della giurisdizione, in difformità da doveri fondamentali, non si traduca in violazione inescusabile della legge o in ignoranza inescusabile dei fatti di causa, la cui esistenza non è controversa (Corte cost., 19 gennaio 1989, n. 18, cit.).

La *ratio* è quella di impedire che l'attività di interpretazione, che costituisce l'aspetto proprio della funzione giudiziaria, possa costituire fonte di responsabilità, eccettuato il caso in cui non si incorra nella grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile. Diversamente, si rischierebbe di compromettere la serenità del giudizio. Tale impostazione ha retto al vaglio della Consulta, ma ha mostrato i suoi limiti nell'ambito più ampio della cornice europea, allorché la Corte di Giustizia (Corte Giust. Ce, 13 giugno 2006, causa 173/03, *Soc. traghetti del Mediterraneo c. Gov. Italia*, *Foro it.*, 2006, IV, 417, con note di Scoditti, Palmieri, Giovannetti), facendo applicazione dei principi elaborati in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario ed estesi in virtù della sentenza Köbler (Corte Giust. Ce, 30 settembre 2003, causa 224/01, *Köbler c. Gov. Austria*, in *Foro it.*, 2004, IV, 4, con nota di Scoditti) agli organi giurisdizionali di ultimo grado, ha ritenuto essere in contrasto con il diritto comunitario la disciplina vigente che esclude la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado, per il motivo che la violazione risulti da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale e che limita tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave.

Non essendosi l'Italia adeguata alla decisione, la Commissione europea ha promosso una procedura d'infrazione culminata nella successiva sentenza della Corte (Corte Giust. Ue, 24 novembre 2011, causa 379/10, *Commiss. Ue c. Gov. Italia*, in *Foro it.*, 2012, IV, 13, con nota di Scoditti) che ha accertato il venir meno dell'Italia agli obblighi a essa incombenti in forza del principio generale della responsabilità degli Stati membri per violazioni del

diritto dell'Unione da parte di un proprio organo giurisdizionale di ultimo grado. Successivamente, ai sensi dell'articolo 258 del TFUE, la Commissione ha avviato il 26 settembre 2013 una procedura di infrazione per non conformità al diritto dell'Unione della l. n. 117/1988, contestando all'Italia di non aver adottato alcuna iniziativa volta ad adempiere alle prescrizioni contenute nella sentenza della Corte del 24 novembre 2011 e a breve scadrà il termine per darvi esecuzione.

2. QUALE RIFORMA?

Nell'attuale legislatura, accantonata la possibilità di introdurre modifiche attraverso la legge comunitaria, diversi sono i progetti di riforma all'esame del Parlamento.

Tra di essi va richiamata la proposta di legge n. 1735, presentata alla Commissione giustizia della Camera, d'iniziativa dei deputati Leva, Verini, Rossomando e Ferranti, che pone l'accento sulla responsabilità civile dello Stato, differenziando il diverso piano della rivalsa nei confronti del magistrato.

Al Senato, alla Commissione giustizia, ove è stato presentato il disegno di legge governativo n. 1626, è in corso di trattazione il disegno di legge n. 1070, d'iniziativa dei senatori Buemi, Nencini e Longo che, pur mantenendo il sistema misto della responsabilità della legge n. 117/1988, introduce la previsione di responsabilità diretta nel caso in cui venga disattesa la consolidata giurisprudenza della Cassazione e rimodula la clausola di salvaguardia sulla manifesta violazione di diritto. All'attenzione della Commissione vi è anche il disegno di legge n. 315, d'iniziativa del senatore Barani, che mira a introdurre un sistema di responsabilità diretta del magistrato concorrente con quella dello Stato.

Il disegno di legge del governo n. 1626 conserva anch'esso il sistema misto della responsabilità diretta dello Stato e indiretta del magistrato disponendo l'eliminazione del filtro sull'ammissibilità della domanda, considerato un ostacolo all'effettività della disciplina.

In relazione all'area della responsabilità, al fine di



dare attuazione alle sentenze della Corte di Giustizia, le ipotesi della responsabilità discendente da colpa grave sono legate alla manifesta violazione della legge e del diritto dell'Unione Europea, ovvero al travisamento del fatto o delle prove. In questi casi non opera la clausola di salvaguardia prevista per l'attività di interpretazione delle norme e della valutazione dei fatti e delle prove.

Si interviene, infine, sull'azione di rivalsa, che rimane obbligatoria nel caso di condotta illecita per negligenza inescusabile, portando il termine per proporla da uno a tre anni e innalzando il suo importo fino alla metà dell'annualità dello stipendio.

Con delibera del 29 ottobre 2014, il CSM ha reso un parere sul disegno di legge presentato dal Ministro della giustizia sollevando diversi dubbi sulla legittimità e sull'opportunità di talune modifiche normative contenute nel testo.

I prossimi mesi ci diranno quale sarà l'esito del confronto parlamentare e se si riuscirà a varare la revisione della disciplina nei tempi richiesti dalla Commissione europea. Tuttavia, l'adeguamento alle sole esigenze di compatibilità col diritto dell'Unione, attraverso una diversa considerazione

della violazione del diritto interno, costituirebbe una soluzione irragionevole che si porrebbe in contrasto, per disparità di trattamento, con l'art. 3 Cost. Ecco, pertanto, la necessità di un intervento complessivo che, traendo spunto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, individui i casi di violazione manifesta non solo del diritto dell'Unione ma anche della legge. La necessità di adeguamento ai principi dell'Unione non può tuttavia porre in discussione la permanenza della clausola di salvaguardia per l'attività di interpretazione al di fuori dei casi di violazione manifesta. Deve rammentarsi che la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sui giudici CM/REC (2010), adottata il 17 novembre 2010, nel trattare della responsabilità e dei procedimenti disciplinari, ha precisato che *«l'interpretazione della legge, l'apprezzamento dei fatti o la valutazione delle prove effettuate dai giudici per deliberare su affari giudiziari non deve fondare responsabilità disciplinare o civile, tranne che nei casi di dolo e colpa grave»* (punto 66).

Alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia, sulla base delle decisioni della Corte di Giustizia e tenendo conto del quadro comparato

dei sistemi giudiziari europei (cfr. L.P. Comoglio, *La responsabilità civile dei magistrati e dello Stato nell'ottica dei principi comunitari*, in *Questione giustizia*, 2013, fasc. 5, 33), che con modalità distinte sono tendenzialmente rivolti all'affermazione di una responsabilità dello Stato in via diretta salva la possibilità della rivalsa, può ritenersi che la disciplina debba continuare a basarsi su un sistema misto, che differenzi la posizione dello Stato da quella del magistrato/persona fisica. La stessa Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 2010 ha precisato che *«soltanto lo Stato, ove abbia dovuto concedere una riparazione, può richiedere l'accertamento di una responsabilità civile del giudice attraverso un'azione innanzi ad un Tribunale»* (punto 67) e che *«i giudici non devono essere personalmente responsabili se una decisione è riformata in tutto o in parte a seguito di impugnazione»* (punto 70).

Riguardo al filtro di ammissibilità, i progetti di riforma in discussione tendono a eliminarlo. Sul piano statistico è indubbio che il meccanismo attualmente disciplinato dall'art. 5 abbia ridotto in maniera significativa le domande portate all'attenzione della fase a cognizione piena. Di fatto, la delibazione preliminare, riguardando anche i presupposti dell'azione di cui agli artt. 2, 3 e 4 l. n. 117/1988, ha finito per costituire una sorta di valutazione anticipata del merito della causa. Tuttavia, come sottolineato anche dal CSM nel parere del 29 ottobre 2014 sul disegno di legge governativo, l'eliminazione completa del filtro finirebbe per aumentare sensibilmente il numero delle controversie, anche manifestamente infondate, portate all'attenzione del giudizio di merito, che si andrebbero a sommare al contenzioso civile pendente presso gli uffici giudiziari. La delibazione preliminare, invero, potrebbe limitarsi alle sole condizioni formali per l'esercizio dell'azione, senza involgere il merito della causa. In questo modo, si manterrebbe un filtro contro le azioni temerarie senza pregiudicare il merito del contenzioso, rimesso a una fase successiva, che secondo il Consiglio dovrebbe svolgersi dinanzi a un giudice diverso.



Aldo Morgigni
Componente del CSM

Questo breve studio contiene un *excursus* storico sulle ferie giudiziarie e una sintetica valutazione tecnica degli effetti della riduzione del periodo di sospensione feriale dei termini processuali e delle ferie dei magistrati, introdotte dall'art. 16 del d.l. n. 132/2014. La norma, come noto, a partire dall'anno 2015 riduce la sospensione dei termini dal 1° al 31 agosto di ogni anno e le ferie dei magistrati da quarantacinque a trenta giorni annuali. Chi è interessato solo alle prospettive concrete di riorganizzazione delle ferie e alle proposte attuative della riforma può passare direttamente agli ultimi quattro paragrafi.

Oggi con l'espressione "ferie giudiziarie" ci si riferisce sia al periodo di ferie dei magistrati sia alla sospensione dei termini processuali

Il termine latino *feriae* (o *fesiae*) si riferisce propriamente ai periodi nei quali nella repubblica e nell'impero romano era vietata l'amministrazione della giustizia. I giorni feriali erano *nefasti*, il che importava la sospensione dell'esercizio del potere giudiziario e il riposo dalle attività lavorative finanche per i *servi*, trattandosi di un istituto sacro legato al concetto di *fas*. Solo con la nascita di una stabile organizzazione amministrativa i periodi di ferie vennero riferiti anche all'attività degli uffici pubblici diversi da quelli giudiziari.

Oggi con l'espressione "ferie giudiziarie" ci si riferisce, di solito indistintamente, sia al periodo di ferie propriamente dette e godute dai magistrati quali dipendenti pubblici che alla sospensione dei termini processuali, grazie alla quale dall'anno 1965 anche gli avvocati hanno

un periodo di ferie effettive durante l'estate. Le ferie dei magistrati e la sospensione dei termini processuali sono strettamente collegate, sebbene distinte tra loro, e attuano il diritto irrinunciabile alle ferie riconosciuto dall'art. 36 Cost. a tutti i lavoratori. Inoltre vi è anche la necessità pratica di ridurre l'attività giudiziaria e forense nel periodo estivo, poiché è in ferie gran parte del personale di cancelleria, della polizia giudiziaria, dei lavoratori pubblici e privati, con la conseguenza che molte attività non potrebbero essere svolte e che sarebbe estremamente difficile reperire parti, testimoni, consulenti.

LE FERIE DEI MAGISTRATI

Le "ferie" dei magistrati e la sospensione dell'attività degli uffici (ma non dei termini processuali) sono state disciplinate fin dal primo ordinamento giudiziario nazionale, ossia dalla l. n. 3781/1859, che estendeva l'ordinamento giudiziario del Regno di Sardegna agli Stati preunitari settentrionali. Gli artt. 99 e ss. prevedevano che le "ferie delle corti e dei tribunali" – ossia la sospensione parziale del loro funzionamento – avesse la durata di novanta giorni, mentre ciascun magistrato non poteva avere più di quarantacinque giorni di ferie. I rispettivi periodi di sospensione delle attività e di ferie dei magistrati erano stabiliti con decreto reale, che indicava anche quali affari dovessero essere comunque trattati. L'ordinamento giudiziario escludeva, comunque, la sospensione della trattazione degli affari per i processi penali di competenza della corte d'assise e del tribunale ("affari criminali e correzionali"). Con il successivo ordinamento giudiziario, emanato per tutto il regno d'Italia con r.d. n. 2626/1865, si confermava la durata della sospensione dell'attività degli uffici in novanta giorni e quella delle ferie dei magistrati in quarantacinque giorni. Gli artt. 94-102 del regolamento giudiziario generale, approvato con r.d. n. 2641/1865, prevedevano che la durata delle "ferie annuali" dei tribunali e delle corti andasse dal 7 agosto al 4 novembre di ciascun anno (con eccezioni per la Sardegna e la Sicilia).

In questo intervallo i magistrati "dei tribunali e delle corti" potevano godere dei quarantacinque giorni di ferie "nel modo che sarà richiesto dalle esigenze del servizio". Per i pretori erano previsti, invece, solo trenta giorni di ferie e sempre nei limiti delle "esigenze del servizio". Era altresì previsto espressamente il recupero del congedo non goduto, per quanti non potevano fruire delle ferie nel periodo di sospensione dell'attività degli uffici giudiziari. Con l'entrata in vigore dell'ordinamento giudiziario attuale l'art. 90 r.d. n. 12/1941 prevedeva, nella sua versione originale, che i magistrati delle corti e dei tribunali avessero un periodo annuale di ferie di sessanta giorni, mentre per i pretori era stabilito un "congedo ordinario" annuale di trenta giorni. In modo significativo l'ordinamento giudiziario disponeva espressamente che "nei primi quindici giorni" i magistrati definissero gli affari e gli atti in corso con riduzione del periodo "effettivo" di ferie a quarantacinque giorni.

L'OBBLIGO (E LA NECESSITÀ) DEI MAGISTRATI DI LAVORARE DURANTE LE FERIE

In questo modo, recependo una prassi secolare, si sanciva per legge la concezione "elastica" delle ferie dei magistrati, in base alla quale per essi il periodo di ferie è più lungo di quello della generalità dei dipendenti pubblici perché una parte è di fatto lavorativa, anche se solo per la stesura dei provvedimenti.

Ferie dei magistrati e sospensione dei termini processuali sono collegate e attuano il diritto irrinunciabile alle ferie riconosciuto dall'articolo 36 della Costituzione a tutti i lavoratori

L'effetto pratico della disposizione era che, per legge e non più per prassi, anche nei primi quindici giorni di ferie (di norma dal 16 al 31 luglio) il magistrato era esonerato da udienze e turni, ma doveva comunque provvedere al deposito dei provvedimenti in scadenza.

In seguito, con una prima modifica del detto art. 90, disposta dall'art. 2 l. n. 704/1961, veniva unificata la durata delle ferie tra "magistrati delle corti e dei tribunali" e "pretori", prevedendo che per tutti i "magistrati che esercitano funzioni giudiziarie" la durata delle ferie fosse di sessanta giorni. Il riferimento ai magistrati che esercitavano funzioni giudiziarie escludeva solo i magistrati fuori ruolo o senza funzioni (come gli uditori giudiziari) dalle ferie di sessanta giorni, poiché a essi veniva applicato il periodo feriale di "un mese" previsto per i dipendenti pubblici dall'art. 36 d.p.r. n. 3/1957. Anche la l. n. 704/1961, peraltro, continuava espressamente a prevedere che nei primi quindici giorni i magistrati definissero gli affari e gli atti in corso, ciò anche al di là dei turni di quanti rimanevano in servizio per la definizione degli affari non sospesi.

LA RIDUZIONE DELLA DURATA DELLE FERIE

Successivamente l'art. 8 l. n. 97/1979 riduceva il periodo feriale di tutti i magistrati con funzioni giudiziarie a quarantacinque giorni, sopprimendo ogni riferimento al dovere di provvedere, nei primi quarantacinque giorni di periodo feriale, alla definizione degli affari e degli atti in corso.

Ai quarantacinque giorni di ferie predetti la l. n. 937/1977 aggiungeva due giorni di "congedo ordinario" e quattro di c.d. "recupero festività sopresse", portando a complessivi cinquantuno giorni le ferie dei magistrati. Ciò spiega perché, dovendosi fruire delle ferie di norma durante la sospensione dei termini processuali, di regola il ministro fissi un periodo feriale che va dal 22 o 23 luglio fino al 15 settembre, che è pari ai detti cinquantuno giorni aumentati delle domeniche e del giorno di ferragosto, poiché le domeniche e gli

altri giorni festivi agli effetti civili (ad esempio il c.d. "ferragosto") sono sempre stati esclusi dal computo delle ferie. Il legislatore, pertanto, introduceva un concetto "rigido" di ferie, nel senso che esse, a seguito della riduzione, avrebbero dovuto essere effettive con esclusione del dovere di prestare ogni tipo di attività. Ciò nonostante la giurisprudenza disciplinare, fino a date recenti, riteneva del tutto fisiologico che il magistrato usufruisse delle ferie per la redazione dei provvedimenti (cfr. *ex plurimis* sent. n. 61/2006). Questa giurisprudenza, seguita da una prassi amministrativa consiliare che frequentemente consentiva il computo dei giorni di ferie nei termini di deposito dei provvedimenti, ha protratto la concezione "elastica" delle ferie dei magistrati e ha avvalorato l'interpretazione dell'organo di autogoverno secondo la quale, in pratica, i magistrati durante le ferie sono esonerati solo dalle attività che comportano presenza in ufficio, sebbene la l. n. 97/1979 avesse espressamente soppresso ogni riferimento al dovere del magistrato di definire affari e atti durante il periodo di ferie.

Non va dimenticato, peraltro, che quest'ultima norma era inserita in una legge che ristrutturava la carriera economica prevedendo significativi benefici per i magistrati, tra i quali il meccanismo di adeguamento economico triennale, allo scopo dichiarato di riconoscere il loro impegno nell'amministrazione della giustizia e nella lotta al terrorismo e alla criminalità. Su questo punto il consenso politico era così diffuso da determinare direttamente l'approvazione della legge in commissione, in sede legislativa, anziché in assemblea.



LE FERIE DEGLI UFFICI GIUDIZIARI

Sin dall'ordinamento giudiziario approvato con r.d. n. 2626/1865 era prevista la sospensione dell'attività degli uffici giudiziari in un periodo molto ampio e pari a novanta giorni. Per gli avvocati, quindi, non era possibile "chiudere" gli studi legali, poiché era necessario organizzarsi comunque per fare fronte alla scadenza dei termini. Il riposo feriale del professionista era assicurato dalla riduzione del lavoro ordinario, consistente nella trattazione di un numero limitato di materie. Il periodo di "ferie degli uffici" aveva una durata doppia di quella delle "ferie dei magistrati" (novanta giorni contro quarantacinque) ed era il regolamento giudiziario generale a prevedere che durante le "ferie degli uffici" venissero garantite le necessità del servizio, con gli opportuni turni.

Successivamente, per razionalizzare il sistema, il r.d. n. 12/1941 aveva commisurato direttamente il periodo di ferie degli uffici giudiziari a quello delle ferie dei magistrati, unificando in sessanta giorni i due termini, per le corti e per i tribunali, e in trenta per le preture. Gli artt. 91 e 92 r.d. n. 12/1941, nella versione originaria, disciplinavano

gli affari penali e civili da trattare negli uffici giudiziari durante il periodo di ferie dei magistrati, limitando l'attività a una serie di procedimenti specificamente indicati per tipologia di materie, come ad esempio i procedimenti cautelari o esecutivi, oltre alle "urgenze" da individuarsi di volta in volta con apposito provvedimento. Anche in questo caso non vi era una disciplina generale di sospensione dei termini processuali per le parti private, che consentisse agli avvocati di avere un periodo certo di pausa estiva, fatte salve le urgenze.

LA SOSPENSIONE DEI TERMINI FERALI (LE C.D. FERIE DEGLI AVVOCATI)

Solo con la l. n. 818/1965, quindi, veniva prevista la sospensione dei termini processuali per garantire anche agli avvocati un periodo di "riposo", peraltro, relativo attesa la presenza di un elevato numero di materie per le quali non operava la sospensione (famiglia, detenuti, cautelare ecc.). È interessante notare che, per iniziativa di diversi deputati che erano anche avvocati, il titolo della legge venne sostituito da "ferie degli avvocati" con "sospensione dei termini processuali" perché, si legge nei lavori preparatori, "gli avvocati non vanno mai in ferie" nel loro rapporto fiduciario e professionale con i clienti. Sin da allora, evidentemente, si voleva evitare di colpire negativamente l'opinione pubblica con un'intitolazione della legge che apparisse come un privilegio per un ordine professionale, quello forense, "troppo orgoglioso per avere dei protettori e troppo modesto per avere dei protetti".

SOLO CON LA LEGGE N. 818/1965 VENIVA PREVISTA LA SOSPENSIONE DEI TERMINI PROCESSUALI PER GARANTIRE ANCHE AGLI AVVOCATI UN PERIODO DI "RIPOSO"

Nei lavori parlamentari, peraltro, si conveniva sul fatto che la sospensione dei termini non avrebbe inciso negativamente sulla durata dei processi, dovuta alla carenza di risorse umane e materiali (diremmo oggi) delle quali si auspicava l'incremento. Il tutto tra citazioni del *De legibus* di Cicerone e indirizzi di saluto all'ordine forense "antico come la magistratura, degno come la virtù ed indispensabile quanto la giustizia".

I problemi suscitati dalla disposizione, però, determinavano il legislatore a un nuovo intervento che incideva sulle materie da trattare nel periodo feriale (venivano inserite le controversie di lavoro) e disciplinava in modo più chiaro la materia con la l. n. 742/1969. La legge è il testo tuttora vigente in materia di sospensione dei termini feriali ed è stata modificata e ampliata nella sua efficacia da diverse sentenze della Corte costituzionale e da ulteriori interventi del legislatore.

LA PROROGA DEI TERMINI PER IL SABATO (LAVORATIVO)

Un ulteriore istituto che incide sull'attività giudiziaria e forense è la proroga dei termini processuali in scadenza per la domenica e gli altri giorni festivi. L'art. 155 cod. proc. civ., modificato dall'art. 2 l. n. 263/2005, ha

inoltre previsto che i termini delle attività processuali scadenti nella giornata di sabato siano prorogati al giorno successivo non festivo. La legge, tuttavia, ha anche espressamente disposto che resti fermo il regolare svolgimento delle udienze e di ogni altra attività giudiziaria, anche svolta da ausiliari, nella giornata del sabato, "che ad ogni effetto è considerata lavorativa" per i magistrati.

LA DISCIPLINA ATTUALE DEI PERIODI DI RIPOSO DEI MAGISTRATI

Prima della riduzione prevista dal d.l. n. 132/2014 a partire dall'anno 2015, i magistrati godevano di quarantacinque giorni di ferie più sei di "festività sopresse", per un totale di cinquantuno giorni annui, dovendo essere considerato lavorativo a tutti gli effetti il giorno di sabato. Quest'ultimo dato è estremamente importante, perché in un anno ci sono in media cinquantadue sabati con la conseguenza che qualsiasi dipendente pubblico o privato, articolata la settimana su cinque giorni di lavoro, ha un numero di giornate non lavorative di sabato superiore all'intero periodo di ferie dei magistrati. Nella prospettiva di qualsiasi impiego pubblico, perciò, ai trentadue o trentaquattro giorni di ferie e festività sopresse

previsti contrattualmente (di regola) vanno aggiunte le cinquantadue giornate di sabato non lavorativo, per un totale di ottantaquattro o ottantasei giorni effettivi non lavorativi annui, oltre alle domeniche.

La situazione dei dipendenti pubblici, ma anche di quelli privati il cui orario è quasi sempre articolato su cinque giorni di lavoro settimanali, è quindi di gran lunga più favorevole in relazione ai giorni di riposo effettivi, al di là della domenica e delle festività. Inoltre, mentre di regola le norme e i contratti garantiscono ai lavoratori pubblici e privati il recupero del lavoro prestato di notte, di domenica o in giorno festivo, per i magistrati vi sono solo delle generiche indicazioni del CSM che invitano i capi degli uffici a garantire il recupero di detti periodi di lavoro.

Il riferimento all'effettività delle giornate di riposo va sottolineato perché, come già indicato sopra, per i magistrati non solo i termini processuali dei provvedimenti

giudiziari scadenti nei giorni di ferie non si ritengono sospesi sotto il profilo deontologico ma vengono inseriti anche le domeniche e i giorni festivi nel computo dei termini processuali destinati alla redazione di provvedimenti. In sostanza, perciò, l'apparente vantaggio di un formale numero di giorni di ferie superiore alle altre categorie di pubblici dipendenti è sostanzialmente azzerato dall'obbligo di provvedere sulle scadenze processuali anche durante le ferie, dall'inclusione del sabato nei giorni lavorativi "a ogni effetto" e dal computo finanche delle domeniche e dei giorni festivi nei termini di deposito dei provvedimenti. L'unico vantaggio di un apparente maggior numero di giorni di ferie per i magistrati è dato dalla maggiore flessibilità con la quale possono essere gestite le scadenze, più che altro attraverso un'amministrazione oculata del proprio ruolo nei limiti in cui i carichi di lavoro e il servizio lo consentono.

In questo quadro è evidente che la riduzione delle ferie giudiziarie è stata crescente ed è giunta a un punto di equilibrio e razionalità solo dall'anno 1979, con l'equiparazione della durata del periodo di ferie dei magistrati alla sospensione dei termini processuali. All'epoca, però, il taglio del 25% della durata delle ferie dei magistrati venne accompagnato dalla formale soppressione dell'obbligo di provvedere al deposito dei provvedimenti durante le ferie e da una risistemazione complessiva in *melius* dello stato giuridico economico.

LA NUOVA RIDUZIONE DELLE FERIE DEI MAGISTRATI E DEL PERIODO DI SOSPENSIONE DEI TERMINI

L'art. 16 del predetto d.l. n. 132/2014 convertito in l. 162/2014 prevede, a decorrere

dal 1° gennaio 2015:

» la riduzione da quarantacinque a trenta giorni delle ferie annuali dei magistrati;
 » la riduzione da quarantacinque a trenta giorni della sospensione dei termini processuali (dal 1° al 31 agosto);
 » l'adozione di misure organizzative da parte del CSM "conseguenti" alla suddetta riduzione delle ferie e del periodo di sospensione feriale dei termini.

Al di là delle polemiche per le modalità con le quali è stato emesso il decreto legge e delle proteste degli interessati, inclusi gli avvocati, possono essere evidenziate alcune criticità della disposizione e individuati alcuni profili di intervento.



PROBLEMI ESEGETICI DELLA DISPOSIZIONE

Vanno valutati, innanzitutto, i profili di legittimità costituzionale di un decreto legge, che presuppone la necessità e urgenza di provvedere ma che, al contrario, inserisca una norma la cui prima applicazione potrà verificarsi solo dopo quasi un anno dalla sua entrata in vigore. Peraltro un'eventuale illegittimità per vizi di forma del decreto legge difficilmente può essere sanata con la legge di conversione.

Apparentemente, poi, c'è un evidente difetto di coordinamento tra il nuovo art. 8 *bis* l. n. 97/1979 (inserito dal detto art. 16 c. 2 d.l. n. 132/2014 che riduce da quarantacinque a trenta i giorni di ferie dei magistrati) e l'art. 8 l. n. 97/1979, tuttora vigente, che continua a prevedere l'attuale testo dell'art. 90 r.d. n. 12/1941 secondo il quale vi sono ancora quarantacinque giorni di ferie per i magistrati destinati a "funzioni giudiziarie". Si potrebbe ipotizzare l'abrogazione di detto art. 8 l. n. 97/1979 per incompatibilità con il neo-inserito art. 8 *bis*. Ciò, forse, sarebbe conforme alla "volontà soggettiva" dichiarata dell'esecutivo legiferante ma non alla *ratio legis* propriamente detta. È stato già autorevolmente sostenuto, infatti, che la mancata abrogazione dell'art. 8 l. n. 97/1979 (e dell'art. 90 r.d. n. 12/1941) consentirebbe di limitare l'efficacia dell'art. 8 *bis* l. n. 97/1979, ossia la riduzione delle ferie a trenta giorni, solo ai magistrati destinati a funzioni amministrative, mentre per quelli destinati a funzioni giudiziarie continuerebbe ad avere efficacia il termine di quarantacinque giorni previsto dal detto art. 8 l. n. 97/1979.

I COMPITI ORGANIZZATIVI DEL CSM E I POTERI DEL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA

Al di là delle questioni strettamente interpretative, volendo ipotizzare una diretta applicabilità della norma, si pongono altre questioni "operative".

Il CSM non ha potuto deliberare immediatamente in merito alle modifiche organizzative. Lo stesso art. 16 c. 4 del d.l. n. 132/2014 prevede, infatti, che i provvedimenti del CSM siano emessi subordinatamente all'applicabilità delle disposizioni dei commi 1 e 2, che il comma 3 differisce all'anno 2015.

Il decreto legge attribuisce al CSM un potere di normazione secondaria, che sembra autonomo e sostanzialmente di natura regolamentare, ma rischia di essere confliggente con il potere del Ministro della giustizia di fissare con decreto il periodo feriale dei magistrati secondo l'art. 90 c. 2 r.d. n. 12/1941, tuttora vigente. Tra l'altro il detto art. 16 c. 4 d.l. n. 132/2014 sembrerebbe prevedere uno dei casi di diretta efficacia delle delibere del CSM senza che sia necessario un ulteriore decreto del Ministro della giustizia o del presidente della Repubblica per il perfezionamento dell'atto, come previsto per altre categorie di delibere del CSM dall'art. 17 l. n. 195/1958.

La riduzione delle ferie inevitabilmente spinge alla burocratizzazione del lavoro del magistrato

È possibile, quindi, che la delibera del CSM e il decreto del Ministro della giustizia per la fissazione del periodo di ferie dei magistrati possano risultare non coincidenti o in contrasto tra loro in assenza del necessario coordinamento, che tuttavia il decreto legge non prevede né disciplina.

LA NECESSITÀ DI RIORGANIZZARE IL MODELLO DI LAVORO DEL MAGISTRATO

La riduzione delle ferie, inevitabilmente, spinge alla burocratizzazione del lavoro del magistrato, con il rischio di una transizione dal modello lavorativo professionale, che valorizza "come" si lavora, a quello impiegatizio, che valorizza "quanto" si lavora. Per evitare che il nuovo sistema "rigido" di ferie incida sulla qualità del lavoro, che per i magistrati coincide con la giustizia nelle decisioni, dovrebbero essere chiaramente disciplinati i doveri professionali in rapporto alle esigenze di servizio, nell'ambito degli insopprimibili diritti costituzionali al riposo settimanale e alle ferie. Esistono, peraltro, disposizioni regolamentari che consentono di individuare alcuni punti di riferimento in tal senso.



Ad esempio, gli artt. da 103 a 106 del r.d. n. 2641/1865 prevedono che nei tribunali i magistrati tengano almeno tre udienze settimanali della durata di almeno cinque ore. L'art. 14 reg. es. cod. proc. pen. consente di compiere atti durante i giorni festivi solo nel corso delle indagini preliminari e non nei giudizi. Queste disposizioni, e altre analoghe, vanno coordinate con la ridotta disponibilità di strutture e personale amministrativo.

Prescindendo dalle opinioni soggettive sulla quantità di giorni di ferie, bisogna prendere atto della realtà normativa che attualmente delimita il numero di giorni in modo conforme agli altri dipendenti pubblici, nonostante i doveri del magistrato siano difformi e più ampi per la nota necessità di provvedere anche al di là di un orario di ufficio, non (ancora) previsto.

Nella riorganizzazione che il CSM dovrà effettuare, quindi, potrebbero essere affrontate numerose questioni come:

- » la computabilità a fini professionali e disciplinari delle domeniche e delle festività nei termini di deposito dei provvedimenti o del compimento di attività processuali per i quali non vi siano termini perentori di scadenza;
- » la computabilità a fini professionali e disciplinari delle ferie, nonché dei giorni di congedo e di aspettativa per qualsiasi causa, nei termini di deposito dei provvedimenti o del compimento di attività processuali per i quali non vi siano termini perentori di scadenza;
- » la revocabilità delle giornate di ferie già richieste per il rientro in ufficio dovuto al deposito di provvedimenti o al compimento di altre attività processuali;
- » la frazionabilità in più periodi delle ferie, con l'obbligo di goderne in maggioranza nel periodo di sospensione dei termini processuali.

PROSPETTIVE DI ORGANIZZAZIONE IN MATERIA DI CARICHI DI LAVORO

Qualora i nodi interpretativi che precedono venissero superati e venissero stabilite concrete modalità di fruizione dei periodi di riposo per ferie, domeniche e festività, restano da stabilire se ci sono ulteriori attività che il CSM dovrebbe disciplinare. È evidente, infatti, che una riduzione di un terzo del periodo di ferie annuali, non seguita da alcuna forma di “riequilibrio” sotto il profilo professionale o economico, necessita di un intervento ampio del CSM che colga l’occasione anche per toccare punti decisivi nella gestione del lavoro giudiziario. Una seria individuazione delle modalità con le quali dislocare il *surplus* di lavoro derivante dalla riduzione delle ferie di un terzo, infatti, non può prescindere dalla determinazione dei limiti di lavoro massimo espletabile dal magistrato annualmente. Andrebbero individuati, quindi, i carichi di lavoro massimo sostenibile per ciascun magistrato, stabilendo in modo comprensibile, preciso e semplice, il numero massimo di attività, udienze e atti che individualmente può essere richiesto. Non si tratta, chiaramente, di un limite al cui raggiungimento conseguirebbe un esonero dai doveri professionali, ma solo di un elemento da considerare allo scopo di fornire una sorta di presunzione relativa di laboriosità e diligenza, utile sia a fini disciplinari che per le valutazioni di professionalità. Il tutto potrebbe essere fatto in modo facile, come lo è stato per i magistrati amministrativi, con l’indicazione generale del numero massimo di udienze, attività, turni e provvedimenti che, umanamente, è possibile chiedere a ciascun magistrato secondo la funzione svolta. In pratica non si tratta di determinare, come nel caso degli *standards* di rendimento, quanto devono lavorare gli operai per fare raggiungere all’azienda il massimo fatturato possibile, ma quanto possono lavorare al massimo gli operai senza avere problemi di rendimento o di salute. La determinazione di carichi di lavoro massimi, peraltro, metterebbe il legislatore e il governo

davanti alle proprie responsabilità normative e organizzative, perché sarebbe subito evidente che la “resa massima” annuale della magistratura nella definizione delle sopravvenienze e delle pendenze – da sola – non basta per fare fronte al *mare magnum* delle sopravvenienze e dell’arretrato giudiziario, dovuto in massima parte a disfunzioni organizzative e normative non ascrivibili ai magistrati.

L’INDIVIDUAZIONE DI LIMITI CERTI PER LO SVOLGIMENTO DEL LAVORO GIUDIZIARIO

La delimitazione, in modo rapido e semplice, del *quantum* del lavoro giudiziario annuale dovrebbe necessariamente passare per l’individuazione dei giorni lavorativi effettivi, poiché la drastica riduzione delle ferie impone di riconsiderare la concezione “flessibile” delle ferie e dei giorni di riposo o assenza legittima che finora è prevalsa nella giurisprudenza e nella prassi del CSM. Ogni individuazione dei carichi di lavoro, quindi, andrebbe fatta basandosi su un complesso “disponibile” di circa duecentosessantacinque giorni lavorativi all’anno, che include i sabati tra le giornate

lavorative ed esclude le domeniche, le festività civili e i trentasei giorni di ferie e “festività sopresse”. Il tutto considerando un massimo che non superi la media di quarantotto ore di lavoro settimanali, pari al limite previsto per la generalità dei lavoratori dall’art. 6 lett. a) della direttiva 2003/88/CE, che costituisce un confine invalicabile per il legislatore nazionale (cfr. d.lgs. n. 66/2003, conforme alla suddetta direttiva). Tradotto in giornate, peraltro, è facile vedere come si tratti di un margine di tutto rispetto, pari a otto ore di lavoro per sei giorni alla settimana. Nel computo andrebbe considerato sia il tempo di necessaria presenza in ufficio per udienze, turni e studio degli atti che il tempo per la redazione dei provvedimenti.

È chiaro che non si tratterebbe di limiti invalicabili per l’attività giudiziaria ma solo di parametri per determinare carichi di lavoro massimi, che garantiscano anche la serena ed efficiente amministrazione della giustizia. È evidente a chiunque che la prosecuzione per undici o dodici ore di attività come le udienze o gli atti d’indagine o la redazione dei provvedimenti abbatta drasticamente i livelli di attenzione e la resa complessiva di qualunque magistrato, oltre ad essere un ritmo di lavoro praticamente insostenibile in via ordinaria.

I RENDIMENTI DECRESCENTI CON L’AUMENTO DEL LAVORO

Secondo la c.d. legge dei rendimenti decrescenti oltre un certo limite di lavoro la produttività si abbatta in modo esponenziale. Il dato è dimostrato proprio in relazione alle ferie dei magistrati poiché dall’anno 1979 i giorni di ferie dei magistrati sono stati ridotti di un quarto ma le sopravvenienze e le pendenze sono ugualmente cresciute in modo cospicuo negli anni successivi. Inoltre, per rendersi conto dell’effettivo funzionamento degli uffici giudiziari anche nel periodo feriale, basta considerare che il deposito dei provvedimenti continua in modo pressoché uguale a quello dei periodi non feriali, a dimostrazione che è errato pensare di ridurre i tempi di durata dei processi riducendo le ferie. Il problema dell’abbattimento della durata dei processi e dell’aumento della produttività, come è noto, sta soprattutto nella carenza di risorse, nelle norme che consentono di allargare il contenzioso a dismisura e nel numero elevato di avvocati. Finché non ci sarà la volontà politica di risolvere questi tre problemi la giustizia sarà lenta e l’arretrato ingestibile.



LA PROSECUZIONE PER UNDICI O DODICI ORE DI ATTIVITÀ COME LE UDIENZE O GLI ATTI D’INDAGINE O LA REDAZIONE DEI PROVVEDIMENTI ABBATTE DRASTICAMENTE I LIVELLI DI ATTENZIONE E LA RESA COMPLESSIVA DI QUALUNQUE MAGISTRATO

RESPONSABILITÀ GIUDICI: NO SLOGAN, PIÙ EQUILIBRIO

Rodolfo M. Sabelli

Presidente ANM

*Editoriale pubblicato su
Guida al Diritto - Il Sole 24 Ore*

La riflessione sul tema della responsabilità civile dei magistrati deve muovere da quel che la responsabilità civile è (un istituto con funzione risarcitoria) e, ancor più, da quel che non è: non è sanzione né strumento di controllo della qualità del giudizio e della professionalità dei magistrati; non è rimedio agli errori del processo; non è mezzo di equilibrio dei rapporti fra politica e magistratura. Non è, insomma, proprio quel che un dibattito inquinato da superficialità e da strumentalizzazioni pretenderebbe che fosse. Si capisce, allora, perché l'argomento abbia appassionato i politici più che i giuristi, perché si sia discusso più di responsabilità che di efficacia del processo e perché la sua riforma marci spedita più di quella della prescrizione o dei mezzi di contrasto a certi gravi fenomeni criminali. Dunque, abbandonati gli slogan da discount delle banalità (chi sbaglia paga! lo vuole l'Europa!), c'è da chiedersi se la legge Vassalli meritasse tante critiche, quale possa essere una riforma equilibrata e se il disegno di legge in discussione realizzi un sistema più equo e più efficace. Com'è noto, nel 1988 fu introdotto un sistema basato sulla responsabilità dello Stato per i danni

La responsabilità civile non è sanzione né strumento di controllo della qualità del giudizio e della professionalità dei magistrati

cagionati con dolo o colpa grave (quest'ultima limitata a casi ben definiti), escluso ogni sindacato sull'interpretazione di norme di diritto e sulla valutazione del fatto e delle prove. Solo in caso di condanna, lo Stato agisce in rivalsa contro il magistrato. A dispetto di facili dicerie, si tratta di una delle legislazioni più avanzate, a fronte dei sistemi – per limitarsi a pochi esempi – che tutelano l'integrale immunità dei giudici (Regno Unito, USA, Canada, Israele), di quelli che prevedono la sola responsabilità dello Stato (Paesi Bassi) o che consentono la rivalsa solo in caso di condotta dolosa (Francia, Belgio, Portogallo). Va smentita anche l'altra vulgata secondo la quale una disciplina della responsabilità civile ritagliata per una specifica categoria professionale sarebbe l'eccezione e non la regola: si pensi a quanto previsto

per le prestazioni tecniche di speciale difficoltà (art. 2236 c.c.), per gli insegnanti (art. 61 legge n. 312/1980), per i medici (art. 3 d.l. n. 158/2012).

È ovvio che quanti esercitano la funzione giudiziaria – al pari delle altre funzioni pubbliche – non possono essere svincolati da limiti e da controlli: del resto, ciò avviene grazie agli strumenti processuali o col giudizio disciplinare o in sede di valutazione di professionalità. La responsabilità civile, la cui

che rende quasi impossibile un approccio meno pregiudiziale e più oggettivo.

Così, è accaduto che sia stata periodicamente reiterata la proposta – di evidente incostituzionalità – di introdurre l'azione diretta contro il magistrato o quella, analoga, di prevedere forme più o meno occulte di litisconsorzio necessario del magistrato nel giudizio contro lo Stato. Proposte – da ultimo respinte dal Senato – ben consapevoli del fatto

LA FUNZIONE GIUDIZIARIA OPERA IN GENERE SU SITUAZIONI LITIGIOSE CON L'ALTO RISCHIO CHE LA PARTE SOCCOMBENTE RIBALTI SUL MAGISTRATO QUELLA LITIGIOSITÀ

iniziativa è rimessa alla scelta casuale di una parte privata, solleva però il problema della sua compatibilità con l'indipendenza del magistrato, tanto più che la funzione giudiziaria opera in genere su situazioni litigiose, con l'alto rischio che la parte soccombente ribalti sul magistrato quella litigiosità. Dunque, i punti principali della disciplina consistono nella definizione dei casi di responsabilità e nelle forme dell'azione. Non è un caso che su tali aspetti si soffermi, nel paragrafo dedicato alla responsabilità, la raccomandazione del consiglio dei ministri agli Stati membri del Consiglio d'Europa (n. 12 del 2010) e può quindi sorprendere che proprio su quegli aspetti si siano maggiormente concentrati i tentativi di sfondamento del sistema. In realtà, se ne comprende la ragione, se si pensa alla tensione politica che si è addensata sull'argomento e

che il condizionamento sull'imparzialità della giurisdizione deriva dall'azione in se stessa, ancorché infondata, piuttosto che dal suo esito, anche per gli effetti processuali di incompatibilità che può generare; proposte che consegnerebbero uno strumento di forte pressione nelle mani della parte più dotata di risorse e più disposta a concepire il Tribunale – secondo un andazzo *à la page* – come arena di una guerra all'ultimo sangue, piuttosto che come luogo di giustizia e di composizione delle liti nel processo e col processo.

Figlia di un preconcetto diffuso è l'eliminazione – da tutti chiesta a gran voce – del filtro di ammissibilità, oggi previsto dall'art. 5 della legge Vassalli, del quale nemmeno è prevista la sostituzione con altri strumenti in grado di scoraggiare le liti temerarie. Così, certo, non si introduce l'azione diretta ma si spalancano le porte alle azioni ritorsive, strumentali, prive dei requisiti minimi di sostanza o di forma, come dimostra l'esame dei casi in cui il filtro ha operato, se solo si avesse la pazienza di esaminarli, senza limitarsi a ripetere qualche slogan. Una scelta, per di più, che va in controtendenza rispetto all'estensione, in campo civile, degli strumenti deflativi, con lo scopo di scoraggiare il ricorso alla lite. Ma tant'è: chi sbaglia paga! lo chiede l'Europa! E via banalizzando.

Quanto ai casi di responsabilità,

talune proposte vorrebbero introdurre il sindacato sull'adeguatezza della motivazione o sull'interpretazione della legge, ove questa si discosti dai precedenti di legittimità a sezioni unite senza specifica motivazione, come se il danno potesse derivare da decisioni giuste, sol perché prive di motivato dissenso. Se col voto recente il Senato ha respinto simili storture, che colpiscono l'essenza del giudicare, nel disegno di legge non mancano



preoccupanti novità. Senza pretesa di completezza, si osserva che il legislatore ha preservato la clausola di salvaguardia dell'interpretazione – corollario di elementari principi costituzionali – mentre la negligenza inescusabile, sottratta al perimetro della responsabilità dello Stato, diviene condizione per l'esercizio della rivalsa, con conseguente disallineamento fra responsabilità dello Stato e responsabilità del magistrato. La nozione di responsabilità viene mutuata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (violazione manifesta del diritto comunitario), estesa alla violazione della legge nazionale, innestata sulla preesistente casistica della legge Vassalli e integrata con l'inclusione dei provvedimenti cautelari reali, con la generalizzata risarcibilità dei danni non patrimoniali e – inopportuno – con la nuova ipotesi del travisamento del fatto e della prova.

Il travisamento è categoria già nota, in tema di ricorso per Cassazione, con riguardo ai vizi della motivazione, oltre che in materia di rimedio revocatorio (art. 395 c.p.c.). Esso costituisce un'insidia, che potrebbe trascinare la responsabilità civile sul piano del sindacato della motivazione e del merito. Andrebbe quindi espunto dall'ambito della responsabilità o, al più, confinato espressamente alle ipotesi più estreme e più evidenti.

In conclusione, il disegno di riforma non si sottrae alle suggestioni che vengono da campagne martellanti e che finiscono col confondere ed intralciare una riflessione più attenta e più critica su un tema, quello della responsabilità, dei magistrati come di ogni altro titolare di una pubblica funzione, che è fondamento del rapporto di fiducia e della stessa legittimazione di ogni autorità.





L'ASSOCIAZIONISMO GIUDIZIARIO TRANSNAZIONALE

Cristina Marzagalli

Componente della GEC dell'ANM

L'Associazione Nazionale Magistrati è uno dei membri fondatori di UIM - *Union Internationale des Magistrats*, l'organismo nato nel 1953 a Salisburgo che riunisce le associazioni nazionali di magistrati di vari Paesi del mondo. Il fine principale dell'Unione, sancito dallo statuto, è la salvaguardia dell'indipendenza dell'ordine giudiziario quale condizione essenziale della funzione giurisdizionale e garanzia dei diritti umani e delle libertà. Oggi l'UIM riunisce 81 associazioni o gruppi rappresentativi provenienti dai 5 continenti, ciascuno dei quali esprime un Gruppo Associativo Regionale. L'Unione Internazionale dei Magistrati svolge funzioni consultive

presso le Nazioni Unite e presso il Consiglio d'Europa. Al suo interno sono formate quattro Commissioni di Studio in materia di ordinamento giudiziario e *status* dei magistrati, diritto e procedura civile, diritto e procedura penale, diritto pubblico e del lavoro.

L'iniziativa del Segretario Generale dell'UIM, Giacomo Oberto, di inserire la Rivista dell'ANM nel circuito informatico dell'associazione internazionale, in concomitanza con la ripresa della sua pubblicazione, è l'occasione per ricordare la funzione dell'associazionismo giudiziario internazionale, a distanza di 60 anni dalla creazione di UIM, e per riflettere sulla sua perdurante attualità.

Vanno innanzitutto ricordati gli ambiziosi e elevati obiettivi statutariamente perseguiti dall'Unione Internazionale dei Magistrati: 1) salvaguardare l'indipendenza del potere giudiziario, condizione essenziale della funzione giurisdizionale e garanzia dei diritti umani (*libertés humaines*); 2) salvaguardare la posizione costituzionale e morale del Potere

Il fine principale dell'UIM
è la salvaguardia
dell'indipendenza
dell'ordine giudiziario quale
condizione essenziale della
funzione giurisdizionale
e garanzia dei diritti umani
e delle libertà

Giudiziario; 3) ampliare e perfezionare le conoscenze e la cultura dei magistrati mettendoli in contatto con i colleghi di altri paesi, permettendo loro di venire a conoscenza di organizzazioni straniere e del loro funzionamento; 4) studiare i problemi giuridici per arrivare, sia nell'interesse nazionale che in quello delle comunità regionali o universali, alla loro migliore soluzione.

Per il perseguimento di tali obiettivi sono previsti strumenti quali l'organizzazione di congressi, le riunioni delle commissioni di studio, lo scambio di rapporti culturali, la promozione di rapporti di amicizia tra magistrati di diversi Paesi, l'assistenza reciproca tra le associazioni e i gruppi nazionali.

Quanto all'obiettivo principale dell'UIM, vale a dire la salvaguardia dell'indipendenza del sistema giudiziario nel mondo, esso è oggetto di periodiche riunioni del Consiglio Centrale e dei Gruppi Regionali. Durante tali riunioni, si discute di proposte, di risoluzioni e dichiarazioni riguardanti la situazione del sistema giudiziario in vari Paesi. In particolare, numerosi sono stati gli interventi a tutela degli organi rappresentativi di autogoverno dell'ordine giudiziario a fronte dei tentativi di modificarne la composizione, con prevalenza di membri di nomina politica, o del rischio di inquinamento di libere elezioni. Possono essere decise missioni di studio per raccogliere informazioni sui problemi della giustizia in un dato Paese. Durante tali missioni, le delegazioni dell'UIM incontrano magistrati locali, presidenti di Corti, membri dei Consigli Superiori della Magistratura, rappresentanti del potere legislativo ed esecutivo. L'UIM fornisce pareri su progetti di legge e su atti amministrativi che possano influire sul sistema

giudiziario. Rappresentanti dell'UIM sono anche attivi presso le sedi delle Nazioni Unite e gli uffici del Consiglio d'Europa, quali ad esempio, il Consiglio Consultivo dei giudici europei (CCJE) e la Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ).

L'UIM fornisce esperti per i lavori delle Nazioni Unite, dell'Unione Europea, del Consiglio d'Europa e della Federazione Latino-americana dei Magistrati (FLAM) nel campo della giustizia.

Tutto questo lavoro è coordinato dal Comitato di Presidenza dell'UIM, organismo formato dal presidente e da sei vicepresidenti, che si riunisce due volte l'anno.

Il progressivo aumento dei membri di UIM dimostra la centralità mondiale del principio di salvaguardia dell'indipendenza del potere giudiziario, quale obiettivo perseguito da tutte le associazioni nazionali

Il supporto tecnico necessario è fornito dal Segretariato Generale, che è un'agenzia esecutiva dell'Associazione, con sede a Roma presso la Corte Suprema di Cassazione.

L'idea originaria di pochi Paesi fondatori si è trasformata nella complessa macchina associativa appena descritta, che ha visto accrescere nel tempo il numero di Associazioni Nazionali aderenti. Il progressivo aumento dei membri di UIM dimostra la centralità mondiale del principio di salvaguardia dell'indipendenza del potere giudiziario, quale obiettivo condiviso e perseguito da tutte le associazioni nazionali, e la sua accresciuta importanza con lo scorrere degli anni e attraverso i vari mutamenti politici delle diverse realtà regionali. Sotto il profilo culturale, l'attività di UIM ha una capacità perpetua di espandere l'orizzonte associativo a livello mondiale attraverso lo scambio culturale continuo, il confronto costante con gli altri sistemi giudiziari, a partire dalla partecipazione di

ANM al Gruppo Regionale Europeo. È in tale ambito che può essere percepita con maggiore chiarezza l'utilità dell'associazionismo transnazionale tra le magistrature dei Paesi appartenenti al medesimo e omogeneo contesto politico-regionale.

Lo *status* del Gruppo Europeo (EAJ) di osservatore presso CCJE e CEPEJ ha consentito di partecipare nel corso degli ultimi 15 anni "all'elaborazione di documenti, risoluzioni, raccomandazioni, sia a livello generale ed astratto che con riguardo alle situazioni di singoli Paesi nel nostro continente" (Giacomo Oberto, La proposta di una nuova raccomandazione sul tema: indipendenza, efficienza e responsabilità dei giudici elaborata dal comitato di esperti sulla magistratura del Consiglio d'Europa, www.giacomooberto.com). Si consideri, a titolo esemplificativo, che la raccomandazione n. R (94) 12 del Consiglio d'Europa in materia di indipendenza, efficienza e responsabilità dei giudici, è stata modificata nel 2010 con il contributo di EAJ.





E ancora, il Gruppo Europeo è intervenuto nel corso del corrente anno a tutela della magistratura turca, a seguito delle plurime aggressioni della sua indipendenza da parte del Governo nazionale, adottando una risoluzione di sostegno indirizzata alle Autorità Europee, ai responsabili Giustizia dell'ONU e alle autorità governative della Turchia, e ottenendo il fattivo coinvolgimento di alcune autorità europee. Analogamente, il Gruppo Europeo ha adottato una risoluzione di sostegno ai magistrati ucraini, la cui sicurezza e incolumità personali sono messe a rischio dalla guerra civile in corso. Si tratta di concrete manifestazioni della tutela dell'indipendenza del corpo giudiziario, quale principio cardine di UIM.

Un altro tema sensibile, quale è la responsabilità civile dei giudici, è attualmente oggetto di studio da parte del Gruppo Europeo; un questionario sulla disciplina della responsabilità dei giudici e dei mezzi di protezione da tali azioni, compresa l'assicurazione civile, è stato distribuito alle Associazioni Nazionali. I risultati, di sicuro interesse comparativo, saranno oggetto di discussione alla prossima riunione europea.

Vale la pena ricordare le recenti osservazioni di Antonio Mura sul ruolo di UIM nell'Unione Europea dopo i cambiamenti politici che hanno interessato il continente:

Besides the traditional perspectives, in their up-to-date display, contemporary experience is marked by the appearance of new realities. Hugely significant, among them, the continental dimension of progressively stricter forms of cooperation and integration – the main example being represented by the European Union –, as well as the phenomenon of globalisation, which involves organized criminality (with the connected increase of judicial crossborder action of contrast) not less than a new dimension of commercial law.

The increasing role of regional cooperation, meant as a peculiar viewpoint – common to countries of a given cultural and/or continental region – in matters concerning the role of judges in the society, has led the IAJ to modify its statutory norms. In particular, it

is worth citing the adoption of new Statutes by the European Association of Judges (2003) and by the African Group (2005), as well as the amendment of the IAJ's Constitution and By-laws in order to grant fair representativeness, within the Presidency Committee, to all the Regional Groups.

But the contemporary broad, complex landscape invites also to look national justice in a new way and, beyond it, to take into consideration various supra-national and international jurisdictions. The creation of institutions such as the International Criminal Court and the European Court of Human Rights shows that justice has now taken a new direction [...]

(Antonio Mura, *The International Association of judges in the XXIst century*, www.iaj-uim.org)

Il quadro sinteticamente tracciato delinea l'importanza della funzione svolta da UIM - *Union Internationale des Magistrats*, accresciutasi nel corso degli anni in ragione della globalizzazione mondiale, che ha coinvolto anche i sistemi giudiziari.

In conclusione, l'associazionismo giudiziario internazionale rappresenta uno straordinario strumento di conoscenza e di scambio. Sebbene l'azione svolta da UIM possa apparire lontana dall'attività giurisdizionale quotidiana dei magistrati, tuttavia la forza dei principi culturali e giuridici di cui UIM è portatrice ha il potere di influenzare le scelte delle istituzioni in ambito giudiziario, a presidio dei principi cardine della giurisdizione.

L'associazionismo giudiziario internazionale rappresenta uno straordinario strumento di conoscenza e di scambio. La forza dei principi culturali e giuridici di cui UIM è portatrice ha il potere di influenzare le scelte delle istituzioni in ambito giudiziario, a presidio dei principi cardine della giurisdizione



ORDINAMENTO

LE PROCURE: L'INIZIO DI OGNI COSA...



Sembra eccessivo, eppure è così. Ogni provvedimento giurisdizionale ha origine nell'operato delle Procure. L'autonomia e imparzialità della giurisdizione può ben poco a fronte di una gestione delle indagini e dell'esercizio dell'azione penale che non sia stata altrettanto autonoma e imparziale.

Per questo i problemi acuti, e tutt'altro che risolti, che si sono sollevati anche recentemente circa l'assetto organizzativo delle Procure, la natura dei poteri e del ruolo dei procuratori della Repubblica rispetto ai sostituti, l'opportunità di introdurre criteri di priorità nella trattazione degli affari sono assolutamente basilari e devono stare a cuore all'intera Magistratura e non soltanto a chi ricopre quegli uffici.

Si tratta di problemi così complessi che, sebbene affrontati e sfiorati in tante occasioni e che in altrettante occasioni hanno imposto al CSM l'adozione di delibere, risoluzioni, risposte a quesiti, non hanno trovato ancora una risposta certa a fronte delle modifiche ordinamentali del 2006.

Il CSM aveva indicato linee guida e interpretative rilevanti con le delibere e risoluzioni 12.7.07 e 21.7.09 cui non sembra però essere seguito l'auspicato monitoraggio costante e attento dell'evolversi delle singole realtà da cui desumere e analizzare le criticità che si venivano affacciando nelle applicazioni concrete del nuovo sistema ordinamentale.

È invece oltremodo necessario proseguire in tale direzione per giungere a un'interpretazione che, aderente ai principi costituzionali (art. 101, 102, 105, 107 e 112 e 97), contemporaneamente tuteli sia la necessaria uniformità di indirizzo dell'attività dei singoli sostituti all'interno delle Procure con il rispetto della dignità della funzione e della professionalità che non può essere negata ai singoli sostituti.

Se è vero che il modello disegnato dal "nuovo" ordinamento giudiziario ha accentuato il ruolo gerarchico del procuratore della Repubblica nei confronti dei sostituti, è altrettanto vero che vi sono spazi interpretativi che permettono di individuare letture non così marcatamente orientate.

Lo scritto che "La Magistratura" offre oggi ai lettori si muove proprio in questa direzione suggerendo, attraverso l'analisi di specifiche previsioni normative e interpretazioni già consolidate, spazi e modalità di gestione e predisposizione di modelli organizzativi condivisi, all'interno delle Procure che permettano una gestione responsabile e controllata da parte del procuratore, che non esasperi i momenti di gerarchizzazione e richieda il più possibile la condivisione prevedendo certamente anche poteri di revoca da esercitare però con provvedimenti adeguati e coerentemente motivati.

Particolarmente utili alla riflessione e al corretto inquadramento del problema sono le considerazioni che portano a escludere il potere di revoca in caso di semplice dissenso con i sostituti circa l'an dell'esercizio dell'azione penale stante anche il perdurante principio dell'autonomia del sostituto in udienza, e quelle che evidenziano l'irrelevanza rispetto a soluzioni che enfatizzano l'aspetto gerarchico, non solo a livello organizzativo, delle previsioni normative che attribuiscono al procuratore della Repubblica la rappresentanza esterna dell'ufficio.

Attinenti a quest'ultimo argomento e coerenti con una lettura delle norme che non vuole mortificare il ruolo e la dignità del singolo sostituto sono da leggere anche le decisioni della Corte di Cassazione e della sezione disciplinare del CSM sul c.d. caso Fiorillo.

Insomma è necessario che tanto a livello associativo, ma soprattutto attraverso chiare e tempestive decisioni del CSM, si delineino i chiari confini e principi entro cui pervenire, anche grazie al rinsaldarsi della necessità di vaglio attento dei progetti organizzativi delle Procure, a un'interpretazione della gestione degli uffici di Procura che, per usare le parole dell'autore dell'intervento qui riportato, «non si rassegni a interpretazioni mortificanti (nient'affatto dovute) del sistema vigente».

Alessandra Galli

Comitato di redazione
Componente del CDC dell'ANM

I POTERI DEL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA

Armando Spataro

Procuratore della Repubblica a Torino

Il “procuratore capo”: una criticabile definizione; l’interpretazione “costituzionalmente orientata” dei poteri del procuratore della Repubblica, a partire dalla titolarità esclusiva dell’azione penale; la gerarchia praticabile è quella di tipo organizzativo; la ripartizione del lavoro tra gruppi specializzati; assegnazione e revoca dei procedimenti: la revoca non è possibile per mero “contrasto sull’an”; il visto sulle richieste di misure cautelari; le direttive sull’impiego della polizia giudiziaria; la selezione delle priorità: cenni, in particolare, sul rischio-prescrizione; i rapporti con i mezzi di informazione; il “buon governo” comune, sintesi del lavoro della Procura della Repubblica.

Questo intervento non riguarda il tema generale dell’organizzazione delle Procure e le relative competenze di chi le dirige (si pensi, ad esempio, a quelle su gestione delle risorse, rapporti con la dirigenza amministrativa, con l’Avvocatura e con la magistratura onoraria), ma solo quello più specifico dei poteri del procuratore della Repubblica nei confronti dei magistrati che compongono l’ufficio e delle modalità con cui essi possono essere esercitati, argomento da sempre al centro del dibattito sulla nostra giustizia penale. È possibile, anzi doveroso, occuparsene in modo del tutto sganciato da fatti d’attualità che possono destare l’attenzione della pubblica opinione.

Appare inaccettabile la troppo spesso utilizzata definizione di “procuratore capo della Repubblica”



È quanto chi scrive tenterà di fare, valendosi anche di convinzioni personali manifestate sin dal 2007, in occasioni di incontri di studio del CSM, e ribadite in anni successivi.

In premessa va subito detto che appare inaccettabile, e comunque criticabile, la troppo spesso utilizzata definizione di “*procuratore capo della Repubblica*”, una definizione che, pur presente in alcuni articoli del c.p.p. e del d. lgs. 25.7.2006 n. 240 (sulle “...*competenze dei magistrati capi e dei dirigenti amministrativi degli uffici giudiziari*”), nonché in alcune risoluzioni o “risposte a quesiti” del CSM, non è usata nell’Ordinamento giudiziario (nel Titolo III “*Del Pubblico Ministero*” del r.d. 30.1.1941 n. 12 si parla, infatti, di titolari degli uffici del pm) e neppure nel testo base in materia di organizzazione degli uffici di Procura (d. lgs. 20.2.2006 n. 106, come modificato con l. 24.10.2006 n. 269).

A sostegno di questa convinzione, supportata anche dalle ragioni della temporaneità degli incarichi direttivi, introdotta nell’ordinamento per evitare le patologie da “accumulo” di potere, non sembrano prive di rilievo un paio di altre circostanze: nell’art. 1 del citato d.lgs. 106/2006, a proposito delle attribuzioni del procuratore, risulta soppresso l’inciso secondo cui egli esercita l’azione penale “*sotto la propria responsabilità*” (quasi ne fosse, nel bene e nel male, il *dominus* assoluto) e non soltanto – come ora recita la norma – “*nei modi e nei termini fissati dalla legge*”. Inoltre, pur in un quadro di accentuata gerarchizzazione degli uffici di Procura, la l. 269/2006, anche qui novellando lo stesso d.lgs.

procedimenti (ovvero del compimento di singoli atti di essi), e non più mediante “*delega*”, termine che, nell’originaria formulazione della norma, sembrava riferirsi a un diritto o a un potere personale incondizionato del delegante, tale da includere il potere di revoca *ad libitum* del mandato conferito. Eppure tanti magistrati sono ancora affezionati alla qualifica formale di “*capo*” ed è difficile che essa non compaia nelle cronache giornalistiche quando vi si citano i dirigenti delle Procure.

Vediamo allora se l’indubbia accentuazione del ruolo del procuratore della Repubblica abbia determinato un inevitabile rapporto di sovraordinazione gerarchica rispetto agli altri componenti dell’ufficio o se debba essere interpretata, compatibilmente con i principi costituzionali, semplicemente come uno strumento per garantire maggiore omogeneità ed efficienza nell’esercizio delle attività di competenza del pubblico ministero, ovviamente a partire dall’obbligatorio esercizio dell’azione penale.

TANTI MAGISTRATI SONO ANCORA AFFEZIONATI ALLA QUALIFICA FORMALE DI “CAPO” ED È DIFFICILE CHE ESSA NON COMPAIA NELLE CRONACHE GIORNALISTICHE

106/2006 n. 106, ha previsto che il procuratore della Repubblica può esercitare l’azione penale personalmente oppure “*mediante assegnazione*” a uno o più magistrati dell’ufficio della trattazione dei



Un procuratore della Repubblica non può o non deve ispirarsi a una concezione gerarchica dell'esercizio delle proprie funzioni

La premessa di quest'intervento rende già evidente l'orientamento di chi scrive: *un procuratore della Repubblica non può o non deve ispirarsi a una concezione gerarchica dell'esercizio delle proprie funzioni*. Deve essere spiegato in concreto, però, come egli deve agire, non bastando l'ovvia considerazione secondo cui deve operare in piena armonia con tutti i componenti dell'ufficio, non solo con i procuratori aggiunti, di cui va valorizzato il ruolo co-organizzativo, ma anche con i sostituti, rispettandone autonomia, professionalità e dignità. Va subito precisato, allora, che questa visione del ruolo del procuratore non comporta affatto che egli rinunci ai poteri riconosciutigli in tema di organizzazione dell'ufficio (ex art. 1 co. 6 d.lgs. 106/2006) o che possa venir meno al dovere di assicurare il corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale (ex art. 1 co. 2 d.lgs. 106/2006, che richiama pure il doveroso rispetto delle regole del giusto processo), ma presuppone che egli eserciti i suoi poteri e adempia ai suoi doveri secondo un'interpretazione *"costituzionalmente orientata"* di quanto in proposito previsto dalla legge, a partire dal rispetto delle garanzie di indipendenza e autonomia che la Carta riconosce sia ai giudici che ai pm (ex artt. 101, 102, 105, 107 e 112, ma anche ex art. 97 in ordine ai canoni ivi previsti di imparzialità, trasparenza e buon andamento delle pubbliche amministrazioni). Un rispetto tanto più necessario ove si pensi che la Procura della Repubblica è oggi l'ufficio giudiziario più esposto al rischio di guida verticistica. In proposito, allora, è bene confrontarsi subito con il testo dell'art. 1, co. 1, del d.lgs. n.106/2006 ("Il procuratore della Repubblica, quale preposto all'ufficio del pm, è *titolare esclusivo dell'azione penale...*") e con quello del citato art. 2, co. 1, del medesimo d.lgs. (come modificato dall'art. 1 l. 269/2006 n. 269) secondo cui "Il procuratore della Repubblica, quale *titolare esclusivo dell'azione penale*, la esercita personalmente o mediante assegnazione a uno o più magistrati dell'ufficio...". Se ne potrebbe dedurre, come anche autorevoli interpreti sostengono, che il procuratore, per via di tale esclusiva titolarità,

possa revocare immotivatamente l'assegnazione di un procedimento ogni qualvolta non condivida modalità di gestione investigativa o le conclusioni nel merito del magistrato assegnatario. Ma le cose non stanno così.

Come scriveva in un virtuoso provvedimento organizzativo del giugno del 2006 l'allora procuratore di Milano Manlio Minale, l'obbligo di esercitare l'azione penale viene riferito, nell'articolo 112 della Costituzione, al pubblico ministero come ufficio e dunque con tale principio devono armonizzarsi l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 106/2006. Riesce impossibile pensare, insomma, almeno a chi scrive, che i titolari dell'azione penale siano solo i 136 procuratori della Repubblica italiani, ciascuno con un nome e un cognome, e non i 136 uffici del pm, ciascuno con i magistrati che li compongono. La norma, dunque, non può che fare riferimento, secondo questa opzione (forse minoritaria), al dovere del procuratore di organizzare e coordinare l'esercizio dell'azione penale, chiedendo e praticando egli stesso l'ovvio scrupoloso rispetto non solo della legge, ma anche dei criteri omogenei approvati per la trattazione degli affari penali: se, infatti, l'obbligatorio esercizio dell'azione penale (e la sua titolarità) è riferibile all'ufficio del pm, è chiaro che esso passa attraverso il rispetto delle regole interne anche da parte di chi le ha elaborate e non dipende dagli orientamenti soggettivi dei magistrati che lo compongono.

Ciò rimanda, allora, alla *vera natura del potere del procuratore che esercita una gerarchia di tipo organizzativo*, capace di esprimere un potere di indirizzo circa l'adozione, da parte degli aggiunti e dei sostituti, di criteri omogenei ai fini delle determinazioni inerenti il promovimento dell'azione penale e circa l'utilizzo delle risorse disponibili: un problema reale, presente in ogni Procura. Ne derivano naturalmente non secondari corollari: se il procuratore deve assicurare e propugnare il *corretto* esercizio dell'azione penale deve anche potersi informare, chiedendo e ricevendo notizie che gli consentano di essere effettivamente al

corrente del contenuto delle attività in corso. Di qui l'importanza del suo rapporto costante e fecondo con gli aggiunti (innanzitutto), ma anche con i sostituti. Se l'esercizio dell'azione penale deve essere *puntuale*, si deve anche convenire che sollecite devono essere le indagini preliminari: di qui la necessità di effettiva applicazione del principio costituzionale che attribuisce al pm la direzione della polizia giudiziaria, dunque anche in ordine alle modalità di conduzione delle investigazioni. L'esercizio dell'azione penale deve essere infine *uniforme* apparendo intollerabile e fonte di delegittimazione del ruolo del pm l'adozione di prassi e criteri disomogenei in materie identiche o affini all'interno dello stesso ufficio. È sul punto apprezzabile che il CSM, con vari interventi pur non vincolanti (risoluzioni, risposte a quesiti etc.), abbia inteso suggerire l'adozione di indirizzi omogenei da parte di tutte le Procure della Repubblica, ma è chiaro che anche i singoli componenti di ciascuna Procura non possono certo considerarsi estranei rispetto alla necessità di perseguire l'obiettivo dell'uniformità degli orientamenti, oltre che, più in generale, quello dell'efficienza e della credibilità dell'azione degli uffici di cui fanno rispettivamente parte.

LA PROCURA DELLA REPUBBLICA

è oggi l'ufficio giudiziario più esposto al rischio di guida verticistica

Una conclusione – questa – legittimata dal tenore del comma 2 dell'art. 2 d.lgs. n. 106/06: *“con l'atto di assegnazione per la trattazione di un procedimento, il procuratore della Repubblica può stabilire i criteri ai quali il magistrato deve attenersi nell'esercizio della relativa attività. Se il magistrato non si attiene ai principi e criteri definiti in via generale o con l'assegnazione, ovvero insorge tra il magistrato ed il procuratore della Repubblica un contrasto circa le modalità di esercizio, il procuratore della Repubblica può, con provvedimento motivato, revocare l'assegnazione; entro dieci giorni dalla comunicazione della revoca, il magistrato può presentare osservazioni scritte al procuratore della Repubblica”*.

Va cioè adottato un modulo organizzativo che, fondato sul rispetto pieno della dignità e dell'autonomia professionale degli aggiunti e dei sostituti, consenta loro di proporre osservazioni – a loro volta rispettose delle competenze del procuratore – sui provvedimenti non condivisi che li riguardino, soprattutto in tema di assegnazione e revoca nella trattazione degli affari penali, ma anche di improvviso e immotivato mutamento dei relativi criteri.

In questa prospettiva, si colloca anche *il potere organizzativo del procuratore di ripartire il lavoro, ove le dimensioni dell'ufficio lo consentano, tra gruppi specializzati* (di equilibrata composizione numerica) nella trattazione di materie che richiedono particolare professionalità ed esperienza dei magistrati, così favorendo scelte adeguate in tema di assegnazione dei procedimenti: tali ripartizioni, ovviamente, impongono un importante limite alle scelte discrezionali del procuratore che, avendo preventivamente valutato le ragioni legittimanti l'individuazione di settori che richiedono competenze specialistiche, non potrebbe certo discostarsene assegnando, ad es., un processo per reati in materia societaria a un magistrato del gruppo specializzato in reati di terrorismo (salvo il ricorso a forme stabili di coordinamento tra gruppi o alla coassegnazione a magistrati appartenenti a gruppi diversi nel caso di indagini connesse su reati oggetto di distinte competenze).



Non v'è dubbio, peraltro, che le risoluzioni o delibere del CSM del 12 luglio 2007 e del 21 luglio 2009, pur con i rilievi critici alla seconda desumibili da quanto segue, contengano le linee cui un procuratore deve ispirarsi nell'organizzazione dell'ufficio e nei rapporti con i magistrati che ne fanno parte. Resta comunque necessario – ed è sempre il CSM ad affermarlo – che occorre analizzare l'esperienza in corso nelle Procure italiane in vista di eventuali ulteriori indicazioni. Proprio quelle linee guida, però, danno luogo a un irrinunciabile “sistema di garanzia” per i singoli magistrati delle Procure idoneo, anche solo indirettamente e per specifiche competenze non incidenti sulla conduzione degli affari penali, a consentire al CSM stesso di esaminare e vagliare le decisioni del procuratore sia pure per finalità ormai limitate (soprattutto in tema di conferma o meno, dopo il primo quadriennio, nelle funzioni dirigenziali). Insomma, se in una Procura della Repubblica vige un progetto organizzativo, discusso dall'ufficio (come sempre dovrebbe avvenire) e deliberato secondo l'iter ordinamentale, le regole che vi sono previste vincolano tutti a partire dal procuratore, pur considerando l'elasticità necessaria nella loro interpretazione, poiché non si discute in questi casi del giudice naturale precostituito per legge: ma è certo che l'elasticità non può essere confusa con l'arbitrio sicché, nel caso in cui il procuratore deroghi senza consenso degli interessati a una regola interna, ad esempio in tema di assegnazione e/o revoca di assegnazione degli affari penali, ciò dovrà intervenire con provvedimento motivato, sia per consentire le osservazioni dei sostituti, come prevede la legge, sia perché è da ritenersi impraticabile la possibilità di una “motivazione implicita”.

All'interno di questa cornice, quello della *revoca dell'assegnazione di un procedimento* è certamente il tema più delicato nei rapporti tra procuratore e sostituti, sicché, per meglio chiarire il pensiero di chi scrive, è bene ricorrere a specifici esempi: si provi a immaginare che il sostituto assegnatario di un procedimento ritenga immotivatamente di non doversi conformare, ad es. in tema di richieste o

meno di misure cautelari per certi reati, alle linee guida discusse e approvate in un ufficio di Procura o incorra in una macroscopica e inescusabile violazione di legge o in una ingiustificata inerzia nella trattazione del processo (e, nei fatti, ometta di porvi rimedio), che emetta provvedimenti clamorosamente abnormi o non intenda riconoscere la competenza di un diverso gruppo specializzato dell'ufficio: è chiaro che il *procuratore potrà revocare motivatamente l'assegnazione* per effetto delle prerogative riconosciutegli per legge in materia di misure cautelari (art. 3 d.lgs. 106/2006) o di definizione dei criteri generali da seguire per l'impostazione delle indagini in relazione a settori omogenei di procedimenti (art. 4, co. 2 stesso d.lgs.). Altrettanto potrà fare nei casi in cui si manifesti rifiuto di attuare un coordinamento delle indagini anche rispetto alle competenze della D.N.A. o di svolgere i necessari accertamenti nell'interesse dell'indagato o, ancora, in caso di insanabile dissenso tra magistrati coassegnatari del procedimento tale da rendere necessaria una scelta per superarlo. E molti altri esempi ancora sarebbero possibili poiché il lavoro del pm, parte pubblica nel processo, è molto più complesso di quanto si possa immaginare e non si presta sempre a schematizzazioni astratte.

Si provi a immaginare, invece, una situazione molto diversa e forse più rilevante per il tema qui in trattazione: il sostituto assegnatario, al termine delle indagini preliminari correttamente condotte, intende promuovere l'azione penale, mentre il procuratore non condivide tale conclusione. O viceversa. Può bastare, in assenza di errori o di mancato rispetto dei "principi e criteri definiti in via generale o con l'assegnazione", la semplice divergenza di opinioni,

cioè un contrasto sull'*an*, per giustificare la revoca dell'assegnazione stessa al sostituto? Va doverosamente ricordato che il CSM, il 21.9.2011, con una delibera approvata a maggioranza, sembra avere dato una risposta positiva a tale quesito, sia pure ancorandola a una serie di limiti e condizioni tali da attenuare il senso della decisione e, comunque, riservandosi *"di adottare una delibera di carattere generale che disciplini l'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero nella prospettiva ordinamentale"*. Il che non è ancora avvenuto. L'esistenza del potere del procuratore di revocare l'assegnazione per contrasto sull'*an* potrebbe, peraltro, essere ricondotta (non trattandosi di un caso di violazione di principi e criteri definiti dal procuratore stesso) al *"contrasto circa le modalità di esercizio"* dell'attività che precede il promovimento dell'azione penale. Ma ciò richiederebbe un'interpretazione estensiva di tale inciso, pure previsto dal co. 2 dell'art. 2 d. lgs. 106/2006.

C'è la necessità di contrastare una visione esasperatamente gerarchica dei poteri dei procuratori



Orbene è certamente necessaria un'ampia riflessione sul tema, accompagnata dallo studio delle prassi adottate nelle Procure italiane, ma secondo chi scrive la risposta al quesito, circa il potere del procuratore di revocare l'assegnazione per mero contrasto sull'*an*, non può che essere negativa, pur dovendosi dare per scontata la doverosità di ogni immaginabile e preliminare interlocuzione, allargata all'aggiunto competente, per pervenire a una soluzione condivisa. Sostenere, invece, che quel tipo di disaccordo possa giustificare la revoca dell'assegnazione non pare soluzione praticabile (neppure attraverso l'elaborazione di linee guida che, successive al contrasto, tendano *ex post* a una legittimazione della revoca) ove il procuratore voglia rispettare l'autonomia del sostituto e interpretare virtuosamente il proprio ruolo. E del resto, al di là della possibilità del sostituto di avanzare

motivata richiesta di esonero dalla trattazione dell'affare su cui si registra il contrasto, nel senso predetto depongono l'art. 70 co. 4 ordinamento giudiziario e l'art. 53 c.p.p. che fanno riferimento all'assoluta autonomia del pm che rappresenti la pubblica accusa in udienza. Infatti, per sostenere la possibilità di revoca dell'assegnazione durante la fase delle indagini per mero contrasto sull'*an*, si dovrebbe contemporaneamente affermare che l'autonomia del pm costituisce un principio a doppio regime o a "doppia velocità", valido solo in sede dibattimentale. Eppure proprio in udienza, attraverso le conclusioni della pubblica accusa, si manifesta con maggior impatto l'esigenza di identificazione di quelle conclusioni con le linee dell'ufficio, diretto dal procuratore. Perché mai allora il procuratore potrebbe imporre le sue scelte solo nella fase di indagine e non anche nella più rilevante fase pubblica dibattimentale?

Il nesso necessario tra le "due autonomie" (quella in fase di indagine e quella in udienza) è sostanzialmente affermato anche dal CSM nella sua risposta del 6 marzo 2013 al quesito proposto da alcuni sostituti procuratori in ordine alla necessità o meno di espressa designazione da parte del procuratore per la partecipazione di due o più pm a una medesima udienza dibattimentale. Il CSM ha infatti affermato *"la necessità che le disposizioni del procuratore siano adottate con modalità trasparenti, e comunque tali da escludere che con l'intervento in fase processuale di altro pm nel procedimento in origine assegnato solo ad altro sostituto si concretizzi in una interferenza con l'esercizio autonomo delle funzioni in udienza garantito (all'originario assegnatario, ndr) dalle norme sopra richiamate"*. Si è voluto evitare, in sostanza, che per quella via indiretta possano essere aggirate e ribaltate le



L'autonomia professionale resta caratteristica propria di ogni magistrato

conclusioni di chi ha diretto le indagini preliminari. Resta da dire, comunque, che anche al fine di evitare contrasti originati da possibili ingerenze del procuratore nella conduzione delle indagini, è auspicabile che il dirigente dell'ufficio, in via generale o con l'assegnazione del processo, definisca in modo trasparente e preciso i criteri di cui al co. 2 dell'art. 2 del d.lgs. 106/2006.

L'autonomia professionale, in ogni caso, resta caratteristica propria di ogni magistrato, non solo dei giudici, ai quali il presidente del Tribunale non potrebbe certo imporre di assolvere invece di condannare. E viceversa. Con il che si ribadisce la necessità di contrastare una visione esasperatamente gerarchica dei poteri dei procuratori.

Tale convinzione non è smentita neppure dalle prerogative del procuratore della Repubblica previste dall'art. 3 d.lgs. 106 del 2009, secondo cui occorre il suo assenso (o di un aggiunto o di un magistrato delegato) per disporre un fermo o richiedere misure cautelari personali (purché non attinenti le procedure di convalida di arresti e fermi effettuati dalla pg) e – salvo sua diversa indicazione – misure cautelari reali. Si tratta di previsioni di legge connesse alla particolare incidenza di tali misure rispetto

allo *status libertatis* dei cittadini o a loro diritti primari, tanto che non possono estendersi ad altri provvedimenti: il procuratore, ad es., non potrebbe disporre che anche le richieste di autorizzazione alle intercettazioni o alle relative proroghe siano condizionate al suo visto, mentre è ovvio che – nell'ambito dei suoi poteri organizzativi – possa dare indicazioni sulla necessità di utilizzare con attenzione tale strumento di indagine e di non dar corso a seriali richieste di proroghe in assenza di reali ragioni che le legittimino.

Tutto ciò, come già si è detto, non significa affatto rinuncia all'esercizio dei poteri che la legge riconosce al procuratore in materia di organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, compresi quelli ex art. 4 d. l.vo 106/2006: anzi, questo è un settore in cui è possibile parlare di necessità assoluta di esercizio di una "gerarchia positiva", quella che si realizza anche nella determinazione dei criteri generali ai quali i magistrati addetti all'ufficio

devono attenersi *nell'impiego della polizia giudiziaria e delle risorse finanziarie e tecnologiche*.

Con la polizia giudiziaria, in particolare, va preventivamente – e non acriticamente – discusso l'uso delle risorse tecnologiche assegnate, ad es. per attività di intercettazione di conversazioni (con le ovvie ricadute sull'utilizzazione delle risorse finanziarie delle quali l'ufficio può disporre). Tutto al fine di assicurare l'efficienza dell'attività dell'ufficio. Del resto, il ruolo di direzione della pg che la Costituzione e la legge procedurale attribuiscono al pm nei confronti degli appartenenti alle sezioni e ai servizi di polizia giudiziaria deve dar vita a una prassi di interscambio virtuoso di conoscenze ed esperienze, all'elaborazione comune di strategie investigative, al rispetto delle esigenze di coordinamento investigativo nell'ottica non delle "brillanti operazioni di polizia", ma dell'acquisizione di prove solide da portare al vaglio dei giudici. Di qui le indicazioni che alla pg il procuratore deve impartire, ad esempio, circa la necessità di redigere informative contenenti gli elementi di fatto essenziali per le determinazioni del pm, evitando parti valutative degli elementi

di fatto accertati (che competono al pm) ed eseguendo di iniziativa – per accorciare i tempi dell'indagine – gli accertamenti che appaiono *ictu oculi* necessari.

È il processo in contraddittorio, infatti, l'unico sbocco dell'investigazione, ed è solo la sentenza del giudice che ne attesta la qualità. Ed è al giudice, inoltre, che la legge attribuisce il più incisivo controllo sull'esercizio dell'azione penale, anche attraverso la sollecitazione a promuoverla, rivolta al pm inadempiente.

Sempre nell'ambito della discussione sulla gerarchia organizzativa e sul tema dei rapporti con i componenti l'ufficio, può collocarsi un altro delicatissimo tema concernente *i poteri del procuratore, quello della selezione delle priorità nella trattazione dei fascicoli negli uffici dei pm*. Negli ultimi anni, la selezione dei criteri di priorità è stata spesso giustificata con la crisi del principio di obbligatorietà dell'azione penale e con l'impossibilità materiale degli organi giudicanti di trattare tutti i procedimenti per i quali il pm promuove l'azione penale a causa di sovraccarichi di lavoro, carenze di organico (di magistrati e personale amministrativo) e strutturali

ormai assolutamente insopportabili. Senonché, l'obbligatorietà dell'azione penale è un principio da difendere con le unghie e con i denti perché garantisce l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge: ci si deve rendere conto che l'obbligatorietà è il malato da aiutare a guarire, non la malattia da cancellare! Dunque, pur se il tema merita ben altro approfondimento, il procuratore della Repubblica non può, in assenza di un sistema di tipizzazione delle priorità legislativamente predeterminato, elaborare criteri di priorità nella trattazione dei reati che non tengano conto della loro gravità e importanza, come graduate innanzitutto dalla entità delle pene edittali e che al contrario si ispirino alla scelta (variamente paludata) di non trattare procedimenti per reati che egli ritenga destinati in tempi medio-brevi alla prescrizione, spesso senza considerare aspettative e diritti delle parti offese. Non a caso, in data 9 luglio 2014, il Consiglio Superiore della Magistratura ha adottato una delibera in cui si afferma, da un lato, che, per quel che attiene all'individuazione dei criteri di priorità da parte degli uffici requirenti, i dirigenti delle Procure della Repubblica devono innanzitutto tenere conto dei criteri adottati dai corrispondenti uffici giudicanti e, dall'altro, l'impossibilità di considerare il "rischio-prescrizione" quale criterio preminente rispetto agli altri possibili criteri di individuazione delle priorità. E per i dirigenti degli uffici giudicanti, nella delibera del 10 luglio 2014, il CSM ha specificato che, in tema di criteri di priorità nella trattazione degli affari penali, *"non potranno essere adottati provvedimenti che comportino un accantonamento di procedimenti per farne conseguire gli effetti estintivi per prescrizione"*.

L'orientamento appena espresso, del resto, sembra rafforzato dalla recente approvazione da parte del Consiglio dei Ministri del decreto legislativo recante *"Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto"*, conseguente a quanto previsto dalla legge delega 28 aprile 2014 n. 67 (art. 1, co.1, lett. m): quando il provvedimento entrerà in vigore, le Procure disporranno di un più corretto strumento di deflazione dei propri carichi di lavoro,

che produrrà effetti positivi anche su quelli degli organi giudicanti penali.

Anche il ruolo di rappresentanza esterna dell'Ufficio attribuito al procuratore potrebbe essere ritenuto espressione del suo potere gerarchico: trova riconoscimento nella disciplina dei *"Rapporti con gli organi di informazione"* (art. 5 d.l.vo 106/2006), secondo cui il dirigente dell'ufficio mantiene personalmente, ovvero tramite un magistrato appositamente delegato, i rapporti con gli organi di informazione. Una previsione opportuna che, specie se rafforzata dall'utilizzo prevalente della prassi dei comunicati stampa, ed escludendo riferimenti ai magistrati assegnatari dei procedimenti cui la notizia si riferisce, serve a prevenire enfasi informativa. Siamo di fronte, quindi, a previsione riguardante l'esercizio di un potere virtuoso del procuratore, sicuramente da condividere e che deve mirare anche a fornire all'esterno l'immagine di un ufficio sobrio, compatto ed efficiente.

In conclusione, va precisato che quanto sin qui

affermato è frutto della lettura organica del sistema ordinamentale in relazione a quello costituzionale, della sua storia nell'età repubblicana, dell'esperienza da molti magistrati (tra cui chi scrive) maturata negli uffici del pubblico ministero: tutto ciò impone di non rassegnarsi a interpretazioni mortificanti (nient'affatto dovute) del sistema vigente.

Il livello di efficienza di una Procura della Repubblica, infatti, non si fonda sul *quantum* di potere di chi la dirige, né sulla declamazione delle *best practices* (magari riassunte in ammaliati avvisi affissi sulle porte degli uffici) o sui pur apprezzabili e talvolta utili "bilanci di responsabilità sociale" diffusi in occasione delle inaugurazioni degli anni giudiziari: occorre piuttosto dar vita a un "buon governo" organizzativo che, nei fatti e attraverso l'effettivo sviluppo di sinergie positive interne, conduca, nel rispetto delle regole del giusto processo, al "corretto, puntuale ed uniforme" esercizio dell'azione penale.

Tutte le componenti della Procura, dunque, devono procedere con reciproco rispetto, unite e senza enfasi, insieme progettando, costruendo e facendosi poi carico della "manutenzione" dell'impianto comune: ce lo impone anche il diluvio di leggi, convenzioni e sentenze che ci piovono addosso intensamente e che ormai ci impongono di guardare con attenzione al di là dei nostri confini.

**L'OBBLIGATORIETÀ
DELL'AZIONE PENALE È UN
PRINCIPIO DA DIFENDERE
CON LE UNGHIE E CON I
DENTI PERCHÉ GARANTISCE
L'EGUAGLIANZA DEI CITTADINI
DI FRONTE ALLA LEGGE**





PENALE

RIFORMA DELLA PRESCRIZIONE IN UNA SISTEMATICA REVISIONE DEL “NUOVO” PROCESSO PENALE

La prescrizione non è una causa di estinzione del reato come tutte le altre.

Basti pensare che la prescrizione è sentita, sia dagli operatori del diritto che da tutti i cittadini, talora come “giusta” e fisiologica, talora come profondamente “ingiusta”, in funzione di numerose variabili. Recenti e clamorose vicende giudiziarie hanno riaperto ancora una volta i riflettori su questo istituto, inducendo il Governo ad annunciare immediati interventi normativi in materia.

Materia che però, a differenza di altre contenute nel codice Rocco, risulta oggetto di una recente rivisitazione, risalente a meno di dieci anni fa, senza che ciò abbia evitato successive ricorrenti polemiche. Proprio per questo, nel corso degli ultimi anni, più commissioni ministeriali sono state istituite per elaborare un progetto di riforma della prescrizione senza che, purtroppo, ne sia mai derivato un deciso impulso a tradurre i risultati dei lavori in provvedimenti normativi.

La verità è che la prescrizione del reato è istituto noto a tutti gli ordinamenti giuridici ma che, nella sua declinazione italiana, costituisce un unicum.

Invero il confronto con altri paesi europei – ai quali tanto spesso ci si richiama quando la volontà politica di intervento normativo in un determinato settore è forte – evidenzia come l'Italia sia l'unica nazione in cui il termine di prescrizione continua a correre anche in pendenza del processo, nonostante lo Stato, con l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, abbia mostrato l'inequivoca volontà di perseguire penalmente l'autore di un reato. Un decorso che prosegue, peraltro, sino a quando non si giunga alla definizione del procedimento con sentenza irrevocabile.

Ma l'unicità del sistema italiano è data anche dal contesto di norme processuali e di scelte di politica giudiziaria in cui l'istituto della prescrizione va ad operare. Un sistema penale caratterizzato dall'elevatissimo numero di procedimenti, determinato sia dal ricorso alla sanzione penale ogni volta che il sistema non riesca ad approntare efficaci forme (civilistiche o amministrative) di tutela dell'interesse leso o del soggetto danneggiato dalla condotta antiggiuridica, sia dalla diffusione di tipologie di reato e di forme di criminalità organizzata presenti nel nostro paese in misura enormemente superiore a quella di altre nazioni europee.

Un sistema, pertanto, ingolfato sia da migliaia di “processetti”, sia da centinaia di processi estremamente complessi per numero di imputati e reati contestati. Un sistema dove il ricorso ai riti alternativi è drammaticamente inferiore alla percentuale che era stata pronosticata al momento dell'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura.

Un panorama nel quale il reiterato ricorso alla legislazione “clemenziale” rappresenta per gli operatori del settore (e anche per gli imputati...) una delle poche certezze da riporre nel futuro.

Un processo penale caratterizzato, altresì, dal divieto di reformatio in peius, tale da rendere l'impugnazione di qualunque sentenza, anche la più incontestabile, un sostanziale dovere del difensore. Un ambito, quindi, nel quale la durata del processo, spesso, può giocare a favore dell'imputato colpevole, anche quando non si verifichi l'eventualità più auspicata (dopo l'assoluzione), ossia l'estinzione del reato per prescrizione.

Questo spiega, ad esempio, la scelta, a prima vista incomprensibile, del rito ordinario da parte di imputati detenuti, in processi dove, all'esito di una faticosa e lunga istruzione dibattimentale, viene integralmente confermata l'ipotesi accusatoria, sulla base di un patrimonio probatorio sostanzialmente identico a quello a disposizione delle parti all'udienza preliminare.

In questo articolato panorama si inserisce il “fenomeno” italiano della prescrizione dei reati: una vera e propria falcidia non solo per le fattispecie contravvenzionali, ma persino per molti delitti, sia ad offensività, per così dire, “monosoggettiva” (si pensi a percosse, lesioni, ingiuria, minacce, piccole truffe contrattuali), sia incidenti su beni di più ampio interesse (quali i reati contro la P.A., le truffe ai danni dello Stato, le truffe c.d. “collettive o seriali”, i reati fiscali e tributari).

Paradossalmente, sia che la prescrizione colpisca reati inerenti vicende di grande clamore e interesse collettivo, sia che incida su reati con una singola persona offesa e di nessuna rilevanza mediatica, l'effetto sulla percezione dell'efficacia del sistema giustizia da parte del cittadino è identico. Essa accresce la sfiducia nell'amministrazione della giustizia e aumenta il senso di cronica impunità intorno a determinate categorie di reati.

E ciò ancor di più quando la "morte per prescrizione" sopraggiunge dopo un lungo e laborioso iter processuale, sviluppatosi in più gradi di giudizio, eventualmente dopo annullamenti con rinvio successivi all'esperimento dei mezzi di impugnazione. A volte è il clamore suscitato da una singola sentenza a indurre la politica a parlare di urgenza di procedere alla riforma delle norme in tema di prescrizione. Spesso con la prospettazione di soluzioni, come l'aumento delle pene massime edittali, e il conseguente innalzamento del termine di prescrizione, puramente emergenziali e prive di qualunque approccio sistematico. Proposte a cui, non di rado, fa da contraltare la voce di chi ammonisce che la riforma non può essere forzata dai guai prodotti da qualche "giudice lumaca".

In più occasioni l'ANM, anche in seno al gruppo di studio istituito dal Ministro della giustizia Severino nel novembre 2012, ha ribadito l'assoluta necessità di collegare la riforma della prescrizione a modifiche "di sistema", che realizzino le precondizioni necessarie a ridurre l'incidenza del fenomeno e, quindi, il forte carattere patologico assunto nella realtà giudiziaria italiana.

Occorrono, cioè, processi celebrati a breve distanza di tempo dal fatto e, soprattutto, processi più rapidi.

In particolare, si è sottolineata la necessità di un approccio che includa interventi sul regime di deducibilità delle nullità e una pragmatica rilettura dei principi di oralità e immediatezza alla luce di quanto si osserva nella quotidianità delle aule giudiziarie (si pensi all'estensione del campo d'azione dell'art. 190 bis c.p.p., di recente richiamata proprio per il reato di corruzione, in relazione alla vuota liturgia della rinnovazione degli atti in caso di mutamento del

magistrato). Improcrastinabile è anche una revisione critica del sistema delle impugnazioni, troppo spesso asservite a una finalità puramente dilatoria.

Con specifico riferimento alle norme sulla prescrizione, l'ANM ha sempre indicato quale soluzione regina la cessazione del decorso del termine in coincidenza con l'esercizio dell'azione penale, passaggio processuale che evidenzia inequivocabilmente l'interesse dello Stato a perseguire un determinato reato.

Proposta che, però, per quanto più intrinsecamente coerente con il principio giuridico a base dell'istituto della prescrizione del reato, suscita forti opposizioni – invero comprensibili in assenza di una riforma strutturale – per il pericolo che il sistema si vada a "tarare" nel senso di consumare quasi integralmente il termine di prescrizione sino alla data di esercizio dell'azione penale, facendo poi procedere lentamente il processo nella fase del giudizio, per il venire meno della forza propulsiva derivante dal pericolo di prescrizione.

In linea subordinata, l'ANM ha espresso parere favorevole a un sistema che preveda, perlomeno, dei periodi di "congelamento" del termine di prescrizione, sia durante il processo di appello che di Cassazione. Strumento che, per quanto "ibrido", costituisce almeno una presa d'atto del drammatico congestionamento delle Corti d'appello e della difficile situazione della Suprema Corte e che realizzerebbe, ove attuato, una funzione dissuasiva rispetto a impugnazioni supportate esclusivamente dalla speranza di ottenere la prescrizione del reato.

In conclusione, una riforma della prescrizione che non sia affiancata da una sistematica revisione del "nuovo" processo penale – ormai venticinquenne – rischia di essere comunque fonte di ulteriori e imprevedibili scompensi. Si tratta di una riforma che deve andare di pari passo con una ragionata depenalizzazione di numerosi illeciti, per i quali, tuttavia, debbono essere individuate sanzioni amministrative di reale applicabilità o efficaci meccanismi di tutela riparatoria della persona offesa.

Al tempo stesso, occorre un ragionamento sereno e approfondito sul modo in cui attribuire realmente al giudice il ruolo di giusto dominus dei tempi del procedimento e del processo, a fronte di una prassi in cui il pubblico ministero sembra governare unilateralmente i tempi delle indagini preliminari e la difesa i tempi del giudizio. Invero, in assenza di un potere di approfondito sindacato da parte del giudice circa la reale necessità di determinati mezzi di prova, specie testimoniale, e in mancanza di una sanzione di decadenza dalla prova nel caso di citazione negligente dei testi o di materiale impossibilità di reperirli, la durata del dibattimento rischia di essere – come spesso è – governata dalla parte che ritenga di poter trarre maggiori benefici dal rendere più lontana possibile la definizione del giudizio. E, analoghe considerazioni, debbono farsi sulla mancanza di strumenti che consentano al giudice un efficace controllo sulla durata delle indagini preliminari e sulle eventuali inerzie del pubblico ministero.

Altamente critica, sempre in tale prospettiva, è poi tutta la materia delle impugnazioni, sempre più lontane, come dimostrano le statistiche sul numero delle sentenze di riforma, dall'essere strumento per introdurre una seria istanza di rivalutazione di fatto e/o di diritto, e sempre più utilizzate per dilatare i tempi necessari a giungere a una sentenza irrevocabile.

In assenza di un intervento di tal fatta, e che purtroppo non appare assolutamente vicino, l'istituto della prescrizione rischia di continuare a essere ancora per molto tempo una "forma di smaltimento" non dichiarata del carico della giustizia penale e, al tempo stesso, il parafulmine sul quale si riversano tutte le negatività prodotte dal sistema processuale.

Michele Ciambellini
Comitato di redazione
Componente del CDC dell'ANM

SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLA RIFORMA DELLA PRESCRIZIONE

Francesco Viganò

Professore ordinario di diritto penale
Università degli Studi di Milano

1. La vigente disciplina della prescrizione costituisce una peculiarità tutta italiana, probabilmente senza corrispondenti in alcun ordinamento straniero.

La *ratio* dell'istituto è da sempre, e ovunque, identificata nell'*oblio* che cade sul reato commesso, una volta decorso un lasso di tempo determinato in genere in funzione della gravità del reato (più il reato è lieve e più rapidamente cade l'oblio, e viceversa: tanto che i reati più gravi, come l'omicidio doloso aggravato, sono imprescrittibili). Tuttavia, la condizione essenziale perché sul fatto di reato cada l'oblio è che lo Stato non abbia nel frattempo mostrato interesse alla sua persecuzione, *rimanendo inattivo*. Coerentemente, alcuni ordinamenti (ad esempio quelli di matrice anglosassone) bloccano il corso della prescrizione nel momento dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero; altri (come quello francese o spagnolo) attribuiscono agli atti più significativi del pubblico ministero e della giurisdizione l'effetto di interrompere la prescrizione, e di farla ricominciare da capo, con la conseguenza di rendere praticamente imprescrittibile il reato una volta che la macchina della giustizia si sia messa in moto; altri ancora, come quello tedesco, prevedono – accanto a un sistema di atti interruttivi legati ad attività della giurisdizione – che la prescrizione si blocchi definitivamente con la sentenza di primo grado.

La normativa italiana vigente prevede invece che la prescrizione *continui a decorrere* non solo durante la fase delle indagini del pubblico ministero, ma anche quando sia in corso il processo e, addirittura, si sia già pervenuti a un accertamento in primo grado, *sino a che il processo si sia concluso con una sentenza definitiva* (normalmente pronunciata dalla Cassazione in esito al terzo grado di giudizio, quando non sia stato necessario un ulteriore giudizio di rinvio).

Il sistema italiano, invero, prevede anch'esso che la prescrizione si interrompa, e ricominci a decorrere da capo, in corrispondenza dei più significativi atti del pm o del giudice; ma – a differenza di tutti gli

altri ordinamenti, e in conseguenza delle modifiche apportate dalla legge ex Cirielli del 2005 – prevede altresì che, in caso di atti interruttivi, i termini base di prescrizione non possano essere aumentati oltre la misura di un quarto. Dal momento che il termine base di prescrizione per la maggior parte dei delitti di bassa o media gravità (compresi, ad es., il furto aggravato o la corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio) è pari a sei anni, ciò significa che – nonostante il tempestivo svolgimento di indagini e poi di un processo, magari già sfociati in una, o addirittura due condanne consecutive – quel furto o quella corruzione comunque si prescriveranno, se entro sette anni e mezzo dalla loro commissione la Cassazione non sarà arrivata in tempo a chiudere definitivamente il processo. E ciò anche nell'ipotesi in cui nessuna inerzia o ritardo possano essere rimproverati ai pubblici ministeri (i quali potrebbero aver avuto notizia della corruzione, ad es., cinque anni e mezzo dopo la sua commissione, e aver immediatamente fatto partire le indagini), né ai giudici di primo, di secondo e di terzo grado.

Il risultato è che, oggi, varie decine di migliaia di processi si concludono anticipatamente in secondo o in terzo grado di giudizio per effetto della prescrizione, impedendo così che la condanna a carico di imputati già ritenuti colpevoli dai giudici di primo grado possa divenire definitiva. L'imputato viene così irragionevolmente proscioltto; tutte le prove raccolte vengono disperse; e la macchina giudiziaria ha lavorato a vuoto; e le giuste aspettative di giustizia delle vittime restano drammaticamente senza tutela. Con un ulteriore, e non trascurabile, pregiudizio per la credibilità del sistema penale nel suo complesso.

Inoltre, la prospettiva della conquista

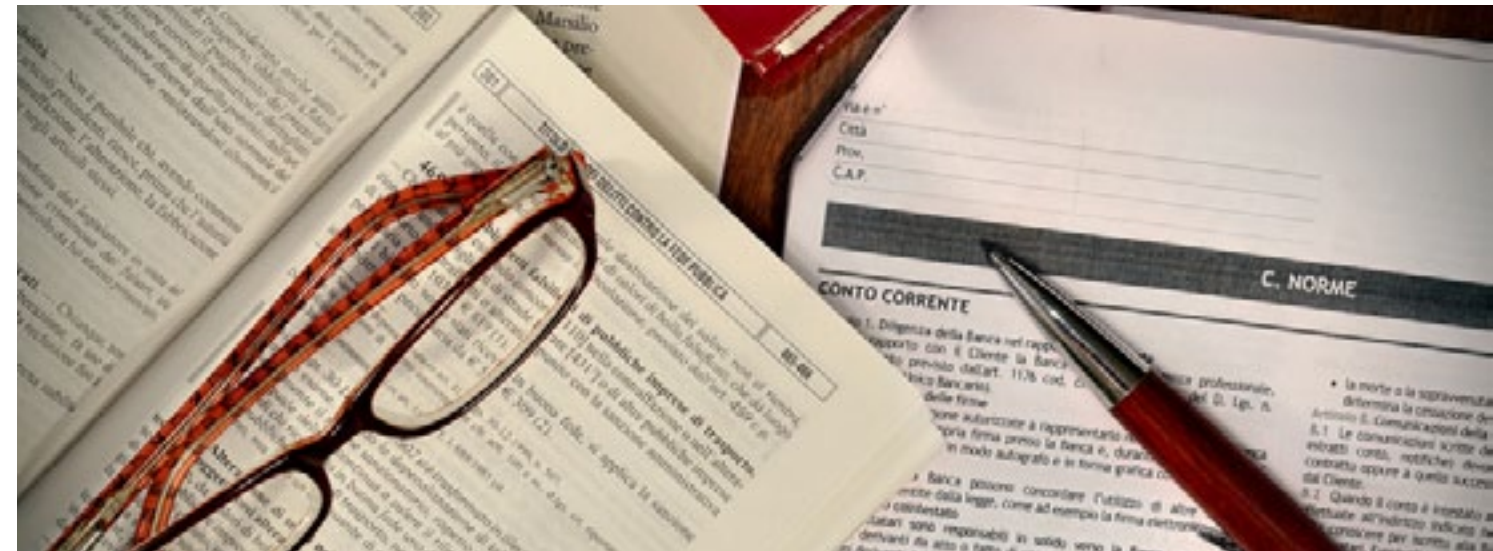
della prescrizione durante il processo incentiva strategie difensive dilatorie, che ingolfano inutilmente la macchina della giustizia italiana, già di suo in affanno: gli imputati non patteggiano o non chiedono il giudizio abbreviato anche in caso di evidente colpevolezza, e tendono a proporre impugnazioni infondate al solo scopo di far maturare il tempo necessario per ottenere la prescrizione.

Una riforma dell'istituto è, allora, urgente. Ce la chiedono tra l'altro anche le istituzioni europee e internazionali, preoccupate ad esempio della sistematica impunità che ne deriva in materia di corruzione, settore in cui la gran parte dei processi si conclude, appunto, con la dichiarazione di prescrizione dell'imputato.

2. Il problema non è dunque se riformare la prescrizione, ma piuttosto *come* riformarla. La diagnosi è chiara; assai meno lo è la terapia. Il primo e fondamentale nodo da affrontare, in ordine logico, è a mio avviso quello del *dies ad quem*: ossia del termine nel quale la prescrizione cessa definitivamente di decorrere, non essendo affatto scontato che esso debba necessariamente coincidere con la pronuncia della sentenza definitiva.

Una soluzione radicale, che io stesso ho proposto in un contributo pubblicato qualche tempo fa (F. Viganò, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in Dir. pen. cont. – Riv. trim., n. 3/2013, p. 18 ss.) potrebbe essere quella di far cessare definitivamente il corso della prescrizione al momento dell'esercizio dell'azione penale. La logica di una simile soluzione riposa sull'assunto che, in quel momento, vengano meno le "ragioni dell'oblio" sulle quali si fonda

Una riforma della prescrizione è urgente. Ce la chiedono anche le istituzioni europee e internazionali, preoccupate della sistematica impunità che ne deriva in materia di corruzione



tradizionalmente la prescrizione del reato: con l'esercizio dell'azione penale, lo Stato rende palese che, nonostante il tempo più o meno lungo trascorso dalla commissione del reato, sussistono ancora le ragioni retributive, ovvero general- e specialpreventive, che giustificano la persecuzione penale e la successiva punizione del responsabile. Da questo momento in poi, il processo deve avere tutto il tempo necessario per pervenire all'accertamento del reato e all'eventuale condanna dell'imputato, salva l'esigenza – che non ha però nulla più a che fare con il tempo dell'oblio – che i tempi del processo non siano irragionevolmente dilatati, in violazione del diritto fondamentale dell'imputato alla ragionevole durata del processo medesimo: problema, quest'ultimo, su cui ritornerò brevemente prima di concludere. Una soluzione meno dirompente, mutuata dal codice penale tedesco e che ben si presta a convogliare consensi proprio

per la sua natura in certo senso compromissoria, potrebbe essere invece quella di fissare il *dies ad quem* della prescrizione nella *sentenza di primo grado* (di condanna o di assoluzione che sia). Una tale soluzione potrebbe far leva sulla non spregevole considerazione che una seconda e concorrente *ratio* tradizionalmente riconosciuta alla prescrizione è quella legata all'accrescersi delle difficoltà di prova con il passare del tempo dalla commissione del reato: una *ratio*, questa, che cessa di operare – appunto – con la conclusione del giudizio di primo grado, nel quale normalmente si esaurisce l'attività di assunzione delle prove.

Una soluzione ancor più cauta – e anch'essa dichiaratamente compromissoria – è quella cristallizzata nella proposta di riforma elaborata dalla Commissione Fiorella, nominata alla fine del 2012 dall'allora Ministro della giustizia Severino, e della quale io stesso ho fatto parte.

Una soluzione radicale potrebbe essere quella di far cessare definitivamente il corso della prescrizione al momento dell'esercizio dell'azione penale



Tale proposta continua a fissare il *dies ad quem* della prescrizione nel momento della sentenza definitiva, ma prevede una *duplice sospensione del corso della prescrizione*: per due anni dopo la sentenza di condanna di primo grado, e per un anno dopo la sentenza di condanna di secondo grado. L'idea di fondo è che l'avvenuto accertamento della commissione del reato da parte dei giudici di merito costituisca una significativa verifica della fondatezza dell'ipotesi accusatoria e giustifichi – ferma restando la presunzione di innocenza – la concessione di un tempo supplementare alla

giurisdizione per riesaminare la correttezza della sentenza di condanna; tempo supplementare che la Commissione ha per l'appunto ritenuto prudentemente di quantificare in due anni per il giudizio di appello conseguente alla condanna di primo grado, e di un anno per il giudizio di Cassazione. Cessato il periodo di sospensione, l'orologio della prescrizione riprenderà il proprio corso partendo dal punto in cui si era fermato: consentendo così alle giurisdizioni di appello e di Cassazione di utilizzare eventualmente anche quella parte del termine massimo di prescrizione, calcolato ai sensi

dell'art. 161 c.p., che non era stato ancora consumato nel corso dei precedenti gradi di giudizio.

3. Una volta sciolto questo nodo preliminare, occorrerà ancora interrogarsi sulla congruità dei termini attualmente previsti dall'art. 157 c.p., e dello stesso meccanismo di quantificazione del termine massimo complessivo in caso di eventi interruttivi, fissato dall'art. 161 c.p. L'esito di questa valutazione potrà essere assai diverso secondo il modello che si intenderà adottare sulla questione del *dies ad quem*, giacché – come è evidente – più si anticipa tale *dies ad quem*, meno sarà avvertita l'esigenza di allungare gli attuali termini di prescrizione.

Ai fini di una ricalibrazione di tali termini, l'idea di fondo dovrebbe essere che i termini base di cui all'art. 157 c.p. segnano il tempo limite di emersione della *notitia criminis*, decorso il quale sul fatto commesso debba calare il manto dell'oblio. Il meccanismo di cui all'art. 161 c.p. dovrebbe, invece,

incaricarsi di assegnare alla giurisdizione – *in primis* agli stessi organi dell'accusa – il tempo sufficiente per compiere le indagini, ed eventualmente per giudicare, nell'ipotesi in cui il *dies ad quem* venga fatto coincidere con la sentenza di primo grado.

Comunque si decida di operare sul fronte dell'art. 157 c.p. (mantenendo il sistema attuale, ad es., ovvero ritornando alla logica “per fasce” caratteristica dell'impianto originario del codice Rocco), una modifica del meccanismo di fissazione del tetto massimo in caso di eventi interruttivi di cui all'art. 161 appare senz'altro raccomandabile, specie laddove si ritenesse di fissare il *dies ad quem* della prescrizione in un momento successivo all'esercizio dell'azione penale: l'aumento di un solo quarto rispetto ai termini base ex art. 161 c.p. rischia, infatti, di essere insufficiente a garantire alla pubblica accusa il tempo di svolgere le indagini e ai giudici di svolgere accertamenti processuali rispetto a *notitiae criminis* emerse in prossimità della scadenza del termine di prescrizione.

In ogni caso, dovrà essere eliminata la previsione, nello stesso art. 161, di aumenti differenziati secondo lo *status* soggettivo (di recidivo o di delinquente abituale, professionale o per tendenza), introdotti dalla legge ex Cirielli: una differenziazione del tutto sprovvista di ragionevolezza, come da sempre osservato in dottrina.

4. Risolti i due profili di cui si è detto (fissazione del *dies ad quem*; eventuale ricalibrazione dei termini ex art. 157 ed entità dell'aumento in caso di atti interruttivi ex art. 161), la strada verso la riforma sarebbe spianata, e l'attenzione potrebbe concentrarsi su profili magari importanti, ma assai meno problematici per il legislatore: ad es., l'individuazione di nuove cause di sospensione (ad es. la rogatoria, previa magari fissazione di un tetto massimo di sospensione come nel progetto Fiorella) ovvero di interruzione (con riferimento, in particolare, all'interrogatorio da parte della pg su delega del pubblico ministero).

Opportuna apparirebbe, altresì, una disciplina derogatoria del *dies a quo* – da collocare in un

apposito secondo comma dell'art. 158 c.p. – in materia di abusi sessuali o di violenze contro persone minorenni all'epoca dei fatti, in cui è raccomandabile che la prescrizione non decorra sino a un momento (che potrebbe essere fissato al raggiungimento della maggiore età, o quanto meno al compimento del quattordicesimo anno come nel progetto Fiorella) in cui il minore abbia presumibilmente acquistato l'autonomia personale necessaria per denunciare il fatto.

5. Qualunque pensabile riforma che abbia l'effetto di “sterilizzare”, totalmente o parzialmente, i termini di prescrizione durante il processo, dovrebbe infine farsi carico seriamente della necessità di offrire una tutela effettiva al diritto dell'imputato a una definizione in temi ragionevoli della propria vicenda processuale, ai sensi non solo dell'art. 111 Cost., ma anche dell'art. 6 § 1 CEDU. In mancanza di qualche meccanismo compensativo, infatti, la riforma della prescrizione rischierebbe di produrre un'esplosione del contenzioso Pinto, e/o una valanga di ricorsi alla Corte europea, in relazione alle più che prevedibili difficoltà della nostra giurisdizione penale – e in particolare delle Corti d'appello – a decidere in tempi ragionevoli i processi.

**IN MANCANZA DI QUALCHE
MECCANISMO COMPENSATIVO
LA RIFORMA DELLA
PRESCRIZIONE RISCHIEREBBE
DI PRODURRE UN'ESPLOSIONE
DEL CONTENZIOSO PINTO
E/O UNA VALANGA DI RICORSI
ALLA CORTE EUROPEA**

Qualunque riforma che abbia l'effetto di “sterilizzare” i termini di prescrizione durante il processo dovrebbe farsi carico della necessità di offrire una tutela effettiva al diritto dell'imputato a una definizione in tempi ragionevoli della propria vicenda processuale

Una prima possibile soluzione, da tempo sostenuta in dottrina, consiste nella previsione di una prescrizione “del processo”, strutturata attorno a termini di fase analoghi a quelli previsti in materia di durata massima della custodia cautelare. Tali termini dovrebbero essere commisurati, peraltro, non alla ideale durata “ragionevole” di ogni singola fase processuale, ma a una durata *manifestamente irragionevole*, il cui superamento renda senz’altro ingiusta la protrazione del processo.

Anche laddove si adottassero simili termini di fase, resterebbe comunque il problema di assicurare un adeguato ristoro all'imputato vittima di ritardi processuali che, pur non raggiungendo ancora i limiti che rendano intollerabile la stessa protrazione del processo, concretino tuttavia una violazione del suo diritto ex art. 6 CEDU. Un tale rimedio – secondo un modello già ampiamente sperimentato in altri paesi europei, a cominciare dalla Germania e dalla Spagna – potrebbe essere rappresentato da una *riduzione della pena* proporzionale all’entità del ritardo subito, secondo la logica per cui la stessa pendenza del processo per un lasso di tempo irragionevolmente lungo costituisce una sorta di presofferto rispetto alla pena, che è logico debba essere alla fine scontato dalla pena da eseguire.

Un simile meccanismo compensatorio è del resto ormai noto all’ordinamento giuridico italiano, essendo stato introdotto dal d.l. 67/2014, convertito in legge n. 117/2014 in chiave di ristoro delle violazioni dell’art. 3 CEDU subite da detenuti e internati. E avrebbe il non trascurabile vantaggio, in tempi di crisi economica, di far risparmiare denaro all’erario, dal momento che la compensazione in termini di sconto di pena sarebbe sostitutiva, quanto meno per l'imputato condannato, dell’indennizzo pecuniario che dovrebbe comunque essere assicurato a quel condannato in base alla legge Pinto.

Dal punto di vista tecnico, tale obiettivo potrebbe essere raggiunto attribuendo i relativi poteri di rideterminazione della pena al *giudice dell'esecuzione*, su istanza del condannato.

Il giudice sarebbe così chiamato a valutare egli stesso, in esito all’esame del fascicolo processuale, se e in che misura si siano effettivamente verificati nella definizione della vicenda processuale ritardi imputabili all’apparato statale (e non, ovviamente, al pur legittimo spiegarsi di attività difensive da parte dell’imputato) in violazione del diritto dell’imputato alla ragionevole durata del processo, sulla base dei criteri sviluppati dalla Corte EDU nella propria giurisprudenza in materia; e a determinare quindi – sulla base di coefficienti fissati dalla legge – quale parte della pena determinata dal giudice della cognizione sia da considerare ineseguibile, in chiave appunto di ristoro del diritto violato.



CONSIDERAZIONI SPARSE SULLA PRESCRIZIONE DEI REATI

Carlo Citterio

Componente del CDC dell'ANM

1. La prescrizione del reato è un istituto del diritto penale sostanziale.

Tradizionalmente è spiegata con il venir meno dell'interesse dello Stato alla pretesa punitiva nei confronti dell'autore di un determinato reato, come conseguenza del trascorrere del tempo. Da un lato viene appunto a mancare l'interesse dello Stato per la punizione, dall'altro sorge il "diritto all'oblio" per chi quella punizione formalmente dovrebbe subire.

La relazione è quindi tra momento di commissione del reato e attualità dell'interesse punitivo.

Dal punto di vista sistematico, allora, la prescrizione per sé non ha alcunché a vedere con le tematiche processuali e, più in generale, con la "giurisdizione". Quando l'art. 111, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge costituzionale n. 2/1999, prevede che la legge assicuri la ragionevole durata del processo, ha riguardo alla (sola) disciplina della giurisdizione.

Che prescrizione del reato e ragionevole durata del processo siano ambiti

diversi lo ricorda specificamente, tra le altre, *Cass. Sez. 6, sent. n. 39284/2013*.

Affrontando la questione se dovesse o meno trovare applicazione la norma del codice di autoregolamentazione che, nel caso di astensione dalle udienze, prevede la trattazione se la prescrizione maturi, per i giudizi in Cassazione, nei successivi 90 giorni, quando in realtà la consolidata interpretazione giurisprudenziale afferma che il rinvio dell'udienza, e del processo, per l'astensione del difensore "sterilizza" comunque il decorso della prescrizione per tutto il tempo di durata del rinvio (*Sez. 5, sent. 18071/2010*), sicché quell'eccezione poteva non trovare più spiegazione congrua, la Corte Suprema risponde positivamente. Spiega che «*"Ragionevole durata del processo"* e *"termine massimo di prescrizione del reato per cui si procede"* sono locuzioni che esprimono valori giuridici diversi, la prima avendo riguardo in particolare al tempo considerato congruo per giungere a sentenza definitiva, così 'chiudendo' (definendo) la pendenza e le sue articolate implicazioni sulla vita dei singoli interessati (imputati, persone offese, soggetti danneggiati) e sulla società intera, la seconda individuando il tempo oltre il quale viene meno l'interesse dello Stato alla punizione del singolo reato. Trova pertanto perfetta razionalità e sistematicità una disciplina, come quella richiamata, che in definitiva sceglie di non esercitare un diritto collettivo pur astrattamente in ipotesi invocabile, quando tale esercizio dilaterrebbe ulteriormente i tempi del processo (giunto ormai, a seguito dell'interferenza della disciplina sostanziale della prescrizione, alla sua conclusione), ma per ragioni non afferenti i diritti di difesa concretamente rilevanti nello specifico procedimento».

La prescrizione del reato va quindi posta in relazione alla volontà dello Stato di procedere o meno per un determinato reato, perseguendone l'autore (presunto tale fino alla sentenza definitiva: ma, disciplina l'art. 161 c.p., «la sospensione e l'interruzione della prescrizione hanno effetto per tutti coloro che hanno commesso il fatto», sicché l'eventuale "allungamento" dei tempi di prescrizione

opera anche nei confronti di chi dovesse essere individuato come responsabile anche in un momento successivo, a seguito di assoluzioni per estraneità di altri).

La ragionevole durata del processo riguarda invece i tempi della giurisdizione, dal momento in cui la volontà di procedere/perseguire è stata manifestata dallo Stato, attraverso i suoi organi competenti, al momento della decisione definitiva.

All'evidenza, pertanto, si tratta di due istituti/ambiti del tutto differenti.

Non solo. Ma quando si tenta di individuare il concreto contenuto del concetto di ragionevole durata del processo, introdotto nell'art. 111 Cost., e in particolare di quantificare i tempi (dell'intero iter fino alla sentenza definitiva, delle singole fasi), occorrerebbe aver chiaro che del tutto ingiustificata è l'ulteriore sovrapposizione e confusione tra la previsione costituzionale della ragionevole durata del processo e la quantificazione operata dalla giurisprudenza europea e, di conseguenza, dalla nostra legge nazionale n. 89/2001 e successive modifiche (c.d. Pinto). Per l'assorbente ragione (sempre ignorata, anche strumentalmente, da chi alla giurisprudenza europea e alla legge Pinto fa esclusivo, e comodo, riferimento) che i parametri considerati dai giudici europei sono quelli medi dei diversi sistemi europei, nessuno dei quali prevede tre gradi di giurisdizione attivabili a discrezionale volontà dell'interessato, senza nessuna conseguenza negativa rispetto alla prima decisione, e mentre la prescrizione del reato continua a decorrere.

Attribuire alla prescrizione (istituto sostanziale) funzioni (anche) di regolamentazione della durata del processo è allora scorretto, sul piano sistematico. Del resto, basterebbe riflettere su come sia all'evidenza irrazionale attribuire alla discrezionalità del singolo interessato (come in effetti oggi avviene, mancando alcuna "sterilizzazione del tempo del processo" al fine della prescrizione del reato) la possibilità di posticipare i tempi di trattazione del procedimento fino al momento in cui maturi il suo diritto all'oblio ovvero in cui egli "sia divenuto

Attribuire alla prescrizione anche funzioni di regolamentazione della durata del processo è scorretto sul piano sistematico

persona diversa” da quella che commise il fatto per il quale si sta procedendo.
Va in proposito ben colta l’assurdità logico-sistematica del contesto normativo attuale, rispetto ai presupposti che giustificano l’istituto della prescrizione: dal momento in cui viene esercitata l’azione penale (manifestazione per eccellenza della pretesa punitiva dello Stato), il continuo decorso della prescrizione (nell’ambito del tetto massimo del quarto oltre il tempo corrispondente al massimo della pena, tetto massimo che “strozza” e cancella le possibili ulteriori cause di interruzione) fa sì che

il legittimo pieno esercizio dei propri diritti di difesa concorra a raggiungere il traguardo dell’ “oblio” e del “mutamento” di persona che costituiscono le ragioni giustificatrici della rinuncia dello Stato a perseguire. Un cortocircuito logico-sistematico di solare evidenza.
Così si ottiene infatti il davvero singolare risultato che il reato si prescrive, nonostante lo Stato abbia manifestato e stia manifestando proprio la volontà contraria: quella di perseguire quel reato e quel soggetto, alle cui discrezionali (e legittime) iniziative può invece conseguire la paralisi e la vanificazione della volontà punitiva dello Stato, pur espressamente e inequivocamente manifestata!
In altre parole, la prescrizione del reato viene a operare non perché lo Stato non ha più interesse alla punizione, ma perché la volontà punitiva dello Stato viene paralizzata dal trascorrere del tempo, cui concorre anche l’esercizio dei legittimi diritti di difesa del soggetto nei cui confronti lo Stato agisce: ma questo nulla ha a che vedere con le “ragioni” sottese all’istituto della prescrizione sostanziale quale causa di estinzione del reato; anzi, le nega clamorosamente.
Davvero una singolare sovrapposizione e interferenza di plurimi aspetti (prescrizione come rinuncia spontanea dello Stato alla punizione per un determinato reato a seguito del venir meno del relativo interesse; tempo ragionevole di trattazione del processo; esercizio dei diritti di difesa nel processo), la cui malgestita contaminazione tuttavia non dovrebbe, non deve, impedirne e pregiudicarne l’autonoma lettura.

2. Dal punto di vista sistematico, quindi, il venir meno definitivo dell’operare della prescrizione sostanziale del reato al momento dell’esercizio dell’azione penale sarebbe la soluzione più congrua all’inquadramento sistematico della prescrizione come causa di estinzione del reato disciplinata dal codice penale.
In ogni caso, tutto il tempo di durata del processo conseguente all’esercizio dell’azione penale per quel reato dovrebbe essere necessariamente “sterilizzato”.

Non solo, infatti, non vi è alcuna controindicazione sistematica alla sospensione della prescrizione del reato per tutto il tempo di trattazione del processo a partire dall’esercizio dell’azione penale ma, almeno la sospensione, appare soluzione necessitata perché unica coerente alla ragione propria dell’istituto. Con l’esercizio dell’azione penale lo Stato attraverso gli organi a ciò deputati manifesta la specifica volontà punitiva rispetto a un determinato reato. Se tale esercizio interviene utilmente prima del decorso dei termini di prescrizione previsti in via generale, solo un’eventuale ritrattazione/revoca dell’azione penale potrebbe comportare la prosecuzione dei termini residui di prescrizione. Comunque, la prescrizione non dovrebbe mai poter decorrere a processo in corso, posto che proprio la pendenza del processo attesta per sé l’attualità dell’intento “persecutorio” dello Stato.
La sospensione dovrebbe quindi operare per il solo fatto della pendenza del processo. Infatti, come osservato, è la pendenza in sé, quale esito del positivo esercizio dell’azione penale in atto, che risulta incompatibile con alcun venir meno di interesse da parte dello Stato: perché, semplicemente, attesta il contrario.
Sotto questo profilo deve ancora essere evidenziato come sul piano sistematico, se si ha riguardo alla ragione della prescrizione come istituto di diritto sostanziale, le soluzioni che privilegiano le sentenze intermedie di condanna quali uniche possibili

SETTORE PENALE

Prescrizione
Nessun intervento sulla legge ex Cirielli del 2005:
premiato chi cerca di far



DURARE IL PROCESSO IL PIÙ POSSIBILE

PENALIZZATE LE VITTIME

IN ITALIA
la prescrizione decorre durante il processo

FAR MORIRE I PROCESSI È LA RESA DELLO STATO AL CRIMINE

È UNA SCONFITTA PER TUTTI



cause dell'eventuale protrarsi della sospensione siano frutto di mera suggestione, che confonde piani diversi.

Innanzitutto, la “fondatezza” della pretesa punitiva non è un presupposto sistematico della valenza della pretesa punitiva ai fini “dell'oblio”, né al momento iniziale dell'esercizio dell'azione penale né durante il periodo in cui la parte pubblica (unico soggetto che nel nostro ordinamento è deputato a manifestare inizialmente tale volontà e a coltivarla successivamente) la coltiva efficacemente (anche con l'impugnazione delle decisioni provvisorie sfavorevoli). È utile sul punto richiamare la sentenza n. 15933 del 2012, con cui le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno spiegato perché anche la sentenza di assoluzione era strutturalmente idonea a determinare la “pendenza del grado d'appello” e, quindi, ostava all'applicazione retroattiva dei termini di prescrizione più favorevoli introdotti dalla c.d. legge Cirielli. Nella sua composizione più autorevole la Corte di Cassazione ha chiarito che quando si ha riguardo all'individuazione di un momento del procedimento, il suo specifico contingente contenuto sotto l'aspetto della fondatezza dell'accusa va considerato irrilevante. Del resto, si dovrebbe convenire che, per quanto attiene all'attualità e alla costanza della pretesa punitiva dello Stato, ciò che solo rileva è la sentenza conclusiva, quella che determina il giudicato, e non già l'esito delle singole tappe del percorso processuale, esito che, in presenza di un sistema che consente alla parte pubblica di contestare il risultato contingente sfavorevole (così riaffermando proprio, suo tramite e specificamente, la pretesa punitiva dello Stato), nulla ha a che vedere con la volontà di procedere.

In altre parole. Sotto il profilo della rispondenza dell'esito finale alla manifestata volontà punitiva dello Stato non c'è alcuna differenza tra la sentenza di condanna che intervenga dopo una successione di sentenze tutte di condanna e quella che segua invece temporanee decisioni di assoluzione. E allora, se il parametro è la volontà attuale dello Stato di non obliare affatto e di sanzionare l'autore

quale è al momento dell'esercizio dell'azione penale, una disciplina della sospensione/sterilizzazione di fasi processuali che desse rilievo determinante alle decisioni contingenti risulterebbe palesemente irrazionale (perché ciò che conta è solo la decisione finale), e, come tale, porrebbe serie questioni di legittimità costituzionale.

Sul punto, merita di essere segnalata un'altra davvero grave conseguenza delle prospettazioni che ancorano l'efficacia sospensiva al contenuto della decisione giurisdizionale non definitiva: attribuire alla decisione provvisoria di condanna o di assoluzione effetti immediati sulla prescrizione comporta il coinvolgimento del giudice nel concorrere a determinare o meno l'efficacia dell'attualità della volontà punitiva dello Stato. In altri termini, si coinvolge il giudice in una prospettiva che è tipica e propria solo della parte pubblica, con grave pregiudizio dell'indefettibile ruolo di terzietà (e con possibile turbamento delle ragioni della decisione).

Per quanto attiene all'attualità e alla costanza della pretesa punitiva dello Stato rileva solo la sentenza che determina il giudicato e non già l'esito delle singole tappe del percorso processuale



Quindi, una grave alterazione del ruolo del giudice rispetto alle parti e ai loro poteri, senza che, ancora una volta, alcuna esigenza sistematica lo giustifichi e, tantomeno, lo imponga.

3. Ogni approccio alla disciplina complessiva della prescrizione del reato deve necessariamente tenere in considerazione gli effetti patologici che l'attuale equilibrio normativo determina. Ad esempio, il fatto che la prescrizione continui a decorrere anche quando il processo è in corso, e specialmente nei casi in cui le fasi successive siano richieste, esercitando certo un proprio diritto, dall'interessato, e, ciò, senza alcun timore di mutamenti negativi (per il divieto di riforma in peggio: art. 597.3 c.p.p.), ha creato il fenomeno diffusissimo delle impugnazioni solo strumentali o dilatorie. In questi casi la decisione giurisdizionale viene attaccata non per la sua intrinseca obiettiva inadeguatezza, ma o per una generica aspettativa di sorte migliore o semplicemente per guadagnare tempo, allontanare il giudicato e con esso l'esecuzione della sentenza, contare – ecco il punto specifico – sul fatto che l'ingolfamento dei ruoli dei giudici delle impugnazioni possa portare alla “cancellazione” del reato proprio perché il corso senza fine della prescrizione consente di agguantarla.

La concreta disciplina della prescrizione, come istituto del diritto penale sostanziale (quanto a tempi, cause di sospensione e interruzione,

tetti insuperabili), diviene pertanto la ragione che orienta la specifica condotta processuale e le scelte contingenti di molte delle parti private, alterando pesantemente il funzionamento del sistema giudiziario e la sua efficacia (che, come ripetutamente ricorda la Corte costituzionale, è in sé valore e principio costituzionalmente tutelato). Si pensi solo all'impatto evidente che un'eventuale esclusione del decorso della prescrizione dopo l'esercizio dell'azione penale avrebbe sulla scelta tra l'accesso ai riti alternativi o al dibattimento, quando fosse chiaro a tutti, e certo per tutti, che comunque si arriverà a una decisione finale che sarà sul merito del processo e non in rito. Per questo, tra l'altro, è diffusa la convinzione di alcuni che con una disciplina siffatta il sistema nel medio periodo si autoregolerebbe, rendendo solo teorico il problema, obiettivo, della durata complessiva dei processi ove la prescrizione non decorresse più anche durante il procedimento.

Può essere utile, a titolo esemplificativo della situazione in atto di sofferenza grave, il richiamo al dato statistico certo e attuale (che si evince dagli allegati alla relazione inaugurale per l'anno giudiziario 2014 del primo presidente della Corte di Cassazione) del numero di ricorsi penali nel 2013 pervenuti alla Corte di Cassazione (52.834) e del numero di quelli in quel medesimo anno definiti dalla settima sezione (introdotta dalla legge 128 del

Una disciplina della sospensione/sterilizzazione di fasi processuali che desse rilievo determinante alle decisioni contingenti risulterebbe palesemente irrazionale



Una riforma intelligente e attenta agli aspetti sostanziali dell'istituto, che intervenga sull'operare della prescrizione, può contribuire a vanificare efficacemente le prassi solo dilatorie

2001 con la modifica all'art. 610 c.p.p.): si tratta dei ricorsi che già in fase di primo "spoglio" appaiono all'evidenza inammissibili e proposti al solo scopo di allontanare il tempo del giudicato e "tentare" la sorte della prescrizione: essi sono 22.216, sui complessivi 33.980 dichiarati inammissibili (comprendendo pure le pertinenti decisioni delle altre sezioni ordinarie). Invero, i numeri che precedono vanno apprezzati tenendo conto che i dati statistici si completano con l'indicazione, per il lavoro di tutta la Corte penale nell'anno 2013, di 108 magistrati in media impegnati in udienze penali e di 493 procedimenti eliminati in media a testa. Ancor più gravosa la situazione delle Corti d'appello, specialmente di medie e grandi dimensioni (che sono quelle più significative a indicare le difficoltà e il serio pericolo in atto di larga vanificazione della pretesa punitiva dello Stato, pur tempestivamente manifestata e coltivata).

Si tratta di situazione di fatto concreta, attuale e specifica, che conferma in modo eclatante come ogni valutazione astratta dei tempi "fisiologici" dei processi (in relazione a discipline di sospensione della prescrizione per tale tempo processuale fisiologico, individuato in relazione alla trattazione del singolo processo) non può che essere "inquinata", o appunto "apparente", se si continua a non intervenire sul contesto in cui il singolo processo si inserisce, permettendo di disincentivare le impugnazioni solo strumentali proprio all'ottenimento della prescrizione (che rimane sempre interesse di fatto e non giuridicamente tutelato in quanto tale dalla Costituzione) o comunque alla dilazione del giudicato per interessi contingenti di fatto dell'interessato (ciò, a fronte di istituti sistematici che si porrebbero invece, come visto, la preoccupazione di tutelare il diritto all'oblio e il minor impatto del trascorrere del tempo sull'evoluzione della persona).

Proprio l'attenzione all'impatto diffuso sulle prassi e sulla realtà della giurisdizione che la disciplina della prescrizione determina impone, altresì, di evidenziare che vi deve essere piena consapevolezza che il solo intervento sulla

disciplina della prescrizione per sé non può essere risolutivo. Certamente un intervento intelligente e attento agli aspetti sostanziali dell'istituto, che intervenga sull'operare della prescrizione, può contribuire a vanificare efficacemente le prassi solo dilatorie (che comportano appunto aumento esponenziale di pendenze in realtà fittizie, non governabili dal sistema). Ma il legislatore deve essere consapevole della stretta e insopprimibile ampia connessione che vi è tra le norme del sistema processuale e la prescrizione dei reati: nessuna riforma della disciplina della prescrizione potrà mai essere "autosufficiente" per eliminare le patologie che tale istituto determina attualmente nel concreto svolgimento della giurisdizione penale e nelle attese di giustizia dei cittadini.

Infatti, se contestualmente, o in brevissimi tempi successivi, non si interviene anche e in particolare sul regime delle impugnazioni, ogni punto di equilibrio (tra l'interesse della collettività e il diritto del singolo) perseguito con astratte, e pur intrinsecamente plausibili, valutazioni dei tempi di durata dei processi nei diversi gradi e nelle diverse fasi rischia di essere, in concreto, solo apparente.

Il punto è essenziale.

Sia permessa una digressione esplicativa, tratta dall'esperienza nel giudizio di Cassazione. Si deve avere ben presente che l'attuale rito processuale penale prevede, anche per tutti i ricorsi originariamente all'evidenza inammissibili (del cui "peso" sul lavoro della Corte Suprema si è prima dato conto; addirittura per i ricorsi *senza motivi*) che sia sempre fissata udienza (pur se non partecipata), con relativo avviso alla parte e termine di trenta giorni: le incombenze concrete di gestione di questi fascicoli e il tempo di scrittura dei relativi provvedimenti assorbe (inutilmente) enormi risorse di tempo, uomini, mezzi, con spreco di denaro pubblico e, in particolare e soprattutto, distrazione di risorse umane e materiali dalla più tempestiva e qualitativamente adeguata trattazione delle impugnazioni "serie". Basterebbero due norme: una che restituisca al giudice *a quo* la competenza a deliberare l'inammissibilità dell'impugnazione nei casi più eclatanti (ovviamente

prevedendo il passaggio in giudicato e la contestabilità del provvedimento solo con l'incidente di esecuzione: altrimenti, paradossalmente, si sarebbe solo introdotto un passaggio in più!); l'altra che permetta alla Corte di Cassazione di provvedere *de plano*, anziché previa fissazione di udienza sia pure non partecipata; ciò, quantomeno per talune tipologie di manifesta infondatezza/inadeguatezza/inconsistenza del ricorso. Al tempo stesso, una minima riflessione sulle peculiarità tecniche del giudizio di legittimità e, conseguentemente, dell'atto di ricorso per Cassazione, dovrebbe comportare inevitabilmente l'esclusione dell'attualmente prevista possibilità del ricorso personale (strumento con il quale o si aggira il divieto per gli avvocati non iscritti all'albo dei cassazionisti di occuparsi anche del giudizio di legittimità – ancorché a volte con esiti di obiettivo pregio –, o si dà ingresso a davvero estemporanei "ingressi" della persona dell'imputato e delle sue prospettazioni "complessive" incoerenti ai rigorosi limiti della funzione di legittimità, o si perseguono malcelati intenti di non conformità alle discipline fiscali).

NESSUNA RIFORMA DELLA DISCIPLINA DELLA PRESCRIZIONE POTRÀ MAI ESSERE AUTOSUFFICIENTE" PER ELIMINARE LE PATOLOGIE CHE TALE ISTITUTO DETERMINA NEL CONCRETO SVOLGIMENTO DELLA GIURISDIZIONE PENALE E NELLE ATTESE DI GIUSTIZIA DEI CITTADINI

4. Qualche spunto sui testi di modifica disponibili.

La bozza del disegno di legge governativo con data 29 agosto 2014 propone un intervento francamente minimale e di modesta utilità ai fini deflattivi, che si risolve nella sospensione della prescrizione per i soli casi di sentenze intermedie di condanna, con tempi di due anni per l'appello e un anno per il giudizio di Cassazione e gli eventuali giudizi di rinvio. La sospensione decorre dal deposito delle sentenze, aggiungendosi tuttavia il tempo dalla deliberazione del dispositivo alla redazione della motivazione in tutti i casi in cui questa non sia contestuale (previsione, questa, comunque positiva, perché in qualche modo ancora il principio generale alle peculiarità del caso concreto). I periodi di sospensione sono tuttavia comunque computati ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere nei casi di assoluzione intermedia o annullamento con invio sul punto della responsabilità.

Non vi è alcun intervento di rivisitazione dei termini ordinari di prescrizione (compressi dalla c.d. legge Cirielli in un contesto in cui l'intervento del legislatore apparve orientato a ragioni contingenti per lo più estranee a quelle solo tecnico-sistematiche, dalle conseguenze pesantissime sui processi pendenti).

né sono previste modifiche alla disciplina della prescrizione nel caso di reato continuato.

Va, in proposito, ovviamente confermata l'articolata critica sistematica, prima esposta, al rilievo dato alle sole sentenze di condanna e alla dissoluzione dell'effetto di sospensione nel caso di pronunce provvisoriamente favorevoli alla parte privata, nonostante l'impugnazione del pubblico ministero.

La proposta di legge 1174 (Colletti a altri) aumenta i tempi della prescrizione ordinaria, prevede che per il reato continuato il termine di prescrizione decorra dalla consumazione dell'ultimo reato del medesimo disegno criminoso, determina la sospensione del processo dal momento dell'assunzione della qualità di imputato ai sensi dell'art. 60 c.p.p. fino all'irrevocabilità della sentenza, anche di proscioglimento.

Questa proposta dichiaratamente mira a sterilizzare ogni condotta di tipo dilatorio, confida nell'autoregolazione del sistema e della condotta delle parti (a fronte del venir meno di ogni possibilità di mirare alla prescrizione dopo l'esercizio dell'azione penale quale soluzione alternativa all'affrontare il merito del processo), con il conseguente indirizzo verso i riti alternativi, come soluzione più favorevole, per le parti private che si trovino in condizioni di fatto dove la difesa nel merito è priva di ragionevoli prospettive positive.

La sterilizzazione del tempo del processo fino alla sentenza definitiva, a prescindere dal contenuto delle deliberazioni intermedie, certamente sul piano sistematico è particolarmente coerente con il collegamento dell'istituto della prescrizione alla mera volontà dello Stato di rinunciare alla pretesa punitiva, come argomentato nelle premesse.

La tendenziale indeterminatezza del tempo massimo per il processo appare affrontata con la "scommessa" (invero non palesemente avventata) che l'inutilità di ogni impugnazione solo strumentale restituisca le scelte delle parti alla fisiologia di un rapporto costi/benefici che abbia riguardo all'effettivo merito della contingente situazione processuale.

Merita poi piena condivisione l'intervento in tema di reato continuato, perché la scelta che ha



condotto all'attuale autonomia dei singoli reati (ai fini della decorrenza della prescrizione), oltre ad aver determinato rilevanti difficoltà operative (si pensi, ad esempio, al caso di alcune contestazioni in materia di sostanze stupefacenti nelle quali la tipologia delle prove rende tutt'altro che arbitraria la contestazione di una pluralità di azioni delittuose, tuttavia non immediatamente riconducibili a date e circostanze puntualmente descrivibili), in definitiva risulta sostanzialmente incoerente con il reale senso del favorevole istituto e con la configurazione stessa di un medesimo disegno criminoso che giunge a compimento solo con l'ultimo fatto/reto. Il progetto di legge 1528 (Mazziotti Di Celso e altri) recupera parte del lavoro della c.d. Commissione Fiorella (i cui lavori sono stati obiettivamente caratterizzati dai ristrettissimi tempi tra il momento dell'incarico e la cessazione di quell'Esecutivo). Anche questo progetto rivede i termini della prescrizione e prevede la sospensione del termine di prescrizione nei soli casi di sentenze intermedie di condanna (al dichiarato fine di consentire la conclusione delle successive fasi di impugnazione). Va richiamato sul punto il rilievo già svolto in ordine all'inopportunità dell'ancorare la prescrizione alla provvisoria sentenza di sola condanna.

La previsione di una prescrizione breve sollecitatoria dell'azione del pubblico ministero pare introdurre un elemento di forte e imprevedibile impatto, riconducibile alla c.d. prescrizione del processo, in qualche modo disarmonico rispetto alla natura sostanziale dell'istituto, tanto più considerando che essendosi nella fase iniziale del procedimento parrebbe potersi addirittura verificare il caso dell'operare di tale prescrizione breve quando ancora non sono decorsi i termini della prescrizione ordinaria: il che pare davvero esito asistemico, sotto il profilo della *ratio* della rinuncia alla pretesa punitiva dello Stato che fonda l'istituto sostanziale. Tale rigida previsione, pur spiegata con una comprensibile e anche condivisibile esigenza (sollecitare il pubblico ministero perché non "consumi" la maggior parte del complessivo tempo di prescrizione nella sua fase di indagine), tuttavia appare da un lato poco adeguata alle peculiarità molteplici degli andamenti delle indagini, dall'altro soluzione dai richiamati rischi paradossali, oltre che non l'unica efficace allo scopo (potendosi verificare l'adeguatezza di alternative soluzioni che responsabilizzino diversamente i procuratori della Repubblica e i singoli magistrati di tali uffici).



Va evidenziata la positiva attenzione alla necessità di un'attenta disciplina transitoria (cura che il legislatore troppe volte ha trascurato, contribuendo in maniera determinante a situazioni di grave incertezza, disparità di trattamento, vanificazione ingiustificata di precedente imponente attività della complessiva struttura giudiziaria).

La proposta di legge 2150 (Ferranti e altri) si caratterizza per l'intento di procedere innanzitutto a un'articolata analisi delle problematiche generali e della relazione tra i vari istituti.

La scelta sistematica della proposta pare essere quella della combinazione di una prescrizione "sostanziale" (che opera fino all'esercizio dell'azione penale) e (dopo tale momento) di una prescrizione "processuale" (vi è espresso richiamo nella relazione alle "finalità diverse" cui la prescrizione dovrebbe servire, in particolare, ancora, alla preoccupazione di evitare tempi irragionevolmente lunghi che conducano a condannare "persona diversa"). In concreto, dopo l'avvenuto esercizio dell'azione penale decorrerebbero termini massimi per il giudizio di primo grado, di diversa consistenza secondo il rito (a citazione diretta e speciali, monocratico, collegiale e assise), non modulati quindi in relazione alla gravità del contingente reato (aspetto positivo,

posto che, effettivamente, l'impegno processuale è proporzionale alle questioni probatorie e giuridiche del singolo caso e non necessariamente all'astratta gravità del titolo di reato).

La prescrizione non decorre più dopo la sentenza di primo grado: relazione (pag. 3 prima colonna) e testo (art. 160 quarto comma) non manifestano con chiarezza se l'effetto segue anche la deliberazione di assoluzione (così potrebbe parere dal riferimento nella prima parte del comma al fatto processuale della "pronuncia della sentenza di primo grado" e dalla previsione di un ristoro per l'assolto dopo tempo irragionevole; ma la seconda parte del comma prevede, invece, la ripresa del decorso della prescrizione interrotta per il caso dell'annullamento di sentenza di condanna, aspetto che andrebbe chiarito nei suoi rapporti con le sentenze di assoluzione).

La soluzione che questa proposta di legge indica per assicurare che l'imputato non soffra le conseguenze di una "durata intollerabile del processo" (che la relazione efficacemente spiega esser realtà e concetto del tutto diverso dalla "ragionevole durata" del processo stesso) è quella di prevedere uno sconto di pena, per l'imputato condannato, e un risarcimento, per l'assolto, quando la decisione intervenga dopo due anni (per l'appello) o un anno (per la Cassazione).

La soluzione non può non destare consistenti perplessità, proprio sul piano dell'adeguatezza allo scopo perseguito, di efficace e drastica riduzione delle impugnazioni strumentali.

Si impone infatti un rilievo che pare importante. Nel tentativo di rinvenire una soluzione di equilibrio tra l'irrelevanza della prescrizione dopo la prima sentenza e comunque l'assicurare tempi "non irragionevoli", in realtà si introduce un beneficio (la riduzione di pena fino a un terzo) che per sé è idoneo a costituire ragione più che sufficiente per mantenere azioni solo dilatorie, con il serio rischio di vanificare il perseguimento dello scopo dissuasivo che l'interruzione della prescrizione dopo la prima sentenza si propone. Tanto più se, come parrebbe dalla lettera del testo proposto, la riduzione del terzo per l'appello potrebbe poi sommarsi con un ulteriore terzo per il giudizio in Cassazione.

Ciò, specialmente, per il giudizio di appello, dove il termine generalizzato di due anni appare allo stato sostanzialmente utopistico (ma anche per la Cassazione se non si interviene sull'enorme ed esponenziale già commentata crescita dei ricorsi, il termine generalizzato di un anno non risulta significativo: e si è già evidenziato che il richiamo alla giurisprudenza CEDU è non pertinente).

Andrebbe allora quantomeno esplorata la possibilità di legare riduzione di pena e risarcimento al superamento del tempo complessivo (primo grado, appello, eventualmente Cassazione) che l'articolo 160 in concreto prevede per i diversi gradi. Solo una soluzione del genere darebbe razionalità al disegno, posto che la "evoluzione della persona" tra momento della consumazione del reato e momento della condanna non si verifica nel singolo grado ma, proprio, nel complessivo tempo del processo, dopo l'esercizio dell'azione penale.

Appare opportuno comunque evidenziare anche il rilievo che la previsione di una riduzione di pena "fino a un terzo" anche per il ritardo della sentenza di Cassazione imporrebbe, allo stato della legislazione, l'annullamento con rinvio della sentenza d'appello, posto che tale riduzione è configurata come discrezionale nella concreta quantificazione: apparirebbe pertanto indispensabile attribuire la relativa competenza alla stessa Corte di Cassazione (con specifica previsione inserita nell'art. 620 c.p.p.). Positiva, da ultimo, è l'attenzione data al compimento dei quattordici anni per la decorrenza del termine di prescrizione per reati ex art. 392.1-bis c.p.p., che questa e la precedente proposta di legge prevedono.

5. La conclusione deve muovere da alcune delle riflessioni iniziali.

Prescrizione del reato, come istituto del diritto penale sostanziale, e ragionevole durata del processo, come principio costituzionale della giurisdizione, sono realtà del tutto diverse. L'esercizio libero e discrezionale del diritto di difesa (e le scelte connesse) costituisce un ulteriore diverso ambito e tema.

Ogni attribuzione al regime della prescrizione sostanziale di finalità proprie dell'assicurazione della ragionevole durata del processo fa saltare le collocazioni sistematiche, invece chiare e nette. Così come per le sovrapposizioni tra disciplina della prescrizione ed esercizio dei diritti di difesa: dev'essere consolidato consapevole convincimento che sia la Costituzione che la giurisprudenza della Corte delle leggi e della CEDU escludono alcuna configurabilità di un "diritto" del singolo imputato alla prescrizione del reato (altro è il diritto all'applicazione di norme processuali che possano condurre alla prescrizione del reato per cui si procede: ma per questo si è prima evidenziato che l'intervento sulla prescrizione non è in sé panacea di ogni disfunzione determinata dalla strumentalizzazione dell'esercizio dei poteri processuali riconosciuti alla parte e deve essere accompagnato da un'intelligente ed equilibrata rivisitazione del sistema delle impugnazioni).

La restituzione all'istituto della prescrizione sostanziale della natura che le è propria può aprire, nel breve periodo almeno, un problema obiettivo di individuazione del termine di durata massima del processo, che la collettività è disposta ad accettare.

Ma tale problema certamente troverebbe, nel medio e lungo periodo, soluzione fisiologica nella prassi giudiziaria, ove si intervenga, insieme ed efficacemente, sulla disciplina della prescrizione e sulla razionalizzazione dei riti e dei diversi gradi di giudizio.

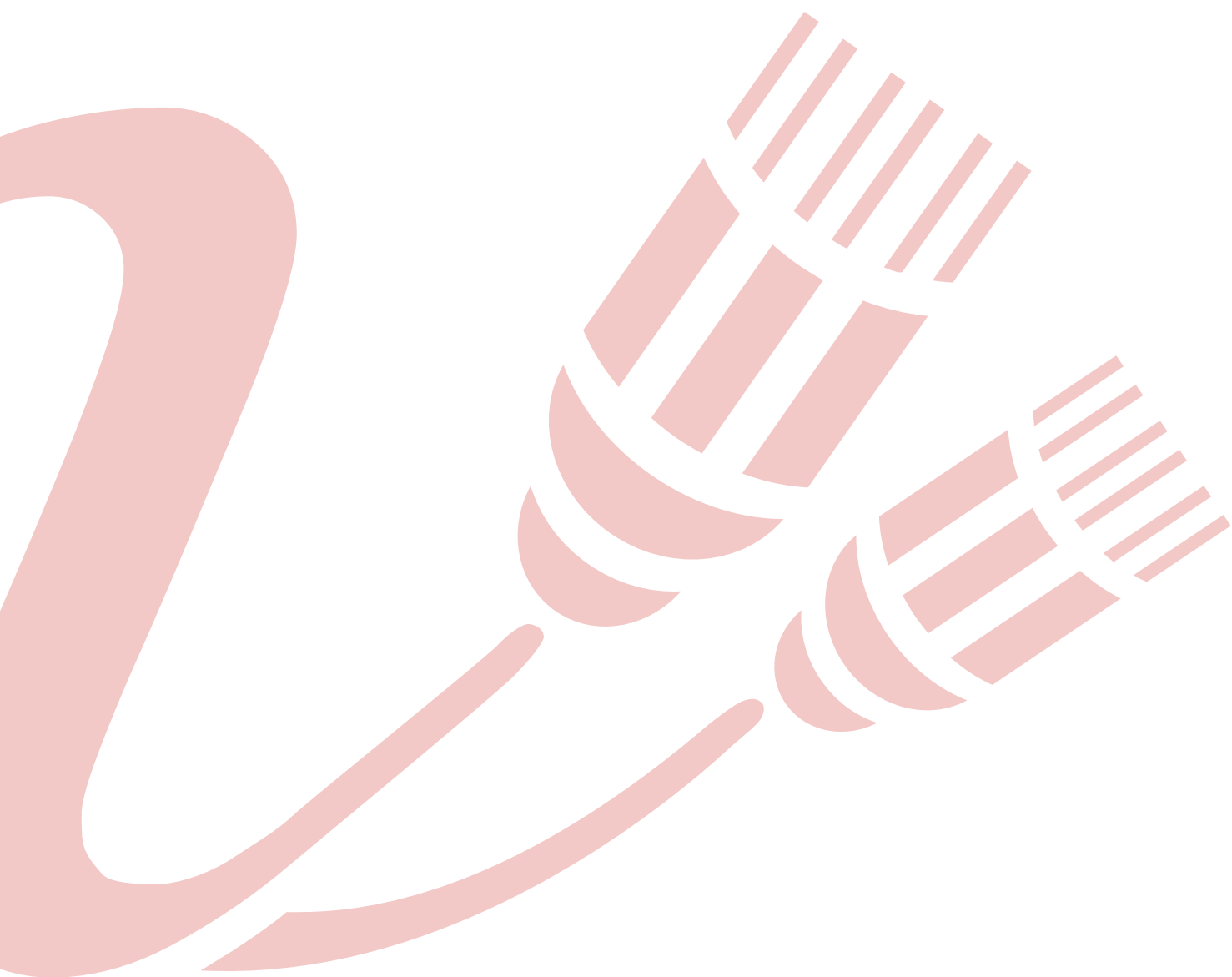
La fisiologica autoregolamentazione del sistema è possibile, con discipline diverse che rendano chiaro per tutti che la fuga dal processo e

l'interdizione volta ad ottenere la decisione in rito non pagano più, che per ogni processo interverrà una decisione sul merito, che quindi le scelte difensive debbono tornare a convergere solo sull'individuazione e sull'apprezzamento della migliore soluzione "nel merito" per sé, rispetto a una determinata imputazione.

In tale nuovo contesto, sarebbero sufficienti interventi di organizzazione (come l'indicazione, in sede di Governo autonomo o di legislazione, dei criteri di fissazione che assicurino la trattazione e la definizione di tutti i processi pendenti nei diversi gradi secondo criteri uniformi) o sul terreno (tuttavia sempre impervio quando entri in contatto con la dimensione quantitativa del carico di lavoro di ufficio e individuale) disciplinare, fermo comunque restando l'autonomo rilievo di applicazione della legge Pinto, in ogni sua ricaduta.

Prescrizione del reato, come istituto del diritto penale sostanziale, e ragionevole durata del processo, come principio costituzionale della giurisdizione, sono realtà del tutto diverse





CIVILE

GLI INTERVENTI DI RIFORMA NEL QUADRO DELL'EFFICIENZA DEL SISTEMA GIUDIZIARIO



Gli approfondimenti dedicati al diritto civile proseguono su temi di grandissima attualità: le riforme del processo civile, la modifica della legge sulla responsabilità civile e le ferie giudiziarie.

Apparentemente si tratta di tematiche differenti tra loro, tuttavia il tentativo di accomunarle nell'organicità di un'unica linea riformatrice ben evidenzia come la volontà del legislatore non sia quella di porre rimedio alle numerose inefficienze del sistema giudiziario italiano, ma quella di esibire una riforma organica, così tanto reclamizzata, la quale va a incidere oltre misura sullo status del magistrato.

L'impatto mediatico è tanto più evidente ove si faccia perno sui difetti, sulle anomalie e sulle inefficienze del sistema giustizia, onerandone la magistratura del relativo peso sino a farne una categoria che ha sempre più urgenza di regole disciplinari da assicurare alla cittadinanza comprensibilmente insoddisfatta della prestazione.

Un magistrato più responsabile e con meno possibilità di svagarsi è certamente più consono al decoro istituzionale e così diventa persino impossibile tentare la difesa della categoria.

L'operazione, guardata con gli occhi dei tantissimi magistrati che lavorano a pieno ritmo e che negli anni hanno accettato di colmare le inefficienze con l'innalzamento di quella (purtroppo) invisibile asticella che misura il senso del dovere, ha avuto il sapore di una sconfitta dal retrogusto amaro e forte.

La disponibilità a colmare i vuoti dell'amministrazione pubblica si è rivelata così un boomerang ad elevato impatto, almeno pari all'impegno portato avanti, negli anni, dalla magistratura (silenziosa) per colmare le inefficienze di sistema.

L'operazione intrapresa si è rivelata ancora più efficace mediaticamente dal momento che l'inefficienza della giustizia incide, senza possibilità di smentita, sul prodotto interno lordo, provoca un evidente rallentamento dell'economia, genera situazioni di ingiustizia sociale perdurante e non più sanabile.

Le riforme e i mali della giustizia, in modo tanto semplicistico quanto inadeguato, sono stati tutti incentrati sul binomio responsabilità civile - riduzione delle ferie come se tutte le inefficienze originassero dallo svago (o presunto tale) dei magistrati durante il periodo della pausa estiva o dallo scarso senso di responsabilità dei medesimi nell'amministrare giustizia. Persino la cosiddetta "degiurisdizionalizzazione", parola tanto difficile quanto impronunciabile, è stata pensata come a una sorta di allontanamento della giustizia dello Stato (sotto forma di negoziazione assistita e "translatio" quale anomalo passaggio dal pubblico al privato), ipotizzando che la classe forense saprà meglio regolare le liti pendenti, sino a definirle in tempi rapidissimi.

Quanto alla riforma sulla responsabilità civile, è evidente che il dibattito, a monte, è stato animato da plurime correnti di pensiero che hanno sollecitato, oltre ad una funzione compensativa e di ristoro del danno, anche una funzione di tipo preventivo-punitivo volta a conformare l'agire del magistrato, quasi a voler attribuire alla legge sulla responsabilità civile un ruolo che esula dal suo reale ambito, sino a conferirle una capacità di immediata reazione a fronte dell'operato della magistratura.

L'approccio al tema però non può essere basato sulla veemenza delle argomentazioni ma richiede pacatezza e senso di responsabilità anche mediante uno studio accurato della giurisprudenza; solo tale approccio avrebbe consentito di valutare appieno l'impianto processuale della legge e gli esiti del filtro preventivo di ammissibilità (cfr. art. 5 l. 117/88), del quale si prevede l'abolizione.

Dalla lettura dei decreti emessi sul territorio nazionale, a voler approfondire tecnicamente, il legislatore avrebbe rilevato che le azioni intraprese sottendono la pretestuosità delle doglianze e, nella gran parte dei casi, si tratta di azioni intentate dalla parte scontenta dell'esito del giudizio, con il fine di intraprendere nuove strade risarcitorie o di recuperare in altro modo gli esiti di un giudizio non favorevole.

Il dato che conferma tale circostanza è quello relativo a un numero elevato di azioni intraprese senza nemmeno attendere il normale esito dei giudizi di impugnazione. La raccolta e l'analisi di numerosi decreti ex art. 5 legge 117/1988, condotta da chi scrive, sull'intero territorio nazionale, ha consentito di appurare che i giudici hanno correttamente impostato e definito l'istituto del filtro e, parimenti, le domande di responsabilità civile (per la

maggior parte) si sono rivelate prive dei requisiti minimi di ammissibilità previsti dalla legge.

In conclusione, non si può fare a meno di tracciare qualche linea di riflessione sul cammino delle riforme: il legislatore ha inteso porre vero rimedio alle inefficienze?

La strada sinora intrapresa appare di facile spendibilità nell'era della comunicazione mediatica e procede sul solco dei luoghi comuni, sempre più popolati da giudici malaccorti e fannulloni.

Noi che negli anni abbiamo posto, sempre più in alto, l'(invisibile) asticella del senso del dovere proviamo ora ad azzardare un'impossibile difesa tecnica certamente meno spendibile nell'era della comunicazione mediatica: l'argomentazione seria e pacata delle nostre ragioni nella speranza che il dialogo, e ancor prima l'ascolto, siano sempre fonte di crescita e di evoluzione per la società civile.

Mi piace ricordare l'intervento svolto da Andrea Camilleri in occasione dell'incontro di studio, riservato ai giovani magistrati, dal titolo: "La magistratura nel cinema, nella letteratura e nei mezzi di comunicazione", dove il celebre scrittore parla del suo racconto "La Revisione", dedicato alla figura di un presidente di Corte di assise in pensione, che continua a interrogarsi con questo angosciante dilemma: «Sono riuscito sempre a far sì che i miei personali malumori, le mie idiosincrasie, le questioni casalinghe, i dolori, le scarse felicità non macchiassero la pagina bianca sulla quale stavo per formulare una sentenza?».

«E quale che sia la conclusione del mio racconto», conclude l'autore, «esso vuole essere un omaggio a chi si è assunto il peso e la responsabilità d'essere un giudice».

Ben presto si comprenderà che non basteranno più i luoghi comuni – affollati in ogni tempo da giudici malaccorti e fannulloni – a creare un sistema giudiziario più efficiente e moderno spendibile nel contesto sociale.

Luisa De Renzis

Comitato di redazione

Componente del CDC dell'ANM

IL TRIBUNALE PER LA PERSONA, I MINORENNI E LE RELAZIONI FAMILIARI UNA RIFORMA NECESSARIA PER UNA DEMOCRAZIA EVOLUTA

Donatella Donati

Giudice del Tribunale per i minorenni di Bologna



Da tempo si discute della necessità di un Tribunale che abbia competenza esclusiva e unitaria in materia di tutela dei diritti dei minori e di questioni che riguardano le persone e le “relazioni familiari”, nella accezione sempre più ampia che tale concetto ha assunto fino ad arrivare a comprendere ogni “legame di intimità”, così come i mutamenti sociali richiedono e l’evoluzione della giurisprudenza suggerisce.

Non vi è dubbio che l’esigenza di “unificazione delle competenze” (oggi frammentate tra Tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni) e la necessità di “uniformità di riti” e di “garanzie processuali omogenee” volte a evitare sovrapposizioni e contrasti decisionali e incertezze nella tutela dei diritti, siano divenute sempre più pressanti, nonostante l’entrata in vigore della legge 219/2012. La nuova normativa, sotto il profilo sostanziale, ha raggiunto lo scopo dichiarato di parificare la

condizione dei figli nati fuori dal matrimonio a quella dei figli nati all’interno di esso, ma, dal punto di vista processuale, ha decisamente mancato l’obiettivo. La agognata “concentrazione delle tutele” non è stata realizzata ed anzi le incertezze interpretative, le prassi disomogenee sul territorio nazionale, i “passaggi delle carte processuali” dai giudici minorili ai giudici ordinari (e viceversa) e le attese dei tempi necessari a statuire sulle domande delle parti rischiano di compromettere la tutela dei diritti dei minori e dei loro familiari.

Il ragionevole trasferimento della competenza delle cause ex art. 317 *bis* c.c. ai Tribunali ordinari, voluto dalla norma, effettuato in assenza di uniformità di riti, di alcuna considerazione sull’aumento dei ruoli dei giudici ordinari e sulla necessità di rivisitazione delle disomogeneità dei carichi nei diversi Tribunali per i minorenni, è stata un’occasione perduta per migliorare la qualità della risposta giudiziaria e l’efficienza del sistema.

Permane, dunque, l’esigenza di una riforma che consenta di unificare le competenze oggi distribuite tra Tribunale per i minorenni, giudice ordinario e giudice tutelare così da evitare inutili duplicazioni di giudizi, rischi di contrasti interpretativi e tempi processuali inaccettabili; una riforma che sappia condurre a una maggiore razionalizzazione delle risorse, creare una forte specializzazione degli operatori in materia di diritto dei minori e della famiglia e migliorare l’efficacia della risposta di giustizia in detta materia.

Le linee del cambiamento non possono derogare ad alcuni “principi fondamentali” per la tutela dei diritti dei minori, dettati in ambito nazionale e internazionale, che hanno guidato l’esercizio della giurisdizione nella lunga esperienza dei Tribunali per i minorenni; essi devono informare le scelte organizzative/ordinamentali dell’istituendo Tribunale per la persona, i minorenni e le relazioni familiari.

Le “Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa su una giustizia a misura di minore” adottate il 17 novembre 2010, che si fondano sui principi dettati dalle fonti internazionali

e sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, suggeriscono agli Stati membri di «garantire l’effettiva attuazione del diritto dei minori affinché il loro interesse superiore sia posto davanti a ogni altra considerazione in tutte le questioni che li coinvolgono o li riguardano» e affermano che nel valutare l’interesse superiore dei minori coinvolti o interessati «dovrebbe essere adottato un approccio globale da parte di tutte le autorità competenti, in modo da tenere in debita considerazione tutti gli interessi in gioco tra cui il benessere psico-fisico nonché gli interessi legali, sociali ed economici del minore».

In campo minorile emerge in maniera evidente la necessità di una visione complessiva e unitaria delle problematiche (legali, personali, familiari, sociali) dei giovani: il disagio personale e/o sociale del minore può unirsi a condotte illecite e l’accertamento della responsabilità penale non è mai slegato dalle valutazioni di recupero del minore e dalla necessità di prevedere interventi rieducativi adeguati.



Si impongono analisi e valutazioni che richiedono competenze specialistiche di diverse professionalità, capaci di leggere i fattori sociali ed educativi di influenza sul caso di specie, di formulare prognosi e avanzare proposte sul recupero del minore e sul suo migliore inserimento sociale.

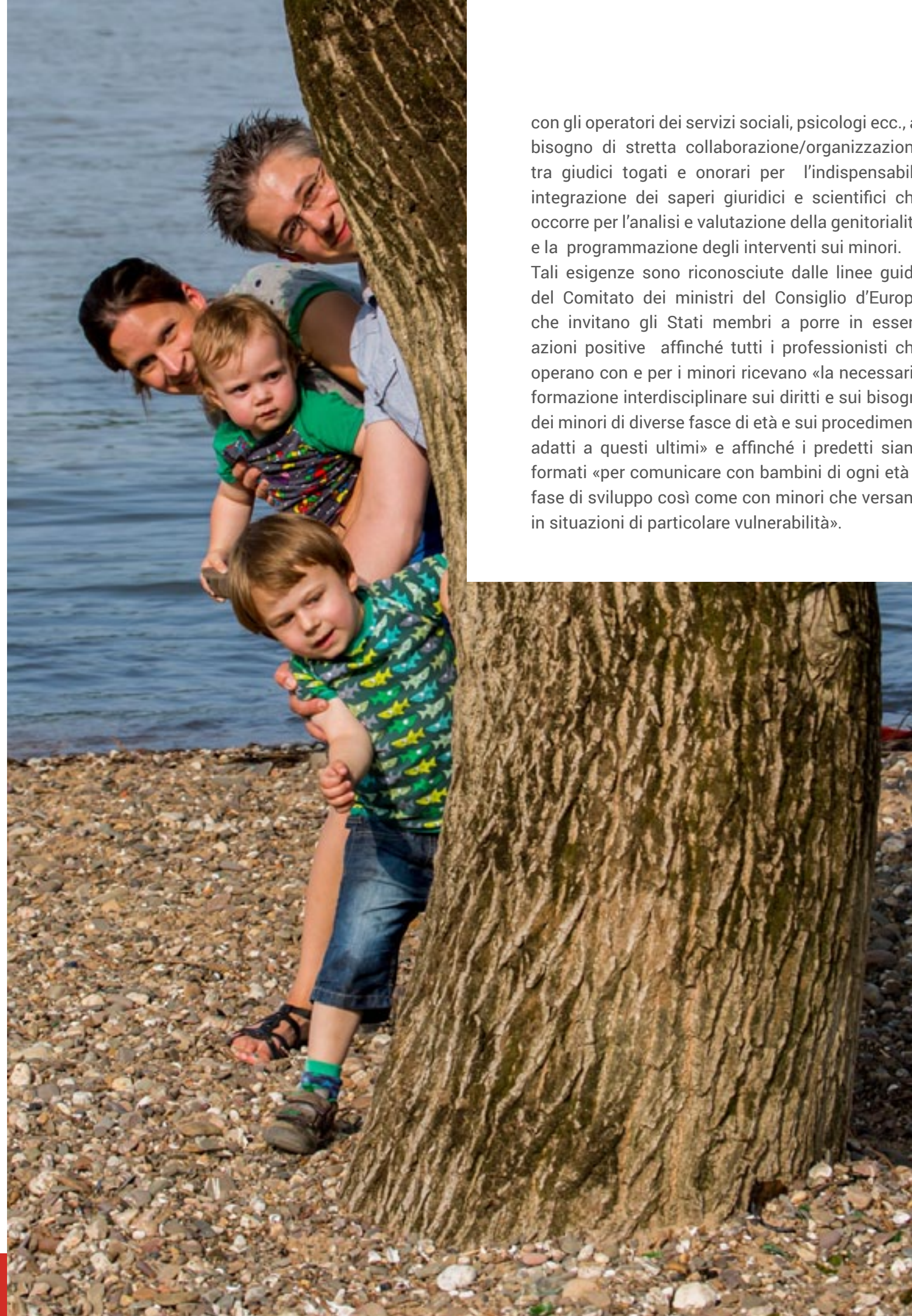
Sono necessari interventi e decisioni dell'autorità giudiziaria caratterizzati da organicità, che sappiano tenere insieme il quadro della devianza (reati/ processo penale) e quello di recupero dei minori e di sostegno delle relazioni familiari (interventi a tutela del minore, di recupero della genitorialità e delle relazioni parentali).

È dunque indispensabile prevedere che il nuovo Tribunale per la persona, i minorenni e le relazioni familiari mantenga *l'unità tra giurisdizione civile e penale* al fine di garantire una conoscenza completa di tutti gli interessi in gioco (accertamento delle responsabilità penali/valutazione della qualità delle relazioni familiari/delle competenze genitoriali/ delle condizioni socio-economiche del nucleo/ del benessere del minore e delle sue capacità di miglioramento) e un intervento di recupero efficace e complessivo che coinvolga il minore, la famiglia, le istituzioni e i centri di interesse ove il giovane cresce e forma la propria personalità.

È facile comprendere come la riuscita o il fallimento dell'intervento giudiziario in materia minorile e familiare non solo incidano sulla vita delle persone coinvolte nei processi, ma abbiano conseguenze, nel lungo periodo, sulla crescita dei giovani, sul benessere delle famiglie e sul futuro della nostra società.

L'attenzione alle modalità di esercizio della giurisdizione nel delineare le caratteristiche del nuovo "Tribunale per le persone, i minorenni e le relazioni familiari" deve dunque essere massima e dovranno essere escluse riforme che possano pregiudicare l'approccio unitario dell'intervento giudiziario.

Appare inoltre indispensabile garantire *l'esclusività delle funzioni, la composizione multidisciplinare e la specializzazione dell'organo giudicante*: la necessità di una formazione specifica e di una forte specializzazione per i magistrati minorili e per quelli che si occupano di relazioni familiari (inquirenti e giudicanti) è evidente. Basti pensare alle esigenze di studio e approfondimento in materia di ascolto di minore, di comprensione dei "linguaggi" specialistici richieste a chi deve confrontarsi quotidianamente



con gli operatori dei servizi sociali, psicologi ecc., al bisogno di stretta collaborazione/organizzazione tra giudici togati e onorari per l'indispensabile integrazione dei saperi giuridici e scientifici che occorre per l'analisi e valutazione della genitorialità e la programmazione degli interventi sui minori.

Tali esigenze sono riconosciute dalle linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa che invitano gli Stati membri a porre in essere azioni positive affinché tutti i professionisti che operano con e per i minori ricevano «la necessaria formazione interdisciplinare sui diritti e sui bisogni dei minori di diverse fasce di età e sui procedimenti adatti a questi ultimi» e affinché i predetti siano formati «per comunicare con bambini di ogni età e fase di sviluppo così come con minori che versano in situazioni di particolare vulnerabilità».

L'esperienza dei Tribunali per i minorenni, da questo punto di vista, appare conforme agli auspici dell'istituzione europea: essa si caratterizza infatti per la *composizione multidisciplinare dell'organo giudicante* che esprime un giudizio che si costruisce con l'apporto della competenza tecnico-giuridica dei magistrati "togati" e il contributo della professionalità specifica della componente onoraria costituito da saperi "altri" rispetto a quello giuridico. Il Tribunale decide infatti in composizione collegiale (due giudici ordinari e due giudici onorari scelti tra specialisti di settore tra cui psicologi, sociologi, educatori) e le decisioni sono il frutto di riflessioni e approfondimenti che attingono a diverse competenze e professionalità nella ricerca di una soluzione che ponga al centro il superiore interesse del minore.

La *formazione e la specializzazione* vengono acquisite attraverso incontri di studio e l'aggiornamento ma, soprattutto, mediante l'esperienza giudiziaria e la prassi di lavoro giornaliera. Il continuo contatto tra i giudici ordinari e la componente privata consente una costante contaminazione di conoscenze che favorisce la crescita professionale dell'organo giudiziario e permette un approccio globale e multidisciplinare allo studio del caso e alla sua soluzione.

L'esclusività delle funzioni che caratterizza il Tribunale per i minorenni è funzionale a garantire tempi, spazi, modalità e forme adeguate di esercizio della giurisdizione che deve essere, appunto, "a misura di minore": occorre approntare luoghi adeguati per l'ascolto, il confronto e la mediazione; sono indispensabili tempi congrui all'acquisizione di informazioni, allo svolgersi di colloqui con gli operatori dei servizi sociali, agli approfondimenti specialistici.

L'istituendo Tribunale che tratterà dei diritti della persona e della vita di relazione familiare ha le medesime esigenze di specificità dei tempi e modi di esercizio della giurisdizione e dovrebbe essere realizzato tenendo conto delle esigenze di esclusività delle funzioni e specializzazione maturate nella lunga esperienza dei Tribunali per i minorenni.



E invece la proposta contenuta nel disegno di legge delega al Governo recante “disposizioni per istituire presso tutte le sedi di Tribunale le sezioni specializzate per la famiglia e la persona” approvato nel Consiglio dei Ministri del 29 agosto 2014 non risponde alle esigenze sopra descritte, peraltro da tempo segnalate da buona parte dell’avvocatura e della magistratura specializzata.

Se pure è condivisibile l’obiettivo dichiarato della riforma di porre fine alla frammentazione delle competenze giudiziarie che “quando il giudice deve toccare inevitabilmente gli affetti è un limite vissuto drammaticamente” nonché la considerazione che “l’istituzione di un Tribunale multidisciplinare che accorpasse le competenze del giudice della separazione, del Tribunale dei minorenni, del giudice tutelare, del giudice dei figli nati all’interno e fuori del matrimonio, del

giudice dei diritti della persona, del giudice della protezione internazionale, e che quindi adoperasse una visione di insieme dell’intervento giudiziario dentro lo stesso schema processuale, potrebbe intervenire in modo più diretto evitando decisioni difformi che alimentano la crisi” (cfr. relazione illustrativa della Commissione presieduta dal dott. Giuseppe Berruti, costituita con d.m. del Ministro della giustizia del 27 maggio 2014 con il mandato di predisporre “proposte di interventi in materia di processo civile”); tuttavia lo strumento utilizzato per “istituire presso tutte le sedi di Tribunale le sezioni specializzate per la famiglia e la persona” (cfr. punto 2 lett. a) dello “schema di disegno di legge delega al governo recante disposizioni per l’efficienza del processo civile” appare decisamente inadeguato.

È infatti evidente, e dimostrato dall’esperienza giudiziaria di ogni giorno, come le sezioni specializzate non siano in grado di garantire l’esclusività delle funzioni e dunque un’adeguata specializzazione. Non di rado, infatti, i magistrati “addetti” sono assegnatari anche di procedimenti di natura diversa da quella di competenza della sezione e, d’altra parte sarebbe ingiusto pretendere il contrario in Tribunali di piccole dimensioni ove l’esiguo numero di magistrati e i carichi di lavoro non lo consentono.

Ora: tenuto conto delle carenze di organico e dei carichi di lavoro dei Tribunali ordinari nonché dell’assenza di alcuna previsione utile

a “rafforzare” le risorse umane e strumentali di detti uffici giudiziari, tale disposizione autorizzerà gran parte dei dirigenti a consentire che i giudici che trattano le cause che riguardano i diritti delle persone, dei minori e della famiglia si occupino anche di processi riguardanti materie del tutto disomogenee, con buona pace delle esigenze di adeguata specializzazione che nella relazione introduttiva all’intervento di riforma paiono auspiccate quando si afferma di volere “rimettere al centro del sistema la professionalità più assoluta e più controllabile dei protagonisti” (cfr. relazione illustrativa della Commissione Berruti cit.).

Per non dire dell’assenza di autonomia e specializzazione dell’ufficio del pm: è noto che le competenze del pm minorile sono diverse e molto più ampie – in materia penale e, soprattutto, in campo civile – di quelle del pm presso i Tribunali ordinari. La previsione, oggi vigente, di meri gruppi di lavoro specializzati nelle procure ordinarie non esclude la possibilità di assegnazione di procedimenti estranei alla materia ai magistrati che costituiscono il pool specializzato e, dunque, non consente un’adeguata specializzazione.

L’istituzione di sezioni specializzate prevista dal disegno di legge delega sopra citato contrasta inoltre con l’esigenza di multidisciplinarietà dell’organo giudicante evidenziata nelle linee guida del Consiglio di Europa e suggerita, peraltro, dalla stessa relazione illustrativa della Commissione Berruti. Non si prevede infatti la partecipazione

della componente onoraria nella composizione dei collegi né nella formazione delle decisioni: lo schema di disegno di legge delega si limita laconicamente a stabilire (alle lettere d) ed e) del punto 2) che occorre «*individuare le materie riservate alla competenza collegiale*» e «*assicurare alla sezione l’ausilio dei servizi sociali e di tecnici specializzati nelle materie di competenza*».

Deve dedursi che i collegi giudicanti delle sezioni specializzate avranno una composizione esclusivamente “togata” e la fase decisoria sarà riservata esclusivamente alla magistratura professionale, con possibilità di avvalersi di “tecnici specializzati” oltre che dell’ausilio dei servizi sociali. Il ruolo incerto e marginale che il disegno di legge delega assegna ai giudici onorari (ragionevolmente individuabili in quelli già assegnati al Tribunale ordinario) comporta una grave perdita di competenza dell’organo giudicante che resta privato, nella fase decisionale – momento più importante dell’esercizio della giurisdizione – dell’apporto fornito dalle conoscenze pedagogiche, psicologiche e sociali della componente onoraria. È evidente che questo prezioso contributo non può essere sostituito dall’episodico ricorso a consulenti esterni, il cui importante lavoro è necessario solo in casi specifici che richiedono indagini particolari e resta comunque confinato a un apporto episodico incapace di rispondere alle esigenze di continua autoformazione dell’organo giudicante e di incidere sulla crescita professionale della componente togata.

L’esperienza giudiziaria di ogni giorno dimostra come le sezioni specializzate non siano in grado di garantire l’esclusività delle funzioni e dunque un’adeguata specializzazione

In buona sostanza la proposta di riforma governativa contrasta con le linee guida del Consiglio di Europa che, nell'ambito della giurisdizione delle relazioni, ritengono irrinunciabili i principi di unitarietà della giurisdizione, specializzazione ed esclusività delle funzioni della magistratura inquirente e giudicante, composizione multidisciplinare del giudice. Essa non consente neppure di realizzare gli obiettivi di unificazione delle competenze e promozione della specializzazione degli operatori: da un lato infatti resterebbero affidate al Tribunale per i minorenni le competenze del giudice specializzato in materia penale, dall'altro non si prevede alcuna disposizione a tutela di un'effettiva formazione specifica e specializzazione.

Inoltre il progetto di cambiamento è del tutto carente da un punto di vista organizzativo e si disinteressa del profilo ordinamentale: si abbraccia l'ipotesi di una giurisdizione minorile che pare dover operare su due uffici giudiziari distinti (sezioni civili specializzate per il settore civile e Tribunale per i minorenni per il settore penale) con conseguente dispersione di conoscenze, energie e risorse e grandi difficoltà organizzative. Si propone inoltre una possibile eliminazione della componente privata oggi assegnata ai Tribunali per i minorenni, costituita da circa 700-800 magistrati (a fronte di circa 200 giudici minorili professionali): una significativa perdita di risorse alla quale non pare affiancarsi alcuna previsione di ampliamento della pianta organica della magistratura ordinaria.

Facile pensare dunque al conseguente ingestibile aumento del carico di lavoro delle sezioni dei Tribunali ordinari con gravi difficoltà nel rendere, fin dai primi passi, una risposta di giustizia tempestiva ed efficace.

Più credibili appaiono le elaborazioni e le proposte della magistratura specializzata che non vuole rinunciare all'istituzione di un "Tribunale specializzato per la persona, i minorenni e le relazioni familiari", che abbia autonomia organizzativa, funzioni esclusive e composizione multiprofessionale.

L'ipotesi proposta dall'Associazione Italiana

Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia nel documento "Per una giustizia a misura di minore" suggerisce tra l'altro che l'istituendo organo giudicante abbia «i caratteri di un giudice di prossimità» al fine di potere svolgere con efficienza le sue funzioni civili, penali e amministrative.

Secondo uno studio di fattibilità redatto nel corso del triennio 2005/2008 il nuovo ufficio dovrebbe avere un organico di magistrati di una certa consistenza cui potrebbe corrispondere un bacino di utenza indicativamente valutabile, a non meno di 400.000 abitanti, avendo comunque riguardo ai flussi sia in materia civile che penale che connotano i diversi territori.

L'ipotesi di riforma è adeguata e convincente e prevede tra l'altro specifici interventi sulla disciplina processuale al fine di garantire: 1) l'applicazione del medesimo rito a tutti i procedimenti di affidamento dei figli minori nati nel matrimonio e fuori da esso, separazione e divorzio e di modifica delle condizioni precedentemente stabilite dall'A.G.; 2) modifiche legislative per i procedimenti *de potestate* volte a garantire il rispetto del principio del contraddittorio, la possibilità per i difensori di interloquire su tutto il materiale istruttorio e all'udienza "conclusiva" del

procedimento; 3) semplificazione e razionalizzazione dei riti relativi ai procedimenti di volontaria giurisdizione, già di competenza del T.m. o del g.t. o del Tribunale nonché ai procedimenti relativi a interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno ecc.; 4) individuazione di procedimenti a trattazione monocratica, fermo restando che quelli a trattazione collegiale potranno essere a composizione togata (tre magistrati togati) o multiprofessionale (due magistrati togati, più due magistrati onorari) nei casi in cui si verte in materia di diritti di soggetti minorenni.

Altra ipotesi di riforma percorribile – se si vuole che il Tribunale che si occupa dei minorenni e delle famiglie sia un giudice di prossimità con le necessarie caratteristiche di specializzazione, esclusività delle funzioni e unitarietà della giurisdizione – può fondarsi sulla previsione di un Tribunale che mantenga le sue articolazioni periferiche all'interno dei vari Tribunali del distretto ove l'ufficio svolgerà le competenze che oggi sono esercitate dal giudice ordinario (g.t. e g.o.), utilizzando le risorse ivi esistenti da coordinare e riorganizzare unitamente a quelle in sede distrettuale, mentre le competenze che costituiscono il cuore della

materia minorile (tra cui competenze nel settore penale, adozioni, sottrazione internazionale di minori) dovranno necessariamente restare proprie della sede distrettuale o comunque di una sede che comprenda più circondari di piccole dimensioni.

La realizzazione di riforme efficaci e responsabili necessita di impegni di spesa, adempimenti organizzativi e modifiche legislative; nonostante i tempi di crisi economica e le esigue disponibilità di fondi destinati al settore giustizia, non è utile avallare proposte di riforma "a costo zero" della cui riuscita è facile dubitare se solo si tiene conto delle realtà degli uffici giudiziari sulle quali esse vanno a incidere.

Alle note difficoltà finanziarie occorre rispondere che tra i doveri di una democrazia evoluta vi è senz'altro quello di offrire a ciascun "figlio" uguali opportunità di crescere, studiare, migliorarsi. Occorre "investire nei bambini: rompere il circolo vizioso di svantaggio", come ha suggerito la Commissione Europea, sollecitando gli Stati membri a mettere al centro dell'agenda il tema dell'infanzia e degli investimenti necessari per combattere la povertà dei bambini, affinché a tutti sia data la possibilità di crescere uguali.

È indispensabile un cambiamento che parta dalla considerazione che l'utilizzo di risorse (economiche e umane) per la tutela dei minori e delle famiglie non è un costo ma un investimento che "paga" sia in termini di tutela di diritti che in un'ottica di risparmio per il futuro.

**L'UTILIZZO DI RISORSE
PER LA TUTELA DEI MINORI
E DELLE FAMIGLIE NON È UN
COSTO MA UN INVESTIMENTO**





LE NUOVE PROSPETTIVE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA

Riccardo Rosetti

Giudice della Prima sezione civile del Tribunale di Roma

Lo scarto tra le norme positive e il diritto vivente sta raggiungendo un livello tale da recare obiettive incertezze sulle regole applicabili al caso concreto

Nella fase attuale di sviluppo del nostro ordinamento civile e costituzionale, la capacità del diritto di famiglia di fornire risposte univoche e adeguate circa il riconoscimento dei diritti degli individui appare seriamente in dubbio. Contribuiscono a determinare questa difficoltà i rapidi mutamenti della coscienza sociale, l'emergere di nuovi modelli familiari, i progressi della scienza (si pensi a quelli riguardanti le tecniche di riproduzione assistita), l'evoluzione di modelli religiosi e culturali di riferimento (si pensi al recente dibattito svoltosi in seno al Sinodo dei Vescovi e al confronto con istituti giuridici propri di diversi ordinamenti) nonché la necessaria integrazione delle fonti nazionali con quelle sovranazionali (trattati europei e giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani).

In simili circostanze un certo scarto tra le norme positive e il diritto vivente appare comprensibile e fisiologico: l'impressione è, tuttavia, che tale scarto, anche per la sostanziale irrisolutezza del legislatore, stia raggiungendo un

livello tale da recare obiettive incertezze circa le regole applicabili al caso concreto.

L'opera di interpretazione giurisprudenziale è chiamata così a esplicitarsi nella sua massima latitudine (con conseguenti polemiche politiche circa una pretesa invadenza dei giudici che verrebbero a compiere scelte rimesse al legislatore: si pensi alle polemiche seguite alla sentenza della Corte di Cassazione n. 4184 del 2012 circa la qualificazione giuridica del matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso); si assiste nel contempo ad aspri contrasti tra diverse articolazioni dello Stato (si consideri lo scontro, salito alle cronache degli ultimi tempi, tra il Sindaco di Roma, che ha trascritto con i suoi Uffici sedici matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti all'estero, e il Ministro dell'Interno che ha ribadito ai Prefetti l'indicazione di annullare dette trascrizioni); si pongono interrogativi di rilievo circa la disciplina applicabile alla procreazione medicalmente assistita e ai connessi diritti di rilievo costituzionale (si consideri la vicenda susseguente alla declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa).

Nel tratteggiare le nuove prospettive del diritto di famiglia, sia pure nel breve volgere del presente contributo, non ci si può, allora, sottrarre dal restituire il senso e le ragioni della descritta complessità e dall'interrogarsi circa le iniziative del legislatore onde verificare la concretezza delle possibili soluzioni.

Nel diritto della filiazione è intervenuta una delle pochissime riforme organiche e di ampio respiro adottate negli ultimi decenni in materia di diritto di famiglia: la legge 219 del 2012, con il relativo decreto di attuazione n. 154 del 2013, ha recato un mutamento delle regole sostanziali dettate dal codice civile, una svolta ampia e attesa da decenni. È stato unificato lo stato giuridico della filiazione con la piena parificazione di figli nati fuori del matrimonio e dei figli nati nel matrimonio. Sul piano processuale la riforma è intervenuta sul riparto di competenze tra Tribunale ordinario e Tribunale per i minorenni con soluzioni tecniche che hanno dato

luogo a perduranti incertezze interpretative e che, in ogni caso, paiono preludere a successive modifiche ordinamentali che saranno di seguito approfondite. Con riguardo al regime patrimoniale della famiglia, da più parti in dottrina si sollecita una riforma che valga ad adeguare gli istituti matrimoniali alla nuova realtà sociale ed economica (che da tempo non rispecchia più l'antica divisione dei ruoli familiari tra marito e moglie con conseguente sostanziale dipendenza economica della moglie): la drammatica crisi economica che negli ultimi anni ha contribuito a modificare il tessuto sociale italiano ben potrebbe indurre a una riflessione sul significato attuale di concetti quali il mantenimento, il tenore di vita familiare, la solidarietà post-matrimoniale. Una diversa impostazione degli istituti giuridico-patrimoniali tipici della famiglia fondata sul matrimonio potrebbe valere a ridurre la prospettiva prettamente patrimoniale che genera, nella maggior parte dei casi, il conflitto nella crisi della famiglia.

Ma, in senso più generale, è la regolamentazione della crisi coniugale che mostra diversi tratti obsoleti e insoddisfacenti.

Al fine di sciogliere il vincolo matrimoniale persiste nel nostro ordinamento la necessità di ottenere in via successiva la separazione e il divorzio: si tratta di istituti che, come dimostra la consolidata esperienza nei Tribunali, sono ormai largamente sovrapponibili quanto alla disciplina e agli effetti concreti, tanto da rendere di dubbia utilità la loro contemporanea presenza: la regolamentazione della crisi coniugale che ne consegue vale, in tutti casi, a prolungare i tempi per la definizione delle questioni di stato e, in molti casi, a mantenere vivo il conflitto personale e patrimoniale tra le parti.

La regolamentazione della crisi coniugale mostra diversi tratti obsoleti e insoddisfacenti

In quasi tutti gli ordinamenti europei esiste la possibilità di sciogliere in via diretta il matrimonio ovvero di scegliere, in via alternativa, tra separazione e divorzio, a dimostrazione del fatto che quella mantenuta dal nostro diritto di famiglia è una scelta tutt'altro che obbligata e per molti versi superata da diversi modelli che hanno dato buona prova.

Con la necessità di attendere tre anni tra la separazione e il divorzio, persiste l'istituto del tentativo di conciliazione in sede presidenziale (la pratica giurisdizionale si è incaricata di svelarne la sostanziale inutilità), persiste l'istituto dell'addebito e con esso i residui di una concezione pubblicistica e paternalistica delle norme codicistiche che nel sistema originario doveva valere a tutelare il nucleo familiare e che, tuttavia, non si giustifica più nell'ordinamento attuale, nel quale la Corte costituzionale ha affermato che non esistono diritti della famiglia in quanto tale ma diritti dei singoli individui da esplicarsi nell'ambito della famiglia.

La consapevolezza circa tali difetti del sistema, nel dibattito dottrinale così come in quello svolto in sede parlamentare, è massima ma manca ancora un intervento coerente e generale. Il Governo e il Parlamento si muovono in questa materia secondo prospettive del tutto parziali e comunque contrastanti.

Negli ultimi anni le Camere si sono a lungo adoperate per l'approvazione del disegno di legge sul divorzio breve. Si trattava di un progetto di riforma che, limitandosi nella sostanza a ridurre il termine di proposizione della domanda di divorzio senza intervenire sulle criticità della disciplina della crisi coniugale come sopra descritte, era da valutare certamente come parziale e non risolutivo (soprattutto in caso di disaccordo delle parti) e che, tuttavia, offriva una risposta innovativa

con una significativa riduzione dei tempi per le crisi coniugali gestite in via consensuale. Dopo un lungo esame presso la Commissione giustizia della Camera, il disegno di legge è stato approvato dall'Aula nell'estate del 2014 in ragione di un'ampia convergenza delle forze parlamentari e di seguito trasmesso al Senato dove ci si attendeva una celere approvazione (se non altro perché prima dell'esame della Camera si era dovuto addirittura trovare un accordo tra i Presidenti dei due rami del Parlamento su chi dovesse affrontare per primo il tema, visto che analoghi disegni di legge pendevano in entrambe le sedi in fase di esame già avanzato). L'iter di approvazione del disegno di legge è stato, invece, sospeso al Senato perché il Governo ha preannunciato una sua iniziativa sul tema, iniziativa legislativa che, tuttavia, non si è ancora manifestata.

Il Governo è parallelamente intervenuto nella materia della crisi coniugale con gli articoli 6 e

**IN QUASI TUTTI GLI
ORDINAMENTI EUROPEI
ESISTE LA POSSIBILITÀ DI
SCIOGLIERE IN VIA DIRETTA IL
MATRIMONIO O DI SCEGLIERE
IN VIA ALTERNATIVA TRA
SEPARAZIONE E DIVORZIO**



12 del decreto legge n. 132 del 2014. La novella consentirà ai coniugi di stipulare accordi di separazione, di cessazione degli effetti civili e di scioglimento del matrimonio a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato ovvero innanzi al Sindaco, quale ufficiale dello stato civile. La riforma ha il dichiarato fine di ridurre il carico di lavoro dei Tribunali; gli effetti deflattivi saranno, tuttavia, piuttosto limitati perché le nuove disposizioni, rimesse a una facoltà delle parti, non troveranno comunque applicazione in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

Il Governo ha, dunque, puntato su una parziale degiurisdizionalizzazione delle

procedure mentre il Parlamento perseguiva una decisa riduzione del tempo necessario per giungere al divorzio: appare, però, evidente come il processo di famiglia che abbia già subito interventi stratificati nel tempo e rispondenti a logiche diverse e come questa differenza di prospettive non giovi all'individuazione e alla soluzione dei nodi critici. Ad ogni modo il Governo – con la citata sospensione dell'esame parlamentare del disegno di legge sul divorzio breve – ha avvocato a sé l'iniziativa legislativa sull'argomento rivendicando il suo intervento come prioritario: il tempo consentirà di valutare se tale decisione prelude a una proposta di riforma organica ovvero se risponde a esigenze meramente contingenti.

Per far sentire la propria voce al centro del dibattito mediatico, ma

ancora senza esercitare il proprio potere di iniziativa legislativa, il Governo ha annunciato una legge che valga a disciplinare le unioni civili, anche tra persone dello stesso sesso.

Gli effetti deflattivi della riforma saranno limitati perché le disposizioni, rimesse a una facoltà delle parti, non troveranno applicazione in presenza di figli minori, maggiorenni incapaci, portatori di handicap grave o economicamente non autosufficienti

Da tempo si ragiona circa una disciplina positiva delle unioni di fatto sia per quelle tra persone di sesso diverso sia per quelle tra persone dello stesso sesso. Per le unioni eterosessuali l'ordinamento riconosce l'alternativa del matrimonio e il legislatore non ha mai sentito la necessità di intervenire in via normativa, rimanendo da tutelare la libertà delle parti di mantenere il rapporto in uno stato pregiudicato. Per le unioni tra persone dello stesso sesso l'alternativa del matrimonio in Italia non è praticabile perché l'istituto presuppone la diversità di sesso dei nubendi e, pertanto, vi è un destino di irrilevanza giuridica non altrimenti superabile, con conseguente possibile negazione dei diritti connessi.

Abbiamo innanzi segnalato come il Sindaco di Roma, al dichiarato fine di dare una risposta di tutela dei diritti civili dei soggetti coinvolti, abbia preso a trascrivere i matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti all'estero e di come si sia sviluppato un grave contrasto con l'Amministrazione dell'Interno che ha annullato i relativi atti. In proposito va rilevato come la Corte di Cassazione con la sentenza n. 4184 del 2012 abbia confermato la legittimità del rifiuto di trascrizione da parte dell'ufficiale di stato civile del matrimonio contratto all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso.

La sentenza in questione ha, tuttavia, innovato l'orientamento precedente e ha affermato che detto matrimonio non è inesistente ma inidoneo a produrre effetti giuridici per non conformità al modello legale di matrimonio come disciplinato dal nostro ordinamento. La Corte di legittimità ha, in tale prospettiva, sottolineato come ai sensi dell'articolo 12 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, come evolutivamente interpretato dalla Corte di Strasburgo (sentenza 24.6.2010, Schalk e Kopf c. Austria), la diversità di sesso dei nubendi non costituisca il presupposto naturalistico di esistenza del matrimonio ma solo il frutto di una

Nel nostro ordinamento il diritto al matrimonio per due persone dello stesso sesso non è garantito ma una scelta in tal senso del legislatore non sarebbe preclusa alla luce del quadro normativo comunitario né impedita dall'articolo 29 della Costituzione



scelta rimessa ai diversi ordinamenti nazionali dei Paesi comunitari, tanto che diversi Paesi europei hanno disciplinato il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Nel nostro ordinamento, alla luce della sentenza citata della Corte di Cassazione e della pronuncia n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, il diritto al matrimonio per due persone dello stesso sesso non è garantito ma una scelta in tal senso del legislatore non sarebbe in ogni caso preclusa alla luce del descritto quadro normativo comunitario né sarebbe impedita dalla formulazione dell'articolo 29 della Costituzione.

Ferma la ricostruzione appena compiuta, vi è da registrare come il dibattito sulla questione lasci emergere una sostanziale apertura delle forze politiche maggiormente rappresentate in Parlamento alla tutela dei diritti delle coppie omosessuali secondo il modello delle unioni civili. I leader delle principali forze politiche si sono espressi di recente per la percorribilità del modello tedesco.

In Germania è in vigore dal 1° agosto 2001 la legge del 16 febbraio 2001, *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*, che ha introdotto nell'ordinamento tedesco l'istituto giuridico della convivenza registrata tra due persone dello stesso sesso. La convivenza registrata non è equiparata all'istituto matrimoniale, pur prevedendo, a favore

dei conviventi registrati, una serie di diritti simili a quelli nascenti in capo ai coniugi dal matrimonio. Per costituire una convivenza registrata è richiesto che i partner ne facciano dichiarazione reciprocamente, personalmente e contemporaneamente, davanti all'Autorità competente. Le parti possono scegliere di adottare un cognome comune; hanno diritto a un adeguato soccorso alimentare anche dopo la separazione; hanno diritto alla pensione di reversibilità (a seguito di una riforma del 2004) nonché ai diritti successori. Non è riconosciuto il diritto di adozione congiunta ma con una legge modificativa è stata riconosciuta la possibilità di adozione dei figli del convivente.

I conviventi possono richiedere in ogni momento lo scioglimento della convivenza, tuttavia la legge richiede un periodo di riflessione (da uno a tre anni) prima della pronuncia definitiva.

Nel dibattito parlamentare italiano si segnala in argomento l'esame congiunto dei disegni di legge S.239, S.314, S.14, S.909, S.1211, S.1231, S.1360, S.1316: il testo base è stato redatto dalla relatrice senatrice Cirinnà all'esito di un faticoso confronto parlamentare. Come innanzi rilevato, il Governo, e per esso il Presidente del Consiglio, ha preannunciato un intervento organico di riforma su questa delicata materia, intervento

che prenderebbe le mosse dal modello tedesco e verrebbe presentato al Senato all'inizio del prossimo anno.

I tempi sembrano dunque maturi per una disciplina sull'argomento, ma allo stato non appare possibile decifrarne i limiti e i contenuti: occorrerà verificare se il legislatore sarà in grado di compiere in tempi ragionevoli l'approfondimento della materia necessario a raggiungere la sintesi politica e a formulare un coerente disegno di legge.

Un'altra materia meritevole di approfondimento in questa disamina delle nuove prospettive del diritto di famiglia è quella della procreazione medicalmente assistita e in particolare quello della fecondazione eterologa. Anche in questo ambito il quadro ordinamentale si presenta come estremamente complesso e con recenti e importanti novità.

Come è noto la legge 140 del 2004 ha disciplinato in modo organico la procreazione medicalmente assistita vietando espressamente, con l'articolo 4, comma 3, il ricorso a tecniche di fecondazione di tipo eterologo.

La recentissima sentenza n. 162 del 2014 ha dichiarato l'incostituzionalità di detta preclusione. La pronuncia ha preso le mosse dalla considerazione che il divieto sancito dalla legge 40 valeva a incidere negativamente sul diritto della coppia sterile a formare una famiglia con figli e sul diritto alla salute psichica degli individui. Di qui la necessità di effettuare il bilanciamento con gli altri diritti costituzionalmente garantiti in gioco, richiamandosi l'orientamento della Corte secondo cui gli atti dispositivi del corpo sono consentiti se diretti alla tutela della salute e se non ledono altri diritti di primario rilievo costituzionale. L'interesse da porre in bilanciamento è il diritto del nascituro alla salute e alla paternità biologica. La Corte ha condotto una disamina dei principi legislativi già vigenti nell'ordinamento perché enunciati dalla stessa legge n. 40 in via generale e ne ha tratto la conclusione che i diritti del nascituro siano in sostanza già tutelabili in ragione delle regole dettate in origine per la sola fecondazione omologa ovvero per la fecondazione eterologa delle coppie che vi ricorrevano all'estero.

La Corte delinea con chiarezza il quadro normativo emergente dalla declaratoria di incostituzionalità ed esclude la ricorrenza di incolmabili vuoti normativi: il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità (art. 1, comma 2); sono tutelati gli embrioni e sono escluse pratiche eugenetiche (artt. 13 e 14); la fecondazione eterologa va in ogni caso eseguita in strutture operanti sotto rigorosi controlli dell'autorità e nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati (artt. 10 e 11) e secondo le linee guida elaborate dal Ministero della salute (art. 7); i requisiti soggettivi per l'accesso alla fecondazione rimangono quelli indicati dall'art. 3, comma 1, e resta ferma anche la disciplina del consenso ex articolo 6; lo stato giuridico del figlio nato da fecondazione eterologa è regolato dall'articolo 8 della legge e dalla nuova versione dell'articolo 231 del codice civile; risulta confermato anche il divieto di disconoscimento e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità e la mancanza di rapporti giuridici tra genitore biologico e figlio.

La Corte ha concluso affermando che il divieto di fecondazione eterologa è idoneo a ledere i diritti costituzionalmente garantiti delle coppie afflitte dalle più gravi patologie riproduttive senza che ciò sia necessario per tutelare i principali diritti del nascituro, già garantiti dai principi legislativi vigenti; il divieto preclude l'accesso alla tecnica solo alle coppie che non possono recarsi all'estero con conseguente violazione del principio di uguaglianza. Di qui l'incostituzionalità dell'articolo 4, comma 3, della legge.

La Corte costituzionale ha, infine, escluso che il principio del divieto di contatti tra il donatore e il soggetto nato da fecondazione eterologa

sia intangibile e ha rimesso la disciplina dell'anonimato del donatore al legislatore. Già nel caso dell'adozione l'ordinamento conosce ipotesi di deroga al principio del divieto di rapporti tra i genitori biologici e il figlio adottato. La questione dell'ampliamento delle ipotesi di deroga al principio del divieto è tutt'ora all'esame della Commissione giustizia della Camera che sta conducendo l'esame di alcuni disegni di legge sull'argomento del diritto alle origini biologiche.

Anche con riguardo alla fecondazione eterologa il Governo ha preannunciato, nell'immediatezza della

pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, un'iniziativa legislativa: l'iniziativa legislativa è stata presentata – in contrasto con le conclusioni della sentenza della Corte costituzionale – come necessaria per consentire l'utilizzazione della tecnica, per regolare un fenomeno altrimenti rimesso alle più varie soluzioni ipotizzabili nell'ambito del servizio sanitario gestito a livello regionale. Il testo di un decreto legge è stato presentato in Consiglio dei ministri: il decreto era diretto a istituire un registro nazionale

per la tracciabilità del rapporto tra donatore e nato, ribadiva il divieto di trattamenti eugenetici dell'embrione, affermava il principio di anonimato del donatore e la sua deroga esclusivamente per esigenza di salute del nato; introduceva un limite massimo alle nascite da un medesimo donatore e stabiliva limiti di età per i donatori.

Il decreto non è stato approvato dal Consiglio dei ministri, il Governo ha rinunciato all'iniziativa legislativa e ha rimesso la questione al dibattito parlamentare; l'esercizio della fecondazione eterologa non appare, comunque, precluso prima dell'eventuale intervento legislativo e la tecnica è già utilizzata in alcune regioni italiane. Nel quadro giuridico già offerto dalla legge n. 40 e dai principi affermati dalla sentenza della Corte costituzionale,

L'esercizio della fecondazione eterologa non appare precluso prima dell'eventuale intervento legislativo e la tecnica è già utilizzata in alcune regioni italiane

la prospettiva più concretamente perseguibile appare quella di disciplinare gli aspetti residui con le linee guida del Ministero della salute da emanarsi nella forma di circolare.

Nuove prospettive interessano, infine, il diritto di famiglia anche nella materia ordinamentale.

La riforma della filiazione, con la legge 219 del 2012, ha recato una sostanziale modifica al riparto di competenza tra il Tribunale per i minorenni e il Tribunale ordinario: è stata trasferita al Tribunale ordinario la competenza in materia di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio, per una elementare esigenza di parificazione, anche processuale, tra figli nati nel matrimonio e figli nati da genitori non coniugati. La novella ha modificato l'art. 38 delle disposizioni attuative del codice civile con una disposizione di infelice formulazione che lascia aperti numerosi dubbi esegetici, soprattutto con riguardo alla competenza circa i procedimenti *de potestate*, e che in ogni caso ha ridotto in modo significativo le competenze civili dei Tribunali per i minorenni senza operare le conseguenti compensazioni di organici dei magistrati addetti.

Si è, pertanto, riproposta con ogni attualità la questione della collocazione ordinamentale dei giudici per i minori, questione che da vari decenni

vede susseguirsi disegni di legge in Parlamento e che ha impegnato in passato diverse e autorevoli commissioni legislative di nomina governativa senza mai trovare una definizione. La questione è legata alla definizione di un nuovo organo giudiziario presso il quale concentrare la tutela civile del minore, i procedimenti sulla crisi familiare, i procedimenti riguardanti i minori attualmente di competenza del giudice tutelare, al fine di superare frammentazione delle competenze che caratterizza il sistema attuale. Circa la configurazione dell'ufficio giudiziario in questione si contrappongono da tempo due diverse impostazioni: da una parte quella riconducibile all'esperienza del giudice specializzato nella tutela dei minori. In questa prospettiva si immagina un Tribunale per la persona, per i minorenni e per la famiglia: caratteristiche imprescindibili di questo Tribunale sarebbero la specializzazione dei giudici, addetti in via esclusiva alle funzioni, il carattere multidisciplinare dell'approccio garantito da giudici onorari specialisti di altri saperi a comporre i collegi e, infine, l'unitarietà della tutela del minore in sede civile e in sede penale. Si tratta, in altre parole, di riprodurre i principali caratteri dell'attuale Tribunale per i minorenni secondo un'organizzazione del giudice non più su base distrettuale ma circondariale.



La seconda impostazione immagina il nuovo ufficio come una sezione specializzata del Tribunale ordinario, capace di trattare non solo le materie riguardanti la tutela dei minori, ma la crisi familiare, lo stato e la capacità delle persone e le altre controversie in tema di relazioni familiari già di competenza del Tribunale ordinario, all'occorrenza anche i diritti della personalità e i diritti connessi al fenomeno dell'immigrazione. Si immagina un giudice che, pur maturando al riguardo competenze specialistiche, non sia destinato in via esclusiva alle funzioni di tutela dei minori, un giudice che garantisca la tutela dei diritti di difesa delle parti del processo salvaguardando il principio del contraddittorio, un intervento giurisdizionale caratterizzato da piena terzietà e diretto a risolvere rapidamente i conflitti piuttosto che a interventi di natura amministrativa, un giudice togato che – solo ove necessario - si avvalga di competenze specialistiche nelle forme della consulenza operando secondo valutazioni giuridiche piuttosto che multidisciplinari.

Anche in questa materia l'attuale Governo non ha mancato di annunciare una propria iniziativa legislativa. Durante la scorsa estate il Guardasigilli ha dapprima diffuso, in incontri preliminari con gli operatori di settore, un documento recante linee guida che presupponeva l'adesione alla prima delle due impostazioni descritte. Nel primo Consiglio dei ministri dopo la pausa estiva è stato, invece, approvato un disegno di legge delega al Governo per l'istituzione del Tribunale della famiglia e della persona, con la realizzazione presso tutte le sedi di Tribunale ordinario delle sezioni specializzate per la famiglia e la persona: piena adesione, dunque, alla seconda delle soluzioni innanzi descritte. Il disegno di legge, tuttavia, dopo due mesi dalla sua approvazione non risulta ancora presentato alle Camere per l'avvio dell'iter legislativo: è lecito, allora, dubitare della concretezza dell'iniziativa legislativa del Governo.

Ci sono, ad ogni modo, alcuni nodi critici del sistema che occorrerebbe affrontare in via preliminare e dei quali il disegno di legge approvato dal Governo omette di farsi carico: come si è avuto modo di

accennare l'elevato livello del contenzioso in materia familiare è determinato da regole di diritto sostanziale circa la crisi della famiglia fondata sul matrimonio che per molti versi appaiono superate dalla coscienza sociale e idonee a creare il conflitto piuttosto che a ridurlo; gli uffici giudiziari che trattano la materia della famiglia ricevono un flusso di controversie sproporzionato rispetto all'organico dei magistrati a tanto destinati, gli stessi uffici giudiziari sono afflitti da una gravissima carenza di personale amministrativo che influisce ormai sull'efficacia della risposta giudiziaria; persiste la vigenza di una pluralità di riti diversi riguardanti la tutela dei minori e la crisi della famiglia, riti in taluni casi inutilmente sovrabbondanti e in altri casi inidonei, perché troppo scarni, a garantire il contraddittorio e la tutela dei diritti.

Sotto il profilo ordinamentale non vi è, allora, necessità di una riforma ad ogni costo: la riforma annunciata in questa delicata materia potrà, infatti, essere valutata positivamente solo ove si ravvisi chiarezza di idee circa il nuovo assetto da perseguire, circa i miglioramenti da raggiungere in termini di tutela dei diritti dei cittadini e circa le risorse umane e materiali da impiegare allo scopo.

Sotto il profilo ordinamentale non vi è necessità di una riforma ad ogni costo



RIPARTO DI COMPETENZE TRA TRIBUNALE ORDINARIO E TRIBUNALE PER I MINORENNI

DISCIPLINA VIGENTE E PROSPETTIVE DI RIFORMA

Cesare Trapuzzano

Magistrato di Tribunale destinato alla Corte di Cassazione

1. REGIME ANTERIORE ALLA NOVELLA DEL 2012

Secondo l'originaria formulazione dell'art. 38 disp. att. c.c., il riparto di competenze tra giudice ordinario e giudice minorile seguiva i seguenti criteri: a. se nell'esercizio della potestà si fosse realizzato un pregiudizio all'interesse del minore, la competenza ai sensi dell'art. 333 c.c. si sarebbe radicata in capo al T.m.; b.



diversamente (e in termini residuali) sarebbe stato competente il T.o. Ora, l'art. 38, primo comma, disp. att. c.c., alla stregua del testo riformato dalla legge 19.05.1975, n. 151, elencava specificamente gli artt. che regolavano provvedimenti di competenza del giudice minorile mentre il secondo comma statuiva la competenza residuale del giudice ordinario.

Ai sensi dell'art. 317 *bis* c.c. (secondo la formula vigente *ratione temporis*), come richiamato dall'art. 38 disp. att. c.c., era assegnata al T.m. anche la competenza a decidere in tema di esercizio della potestà genitoriale sui figli naturali e di regolamentazione dei rapporti tra prole naturale e genitore non affidatario. In forza del richiamo degli artt. 333-336 c.c., ricadevano nella competenza del

giudice minorile anche le domande dirette a ottenere la pronuncia di provvedimenti cautelari e temporanei idonei a ovviare a situazioni pregiudizievoli per il minore, benché esse non fossero tali da legittimare la radicale decadenza dalla potestà.

Rimaneva alquanto dibattuto, di contro, il problema circa l'individuazione della competenza in ordine all'esercizio della potestà sul minore in pendenza di un procedimento di separazione tra coniugi. E ciò in ragione della precedente formulazione dell'art. 155, terzo comma, c.c., che prevedeva il ricorso al T.o. nel caso in cui il coniuge separato avesse addebitato all'altro coniuge decisioni pregiudizievoli della prole. Nessuna questione si sarebbe posta per le domande volte a ottenere provvedimenti ablativi della potestà, chiaramente devolute alla competenza del T.m. Non altrettanto certa sarebbe stata la distribuzione delle competenze in ordine all'assunzione dei provvedimenti convenienti ex art. 333 c.c. in pendenza di separazione, annullamento del matrimonio e divorzio. Tradizionalmente la linea di discriminare era rappresentata, sulla scorta del *petitum* e della *causa petendi*, dalla natura del provvedimento invocato: qualora la misura richiesta avesse implicato una compressione della potestà genitoriale, quale diretta conseguenza della condotta del genitore pregiudizievole al figlio, sarebbe stato competente il giudice minorile; in ogni altro caso di individuazione del genitore più idoneo a prendersi cura della prole, ai fini dell'affidamento, la competenza sarebbe rimasta ferma in capo al giudice ordinario (cfr. Cass. 4.02.2000, n. 1213; *idem* 15.03.2001, n. 3765).

Con l'introduzione della riforma del 2006 sull'affido condiviso (legge 8.02.2006, n. 54), la questione si è posta in termini innovativi. E ciò in forza della nuova formulazione dell'art. 155 c.c., secondo il quale il Tribunale pone in essere ogni altro provvedimento nell'interesse della prole. Anche l'art. 709 *ter* c.p.c. risaltava la medesima questione, poiché demandava al giudice della separazione la cognizione delle controversie inerenti alle modalità di affidamento e all'esercizio della potestà sulla prole, anche in caso di gravi inadempienze o di

atti che comunque avessero arrecato pregiudizio al minore od ostacolato il corretto svolgimento delle modalità di affidamento. Sicché si è rilevato che anche il T.o. adito in sede di separazione o divorzio poteva emettere provvedimenti incidenti sull'affidamento della prole che avessero tenuto conto della ricorrenza di situazioni pregiudizievoli per i figli, atteso che era comunque necessario ponderare l'interesse materiale e morale del minore con un'ampia gamma di provvedimenti adottabili, come ad esempio l'affidamento a terzi o ai servizi sociali (cfr. Cass. 10.10.2008, n. 24907). La *querelle* è stata risolta da una recente pronuncia della giurisprudenza di legittimità in sede di regolamento di competenza (cfr. Cass. 5.10.2011, n. 20354), la quale, stigmatizzando la concezione angusta e formalistica del più generale riparto di competenze fra T.o. (quale giudice della separazione o del divorzio) e T.m., ha puntualizzato che siffatta impostazione precluderebbe al giudice



ordinario di assumere provvedimenti più articolati, che – pur senza pretermettere radicalmente il ruolo genitoriale – si facciano carico del contingente interesse dei minori stessi. Al riguardo, era precisato che sia in tema di separazione sia in tema di divorzio è consentito al giudice di decidere anche *ultra petitum*, assumendo provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse materiale e morale di essa. Sicché è alquanto artificioso o addirittura impossibile distinguere una domanda di modifica pura e semplice da una domanda basata sul contegno pregiudizievole (o radicalmente abusivo) del genitore. In questi casi, la competenza speciale del T.o. sarebbe prevalsa su quella generale dell'organo giudiziario minorile, anche con riferimento all'adozione dei provvedimenti limitativi della potestà. La competenza meramente residuale del Tribunale dei minorenni sarebbe rimasta in ogni caso ferma, non già sotto il profilo dell'oggetto della domanda, quanto in ragione dei soggetti agenti, qualora il procedimento ex art. 333 c.c. fosse stato attivato in casi eccezionali di necessità e urgenza, anche in pendenza di procedimenti di separazione o divorzio, dal pm o da parenti (parti prive di impulso processuale nei giudizi pendenti davanti al T.o.).

Sempre nel regime antecedente all'entrata in vigore della legge 10.12.2012, n. 219 (con decorrenza dall'1.01.2013), in ossequio al principio fondante per la tutela del minore della concentrazione in capo a un'unica autorità giudiziaria delle domande di affidamento e di mantenimento dei figli naturali (cfr. Cass. 3.04.2007, n. 8362), si era consolidata la regola della competenza unitaria a provvedere del T.m., in guisa della contestualità delle misure invocate relative all'esercizio della potestà e all'affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio, da un lato, e di quelle economiche inerenti al loro mantenimento, dall'altro. E ciò alla stregua dell'inscindibilità delle valutazioni inerenti all'affidamento e alla regolamentazione degli aspetti patrimoniali. La competenza del T.o. sarebbe rimasta intatta solo nel caso di proposizione di ricorso attinente in via esclusiva agli aspetti patrimoniali (cfr. Cass. 25.08.2008,

n. 21754). Sicché, qualora nel giudizio instaurato davanti al T.o., ai fini della regolamentazione degli aspetti patrimoniali relativi alla tutela della prole naturale, fosse stata spiegata riconvenzionale avente ad oggetto l'affidamento, il T.o. avrebbe dovuto spogliarsi della causa nel suo complesso, in ragione della competenza funzionale del T.m., fatta salva l'ipotesi in cui fosse stato adito con il rito monitorio di cui all'art. 148 c.c. (in tale evenienza, avrebbe mantenuto la competenza sulla sola domanda principale). E così il T.m. sarebbe stato competente a pronunciarsi sulla modifica delle condizioni economiche da esso stesso disposte.

2. ASSETTO DELLE COMPETENZE DOPO LA NOVELLA DEL 2012

Il quadro normativo è radicalmente mutato con l'entrata in vigore della legge 10.12.2012, n. 219, che detta le disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, cui ha fatto seguito il d.lgs. 28.12.2013, n. 154, entrato in vigore a decorrere dal 7.02.2014.

La parificazione tra figli legittimi e naturali ha determinato l'attribuzione di competenze esclusive al Tribunale ordinario sulle questioni di affidamento e mantenimento dei figli naturali

La parificazione tra figli legittimi e naturali ha determinato l'attribuzione di competenze esclusive al T.o. sulle questioni di affidamento e mantenimento concernenti i figli naturali. Segnatamente, l'art. 38, primo comma, disp. att. c.c. ha individuato specificamente i procedimenti di competenza del T.m. (quelli contemplati dagli artt. 84, 90, 330, 332, 333, 334, 335, 371, ultimo comma, 251 e 317 *bis* c.c.).

Dopodiché, ha stabilito che per i procedimenti di cui all'art. 333 c.c. (*rectius* per i provvedimenti limitativi della responsabilità) resta esclusa la competenza del T.m. nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell'art. 316 c.c. (*rectius* procedimenti sulla responsabilità genitoriale precipuamente riferiti ai figli naturali). In tali casi, la competenza, per tutta la durata del procedimento, spetta al giudice ordinario, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo. Il secondo comma individua poi, in via residuale, le competenze del T.o. per tutti i provvedimenti per i quali non è prevista la specifica competenza del T.m. Infine, la norma prevede che nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applichi il rito camerale, in quanto compatibile.



La formula della disposizione ha posto i seguenti problemi interpretativi: a. l'ambito in cui opera l'attrazione della competenza del T.o. ai fini dell'adozione dei provvedimenti *de potestate ex art. 333 c.c.*; b. l'estensione della competenza del T.o. con riferimento ai provvedimenti ablativi della responsabilità genitoriale; c. il ruolo propulsivo del pm e dei parenti in tali procedimenti; d. il rito applicabile ai procedimenti *de potestate* trattati dal T.o.; e. la competenza sulle richieste di modifica. La soluzione di questi nodi non può prescindere dall'immanente esigenza di armonizzazione dei procedimenti e dall'inevitabile raccordo degli interventi tra le varie autorità giudiziarie. E ciò in vista dell'obiettivo di tutelare e promuovere "azioni a misura di minore", obiettivo inserito tra le finalità indicate dalle Linee Guida del Consiglio d'Europa del 17.11.2010, fatte proprie dall'Unione Europea in data 15.02.2011.

2.1. COMPETENZA SULL'ADOZIONE DEI PROVVEDIMENTI LIMITATIVI DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE

Nessun dubbio ricorre quando il giudizio *de potestate ex art. 333 c.c.* sia proposto *ex novo* da uno dei genitori dinanzi al T.m. in pendenza di un procedimento separativo (*rectius* di

LA FORMULA DELLA DISPOSIZIONE HA POSTO ALCUNI PROBLEMI INTERPRETATIVI LA CUI SOLUZIONE NON PUÒ PRESCINDERE DALL'ESIGENZA DI ARMONIZZAZIONE DEI PROCEDIMENTI E DALL'INEVITABILE RACCORDO DEGLI INTERVENTI TRA LE VARIE AUTORITÀ GIUDIZIARIE

separazione, di divorzio, di annullamento o nullità del matrimonio o di responsabilità dei genitori naturali) davanti al T.o. In questa evenienza, il T.m. deve dichiarare la propria incompetenza, essendo competente il T.o. davanti al quale è in corso tra le stesse parti il giudizio separativo. Dinanzi al T.o. il procedimento *de potestate* deve essere riassunto nei termini di legge. Si discute sulla forma del provvedimento da adottare a cura del T.m., alla stregua della natura non decisoria e non definitiva dei provvedimenti di volontaria giurisdizione rilevanti in questa sede (cfr. Cass. S.U. 15.07.2003, n. 11026; più recentemente Cass. 13.09.2012, n. 15341). Nondimeno, per la declaratoria di incompetenza (sopravvenuta) per materia o di continenza ex art. 39, secondo comma, c.p.c. (in adesione alla teoria funzionale e non meramente quantitativa della continenza, che diviene così sostanzialmente una sottospecie della connessione ex art. 40 c.p.c.) propende la tesi secondo cui anche in tali procedimenti, da trattare in camera di consiglio, l'intervento del giudice trova il suo presupposto in una situazione conflittuale che impedisce ai titolari degli interessi coinvolti di provvedere direttamente alla loro regolamentazione (cfr. Cass. 22.05.2003, n. 8115). Non si tratta di assoluta incompetenza funzionale, poiché la prima parte

dell'art. 38, primo comma, disp. att. c.c. attribuisce pur sempre la competenza sui provvedimenti ex art. 333 c.c. al T.m., sicché la competenza del T.o. opera solo quando sia pendente tra le stesse parti un giudizio separativo. Qualora, per converso, il giudizio ex art. 333 c.c. sia proposto da uno dei genitori dinanzi al T.m. in assenza di un giudizio separativo, che sia instaurato solo successivamente, opererà la *vis attractiva* in favore del T.o., alla stregua delle regole processuali sulla connessione ex art. 40 c.p.c., sicché dovrà essere concesso un termine per la riassunzione davanti al giudice della causa prevalente. Nondimeno, qualora il T.m. ritenga che la causa principale sia in uno stato tale da non consentire l'esauriente trattazione e decisione della causa connessa, dovrà concludere il procedimento *de potestate* davanti a sé e trasmettere al T.o. copia del provvedimento emesso (eventualmente con copia degli atti più significativi). Si tratta, comunque, di decisione provvisoria, volta ad assicurare la soddisfazione degli interessi indefettibili e improcrastinabili del minore, esecutiva e ultrattiva, destinata ad essere assorbita nelle successive decisioni adottate dal T.o., che potrà recepirla o modificarla. Qualora il giudizio riassunto davanti al T.o. non sia più coltivato o sia stato già definito o, comunque, non sia più in corso, il giudice, se ne ravvisi la necessità, può trasmettere gli atti



al pm minorile perché assuma le sue iniziative (*rectius* perché instauri eventualmente nuovo procedimento dinanzi al T.m.). Secondo altra ricostruzione, qualora al momento della proposizione del ricorso ex art. 333 c.c. davanti al T.m. non sia in corso alcun giudizio separativo, instaurato solo successivamente, opererà il principio della *perpetuatio jurisdictionis* ex art. 5 c.p.c., principio di rilevanza costituzionale (in quanto corollario del principio del giudice naturale precostituito), attesa la natura contenziosa di tali procedimenti (cfr., *a contrario*, in materia di amministrazione di sostegno, Cass. 7.05.2012, n. 6880), con l'effetto che la competenza si radicherà irreversibilmente davanti al T.m. Questa soluzione è però suscettibile di determinare un contrasto di giudicati. Si noti che la norma allude ai procedimenti in corso e non

semplicemente pendenti ma in stato di quiescenza (si pensi al caso di pendenza dei termini per spiegare appello o reclamo). Ne discende che in tale evenienza il T.m. mantiene la propria competenza. Così come la competenza si radica davanti al T.m. quando il contenzioso in sede ordinaria riguardi i soli profili del mantenimento e non dell'affidamento.

2.2. COMPETENZA SULL'ADOZIONE DEI PROVVEDIMENTI ABLATIVI DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE

Si ritiene che tra i provvedimenti che il giudice del procedimento separativo può adottare non rientri la pronuncia ex art. 330 c.c., benché l'art. 38, primo comma, disp. att. c.c. stabilisca

che per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetti al g.o. La decadenza dalla potestà (*rectius* dalla responsabilità) genitoriale non si ritiene, infatti, compatibile con la natura delle questioni che attengono all'affidamento e al mantenimento dei minori. Queste ultime presuppongono tutte il diritto soggettivo del padre e della madre alla genitorialità. Qualora si realizzi un abuso dei poteri e una violazione dei doveri a carico di un genitore, tale da causare un grave pregiudizio al figlio e da legittimare l'adozione di misure ablativie della sua responsabilità, la competenza non può che spettare al T.m. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha sancito, anche recentemente (cfr. Cass. 8.03.2013, n. 5847), la reciproca autonomia delle attribuzioni del T.m., competente ad assumere i provvedimenti incidenti sulla

spettanza (*an*) della responsabilità genitoriale, e del T.o., quale giudice della separazione competente sulle modalità di esercizio (*quomodo*) della responsabilità medesima (cfr. Cass. 24.03.2011, n. 6841), anche quando l'affidamento della prole sia richiesto in ragione dell'esistenza di un grave pregiudizio per i figli minori (cfr. Cass. 5.10.2011, n. 20352). Sicché non vi è alcuna interferenza tra aspetti concernenti il riconoscimento della responsabilità e aspetti inerenti al suo esercizio. Secondo altra impostazione, volta a dare un senso alla norma e a risaltare la discriminazione che la norma stessa opera tra "procedimenti" e "provvedimenti", la competenza sulla decadenza in capo al T.o. spetterebbe solo quando tale richiesta si innesti, in termini di aggravamento, su un sub-procedimento ex art. 333 c.c. già definito in pendenza del giudizio separativo.



2.3. RUOLO PROPULSIVO DEL PM E DEI PARENTI IN TALI PROCEDIMENTI

La norma prevede l'attrazione della competenza sui provvedimenti *de potestate* in favore del T.o. quando il procedimento in corso davanti a quest'ultimo verta tra le stesse parti. Si pone, allora, il problema di stabilire se tale vincolo operi anche quando la richiesta dei provvedimenti ex art. 333 c.c. provenga dal pm minorile o dai parenti legittimati ex art. 336 c.c., che non possono promuovere il giudizio separativo davanti al T.o. È noto che nei procedimenti di separazione e divorzio il pm è un mero intervenore ex art. 70 c.p.c. mentre è escluso l'intervento, anche *ad adiuvandum*, dei parenti. Alla luce del dato letterale, in questo caso la competenza del T.o. è esclusa. Ciò non toglie che i due uffici siano tenuti alla trasmissione degli atti allo scopo

di assicurare un opportuno coordinamento dei rispettivi interventi. Quando la richiesta dei provvedimenti *de potestate* provenga dalle parti e la competenza spetti al T.o., comunque il pm ordinario interveniente dovrà esercitare i poteri che gli competono con particolare scrupolo, in ragione della natura degli interessi incisi, avvalendosi eventualmente dei poteri di integrazione istruttoria, senza preclusioni, essendo il medesimo organo di rilevanza pubblicistica, precisando le conclusioni e avvalendosi, se del caso, del potere di impugnazione che gli spetta su tali questioni, in applicazione estensiva dell'art. 740 c.p.c.

2.4. RITO APPLICABILE

Qualora la competenza a decidere sulle questioni *de potestate* spetti al T.o., si pone il problema delle garanzie da assicurare alle

parti in ordine al rito applicabile. L'art. 38 disp. att. c.c. richiama il rito camerale. Resta comunque il fatto che queste misure possono essere assunte senza garanzia di collegialità dal presidente nella fase sommaria o dal giudice istruttore nella fase a cognizione piena dei giudizi di separazione e divorzio. In questi casi, proprio in guisa del richiamo alle disposizioni dedicate ai procedimenti camerali, in quanto compatibili, deve essere comunque assicurata la reclamabilità delle misure adottate sul punto. All'uopo, è ragionevole applicare un meccanismo analogo a quello previsto dagli artt. 709 *ter* e 710 c.p.c., con l'effetto che, restando ferma la reclamabilità dei provvedimenti presidenziali davanti alla Corte d'appello, i provvedimenti assunti dal giudice istruttore nel corso del giudizio separativo saranno reclamabili davanti al Tribunale collegiale mentre i provvedimenti di modifica

emessi successivamente alla sentenza saranno reclamabili in Corte d'appello.

Con riguardo al rito applicabile a tutela dei figli naturali, troverà applicazione *tout court* la procedura camerale con garanzia di collegialità, senza che operino le scansioni tipiche dei procedimenti di separazione e divorzio.

Infine, la vigilanza sull'esecuzione delle misure *de potestate* adottate compete al g.t.

2.5. COMPETENZA SULLE RICHIESTE DI MODIFICA

In forza delle innovative attribuzioni in favore del T.o., le richieste di modifica dei provvedimenti adottati dal T.m. in tema di affidamento e mantenimento dei figli naturali, proposte successivamente al 2.01.2013, ai sensi dell'art. 710 c.p.c. o dell'art. 9 della legge 1.12.1970, n. 898, sono di pertinenza del T.o.

Qualora sia presentato ricorso ex art. 330 c.c. con contestuale domanda di modifica dei provvedimenti adottati nel procedimento separativo, vi è una separazione delle competenze: il ricorso ex art. 330 c.c. deve essere trattato dal T.m. mentre la modifica dei provvedimenti separativi spetta alla competenza del T.o.

Quando le parti richiedano la sola modifica del provvedimento ex art. 333 c.c. assunto dal T.o. nel giudizio separativo, la competenza spetta al T.m. mentre, laddove la modifica si estenda, oltre che alle misure ex art. 333 c.c., anche agli altri provvedimenti assunti nel giudizio separativo, la competenza per intero è del T.o.

3. PROSPETTIVE DI RIFORMA

Gli ultimi interventi legislativi commentati presentano inevitabilmente profili lacunosi, senza escludere il carattere di frammentarietà nella ricostruzione del riparto di competenze. Sicché quanto mai opportuno appare un intervento organico diretto alla costituzione di un unico Tribunale della persona e delle relazioni familiari,

che unifichi le competenze oggi distribuite tra molteplici organi giudiziari.

Nelle ultime legislature sono state presentate più proposte di riforma ordinamentale che vanno in questa direzione. Il Tribunale per la famiglia e i minori, costituito in ogni circondario, dovrebbe assommare le competenze sui procedimenti *de potestate* nonché su quelli relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli nei giudizi separativi. Siffatta impostazione consentirebbe una piena realizzazione dei principi costituzionali del giusto processo e dell'adeguata tutela dell'interesse dei minori. In tale ottica si muovono più d.d.l. Il d.d.l. n. 2517 C, recante *Misure urgenti e delega in materia di diritto di famiglia e dei minori*, auspicava l'attribuzione a un unico organo giudiziario della cognizione di tutte le tematiche inerenti la famiglia e i minori. Inoltre, prospettava l'introduzione di significative modifiche degli aspetti processuali, al fine di meglio tutelare i diritti dei soggetti coinvolti. All'uopo, si prevedeva la soppressione del T.m. e la creazione di sezioni specializzate presso i Tribunali e le Corti d'appello, a composizione esclusivamente togata. Secondo altra versione, la coesistenza con i T.m. potrebbe giustificarsi in ragione dell'attribuzione di competenze a questi ultimi nel solo settore penale.





Nello stesso senso si esprime il d.d.l. n. 3323, che contempla l'istituzione di sezioni specializzate della famiglia e delle persone presso i Tribunali e le Corti d'appello, senza esclusione alcuna, nonché l'istituzione di analoghe sezioni specializzate presso ogni ufficio di procura. Ancora, i d.d.l. nn. 2252 e 5165 prevedono anch'essi l'istituzione del Tribunale della persona e della procura della persona. Da ultimo, lo schema di disegno di legge delega al governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile, approvato dal Consiglio dei ministri il 31.8.2014, all'art. 1, ha testualmente previsto che il Governo è delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti l'implementazione del Tribunale delle imprese e l'istituzione del Tribunale della famiglia e della persona, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: ... 2) quanto al Tribunale della famiglia e della persona: a) istituire presso tutte le sedi di Tribunale le "sezioni specializzate per la famiglia e la persona"; b) attribuire alla competenza delle sezioni

specializzate di cui alla precedente lettera a): b.1) tutte le controversie attualmente di competenza del Tribunale per i minorenni in materia civile di cui all'articolo 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile; b.2) le controversie attualmente devolute al Tribunale civile ordinario in materia di stato e capacità della persona, rapporti di famiglia e di minori, ivi compresi i giudizi di separazione e divorzio; b.3) i procedimenti di competenza del giudice tutelare in materia di minori e incapaci; b.4) le controversie relative al riconoscimento dello *status* di rifugiato e alla protezione internazionale disciplinate dal decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25 e successive modificazioni, nonché dal decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150; c) concentrare presso le sezioni specializzate aventi sede nel capoluogo del distretto di Corte d'appello, in aggiunta alle competenze di cui alla precedente lettera b): c.1) i procedimenti relativi alle adozioni; c.2) i procedimenti relativi ai minori stranieri non accompagnati e ai richiedenti protezione internazionale; c.3) i procedimenti

relativi alla rettificazione di attribuzione di sesso, ai diritti della personalità, ivi compresi il diritto al nome, all'immagine, alla reputazione, all'identità personale, alla riservatezza e tutte le questioni afferenti l'inizio e fine vita; d) individuare le materie riservate alla competenza collegiale; e) assicurare alla sezione l'ausilio dei servizi sociali e di tecnici specializzati nelle materie di competenza; f) prevedere che le attribuzioni conferite dalla legge al pm nelle materie di competenza delle sezioni specializzate siano esercitate da magistrati assegnati all'ufficio specializzato per la famiglia e per i minori, costituito all'interno della procura della Repubblica presso i Tribunali dove sono istituite le sezioni; g) rideterminare le dotazioni organiche delle sezioni specializzate, dei Tribunali civili e dei Tribunali per i minorenni, adeguandole alle nuove competenze; h) disciplinare il rito in modo uniforme e semplificato.

TRASFERIMENTO ALLA SEDE ARBITRALE DI PROCEDIMENTI PENDENTI DINANZI ALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA

Stefano Schirò

Componente del Comitato Direttivo Centrale dell'ANM

1. L'art. 1 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni nella legge 10 novembre 2014, n. 162, prevede la possibilità del trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria (cosiddetta *translatio iudicii* in sede arbitrale).

La norma si inserisce tra le misure di degiurisdizionalizzazione adottate, come evidenziato nelle premesse del citato provvedimento legislativo, con la "finalità di assicurare una maggiore funzionalità ed efficienza della giustizia civile" e per "la definizione dell'arretrato in materia di processo civile".

Ci si deve chiedere pertanto se lo strumento del trasferimento alla sede arbitrale dei processi civili pendenti sia funzionale alle finalità perseguite.

Il giudizio pressoché unanime dei commentatori è nel senso, non solo della sostanziale inutilità della misura ai fini della definizione dell'arretrato, ma anche di una sua complessiva "dannosità di sistema", in quanto destinata a "generare una insostenibile contaminazione tra procedimento arbitrale e procedimenti dinanzi all'autorità giudiziaria tanto da poter dar vita ad una pericolosa osmosi tra l'arbitrato e il procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria" (v. Associazione Nazionale Magistrati, Osservazioni su d.l. 132 per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile, 18 settembre 2014, par. 1).

Tale valutazione negativa non può che essere condivisa e le ragioni di tale giudizio meritano un approfondimento.

2. Una premessa appare d'obbligo. Come rilevato di recente dal Consiglio Superiore della Magistratura (v. parere in data 9 ottobre 2014 sul d.l. 12 settembre 2014 n. 132, par. 2), deve esprimersi un giudizio positivo sulla scelta di fondo del legislatore di favorire il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, al fine di ridurre il contenzioso civile.

Tuttavia le prospettive riformatrici volte a privilegiare la risoluzione negoziale delle controversie non devono determinare un contesto normativo di

riferimento dal contenuto confuso, nel quale sia difficile individuare il modello di processo civile che si intende realizzare e che costituisca fonte di dubbi interpretativi e di ulteriore contenzioso, che genera a sua volta ritardi nella definizione dei processi pendenti, così da aumentare, anziché diminuire, la pesante situazione di arretrato e di durata non ragionevole che caratterizza la nostra giustizia civile.

Sotto altro profilo, non può essere taciuta la preoccupazione che il ricorso, oltre ragionevole misura, alla negoziazione privata per la risoluzione delle controversie comporti l'offuscamento della funzione giurisdizionale, che costituisce un'attività costituzionalmente necessaria a norma degli artt. 24 e 111 della Costituzione (v. Luiso, La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2004, pag. 1201 ss.; parere CSM 9 ottobre 2014, cit., par. 2).

C'è da chiedersi, in particolare, perché efficienza debba essere necessariamente sinonimo di privatizzazione; perché gli strumenti privatistici debbano collocarsi fuori e non anche dentro il concreto esercizio della funzione giurisdizionale; perché le strade delle riforme debbano passare lontano dai giudici e dalle aule di giustizia, che sono a disposizione di tutti e in cui tutti i cittadini dovrebbero in condizioni di pari dignità trovare tutela, per essere affidate agli studi professionali, dove di più potrà avere, in termini di capacità di gestire il processo, chi disporrà di maggiori risorse economiche; perché l'efficienza debba stare fuori dal processo pubblico, sembrando evidente che un'efficienza riservata a pochi e non a tutti non è la soluzione ma l'elusione del problema.



3. Le preoccupazioni espresse si attagliano significativamente alla fattispecie della *translatio iudicii* in sede arbitrale.

È opportuno un richiamo agli elementi della fattispecie normativa di riferimento.

L'art. 1, comma 1, delimita l'ambito applicativo della disciplina.

a) Deve trattarsi di cause civili dinanzi al Tribunale o in grado di appello pendenti alla data di entrata in vigore del decreto legge, che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili e che non vertano in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale;

b) in sede di conversione del decreto legge la facoltà di *translatio* è stata prevista anche nelle cause vertenti su diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva, quando il contratto stesso abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale;

c) la causa non deve essere stata assunta in decisione;

d) le parti, con istanza congiunta, possono richiedere, nelle suddette cause, di promuovere un procedimento arbitrale a norma delle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile;

e) per le controversie di valore non superiore a 50.000 euro in materia di responsabilità extracontrattuale o aventi ad oggetto pagamento di somme di denaro, nei casi in cui sia parte del giudizio la pubblica amministrazione, il consenso di questa alla richiesta di promuovere il procedimento arbitrale avanzata dalla



sola parte privata si intende in ogni caso prestato, salvo che la pubblica amministrazione esprima il dissenso scritto entro trenta giorni dalla richiesta.

4. Non possono non cogliersi immediatamente le difficoltà applicative della disciplina delineata.

Quanto alla convenienza di passare dalla sede processuale a quella arbitrale, va rilevato che la *translatio* sarà possibile solo sull'accordo di tutte le parti in causa.

È ben noto che non tutte le parti in causa hanno interesse alla sollecita definizione del giudizio, specialmente quelle che prevedano un esito sfavorevole e per le quali la resistenza in giudizio costituisce uno strumento dilatorio per tentare di sottrarsi ai propri obblighi o di differirne l'adempimento.

È veramente difficile che possa verificarsi l'ipotesi che le parti, dopo aver sostenuto ingenti spese processuali o essersi impegnate in una complessa attività istruttoria, si accordino per abbandonare il processo e devolvere ad arbitri la controversia.

È ancora più inverosimile che questo accada nella fase di appello del processo, essendo evidente l'interesse della parte non soccombente, destinataria di una sentenza di primo grado a lei

favorevole e provvisoriamente esecutiva, a definire in sede processuale la controversia, anziché intraprendere la procedura arbitrale.

Sullo sfondo vi è poi la concreta difficoltà di poter ipotizzare l'interesse economico delle parti, già gravate dagli oneri sostenuti nella pendenza del processo, di sottoporsi a ulteriori e ingenti spese correlate ai costi del procedimento arbitrale.

5. Con riferimento alle difficoltà interpretative e applicative della nuova normativa, è sufficiente considerare la mancanza di disciplina, per quanto riguarda l'istanza congiunta, delle situazioni di litisconsorzio facoltativo e di cause scindibili, o di contumacia del convenuto e dell'appellato.

Assai nebulosa si rappresenta anche la disciplina dell'impugnazione del lodo arbitrale, specialmente nel caso in cui sia intervenuto dopo una sentenza giurisdizionale di primo grado e quindi si sia inserito in un procedimento giurisdizionale, tenuto anche conto di quanto dispone il comma 3 dell'art. 1 citato, secondo il quale «il procedimento prosegue davanti agli arbitri. Restano fermi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda giudiziale e il lodo ha gli stessi effetti della sentenza». Ciò malgrado che il successivo comma

4 faccia esplicito riferimento alla dichiarazione di nullità del lodo impugnato a norma dell'art. 830 c.p.c., senza peraltro che possa del tutto escludersi la possibilità di un ricorso diretto per Cassazione avverso il lodo pronunciato in sostituzione della sentenza di appello e di cui produce i medesimi effetti (v. parere Csm 9 ottobre 2014, cit., par. 2.1.).

6. Problematicità evidenti si pongono anche con riferimento ai tempi della procedura conseguente alla *translatio*.

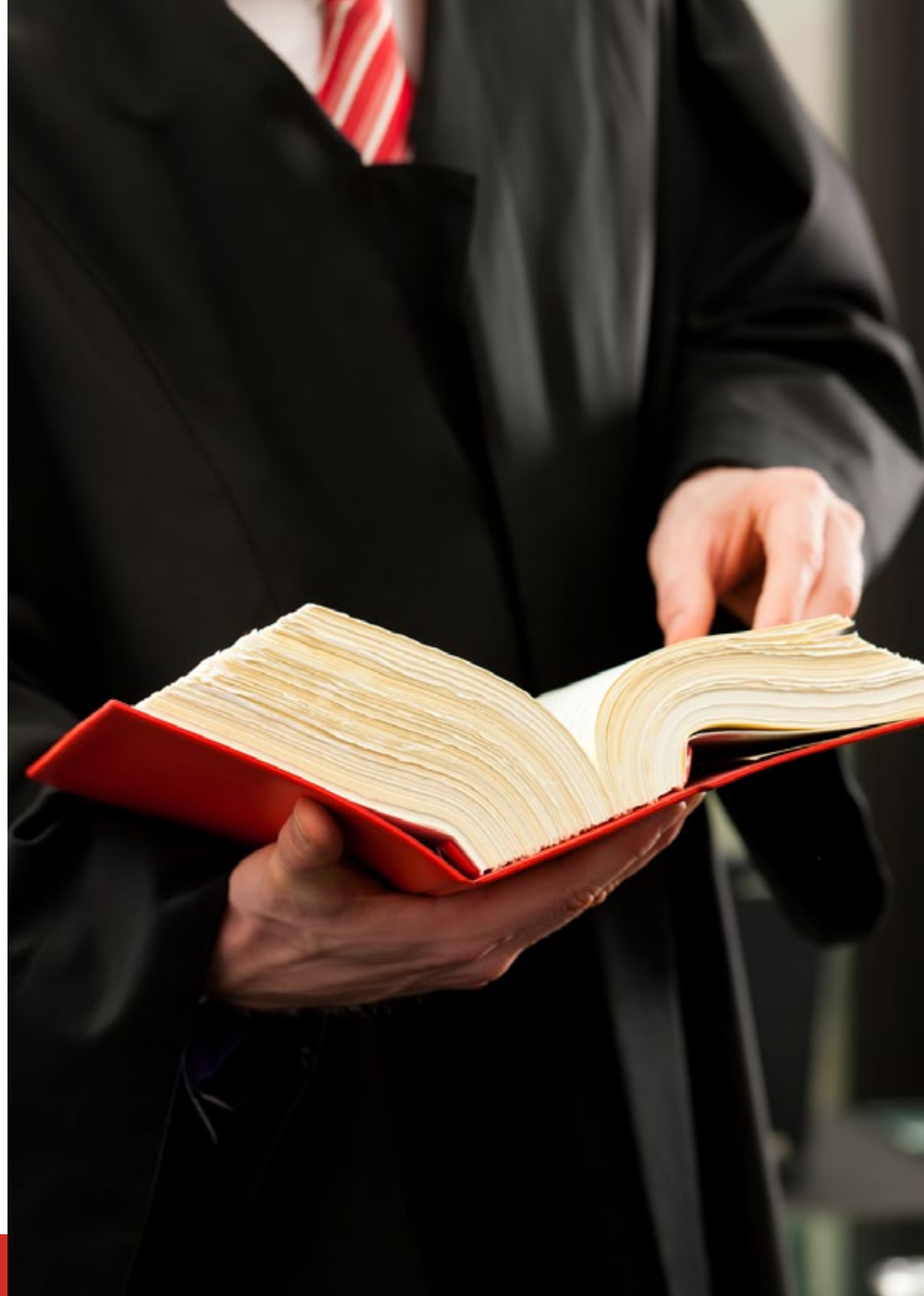
La nuova disciplina regola esclusivamente i tempi della *translatio* operata nel corso del giudizio di appello, prevedendo per la pronuncia del lodo un termine massimo di centoventi giorni dall'accettazione della nomina del collegio arbitrale (prorogabile di ulteriori trenta giorni, secondo facoltà esercitabile dagli arbitri, previo accordo tra le parti). L'inosservanza del termine suddetto comporta per le parti l'onere di riassumere il processo entro sessanta giorni, termine perentorio la cui inosservanza determina l'estinzione del giudizio, con applicazione dell'art. 338 c.p.c.

Si tratta di una scansione temporale di non breve momento, che può incidere negativamente sui tempi di ragionevole durata del processo (in particolare di quello di appello), specialmente tenendo conto dell'intervallo di tempo che potrà passare per raccogliere il consenso di tutte le parti al trasferimento del processo in sede arbitrale e ai tempi, non regolamentati, ma non sicuramente di rapido decorso, per la disamina da parte del giudice della sussistenza delle condizioni previste dal comma 1 dell'art. 1, nonché per la trasmissione del fascicolo da parte del giudice al presidente del Consiglio dell'ordine competente e per la nomina degli arbitri, che dovrà essere effettuata o dalle parti concordemente o dal presidente del Consiglio dell'ordine.

Nessun termine è invece previsto per la definizione del procedimento arbitrale promosso nel giudizio di primo grado, in chiara contraddizione con l'esigenza di ragionevole durata, tenuto anche conto che, in caso di omessa pronuncia del lodo, il processo

potrebbe comunque essere riassunto (v. parere Csm 9 ottobre 2014, cit., par. 2.1.).

Parimenti in contraddizione con l'esigenza di ragionevole durata si pone la disciplina conseguente alla pronuncia di nullità del lodo, prevedendosi la riassunzione del processo entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di nullità, quindi anche a distanza di qualche anno, qualora la sentenza di nullità sia gravata di ricorso per Cassazione.



PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ DELLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA OBBLIGATORIA

Massimo Vaccari

Giudice del Tribunale di Verona

INTRODUZIONE

L'ultimo prodotto del frenetico riformismo dell'attuale Governo è il decreto legge 12 settembre 2014 n. 132, recante *"Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile"*. Nel capo II del provvedimento è contenuta la disciplina della procedura della negoziazione assistita da un avvocato, un istituto che per la prima volta fa la sua comparsa nel nostro ordinamento, sul modello di quello francese, introdotto dalla legge n. 2010-1609 del 22 dicembre 2010.

Si tratta di una forma di a.d.r. cogestita dagli avvocati delle parti e finalizzata al raggiungimento di un accordo, avente valenza di titolo esecutivo, che eviti il giudizio. Essa si articola: nella sottoscrizione da parte delle parti in lite di un accordo (c.d. convenzione di negoziazione) mediante il quale esse convengono di cooperare per risolvere in via amichevole una controversia vertente su diritti disponibili tramite l'assistenza dei rispettivi difensori; nella successiva attività di negoziazione vera e propria e nell'eventuale sottoscrizione, da parte di difensori e parti, dell'accordo conciliativo.

L'ottimismo e l'enfasi propagandistica con la quale è stata presentata l'introduzione dell'istituto nel nostro ordinamento non sembrano giustificati



Due sono le ipotesi di negoziazione assistita previste dal nuovo intervento normativo: la procedura facoltativa (o volontaria), rimessa alla libera iniziativa delle parti, e la procedura obbligatoria, strutturata come condizione di procedibilità della domanda, solo per talune materie (controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e controversie in cui una parte vanta una pretesa, a qualsiasi titolo, al pagamento di somme non eccedenti cinquantamila euro, con esclusione delle controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori). Alla seconda delle due fattispecie è specificamente

dedicata la disciplina dell'art. 3 che ricalca quella del procedimento di mediazione previsto quale condizione di procedibilità della domanda (art. 5, comma 1 bis, del d.lgs. n. 28 del 2010). Gli artt. 2 e quelli da 4 a 11 regolano la negoziazione assistita volontaria, anche qualora con essa si intenda raggiungere una soluzione consensuale di procedimenti di separazione, divorzio e modifica delle condizioni di tali istituti (art. 6).

Le norme sulla negoziazione assistita obbligatoria entreranno in vigore, decorsi novanta giorni dalla conversione in legge del decreto (cfr. art. 3 ultimo

è facile prevedere un insuccesso dell'istituto per tutte le ipotesi in cui le parti controvertano della responsabilità contrattuale di una di loro. Sarà molto improbabile infatti che esse possano raggiungere un nuovo accordo finalizzato a definire quel contrasto.

Quanto invece alla disciplina sulla negoziazione assistita obbligatoria essa presenta diverse criticità, alcune delle quali si illustreranno in queste pagine, che rischiano seriamente di impedirne l'applicazione. Sotto il profilo concreto poi la prognosi sopra citata dà per scontato che le future negoziazioni sortiranno necessariamente un esito conciliativo ma se ciò non dovesse accadere sarà evidente come esse saranno servite solo a ritardare l'inizio dei processi che mirano a prevenire.

LA DISCIPLINA SULLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA OBBLIGATORIA PRESENTA DIVERSE CRITICITÀ CHE RISCHIANO DI IMPEDIRNE L'APPLICAZIONE

comma), mentre tutte le altre disposizioni sono entrate in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta.

Secondo la stima del Ministero il nuovo modello di procedura "consentirà di ridurre il flusso delle cause in entrata dei Tribunali e dei giudici di pace di circa 60.000 cause per anno" (così la relazione tecnica leggibile sul sito del Ministero, www.ministerodellagiustizia.it).

A ben vedere questo ottimismo, e l'enfasi propagandistica con la quale è stata presentata l'introduzione dell'istituto nel nostro ordinamento, non sembrano giustificati, dal momento che, con riguardo alla negoziazione assistita volontaria,

Perlomeno quest'ultima considerazione avrebbe allora dovuto indurre gli artefici di questa prima fase di quella che, stando agli annunci, dovrebbe essere, una più estesa riforma della giustizia civile a una particolare cautela, per non rischiare di essere drasticamente smentiti nell'arco di un tempo non eccessivamente lungo.

LA SOVRAPPOSIZIONE DI FORME DI A.D.R. DIVERSE (CONTRASTO CON GLI ARTT. 3 E 24 COST.)

La sottoposizione a negoziazione assistita obbligatoria delle controversie relative a sinistri stradali ripropone la questione che si era presentata allorquando, a far data dal 22 marzo 2012, e sia pure per un limitato periodo di tempo, anche questa categoria di giudizi era stata assoggettata al tentativo obbligatorio di mediazione.

In particolare, soprattutto in dottrina, era risultato quanto mai controverso il rapporto tra quel presupposto e la condizione di proponibilità prevista dall'art. 145, primo comma, cod. assicurazioni. Infatti la questione da risolvere era stata se il danneggiato potesse attivare la procedura di mediazione prima o durante il decorso degli *spatia deliberandi* previsti dall'art. 145, 1° e 2° comma, cod. ass.

Analogamente, ora, si tratta di stabilire quale sia la relazione tra la norma speciale sopra citata e l'art. 3, comma 2, d.l. 132/2014.

Poiché quest'ultima norma prevede per l'invito a concludere la convenzione di negoziazione assistita requisiti di forma e di contenuto minori di quelli contemplati dall'art. 148 cod. ass., è ipotizzabile che esso sia inserito nella raccomandata indirizzata alla compagnia di assicurazione. Inoltre, al fine di raccordare tra loro i due diversi termini previsti per la risposta alla sollecitazione del danneggiato, può ammettersi che venga assegnato il maggior termine di cui all'art. 145 cod. ass. Ancora la raccomandata dovrà essere inviata anche al danneggiante.

Questa soluzione presenta l'indubbio vantaggio di scongiurare, a fronte dell'acclarato esito negativo della fase stragiudiziale prevista dal codice delle assicurazioni, un ulteriore tentativo di conciliazione nelle forme della negoziazione assistita che sarebbe inutilmente gravatorio, in termini di tempi e di costi, per la parte danneggiata.

Ad essa pare però di ostacolo il dato normativo del comma 5 dell'art.3 (*Restano ferme le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di mediazione e conciliazione, comunque denominati*) che invece giustifica la sovrapposizione di forme di a.d.r. diverse.

La collocazione della norma, dopo l'elenco dei giudizi per i quali la negoziazione assistita costituisce condizione di procedibilità (comma 1), ne rende piuttosto chiaro il significato: la procedura va espletata anche se sia stata preceduta da una diversa forma di a.d.r. prevista obbligatoriamente. Essa quindi allude, oltre che alla procedura ex art. 145 cod. ass., anche ai casi di mediazione ex *contractu* (art. 5, comma 5, d.lgs. 28/2010) e alle controversie agrarie in cui una delle parti possa svolgere una domanda di condanna di importo fino a cinquantamila euro, e che sono soggette, a pena di improcedibilità, al tentativo di conciliazione davanti all'ispettorato agrario ai sensi dell'art. 11, comma 3 d.lgs. 150/2011.

Rispetto a tutte queste ipotesi la soluzione adottata con il d.l., prescindendo completamente anche dalla considerazione della durata che abbia avuto la precedente fase conciliativa, può comportare

In alcune ipotesi la soluzione adottata dalla riforma può comportare una dilatazione eccessiva dei tempi di accesso alla giustizia oltre che un aggravio di costi difficilmente giustificabile

una dilatazione eccessiva dei tempi di accesso alla giustizia, oltre che un aggravio di costi difficilmente giustificabile, e pertanto non pare conforme non solo al parametro dell'art. 24 ma anche a quello dell'art. 3 Cost.

Le medesime considerazioni valgono rispetto ai casi in cui si intenda avanzare domande oggettivamente o soggettivamente complesse, alcune delle quali soggette a negoziazione assistita e altre a mediazione obbligatoria. Si pensi alle seguenti ipotesi: domanda, che si fondi su un contratto bancario, come tale soggetta a mediazione obbligatoria, e che sia connessa a una domanda di condanna al pagamento di una somma fino ad euro 50.000,00 che si fondi su un contratto, non qualificabile come bancario, con lo stesso o con altro soggetto. Ancora si pensi al caso di una domanda avente ad oggetto la costituzione o l'accertamento di un diritto reale, anch'essa assoggettata a mediazione, alla quale si accompagni una domanda di condanna al risarcimento danni per un importo fino ad euro 50.000,00, e che deve essere preceduta dalla negoziazione assistita a pena di improcedibilità. A fronte di simili eventualità infatti si dovranno seguire iter stragiudiziali differenti, aventi tempi di svolgimento diversi, e già questa prospettiva costituirà un serissimo ostacolo al raggiungimento di una soluzione conciliativa tra le parti, essendo evidente che questa difficilmente può prescindere da un confronto su tutte le questioni oggetto di lite. Non pare quindi aver tenuto conto di tutti questi aspetti l'affermazione contenuta nella relazione illustrativa al d.l. secondo cui la negoziazione assistita obbligatoria ha una funzione complementare rispetto alla mediazione obbligatoria.



LA REINTRODUZIONE DEL GRATUITO PATROCINIO (CONTRASTO CON GLI ARTT. 2, 3, 24 E 36 COST.)

Particolare perplessità suscita la disposizione di cui al comma 6 dell'art. 3, secondo la quale: *quando il procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda all'avvocato non è dovuto compenso dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'articolo 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 e successive modificazioni...* (la norma prosegue definendo le modalità con cui far constare la condizione di non abbiente).

È stato di fatto reintrodotta, limitatamente alla procedura di negoziazione assistita, l'istituto del gratuito patrocinio



Con questa norma è stato di fatto reintrodotta, limitatamente alla procedura di negoziazione assistita, l'istituto del gratuito patrocinio, una volta disciplinato, in via generale, dal r.d. 30 dicembre 1923, n. 3282, abrogato dall'art. 23 della legge 30 luglio 1990, n. 217.

Come noto quel testo normativo prevedeva l'assistenza tecnica gratuita del povero ammesso al beneficio, sul presupposto che fosse un dovere e un onere per la classe forense assistere i meno abbienti, in modo da assicurare loro un'adeguata tutela giurisdizionale. Questa impostazione, allorché entrò in vigore la Carta costituzionale, fu oggetto di rilievi di incostituzionalità sia, nella prospettiva dei non abbienti, per contrasto con gli artt. 3, comma 2, e 24 commi 1 e 3 Cost; sia, nella prospettiva degli avvocati, per contrasto con l'art. 36, comma 1 Cost. Proprio queste considerazioni hanno indotto quindi nel tempo

a optare per una diversa tecnica di assistenza giudiziaria per i non abbienti che ha trovato espressione nell'introduzione dapprima, per il solo processo penale, con la legge 30 luglio 1990, n. 217, e poi anche per il processo civile, con la legge 29 marzo 2001, n. 134, del diverso istituto del patrocinio a spese dello Stato. In base ad esse ai non abbienti è assicurata la possibilità di avvalersi di un difensore generalmente retribuito dallo Stato, sia pure con compenso ridotto rispetto a quello usuale. Le leggi predette sono state poi interamente sostituite dal d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115 (artt. da 74 a 145). Fino ad epoca recente tra commentatori e operatori del diritto era pressoché unanime l'opinione che non fosse possibile ottenere il patrocinio a spese dello Stato per l'attività stragiudiziale, pur nella ricorrenza delle condizioni di reddito previste per l'ammissione a tale beneficio.

Fino ad epoca recente era unanime l'opinione che non fosse possibile ottenere il patrocinio a spese dello Stato per l'attività stragiudiziale, pur nella ricorrenza delle condizioni di reddito previste per l'ammissione a tale beneficio

La ragione fondamentale che fondava quel postulato era che le norme del T.U.S.G. (in particolare art. 74, comma 2) che individuano l'ambito di applicazione di tale istituto lo ammettevano nell'ambito di un processo civile o in un procedimento di volontaria giurisdizione.

A porre in crisi questa conclusione ha però contribuito a livello normativo già la disciplina speciale contenuta nel d.lgs. 27 maggio 2005, n. 116 che ha recepito in Italia la direttiva Ue 2003/8, intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere, invero solo civili, attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato.

Un ulteriore spunto alla revisione dell'impostazione tradizionale è poi derivato dalle recenti modifiche alla disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione che hanno previsto l'obbligo dell'assistenza tecnica quando la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda.

La soluzione adottata dal decreto legge 132/2014 risulta ancor più iniqua perché esclude il diritto al compenso del difensore anche qualora le parti, all'esito di quella procedura, raggiungessero un accordo conciliativo

Il nuovo contesto normativo consente di affermare che la mediazione obbligatoria, anche nella modalità demandata dal giudice ai sensi dell'art. 5 comma 2 del d.lgs. 28/2010, costituisce una fase prodromica o incidentale del giudizio, cosicché, qualora non si concluda con una conciliazione, il difensore della parte non abbiente può ottenere il compenso a carico dello Stato per l'assistenza prestata nel corso di essa.

Il decreto legge 132/2014 ha invece escluso tale possibilità per le ipotesi in cui la negoziazione assistita sia condizione di procedibilità della domanda, con una soluzione che risulta ancor più iniqua per la sua estensione perché esclude il diritto al compenso del difensore anche qualora le parti, all'esito di quella procedura, raggiungessero un accordo conciliativo.

È opportuno infatti chiarire che, qualora la fase stragiudiziale abbia un simile esito, difettano non solo i presupposti normativi ma anche quelli sostanziali per porre a carico dello Stato il

compenso del difensore della parte non abbiente poiché, avuto riguardo ai secondi, si può verificare o che parti convengano di addebitare i costi della difesa del non abbiente alla controparte o che il non abbiente, per effetto della transazione, acquisti le risorse che gli consentono di retribuire il suo difensore (è inteso che anche l'attività svolta dal difensore nella fase stragiudiziale che non abbia un successivo sviluppo, giudiziale o conciliativo, resta esclusa dal patrocinio a spese dello Stato).

La legittimità della previsione in esame poi non può certo discendere dall'art. 13, comma 1 della l. 247/2012 che stabilisce che l'attività dell'avvocato può essere gratuita poiché tale norma allude appunto a una possibilità e quindi comporta che sia lo stesso professionista a scegliere tale modalità di svolgimento del proprio incarico.

La norma pare quindi non conforme ai principii di cui agli artt. 2, 3, 24 e 36 Cost., ma nemmeno alla direttiva UE 2003/8 con riguardo alle controversie transfrontaliere che debbano essere precedute dalla procedura di negoziazione assistita, perché finisce per privare di assistenza tecnica la parte non abbiente che intenda partecipare alla negoziazione assistita obbligatoria, essendo quasi scontato che nessun difensore accetterà di prestare la propria opera gratuitamente in suo favore.

Vi è poi un ulteriore profilo di incostituzionalità della disposizione. Essa tace sulla sussistenza di un diritto al compenso per coloro che intervengano nella procedura di negoziazione assistita obbligatoria come consulenti tecnici di parte. Si noti infatti che la possibilità che alla procedura possano partecipare soggetti diversi dagli avvocati delle parti è implicitamente ammessa dal legislatore, laddove all'art. 9, comma 3, menziona «coloro che partecipano al procedimento» come categoria distinta da quella dei difensori delle parti.

Orbene, in difetto di una specifica esclusione, deve ritenersi, per le ragioni sopra esposte, che tali professionisti possano godere del patrocinio a spese dello Stato, a differenza degli avvocati. Palese è quindi la violazione dell'art. 3 Cost.

INSUSSISTENZA DEI PRESUPPOSTI DELLA NECESSITÀ E URGENZA (VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 77 E 3 COST.)

La giurisprudenza costituzionale (sent. 23 maggio 2007 n. 171 e sent. 30 aprile 2008, n. 128), mutando il proprio orientamento, da qualche anno è arrivata ad ammettere il sindacato sull'esistenza dei presupposti straordinari di necessità e urgenza del decreto legge, salvo ritenere, a tutela della discrezionalità politica, che la mancanza di tali requisiti deve risultare evidente. La Corte ha anche precisato che il sindacato non è precluso dalla conversione in legge, atteso che l'eventuale vizio del decreto legge si risolve in un vizio della legge di conversione, per aver erroneamente valutato l'esistenza dei requisiti di validità in effetti non sussistenti e quindi convertito in legge un atto inconvertibile.

Secondo il giudice delle leggi l'evidente mancanza dei requisiti della necessità e urgenza può essere desunta da elementi intrinseci ed estrinseci alla decretazione e tra i secondi ha elencato: in primo luogo il preambolo del decreto legge, dove è contenuta la giustificazione dei presupposti

giuridici e dunque soprattutto dei requisiti di necessità e urgenza del decreto legge stesso; in secondo luogo l'analisi tecnico normativa che l'accompagna; in terzo luogo il contesto normativo nel quale il provvedimento va a inserirsi.

Nel caso di specie nel preambolo dell'intervento normativo in esame, a giustificazione dello stesso, si adduce «la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni in materia di degiurisdizionalizzazione e adottare altri interventi per la definizione dell'arretrato civile», senza evidenziare gradi di urgenza differenti per le diverse norme che lo compongono. E allora il differimento dell'efficacia delle disposizioni sulla negoziazione assistita obbligatoria di ben centocinquanta giorni rispetto al momento della pubblicazione del decreto in Gazzetta confligge in modo palese con quella finalità ed è sufficientemente indicativa dell'insussistenza in esso dei presupposti previsti dall'art. 77 Cost.

Parimenti la norma crea un'irragionevole disparità di trattamento tra i giudizi che verranno promossi in quell'arco di *vacatio legis* e i successivi, esonerando solo i primi dall'osservanza della condizione di procedibilità.

ULTERIORE PROFILO DI INCOSTITUZIONALITÀ DELLA DISPOSIZIONE: TACE SULLA SUSSISTENZA DI UN DIRITTO AL COMPENSO PER COLORO CHE INTERVENGANO NELLA PROCEDURA DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA OBBLIGATORIA COME CONSULENTI TECNICI DI PARTE



RELAZIONE ALLA PROPOSTA DI MODIFICA DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

Luciano Varotti

Giudice del Tribunale di Reggio Emilia

PREMESSA

L'allegata bozza di codice di procedura civile è nata (per gioco) dall'esperienza (durata due settimane) maturata dal sottoscritto presso il Tribunale di Colonia (D).

Allo stato attuale essa è incompleta. Per motivi di tempo non sono state completate varie parti fondamentali. Nondimeno costituisce una prima base sulla quale poter costruire, in un tempo relativamente breve e senza sforzi eccessivi, un nuovo codice di procedura civile o, quanto meno, una significativa modifica delle norme attualmente in vigore.

PROCESSO DI PRIMO GRADO

Il processo di primo grado viene novellato prevedendo l'introduzione del giudizio con ricorso.

A seguito del deposito del ricorso è previsto un preliminare esame da parte del giudice istruttore, il quale può invitare la parte a integrare o modificare il ricorso introduttivo non solo qualora si verifichino delle nullità, ma anche delle ipotesi di irricevibilità meglio descritte nell'articolo 163 *ter*.

Se il ricorso nella sua formulazione originale o a seguito delle integrazioni è ricevibile, il giudice assegna al convenuto un termine per dichiarare se vuole costituirsi in giudizio.

La volontà di difendersi è espressa mediante una memoria preliminare, con la quale il convenuto può anche indicare al giudice il termine che potrebbe essere assegnato per il deposito della comparsa di costituzione e risposta.

Mentre il termine per la memoria preliminare è fisso e perentorio, non è stato previsto un termine specifico per il deposito della comparsa di risposta, sul presupposto che tale termine possa essere modulato dal giudice valutando le oggettive difficoltà difensive.

A seguito del deposito della comparsa di risposta segue un esame preliminare della stessa da parte del giudice, il quale può dichiararne la nullità in alcune sue parti o l'irricevibilità, analogamente a quanto avviene per il ricorso introduttivo.

Se questa è l'ipotesi, il giudice assegna un termine, anche questo non predeterminato, per il deposito di un atto integrativo o modificativo.

Se gli atti sono perfetti, il giudice istruttore fissa l'udienza di prima comparizione delle parti.

A seguito di essa è ancora possibile un'attività prodromica al processo, consistente nella formulazione di istanze di chiamata in causa, di eccezioni, domande, ecc. che non è stato possibile formulare prima.

Infine, segue la formulazione compiuta delle istanze istruttorie, secondo lo schema che ben si conosce anche oggi.

Con l'ordinanza di ammissione delle prove il giudice istruttore può scegliere di dare spazio a un'istruttoria non formale (analoga a quella del procedimento cautelare) o formale (nel qual caso si seguono le norme che disciplinano l'assunzione delle prove stesse).

Nel corso del processo è inoltre prevista l'emissione di ordinanze anticipatorie della decisione di merito. Esse possono essere emesse laddove il giudice ritenga la causa già matura per la decisione, o in toto, ovvero in ordine a una o più questioni o domande. Per rendere più agevole l'emissione di tali provvedimenti anticipatori è previsto che la motivazione di essi possa essere omessa. Tale disposizione non sembra contrastare con l'articolo 111 sesto comma della Costituzione, in quanto la mancanza di motivazione dell'ordinanza anticipatoria è transitoria ed è colmata dalla motivazione della sentenza definitiva. Nel corso del giudizio è inoltre previsto che il giudice istruttore debba sempre informare tutte le parti in causa della soluzione che intende dare alle questioni di fatto e di diritto rilevanti ai fini del decidere e che tale informazione non pregiudica la decisione definitiva della lite, né può costituire motivo di riconsuazione o astensione del giudice. Il corso ulteriore del giudizio è rimasto pressoché invariato, salva l'abbreviazione di alcuni termini eccessivamente lunghi, quali quelli per le conclusionali e le repliche.

PROCEDIMENTO MONITORIO

Alcuni adattamenti sono previsti per il procedimento monitorio, che viene modificato per renderlo compatibile con la nuova forma di introduzione del giudizio di primo grado. Viene inoltre previsto un procedimento monitorio puro, col quale il ricorrente può chiedere l'emissione del decreto ingiuntivo sulla sola base dell'affermazione del proprio credito, così risparmiando sulle spese occorrenti per l'acquisizione della documentazione probatoria. Per tutelare l'ingiunto è tuttavia previsto che tale tipo di decreto non possa essere dichiarato provvisoriamente esecutivo.

CODICE DI PROCEDURA CIVILE

LIBRO I - DISPOSIZIONI GENERALI TITOLO I – DEGLI ORGANI GIUDIZIARI CAPO I – DEL GIUDICE

SEZIONE I – Della giurisdizione e della competenza in generale

Articoli da 1 a 93

(nessuna modifica)

Articolo 94. Condanna di rappresentanti o curatori

Gli eredi beneficiati, i tutori, i curatori, i difensori delle parti e in generale coloro che rappresentano o assistono la parte in giudizio possono essere condannati personalmente, per motivi gravi che il giudice deve specificare nella sentenza, alle spese dell'intero processo o di singoli atti, anche in solido con la parte rappresentata o assistita.

Articoli da 95 a 162

(nessuna modifica)

LIBRO SECONDO – DEL PROCESSO DI COGNIZIONE TITOLO I – DEL PROCEDIMENTO DAVANTI AL TRIBUNALE CAPO I - DELL'INTRODUZIONE DELLA CAUSA

SEZIONE I – Della citazione e della costituzione nel giudizio con due sole parti

Art. 163. Contenuto dell'atto introduttivo del giudizio

La domanda si propone mediante ricorso.

Il ricorso deve contenere:

- 1) l'indicazione del Tribunale davanti al quale la domanda è proposta;
- 2) il nome, il cognome, la residenza e il codice fiscale dell'attore, il nome, il cognome, il codice fiscale, la



residenza o il domicilio o la dimora del convenuto e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono. Se attore o convenuto è una persona giuridica, un’associazione non riconosciuta o un comitato la citazione deve contenere la denominazione o la ditta, con l’indicazione dell’organo o ufficio che ne ha la rappresentanza in giudizio;

- 3) la determinazione della cosa oggetto della domanda;
- 4) l’esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni;
- 5) l’indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l’attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione;
- 6) il nome e il cognome del procuratore e l’indicazione della procura, qualora questa sia stata già rilasciata;
- 7) la richiesta al giudice di fissazione dell’udienza di prima comparizione delle parti.

Il ricorso introduttivo è sottoscritto a norma dell’art. 125.
Col ricorso l’attore deposita in cancelleria la nota d’iscrizione a ruolo e il proprio fascicolo contenente l’originale del ricorso, la procura e i documenti offerti in comunicazione.
Se si costituisce personalmente, deve dichiarare la residenza o eleggere domicilio nel comune ove ha sede il Tribunale.

Articolo 163.1. Iscrizione della causa a ruolo e formazione del fascicolo d’ufficio

Su presentazione della nota d’iscrizione a ruolo da parte dell’attore, il cancelliere iscrive la causa nel ruolo generale.
Contemporaneamente il cancelliere forma il fascicolo d’ufficio, nel quale inserisce la nota d’iscrizione a ruolo, copia dell’atto di citazione, delle comparse e delle memorie in carta non bollata e, successivamente, i processi verbali di udienza, i provvedimenti del giudice, gli atti di istruzione e la copia del dispositivo delle sentenze.

Articolo 163.2. Designazione del giudice istruttore

Formato un fascicolo d’ufficio a norma dell’articolo precedente, il cancelliere lo presenta senza indugio al presidente del Tribunale, il quale, con decreto scritto in calce della nota d’iscrizione al ruolo, designa il giudice istruttore davanti al quale le parti debbono comparire, se non creda di procedere egli stesso all’istruzione.
Nei Tribunali divisi in più sezioni il presidente assegna la causa ad una di esse, e il presidente di questa provvede nelle stesse forme alla designazione del giudice istruttore.
La designazione del giudice istruttore deve in ogni caso avvenire non oltre il secondo giorno successivo alla costituzione della parte più diligente.
Subito dopo la designazione del giudice istruttore il cancelliere iscrive la causa sul ruolo della sezione, su quello del giudice istruttore e gli trasmette il fascicolo.

Articolo 163 bis. Esame preliminare del ricorso introduttivo

Il ricorso introduttivo è nullo se manca o è assolutamente incerto alcuno dei requisiti previsti nei numeri 1), 2) e 3) dell’articolo 163 e se manca l’esposizione dei fatti di cui al n° 4) dello stesso articolo.

Il ricorso introduttivo è irricevibile se, al di fuori dell’ipotesi prevista dal comma che precede, contiene un’esposizione dei fatti o delle questioni di diritto contraddittoria, non concludente, prolissa, incoerente o che, comunque, non consenta al giudice di emettere la sentenza contumaciale, di cui all’articolo 163 octies.

Articolo 163 ter. Provvedimenti del giudice in caso di nullità o irricevibilità

Nel caso di nullità o di irricevibilità del ricorso introduttivo, il giudice invita l’attore a depositare un atto modificativo o integrativo, ovvero, nel caso di atto prolisso, un atto più breve.
In tale ultimo caso il giudice assegna all’attore il numero massimo di pagine entro le quali deve essere scritto il ricorso introduttivo.
Se l’atto modificativo o integrativo è idoneo a sanare la nullità o ad eliminare le cause di irricevibilità, il giudice emette il decreto di cui all’articolo 163 sexies.
Altrimenti dichiara la nullità o l’irricevibilità del ricorso con decreto non impugnabile.
Il ricorso dichiarato nullo o irricevibile può essere riproposto, ma non ha alcun altro effetto giudiziale o stragiudiziale.

Articolo 163 quater. Decreto del giudice e termine per la notifica della memoria preliminare

A seguito del ricorso o della modificazione o integrazione di esso, il giudice assegna con decreto al convenuto un termine di cinque giorni per la notificazione di una memoria preliminare.
Il decreto contiene l’avvertimento al convenuto che la mancata notificazione della memoria preliminare o il mancato deposito della prova della detta notificazione comportano la contumacia del convenuto e la decadenza da ogni diritto di difesa.
Copia del ricorso e del decreto previsto dal comma che precede sono consegnati dalla parte o dal procuratore all’ufficiale giudiziario, il quale li notifica a norma degli artt. 137 ss.
Entro tre giorni dalla notificazione l’attore deve depositare in cancelleria la prova della notificazione del ricorso e del decreto.

Articolo 163 quinquies. Termine per il deposito della memoria preliminare e della prova della sua notificazione

Il convenuto entro il termine assegnato deve notificare all’attore una memoria preliminare, nella quale dichiara che intende costituirsi in giudizio.
Con la stessa memoria deve chiedere al giudice un termine per il deposito della comparsa di costituzione e risposta.
La prova della notificazione all’attore della memoria preliminare è depositata entro tre giorni dalla notificazione o dall’ultima notificazione.

Articolo 163 sexies. Fissazione del termine per la costituzione del convenuto e dell'udienza di prima comparizione

A seguito del deposito della memoria preliminare, il giudice fissa il termine perentorio per il deposito, da parte del convenuto, della comparsa di costituzione e risposta.

Il decreto è comunicato alle parti dalla cancelleria.

Art. 163 septies. Costituzione del convenuto

Il convenuto deve costituirsi a mezzo del procuratore, o personalmente nei casi consentiti dalla legge, depositando in cancelleria nel termine perentorio assegnato dal giudice il proprio fascicolo contenente la comparsa di risposta con la copia del ricorso introduttivo e del decreto notificati, la procura e i documenti che offre in comunicazione.

Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicare le proprie generalità e il codice fiscale, i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni.

A pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio e, se intende farlo, deve dichiarare che vuole chiamare in causa un terzo.

Articolo 163 septies: nullità o irricevibilità della comparsa di risposta

Se è omesso o risulta assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della domanda riconvenzionale oppure se la comparsa contiene un'esposizione dei fatti, delle eccezioni in fatto ed in diritto contraddittoria, non concludente, prolissa o incoerente, il giudice invita il convenuto a depositare un atto modificativo o integrativo, ovvero, nel caso di atto prolisso, un atto più breve.

In tale ultimo caso il giudice assegna al convenuto il numero massimo di pagine entro le quali deve essere scritta la comparsa di risposta.

Se l'atto modificativo o correttivo non è idoneo a sanare la nullità o ad eliminare le cause di irricevibilità, il giudice dichiara la nullità o l'irricevibilità della comparsa di risposta con decreto non impugnabile.

In tal caso il convenuto è considerato contumace.

La domanda riconvenzionale contenuta nella comparsa di risposta dichiarata nulla o irricevibile può essere riproposta in altro giudizio, ma la sua formulazione non ha alcun altro effetto giudiziale o stragiudiziale.

Se la comparsa non è dichiarata nulla o irricevibile, restano comunque ferme le decadenze maturate e salvi i diritti acquisiti anteriormente alla modifica o integrazione.

Articolo 163 octies. Fissazione dell'udienza di prima comparizione delle parti

Il giudice, se non emette i provvedimenti previsti dall'articolo 163 septies, fissa con decreto l'udienza di prima comparizione delle parti.

Il decreto è comunicato dalla cancelleria alle parti.

Articolo 163 novies. Contumacia e sentenza contumaciale

Il convenuto è contumace:

- (a) se non notifica la memoria preliminare con la quale dichiara che intende costituirsi in giudizio, oppure
- (b) se non deposita la prova della avvenuta notificazione all'attore della memoria predetta, oppure
- (c) se, pur avendo dichiarato che intende difendersi in giudizio, non deposita la comparsa di costituzione e risposta o la deposita oltre il termine assegnato, ovvero (d) se la comparsa di costituzione è dichiarata nulla o irricevibile, oppure ancora
- (e) se deposita la comparsa di costituzione e risposta senza aver prima notificato e depositato la memoria preliminare.

Ricorrendo uno di tali casi, il giudice alla prima udienza di comparizione può emettere sentenza con la quale accoglie, in tutto o in parte, la domanda dell'attore.

Se la domanda non può essere immediatamente accolta, il giudice può ammettere i mezzi istruttori richiesti dall'attore.

SEZIONE I bis – Della citazione e della costituzione nel giudizio con più parti

Articolo 163 decies. Litisconsorzio iniziale o successivo

Si ha litisconsorzio iniziale quando l'attore conviene in giudizio più convenuti.

Si ha litisconsorzio successivo quando la pluralità di parti è determinata dalla chiamata in causa di terzi ad opera delle parti o per ordine del giudice, oppure nel caso di intervento in causa.

Articolo 163 undecies. Norme applicabili

Nel caso di litisconsorzio iniziale, si applicano in quanto compatibili le norme previste dalla sezione I per il processo tra due sole parti.

In ogni caso il giudice adotta, nel modo ritenuto più opportuno, ogni provvedimento utile o necessario a garantire il contraddittorio tra tutte le parti.

Nel caso di litisconsorzio successivo:

- a) il convenuto che intende chiamare un terzo in causa deve farne dichiarazione nella comparsa di risposta a pena di decadenza;
- b) l'attore che intende chiamare un terzo in causa deve farne dichiarazione nella prima difesa successiva alla costituzione del convenuto, a pena di decadenza;
- c) il terzo che intende chiamare a sua volta un terzo in causa deve farne dichiarazione nella comparsa di risposta a pena di decadenza.

Articolo 168. Iscrizione della causa a ruolo e formazione del fascicolo d'ufficio

(soppresso e riformulato sub 163.2)

Articolo 169. Ritiro dei fascicoli di parte

(nessuna modifica)

Articolo 170. Notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento

(nessuna modifica)

Articolo 171. Ritardata costituzione delle parti

(abrogato)

Articolo 174. Immutabilità del giudice istruttore

(nessuna modifica)

CAPO II – DELL'ISTRUZIONE DELLA CAUSA

SEZIONE I – DEI POTERI DEL GIUDICE ISTRUTTORE IN GENERALE

Articolo 175. Direzione del procedimento. Irricevibilità degli atti

Il giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento. Egli fissa le udienze successive e i termini entro i quali le parti debbono compiere gli atti processuali, nonché, quando occorre, il numero massimo delle pagine entro il quale l'atto deve essere contenuto. Se la parte contravviene alla disposizione del giudice, questi può dichiarare irricevibile l'atto con decreto non impugnabile. In tutti i casi in cui è prevista dal presente codice, la dichiarazione di irricevibilità comporta l'estromissione materiale dell'atto dal fascicolo processuale. Il cancelliere provvede alla restituzione dell'atto alla parte o all'eliminazione di essa dal fascicolo d'ufficio, sia esso cartaceo o digitale. L'atto dichiarato inefficace non ha alcun effetto. Quando il giudice ha ommesso di provvedere a norma del comma precedente, si applica la disposizione dell'articolo 289.

Articoli da 176 a 179

(nessuna modifica)

SEZIONE II - Della trattazione della causa

Art. 180. Forma di trattazione

La trattazione della causa è orale. Della trattazione della causa si redige processo verbale nel quale sono inserite solo le conclusioni delle parti.

Articolo 181. Mancata comparizione delle parti

Se nessuna delle parti compare alla prima udienza di comparizione, il giudice dichiara con sentenza l'estinzione del processo.

Se non compare l'attore e il convenuto regolarmente costituito non chiede che si proceda in assenza di lui, il giudice dichiara con sentenza l'estinzione del processo.

Art. 182. Difetto di rappresentanza o di autorizzazione

Il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità della costituzione delle parti e, quando occorre, le invita a completare o a mettere in regola gli atti e i documenti che riconosce difettosi.

Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione.

Art. 183. Prima comparizione delle parti e trattazione della causa

All'udienza fissata per la prima comparizione delle parti e la trattazione il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità del contraddittorio e, quando occorre, ordina l'integrazione del contraddittorio, autorizza l'attore a chiamare un terzo in causa, emettendo il decreto previsto dall'articolo 163 octies.

Il terzo è contumace se ricorrono, in relazione a lui, le circostanze previste dall'articolo 163 novies.

In tal caso il giudice, su istanza della parte più diligente, fissa una nuova udienza di comparizione o un'udienza di trattazione.

Il giudice istruttore fissa altresì una nuova udienza se deve procedere a norma dell'articolo 185.

Nel corso del giudizio, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.

Il giudice deve sempre informare tutte le parti in causa della soluzione che intende dare alle questioni di fatto e di diritto rilevanti ai fini del decidere.

Tale informazione non pregiudica la decisione definitiva della lite e non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice.

Nella stessa udienza le parti possono chiedere l'autorizzazione a proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza delle domande riconvenzionali o delle eccezioni proposte precedentemente dalle altre parti.

Possono altresì chiedere di essere autorizzate a chiamare un terzo ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo

comma, se l'esigenza è sorta dalle precedenti difese delle altre parti.
Le parti, su autorizzazione del giudice, possono precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate.
Il giudice può pronunciare la nullità o l'irricevibilità degli atti sui quali non si è ancora pronunciato o sui quali non ha precedentemente omesso di pronunciarsi, assegnando alle parti un termine perentorio per il deposito di una memoria modificativa o integrativa. Nel caso di atti prolissi, il giudice indica alla parte il numero massimo di pagine entro le quali deve essere scritto l'atto.

Se richiesto, il giudice concede alle parti i seguenti termini perentori:
1) un termine di ulteriori trenta giorni per il deposito di memorie limitate alle sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte;
2) un termine di ulteriori trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime e per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali;
3) un termine di ulteriori venti giorni per le sole indicazioni di prova contraria.

Salva l'applicazione dell'articolo 187, il giudice provvede sulle richieste istruttorie fissando l'udienza di cui all'articolo 184 per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti. Se provvede mediante ordinanza emanata fuori udienza, questa deve essere pronunciata entro trenta giorni.
Nel caso in cui vengano disposti d'ufficio mezzi di prova con l'ordinanza di cui al settimo comma, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal giudice con la medesima ordinanza, i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi nonché depositare memoria di replica nell'ulteriore termine perentorio parimenti assegnato dal giudice, che si riserva di provvedere ai sensi del settimo comma. Con l'ordinanza che ammette le prove il giudice può in ogni caso disporre, qualora lo ritenga utile, il libero interrogatorio delle parti; all'interrogatorio disposto dal giudice istruttore si applicano le disposizioni di cui al terzo comma.

Articolo 183 bis. Istruzione sommaria

Quando il giudice provvede sulle richieste istruttorie, può disporre che si proceda ad istruzione sommaria. In tal caso, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili all'accertamento dei fatti contestati posti a fondamento delle domande e delle eccezioni.
Se non dispone in tal senso, si applicano gli articoli 191 e seguenti.

Art. 185. Tentativo di conciliazione

(nessuna modifica)

Art. 185-bis. Proposta di conciliazione del giudice

(nessuna modifica)

Articolo 186 bis. Ordinanze anticipatorie

Il giudice, anche d'ufficio, può in ogni stato del giudizio emettere ordinanze anticipatorie di accoglimento o di rigetto delle domande e delle eccezioni formulate in giudizio.
Le ordinanze devono contenere l'espressa menzione della natura anticipatoria della sentenza e possono essere prive della motivazione.
Esse costituiscono titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca.
Salvo che il giudice disponga diversamente, le ordinanze sono di diritto sostituite dalla sentenza definitiva, ma gli atti di esecuzione compiuti in base all'ordinanza conservano i loro effetti.
Se il processo si estingue, esse conservano efficacia.

Articolo 187. Provvedimenti del giudice istruttore

(nessuna modifica)

Articolo 188. Attività del giudice

(nessuna modifica)

Articolo 189. Rimessione al collegio

(nessuna modifica)

Articolo 190. Comparse conclusionali e memorie

Le comparse conclusionali debbono essere depositate entro il termine perentorio di quindici giorni dalla rimessione della causa al collegio e le memorie di replica entro i cinque giorni successivi.
Il giudice istruttore, quando rimette la causa al collegio, può fissare un termine più breve, comunque non inferiore a dieci giorni per le conclusionali ed a tre giorni per le repliche.

Articoli da 191 a 266

(nessuna modifica)

Articolo 267. Costituzione del terzo interveniente

Per intervenire nel processo a norma dell'articolo 105, il terzo deve notificare alle altre parti la memoria preliminare prevista dall'articolo 163 bis. Successivamente si applicano gli articolo 163 ter e seguenti.

Articolo 268. Termine per l'intervento

L'intervento può aver luogo sino alla scadenza mine per la notifica della memoria preliminare del convenuto. del termine per la notifica della memoria preliminare da parte del convenuto.

Articolo 269. Chiamata di un terzo in causa

Se a seguito delle difese del convenuto l’attore intende chiamare un terzo in causa, deve farne dichiarazione, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta, formulando le domande che intende proporre contro di lui. Se il giudice autorizza la chiamata in causa, emette il decreto previsto dall’articolo 163 bis, che è notificato al terzo a cura della parte più diligente. Si applicano quindi gli articoli 163 ter e seguenti.

Articolo 270. Chiamata di un terzo per ordine del giudice

La chiamata di un terzo nel processo può essere ordinata dal giudice in ogni momento anteriore all’emissione del decreto di fissazione dell’udienza di prima comparizione. Il giudice emette il decreto previsto dall’articolo 163 bis e si applicano quindi gli articoli 163 ter e seguenti.

Articolo 271

(abrogato)

Art. 272. Decisione delle questioni relative all’intervento

Le questioni relative all’intervento sono decise dal giudice o dal collegio insieme col merito, salvo che il giudice istruttore disponga a norma dell’articolo 187 secondo comma.

Articoli da 273 a 289

(nessuna modifica)

CAPO VI - DEL PROCEDIMENTO IN CONTUMACIA

Articoli 290 e 291

(abrogati)

Articolo 292. Notificazioni e comunicazioni di atti al contumace

L’ordinanza che ammette l’interrogatorio o il giuramento e le comparse contenenti domande nuove o riconvenzionali da chiunque proposte, i verbali o gli altri atti con i quali si producono scritture private non precedentemente indicate negli atti stessi sono notificati personalmente al contumace nei termini che il giudice fissa con ordinanza. Le altre comparse si considerano comunicate con il deposito in cancelleria. Tutti gli altri atti non sono soggetti a notificazione o comunicazione. Le sentenze sono notificate alla parte personalmente.

Articolo 293

(abrogato)

Articolo 294. Rimessione in termini

Il contumace, depositando una comparsa di costituzione e risposta ai sensi dell’articolo 163 sexies, può chiedere al giudice di essere rimesso in termini, se dimostra che la nullità del ricorso introduttivo o della notificazione del decreto previsto dall’articolo 163 bis gli ha impedito di avere conoscenza del processo o che la notificazione o il deposito della memoria preliminare o il deposito della comparsa di costituzione e risposta è stata impedita da causa a lui non imputabile. Il giudice, se ritiene verosimili i fatti allegati, ammette, quando occorre, la prova dell’impedimento, e quindi provvede sulla rimessione in termini delle parti. I provvedimenti previsti nel comma precedente sono pronunciati con ordinanza. Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche se il contumace che si costituisce intende svolgere, senza il consenso delle altre parti, attività difensive che producono ritardo nella rimessione al collegio della causa che sia già matura per la decisione rispetto alle parti già costituite.

CAPO VII - DELLA SOSPENSIONE, INTERRUZIONE ED ESTINZIONE DEL PROCESSO

SEZIONE I - Della sospensione del processo

Articoli da 295 a 310

(nessuna modifica)

TITOLO II - DEL PROCEDIMENTO DAVANTI AL GIUDICE DI PACE CAPO I - DISPOSIZIONI COMUNI

Articoli da 311 a 315

(nessuna modifica)

CAPO III - DISPOSIZIONI SPECIALI PER IL PROCEDIMENTO DAVANTI AL GIUDICE DI PACE

Articolo 316. Forma della domanda

Davanti al Giudice di pace la domanda si propone nelle forme previste per il giudizio davanti al Tribunale. La domanda si può anche proporre verbalmente. Di essa il giudice di pace fa redigere processo verbale che, a cura dell’attore, è notificato con il decreto previsto dall’articolo 163 bis.

Articolo 317

(nessuna modifica)

Articolo 318. Forma del giudizio

Si applicano, in quanto compatibili, le forme del giudizio davanti al Tribunale.

Articoli da 319 a 322

(abrogati)

TITOLO III - DELLE IMPUGNAZIONI CAPO I - DELLE IMPUGNAZIONI IN GENERALE

Articoli da 323 a 338

(nessuna modifica)

CAPO II - DELL'APPELLO

Articoli da 339 a 341

(nessuna modifica)

Articolo 342. Forma dell'appello

L'appello si propone con ricorso contenente l'esposizione sommaria dei fatti ed i motivi specifici dell'impugnazione nonché le indicazioni prescritte nell'articolo 163.

L'appello deve essere motivato.

La motivazione dell'appello deve contenere, a pena di inammissibilità:

- 1) l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado;
- 2) l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.

Articolo 342 bis

LIBRO IV – DEI PROCEDIMENTI SPECIALI TITOLO I – DEI PROCEDIMENTI SOMMARI CAPO I - DEL PROCEDIMENTO DI INGIUNZIONE

Art. 633. Procedimento monitorio documentale

Su domanda di chi è creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantità di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento o di consegna se del diritto fatto valere si dà prova scritta.

L'ingiunzione può essere pronunciata anche se il diritto dipende da una controprestazione o da una condizione, purché il ricorrente offra elementi atti a far presumere l'adempimento della controprestazione o l'avveramento della condizione.

Articolo 633 bis. Procedimento monitorio puro

L'ingiunzione può essere emessa anche se non viene data prova scritta del credito, ma in tal caso essa non può essere dichiarata provvisoriamente esecutiva ai sensi dell'articolo 642.

Articoli 634 e 635

(nessuna modifica)

Articolo 636

(abrogato).

Articolo 637

(nessuna modifica)

Art. 638. Forma della domanda e deposito

La domanda di ingiunzione si propone con ricorso contenente, oltre i requisiti indicati nell'art. 125, l'indicazione delle eventuali prove che si producono.

Il ricorso deve contenere altresì l'indicazione del procuratore del ricorrente oppure, quando è ammessa la costituzione di persona, la dichiarazione di residenza o l'elezione di domicilio nel comune dove ha sede il giudice adito.

Se manca l'indicazione del procuratore oppure la dichiarazione di residenza o l'elezione di domicilio, le notificazioni al ricorrente possono essere fatte presso la cancelleria.

Il ricorso è depositato in cancelleria insieme con i documenti, ove richiesti, che si allegano; questi non possono essere ritirati fino alla scadenza del termine stabilito nel decreto d'ingiunzione a norma dell'art. 641.

Articolo 639

(nessuna modifica)

Articolo 640. Rigetto della domanda

Il giudice, se ritiene insufficientemente giustificata la domanda, dispone che il cancelliere ne dia notizia al ricorrente, invitandolo a provvedere alla prova.

Il giudice provvede analogamente se il ricorso contiene un'esposizione dei fatti o delle questioni di diritto contraddittoria, non concludente, non chiara, prolissa, incoerente o che, comunque, non consenta di

emettere l’ingiunzione. In caso di ricorso proliſso, il giudice indica al ricorrente il numero di pagine entro le quali l’atto deve essere contenuto.
Se il ricorrente non risponde all’invito o non ritira il ricorso oppure se la domanda è irricevibile, il giudice la rigetta con decreto motivato.
Tale decreto non pregiudica la riproposizione della domanda, anche in via ordinaria.

Art. 641. Accoglimento della domanda

Se esistono le condizioni previste nell’art. 633 o nell’articolo 633 bis, il giudice con decreto motivato da emettere entro dieci giorni dal deposito del ricorso ingiunge all’altra parte di pagare la somma o di consegnare la cosa o la quantità di cose chieste o invece di queste la somma di cui all’art. 639 nel termine di cinque giorni, con l’espresso avvertimento che nello stesso termine può essere fatta opposizione.
Il giudice, nei casi di urgenza, può concedere un termine più breve di quello previsto al primo comma. L’opposizione si propone con memoria preliminare nelle forme dell’articolo 163 bis.
Con il decreto che precede il giudice avverte il convenuto che in caso di mancata notifica al ricorrente della memoria preliminare di cui all’articolo 163 ter, primo comma, entro il termine indicato nel decreto ingiuntivo ovvero in caso di mancato o tardivo deposito della prova della notifica al ricorrente di cui all’articolo 163 ter terzo coma, si procederà a esecuzione forzata in base al decreto ingiuntivo.
Se l’intimato risiede in uno degli altri Stati dell’Unione europea, i termini sono di trenta giorni e possono essere ridotti fino a venti giorni.
Se l’intimato risiede in altri Stati, i termini sono di sessanta giorni e, comunque, non possono essere inferiore a trenta né superiore a centoventi.
Nel decreto il giudice liquida le spese e le competenze e ne ingiunge il pagamento.
Se la memoria preliminare è regolarmente notificata e depositata, si applicano gli articoli 163 quater e seguenti

Art. 642. Esecuzione provvisoria

Se il credito è fondato su cambiale, assegno bancario, assegno circolare, certificato di liquidazione di borsa, o su atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, il giudice, su istanza del ricorrente, ingiunge al debitore di pagare o consegnare senza dilazione, autorizzando in mancanza l’esecuzione provvisoria del decreto e fissando il termine ai soli effetti dell’opposizione.
Ad eccezione del ricorso presentato ai sensi dell’articolo 633 bis, l’esecuzione provvisoria può essere concessa anche se vi è pericolo di grave pregiudizio nel ritardo, ovvero se il ricorrente produce documentazione sottoscritta dal debitore, comprovante il diritto fatto valere; il giudice può imporre al ricorrente una cauzione.
In tali casi il giudice può anche autorizzare l’esecuzione senza l’osservanza del termine di cui all’art. 482.

Articoli 643 e 644

(nessuna modifica)

Art. 645. Opposizione

L’opposizione si propone davanti all’ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto, con memoria preliminare notificata al ricorrente nei luoghi di cui all’art. 638 e successivamente depositata. Contemporaneamente l’ufficiale giudiziario deve notificare avviso dell’opposizione al cancelliere affinché ne prenda nota sull’originale del decreto.
In seguito all’opposizione il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito.

Articolo 646

(abrogato)

Art. 647. Esecutorietà per mancata opposizione o per mancata attività dell’opponente

Se non è stata fatta opposizione nel termine stabilito, se l’opponente non ha depositato la prova della notificazione al ricorrente della memoria preliminare, oppure l’opponente non si è costituito, il conciliatore, il pretore o il presidente, su istanza anche verbale del ricorrente, dichiara esecutivo il decreto.
Nel primo caso il giudice deve ordinare che sia rinnovata la notificazione, quando risulta o appare probabile che l’intimato non abbia avuto conoscenza del decreto. Quando il decreto è stato dichiarato esecutivo a norma del presente articolo, l’opposizione non può essere più proposta né proseguita, salvo il disposto dell’art. 650, e la cauzione eventualmente prestata è liberata

ASSOCIAZIONE
NAZIONALE
MAGISTRATI

anm 

Palazzo di Giustizia
Piazza Cavour
00193 Roma



www.associazionemagistrati.it

Seguici online su:



www.associazionemagistrati.it



Associazione Nazionale Magistrati



[/associazionenazionalemagistrati](https://www.facebook.com/associazionenazionalemagistrati)



AN Magistrati



[@ANMagistrati](https://twitter.com/ANMagistrati)



[@anmagistrati](https://www.pinterest.com/anmagistrati)