

Maggio - Agosto 2017
Anno LXVI - Numero 3

LA MAGISTRATURA

ORGANO DELL'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI



Oltre i confini

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

Valeria Aloisio

Direttore editoriale

Rossana Giannaccari

Comitato di redazione

Francesca Bonanzinga
Tommasina Cotroneo
Liana Esposito
Luca Poniz

Concept grafico
dol - www.dol.it

EDITORIALE

- 4 Oltre i confini di Rossana Giannaccari

ORDINAMENTO

- 8 L'iniziativa di legge popolare promossa dall'Unione delle Camere Penali Italiane sulla separazione delle carriere dei magistrati di Bianca Ferramosca
- 12 Magistratura e politica: il ruolo del giudice fra crisi della legge e nuovi diritti di Roberto Tanisi
- 16 Temporaneità dei magistrati onorari secondo la Costituzione di Cesare Trapuzzano
- 27 L'Ufficio per il Processo: un'etichetta vuota o una reale opportunità? di Antonio Gatto
- 32 Luci e ombre del tirocinio ex art.73, comma 1 d.l. n.69/2013: le esperienze di due stagiste di Lucia Morciano ed Irene Licchelli

CIVILE

- 38 La riforma della legge sulla responsabilità civile dei magistrati supera l'esame da parte della Corte Costituzionale di Giuseppe Marra
- 43 L'a.t.p. introdotto dalla legge Gelli-Bianco: riflessi sull'onere di allegazione di qualificate inadempienze nell'ambito della nuova responsabilità sanitari di Andrea Penta
- 51 Depenalizzazione e "civilizzazione": brevi note a proposito delle nuove frontiere del diritto civile "punitivo" e riflessi in tema di risarcimento del danno di Eleonora Guido

PENALE

- 62 Problematiche concernenti le modifiche all'ordinamento penitenziario ed al codice di procedura penale previste dalla legge 23 giugno 2017 n. 103 di Laura Antonini
- 67 Applicabilità dell'art. 162 ter c.p. ai giudizi dinnanzi al giudice di pace di Sara Pedone

INTERNAZIONALE

- 74 Separazione delle carriere: ordinamenti a confronto di Giuseppe De Nozza
- 78 Esecuzione del mandato di arresto europeo e condizioni carcerarie dopo la sentenza CEDU Mursic contro Croazia di Fulvio Baldi
- 83 Etica e Magistratura, la raccomandazione all'Italia del gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO) in materia di etica giudiziaria di Valentina D'Agostino
- 87 Uno Scambio Bilaterale tra Autorità Giudiziarie di Stati dell'Unione europea: l'esperienza della Procura presso il Tribunale di Udine e la Procura austriaca di Klagenfurt di Paola De Franceschi
- 93 Il recepimento della direttiva OEI e la disciplina delle intercettazioni "transfrontaliere": è alla fine la stagione dell'instradamento? di Luigi Giordano
- 99 Ritorno a Pristina. Brevi note su una missione per attività di formazione nell'ambito di un progetto del CSM di Andrea Venegoni
- 103 Paesi d'Europa: garanzie di indipendenza dei giudici e associazioni professionali a confronto di Cristina Marzagalli

OLTRE I CONFINI

Rossana Giannaccari

Direttore editoriale Rivista "La Magistratura"

Nell'era della globalizzazione, del conflitto e dell'integrazione, degli scambi internazionali e della criminalità transfrontaliera, il giudice è chiamato a guardare oltre il proprio microcosmo ed a confrontarsi con ordinamenti e culture diverse.

La crescente produzione normativa e giurisprudenziale delle istituzioni e delle corti sovranazionali ha portato il magistrato ad un cambiamento di prospettiva nell'applicazione e nell'interpretazione del diritto ma ha anche aperto una affascinante finestra sull'Europa e sul mondo. Le iniziative della Scuola Superiore della Magistratura e del CSM hanno tracciato la strada per la formazione del giudice europeo ed hanno incoraggiato il confronto diretto con i colleghi stranieri. La rete di rapporti con le autorità giudiziarie straniere ha semplificato la cooperazione attraverso il dialogo e la fiducia, nella consapevolezza dei punti di contatto e delle diversità degli ordinamenti statali.

Il diritto dell'unione non è più ancillare e residuale ma è protagonista del diritto vivente.

Le missioni del Consiglio Superiore della Magistratura hanno reso i magistrati italiani protagonisti delle fondamenta dello stato di diritto in Paesi che la storia recente ha visto sottoposti a regimi autoritari e che cercano la strada della democrazia. Questo settore della rivista offre uno sguardo sul panorama internazionale e fornisce spunti di riflessione su tematiche di attualità nel dibattito culturale dell'associazione: l'accesso in magistratura, la separazione delle carriere, la magistratura onoraria, gli strumenti per la lotta alla criminalità internazionale, le condizioni carcerarie.

Il filo conduttore è la garanzia dei diritti della persona,

che possono trovare attuazione solo attraverso un sistema che garantisca l'indipendenza della magistratura ed abbia come preconditione l'etica del magistrato. Il rispetto delle regole non è un atto imposto dall'esterno ma il bagaglio dei valori di ogni individuo e soprattutto di chi quotidianamente è preposto a far rispettare la legge.

L'etica è un valore fondante dell'Associazione Nazionale Magistrati, che, per prima, tra le magistrature europee, si è dotata, già dal 1994, del Codice Etico, modificato ed aggiornato nel 2010, esprimendo e codificando quei valori universali di integrità, imparzialità, indipendenza, professionalità, correttezza istituzionale cui ogni magistrato deve attenersi nell'esercizio delle funzioni e nella vita sociale.

Eppure, di fronte ad un calo della fiducia del cittadino nella giustizia, si impone un interrogativo sulle responsabilità della politica e della magistratura.

Se il Codice Etico merita una rinnovata riflessione ed una rigorosa attuazione per renderlo "living document", la politica deve contribuire al funzionamento della giustizia con riforme adeguate e risorse appropriate.

Oltre i confini ma con l'attenzione rivolta a quanto accade nel nostro Paese.

L'ANM è un interlocutore qualificato della politica ed offre un contributo alle riforme attraverso il confronto istituzionale ed il dibattito culturale. L'orizzonte deve essere di ampio respiro e coinvolgere gli altri attori del pianeta giustizia, l'avvocatura, il personale amministrativo e la magistratura onoraria.

Riflettere insieme sulle riforme è espressione di una

giustizia condivisa, che dialoga con il potere politico ed ha come obiettivo finale l'interesse del cittadino.

In questo numero della rivista, l'attenzione è rivolta alle prospettive di riforma ed alle riforme appena attuate, ai fattori di rischio ed alle conseguenze interpretative, sempre in una prospettiva internazionale.

La proposte di riforma delle Camere Penali sulla separazione delle carriere è un tema scottante, che tocca il cuore dell'indipendenza della magistratura ed il rapporto con il cittadino e si pone in controtendenza rispetto alla raccomandazioni del 2000 del Consiglio d'Europa e, più recentemente, alla "Roma Chapter", approvata dal Consiglio Consultivo dei Pubblici Ministeri Europei nel 2014. In questi atti di "soft law" si statuisce in modo assai incisivo che: "L'indipendenza e l'autonomia del pubblico ministero costituiscono un corollario indispensabile dell'indipendenza del potere giudiziario. Pertanto, dovrebbe essere incoraggiata la tendenza generale a rafforzare l'indipendenza e l'effettiva autonomia del pubblico ministero".

Nel rapporto tra politica e magistratura, al di là dei diversi orientamenti sulla proposta di modifica legislativa in tema di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati in politica, è centrale la riflessione sull'inerzia della politica e sul ruolo di supplenza del magistrato.

Sempre in tema ordinamentale, la recente istituzione dell'Ufficio del processo pone interrogativi sulla sua portata innovativa e sul rischio di trasformarsi in una "etichetta vuota". La riforma dello statuto della magistratura onoraria offre un nuovo volto della magistratura non professionale ma pone problematiche di rilievo costituzionale in ordine alle istanze di stabilizzazione dei magistrati onorari. I tirocinanti ex art. 37 D.L. 69/2013 sono una risorsa per l'ufficio del processo ma risentono di una disciplina normativa incompleta e di un impiego non omogeneo nei diversi uffici.

La legge 23 giugno 2017 n. 103 ha modificato l'assetto normativo del diritto penale e processuale in un

clima di acceso dibattito su temi come l'avocazione delle indagini da parte del Procuratore Generale e la prescrizione, lasciando in secondo piano i riflessi della riforma sull'ordinamento penitenziario e le intercettazioni all'estero, che sono oggetto di un approfondimento in questo numero della rivista.

Nel settore civile, viene dato spazio ad approfondimenti sui problemi applicativi della recente riforma sulla responsabilità medica introdotta dalla legge Gelli - Bianco e sull'istituto degli illeciti sottoposti a sanzioni civili pecuniarie, una soluzione innovativa, che non trova antecedenti nel nostro panorama giuridico, introdotta dal D.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 con cui il legislatore delegato ha dato attuazione alla L. 67/2014 in tema di depenalizzazione.

Per concludere, una riflessione sulla responsabilità civile dei magistrati all'indomani della sentenza della Corte Costituzionale n. 164/2017, con cui il giudice delle leggi ha affermato che per tutelare l'autonomia e dell'indipendenza della magistratura non è necessario il filtro di ammissibilità.

A seguito della decisione del giudice delle leggi, la magistratura associata dovrà costantemente monitorare l'applicazione della legge N.18/2015, che relega l'Italia in una posizione isolata rispetto al panorama legislativo degli altri principali Stati dell'Unione Europea, dove continuano a permanere specifiche garanzie volte ad impedire l'utilizzo temerario delle azioni risarcitorie. Per ritornare "oltre i confini", è il caso di ricordare la risoluzione 16 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1985: i giudici devono godere della personale immunità per danni civili derivanti da azioni o omissioni nell'esercizio delle loro funzioni. Devono essere dotati della piena autorità di agire, liberi da pressioni e timori, adeguatamente retribuiti e forniti degli strumenti materiali idonei a consentir loro di svolgere in modo soddisfacente il proprio servizio.

Etica, risorse, responsabilità ma soprattutto indipendenza, dentro ed oltre i confini. ●



ORDINAMENTO



L'INIZIATIVA DI LEGGE POPOLARE PROMOSSA DALL'UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE SULLA SEPARAZIONE DELLE CARRIERE DEI MAGISTRATI

Bianca Ferramosca

Giudice del Tribunale di Roma

Componente del Comitato Direttivo Centrale dell'ANM

Si è tornati a parlare di separazione delle carriere di giudici e pubblici ministeri con il disegno di legge di iniziativa popolare promosso dall'Unione delle Camere Penali nella scorsa primavera.

A ben leggere la proposta in esame non si occupa solo del tema della separazione delle carriere – l'unico che viene diffuso mediaticamente (cfr. www.separazione delle carriere.it: "Due Csm, due carriere, una giustizia") – ma investe anche i delicati ambiti delle modalità di selezione dei magistrati, della composizione del CSM e della obbligatorietà dell'azione penale.

La nostra Carta Costituzionale vuole la magistratura, selezionata per concorso pubblico (art. 106), quale ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere stabilendo, a tal fine, la prevalenza, nel Consiglio Superiore della Magistratura, dei componenti eletti dai magistrati (art. 104); inserisce in essa il pubblico ministero (art. 104), al quale assicura le stesse garanzie del giudice in tema di reclutamento, inamovibilità della sede e soggezione

al controllo del CSM oltre che il godimento di quelle per esso stabilite dall'ordinamento giudiziario (art. 107) ed, affermata l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112), allo stesso attribuisce la disponibilità della polizia giudiziaria (art. 109).

La proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare, elaborata dall'Unione delle Camere Penali, mira a stravolgere il descritto impianto costituzionale prevedendo:

- » la possibilità di nominare, a tutti i livelli della magistratura giudicante, avvocati e professori ordinari universitari di materie giuridiche al di fuori della selezione con pubblico concorso;
- » la modifica della composizione dei membri elettivi dei due istituendi CSM rispetto a quello unitario esistente, passando dalla prevalenza numerica della componente togata, costituzionalizzata oggi nella misura dei due terzi, alla sua parificazione rispetto a quella laica, di nomina politica;
- » la eliminazione del principio della obbligatorietà dell'azione penale; la separazione formale dell'ordine giudiziario nelle due categorie della

magistratura giudicante e della magistratura requirente con previsione di distinti concorsi, per l'accesso in esse, e di distinti CSM;

» l'abrogazione del comma 3 dell'art. 107 che prevede le garanzie ordinamentali in favore del pubblico ministero.

Si tratta di modifiche che incidono sui presidi costituzionali a tutela della indipendenza ed autonomia della magistratura:

LE DEROGHE AL CONCORSO PUBBLICO

La valutazione del grado di autonomia ed indipendenza di un ordine giudiziario non può prescindere dalle modalità di reclutamento dei suoi componenti ed il modello concorsuale offre garanzie impareggiabili rispetto a qualunque altro sistema di selezione di matrice politica.

Il concorso pubblico, come unica modalità di accesso alla magistratura, al pari di ogni pubblico ufficio, garantisce, infatti, una selezione meramente tecnica e, quindi, professionalmente adeguata, imparziale e socialmente rappresentativa dei candidati.

La proposta di legge in commento mina tale sistema consentendo un'ampia deroga al reclutamento per concorso pubblico in favore di avvocati e professori universitari. La stessa proposta palesa, inoltre, l'evidente incoerenza di sistema laddove, in nome della garanzia della terzietà del giudice, impedisce ai componenti della magistratura requirente - separati, autonomi, indipendenti e selezionati in modo imparziale – l'accesso alla magistratura giudicante, consentendolo, invece, a tutti i livelli, all'avvocatura, pur essa portatrice di una cultura processuale di parte ed, in ipotesi, non selezionata in modo concorsuale.

LA MODIFICA ALLA COMPOSIZIONE DEL CSM

La composizione mista, laica e togata, del Consiglio Superiore della Magistratura garantisce l'equilibrio tra l'esigenza di tutelare l'indipendenza

della magistratura e quella di evitare l'isolamento autoreferenziale della stessa creando un rapporto costruttivo con gli altri poteri dello Stato e con la società.

D'altra parte è di solare evidenza che la diversa composizione percentuale delle componenti, laica e togata, incide fortemente sui rispettivi rapporti e sugli equilibri nei processi decisionali dell'organo del governo autonomo della Magistratura.

Con la parificazione del numero dei componenti di nomina politica a quello dei componenti eletti dai magistrati, l'Unione delle Camere Penali incide proprio sull'autonomia dell'organo di governo della magistratura chiedendo, nella sostanza, che, nelle decisioni sulla carriera dei magistrati, giudicanti e requirenti, e sulle vicende degli uffici giudiziari, la politica abbia un peso determinante, ben superiore a quello che ha oggi.

LA SOPPRESSIONE DEL PRINCIPIO DELL'OBBLIGATORIETÀ DELL'AZIONE PENALE

L'obbligatorietà dell'azione penale rappresenta la proiezione processuale del diritto di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e postula l'indipendenza del PM a cui l'azione stessa è demandata: questi, infatti, ha l'obbligo di legge di avviare l'indagine preliminare per ogni tipo di reato di cui egli abbia notizia ed i cittadini possono contare sulla garanzia che tutti i soggetti, indagati di qualsiasi reato, salvo il caso di archiviazione, saranno condotti dinanzi ad un tribunale per essere giudicati senza distinzione di razza, religione, censo, idea politica.

Sono note le difficoltà di effettiva realizzazione del principio di obbligatorietà legate all'elevatissimo e crescente numero di notizie di reato che pervengono agli uffici di procura ed alla conseguente criticità della loro gestione.

L'Unione delle Camere Penali propone di risolvere tale criticità introducendo la discrezionalità dell'azione penale ed affidandone i criteri di esercizio al Parlamento, in tal modo rimettendo alla maggioranza politica di turno la scelta di quali reati

perseguire e, quindi, al dibattito parlamentare il controllo del modo di operare degli uffici giudiziari.

Diversamente, deve riaffermarsi che le problematiche legate al numero dei procedimenti ed alla ipertrofia dell'azione penale non vanno risolte sopprimendo uno dei principi cardine di civiltà giuridica della nostra tradizione ma operando sulle cause della proliferazione dei procedimenti - prima fra tutte, la tendenza della politica a demandare alla giustizia penale il controllo di legalità sull'operato dei consociati - con una seria depenalizzazione e sull'adeguamento degli organici della magistratura e sulla loro effettiva copertura.

LA SEPARAZIONE DELLE CARRIERE

L'inserimento del pubblico ministero nella giurisdizione garantisce la tutela della libertà e dei diritti patrimoniali del cittadino nei confronti dello Stato:

- » per il ruolo istituzionale di controllo sulla legalità dell'operato della polizia giudiziaria che ne rende palese la natura di organo di giustizia vicino più alla figura del giudice che a quella di parte deputata a sostenere in sede processuale le tesi della polizia, come avviene negli ordinamenti ispirati al modello accusatorio puro;
- » per il compito di conduzione dell'attività di indagine in funzione, non tanto e, comunque, non solo dell'immediato risultato legato all'esecuzione di misure cautelari, ma del suo successivo vaglio dibattimentale;
- » per il controllo imparziale ed autonomo che, in tal modo, si assicura sull'operato dello stesso pubblico ministero.
- » La separazione delle carriere, proposta dall'Unione delle Camere Penali al declamato fine di realizzare i principi costituzionali del giusto processo ex art. 111 Cost., va letta nel più ampio quadro delle altre modifiche proposte, sopra esaminate, che, come detto, mirano, nel loro complesso, a rendere molto più pregnante il condizionamento della politica sulla magistratura.

Mantenere la formale garanzia dei principi costituzionali dell'autonomia ed indipendenza anche per la magistratura requirente ma poi *segregarla* istituzionalmente rispetto a quella giudicante vuole dire, portarla, in modo inevitabile, alle dipendenze dalla politica, come era prima del r.d.l. n. 511/1946.

Il potere del PM o è ancorato alla giurisdizione o deve essere riportato alla sfera della responsabilità politica.

Alessandro Pizzorusso, compianto costituzionalista che tanto impegno ha dedicato alle tematiche dell'ordinamento giudiziario, ha affermato: *"... la rivendicazione della separazione delle carriere viene agitata come una clava, senza tener conto del fatto che un pubblico ministero assolutamente indipendente e rigorosamente gerarchizzato (con la polizia ai suoi ordini) costituirebbe il potere dello Stato più forte che si sia mai avuto in alcun ordinamento costituzionale dell'epoca contemporanea (e infatti non lo si è mai avuto in alcun paese)"* (in "La Costituzione ferita", 1999).

L'esame del panorama internazionale evidenzia, infatti, che, nella quasi totalità degli ordinamenti degli Stati a democrazia avanzata, ove esiste la separazione delle carriere, il PM, di regola, dipende dall'esecutivo e si registrano serie criticità nel garantirne l'indipendenza.

In tale contesto, è improprio il richiamo all'art. 111 della Costituzione, disposizione che nulla ha a che vedere con la tematica della separazione delle carriere: la parità tra le parti, a cui la citata disposizione costituzionale fa riferimento, è quella endoprocessuale ed, in tale sede, essa è pienamente garantita dalle regole di procedura che vedono, dinanzi al giudice, accusa e difesa su un piano di assoluta parità assicurando alle stesse facoltà del tutto equivalenti.

L'art. 111 della Costituzione, invece, non tocca il diverso ambito istituzionale nel quale, invece, i ruoli di pubblico ministero e difesa non possono che rimanere distinti, a meno di non voler abdicare, in nome della formale parificazione tra accusa e difesa, alle garanzie per la tutela dei cittadini che derivano dall'attuale posizione ordinamentale del PM.

E', infatti, proprio grazie all'odierna sua posizione ordinamentale all'interno della giurisdizione che il PM è tenuto a comportarsi con imparzialità, indirizzando la sua indagine alla ricerca della verità con l'acquisizione anche degli elementi di prova a favore dell'indagato, e a non tacere al giudice l'esistenza di fatti a vantaggio dell'imputato.

L'argomento - utilizzato dai proponenti della riforma costituzionale in esame - che i giudici possano simpatizzare con le tesi dell'accusa per l'appartenenza alla medesima categoria è mero sospetto gratuito, privo, come è, di validazione in termini di seria indagine statistica. Esso contrasta con la realtà della pratica giudiziaria se esaminata con serenità e senza faziosità.

La terzietà e l'indipendenza del giudice non si ricevono in dono dall'alto, al superamento del concorso, ma si acquisiscono con l'insegnamento e l'esempio dei colleghi più anziani, con l'esercizio quotidiano nelle aule di giustizia ove si impara ad ascoltare le parti, a valutare i fatti processuali ed a decidere sgombrando la mente da pregiudizi e condizionamenti di ogni sorta.

Advocati nascuntur, iudices fiunt, ricordava Piero Calamandrei nel suo "Elogio dei Giudici", pagine che bisognerebbe rileggere per tenere a mente che, *divenuti* giudici, l'*habitus* mentale terzo ed imparziale resiste a forme di influenza ben più pregnanti del mero dato formale della unicità della carriera con i magistrati requirenti.

Va poi considerato che le restrizioni al passaggio di funzioni, introdotte dal d.lgs. n. 160/2006, come successivamente modificato dalla l. n. 111/2007, hanno fatto registrare un crollo della percentuale di mutamenti delle funzioni che, negli anni dal 2011 alla metà del 2016, ha interessato solo lo 0,83 % di requirenti e lo 0,21 % dei giudicanti sicché le funzioni possono ritenersi, nella sostanza, separate.

La formazione del PM, però, non può ritenersi limitata al solo aspetto della specializzazione nelle tecniche di indagine, certamente agevolata dalla stabilità nelle funzioni requirenti, dovendo, invece, continuamente alimentarsi della cultura della giurisdizione.

In tale prospettiva la tanto criticata e delimitata

osmosi tra le funzioni di giudice e di PM continua a rappresentare una importante valvola per la valorizzazione della cultura della giurisdizione del PM e per essa non possono che auspicarsi future iniziative legislative, di segno opposto a quella in commento, con l'attenuazione dei vincoli territoriali, frapposti ad oggi, al mutamento delle funzioni.

Il rapido esame della proposta di legge in commento evidenzia, come filo conduttore di tutte le modifiche proposte, il sovvertimento dei principi costituzionali dell'autonomia e della indipendenza della magistratura rispetto agli altri poteri dello Stato, e tanto in controtendenza rispetto alla *soft law* in ambito europeo che, infatti, nel dettare linee e raccomandazioni sul ruolo del Pubblico Ministero, si ispira proprio al modello italiano (ci si riferisce, in particolare, alla raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2000 sul tema *"The Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System"* e, più recentemente, alla *"Roma Chapter"*, approvata dal Consiglio Consultivo dei Pubblici Ministeri Europei nel 2014, che statuisce in modo assai incisivo: *"L'indipendenza e l'autonomia del pubblico ministero costituiscono un corollario indispensabile dell'indipendenza del potere giudiziario. Pertanto, dovrebbe essere incoraggiata la tendenza generale a rafforzare l'indipendenza e l'effettiva autonomia del pubblico ministero; - I procuratori dovrebbero essere autonomi nel prendere le loro decisioni e dovrebbero svolgere i loro compiti senza pressioni esterne o interferenze, tenuto conto dei principi di separazione dei poteri e di responsabilità"*).

Chi abbia a cuore i principi posti dalla Costituzione a presidio della indipendenza ed autonomia della magistratura tutta a garanzia dei cittadini non può che esprimere una netta contrarietà alla proposta di legge costituzionale elaborata dall'Unione delle Camere Penali che, alterando i rapporti tra poteri dello Stato con l'assoggettamento dell'ordine giudiziario al potere politico, finisce col fare della *patologia* di oggi la *regola* di domani. ●

MAGISTRATURA E POLITICA: IL RUOLO DEL GIUDICE FRA CRISI DELLA LEGGE E NUOVI DIRITTI

Roberto Tanisi

Presidente della Corte d'Appello di Lecce

Magistratura e politica. Tema quanto mai variegato e complesso e che induce una serie, altrettanto articolata, di considerazioni. Mi limiterò ad affrontarne solo alcune, quelle (a mio modo di vedere) più rilevanti.

Punto di partenza per una disamina di questo tipo è quello relativo al ruolo del Giudice nella società di oggi, una società in continua evoluzione, "liquida" direbbe Baumann. Un ruolo che, ovviamente, risulta scolpito nella Costituzione, secondo la quale la funzione giurisdizionale, rispetto alle altre funzioni statuali, si connota per la sua assoluta indipendenza ed autonomia, tanto che un illustre giurista, Luigi Montesano, ne ipotizzò addirittura la collocazione al di fuori dello Stato-Apparato, identificandola con lo stesso Ordinamento giuridico nella sua universalità; col rischio, peraltro, paventato da altra autorevole dottrina (Mortati), di dare spazio ad un pericoloso assolutismo giudiziario.

Le norme sulla Magistratura, scritte dal Piero Calamandrei, colpiscono per la secchezza e lapidarietà dei principi che contengono: "La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti solo alla legge" (art. 101); "La Magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere" (art. 104); "I magistrati sono inamovibili [e] si distinguono fra loro soltanto per

diversità di funzioni".

Ci si muove nell'ambito della classica teoria della separazione dei poteri, la quale, peraltro, nella formulazione risalente al barone di Montesquieu, assegnava al potere giurisdizionale una posizione in un certo senso subalterna rispetto agli altri due poteri (legislativo ed esecutivo), considerando il giudice come mera "bouche de la loi", semplice esecutore del comando contenuto nella legge (ma si era nel '700). Tuttavia, col passare degli anni e grazie all'elaborazione della dottrina giuspubblicistica più avveduta, questa impostazione è apparsa eccessivamente schematica e non del tutto adatta a rappresentare la complessità del modo in cui il diritto si rapporta alla concreta realtà delle società moderne, la cui dinamica risulta oggi particolarmente fluida per essere incasellata in una specifica disposizione di legge. Così, già dalla seconda metà del secolo scorso, in seguito all'attuazione, da parte del Legislatore, di alcuni principi costituzionali (legge sulla Consulta, istituzione del C.S.M.) e ad una nuova e più matura consapevolezza della magistratura (soprattutto quella pretorile), si è riaccesa l'idea di una giurisdizione eminentemente formalistica, "indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta nella vita del Paese", e si è affermata, al contrario, una figura del Giudice "consapevole della portata politico-costituzionale della propria

funzione di garanzia, così da assicurare, pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge, un'applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione" (mozione finale del Congresso ANM di Gardone - 1965). La conseguenza è stata la possibilità, fino a quel momento denegata, per il Giudice di applicare direttamente le norme della Costituzione, interpretare le legge in conformità alla Costituzione (c.d. lettura costituzionalmente orientata) e rinviare all'esame della Corte Costituzionale quelle reputate non conformi al dettato costituzionale.

Questo fenomeno ha determinato – o, quanto meno, accentuato – una progressiva marginalizzazione della Legge¹ e, contestualmente, una sempre maggiore rilevanza delle "Corti" (nazionali e sovranazionali), oltre che degli stessi giudici. Un settore nel quale questo fenomeno è particolarmente accentuato è quello della bioetica (rectius: biodiritto), in cui è più elevato il rischio di cortocircuito fra Legge e Giustizia, perché più intensa la corsa, da parte dei cittadini, al riconoscimento di quelli che sono stati definiti "nuovi diritti"²: si pensi alle pronunce nei casi Welby ed Englaro o a quelle, recentissime, in materia di adozione da parte di coppie omosessuali (c.d. "stepchild adoption").

Tutto ciò ha indotto qualcuno a parlare di "totalitarismo giudiziario". In particolare Pierluigi Battista, sulle colonne del Corriere della Sera, ha stigmatizzato la tendenza, a suo dire sempre più diffusa, che nelle democrazie occidentali

spingerebbe le magistrature a debordare dai propri compiti di stretta applicazione del diritto e a statuire su ogni aspetto della vita, così ponendo in atto una sorta di "giuridicizzazione radicale e totale dei rapporti sociali, politici, economici, antropologici in cui si dibatte l'umanità" (il riferimento, per quanto riguarda l'Italia, è proprio alle sentenze in materia di stepchild adoption o di eutanasia e alle pronunce della Corte Costituzionale, ultima quella sulla legge elettorale).

Si tratta, in definitiva, del tema (trito e ritrito) della c.d. supplenza giudiziaria.

Ora, affermare che in uno Stato di diritto ciascuno dei Poteri debba attendere a quelli che sono i suoi compiti, senza ingiustificate invasioni di campo, mi pare una palese ovvietà, ma altrettanto ovvio è che un Potere che abdichi al proprio ruolo, produce necessariamente un vulnus nell'assetto istituzionale. Lecito chiedersi, allora: la causa del c.d. "totalitarismo giudiziario" consiste davvero nel fatto che siano i giudici ad esorbitare arbitrariamente dai propri compiti o non, invece, nel fatto che sia la Politica ad aver abdicato ai propri. Per stare all'esempio riportato da Battista: chi ha impedito alla Politica di darsi per tempo una legge elettorale conforme a Costituzione o di legiferare nella delicatissima materia della stepchild adoption, o, ancora, di approvare la legge sul c.d. "testamento biologico" di cui si discute da anni (lasciando, invece, la patata bollente nelle mani dei giudici, salvo dolersi, poi, delle relative decisioni)? Si può parlare (in termini evidentemente negativi) di "supplenza" dei giudici se è la Politica ad abdicare al proprio ruolo-guida, considerato che poi, alla fine di tutto, ai cittadini che chiedono giustizia, che rivendicano "nuovi diritti", una risposta bisognerà pur darla e ci dovrà sempre essere qualcuno che si assuma il peso della decisione finale ("Ci sarà un giudice a Berlino?", si chiedeva il mugnaio di Potsdam)?

1 "La crisi della Legge ha attraversato tutto il Novecento e rappresenta un topos della letteratura scientifica giusfilosofica": così Attilio Pisanò in "Crisi della legge e litigation strategy" – 2017 Giuffrè

2 "Pisanò: "Crisi della legge e litigation strategy" cit.

Piaccia o non piaccia, in uno Stato di diritto l'applicazione e l'interpretazione della legge competono al potere giudiziario. E si tratta di una funzione insostituibile (lo ricordava già sant'Agostino, che individuava proprio nella Giustizia l'elemento discretivo fra lo Stato e una banda di pirati).

Recentemente (Corriere della Sera dell'11.8.17) il prof. Luca Enriques ha espresso una dura reprimenda - l'ennesima - contro i giudici italiani in riferimento al rapporto fra iniziativa economica e diritto, invocando, addirittura, una riforma della cultura giuridica italiana. Secondo Enriques "le ragioni dello sviluppo economico" non avrebbero "alcuna influenza sul sistema di valori che, implicitamente o esplicitamente, è alla base delle sentenze". "La lettera della norma non conta: tanto è scritta male" - scrive l'articolaista - "ma è un circolo vizioso: perché Parlamento e Governo dovrebbero sforzarsi di scrivere bene le norme, se poi i giudici hanno enormi margini per re-interpretarle a proprio piacimento"? Da qui la denuncia contro i magistrati italiani, che si riterrebbero detentori di un "potere assoluto".

Ora, che esista la necessità che la decisione del Giudice risulti il più possibile "prevedibile" è qualcosa di cui i magistrati per primi sono pienamente consapevoli. Ma, ribadito che la risposta del giudice alla domanda di giustizia deve corrispondere ai parametri derivanti dalla legge e dalla Costituzione, è agevole rilevare come non esistano "formule magiche" (Edmondo Bruti Liberati sul Corriere della Sera) per risolvere il problema; un problema che non è solo italiano, ma investe l'amministrazione della Giustizia in tutti i Paesi del mondo occidentale, compresi quelli di "common law". Peraltro, non va dimenticato il contesto in cui il Giudice (italiano) è chiamato ad operare: non c'è solo il problema delle leggi scritte male (per restare ad Enriques), ma anche quello della lievitazione delle fonti normative, primarie e secondarie, cui vanno ad aggiungersi le norme sovranazionali e le pronunce della

C.E.D.U., la cui incidenza sul sistema giustizia appare sempre più dirompente: un vero e proprio "labirinto giudiziario"³, un tessuto normativo molto più disarmonico rispetto al passato che ha finito con l'avvicinare sempre più la funzione dell'interprete a quella del Legislatore (tanto che è invalsa l'espressione "diritto vivente", a sottolineare come "la norma giuridica viva nella sua concreta applicazione e perciò si modelli sull'interpretazione che ne viene data"). Allora la risposta non può essere quella - generica e, per vero, semplicistica - di un mutamento della cultura giuridica italiana (la quale, invece, deve restare saldamente ancorata ai valori e ai principi contenuti nella Costituzione, compreso quello che vuole che l'iniziativa economica non possa svolgersi "in contrasto con l'utilità sociale"), ma, oltre alla (ovvia) professionalità dell'interprete, alla sua capacità di ascolto, alla collegialità delle decisioni più importanti, la risposta deve risiedere nella ricerca, da parte della giurisprudenza, di alcune "isole di stabilità" (così Giovanni Canzio in un intervento presso l'Università del Salento), quali quelle costituite dall'interpretazione nomofilattica della Cassazione (specie se a Sezioni Unite), che fanno sì che non resti un mito il principio della certezza del diritto, fermo restando che il nostro resta, comunque, un ordinamento di "civil law".

Va da sé, poi, che il potere del giudice, "soggetto solo alla legge", debba essere ricordato al principio di responsabilità. Una responsabilità che va ben al di là di quella penale o disciplinare, pur importante, perché afferisce all'*habitus* mentale di chi è chiamato a decidere, che deve essere ed apparire terzo rispetto alle parti, consapevole che

3 Vittorio Manes "Il giudice nel Labirinto" - ediz. Dike 2012

proprio sulla sua terzietà si fonda, in definitiva, il suo compito di rendere giustizia. Lo affermava già Piero Calamandrei⁴, per il quale non costituivano pericolo la "rara corruzione penale" o le "simpatie politiche", solitamente assenti o ininfluenti. Esiziale, invece, era - ed è - un altro pericolo, che non viene da fuori e che, perciò, è ancora più subdolo. Si tratta del "lento esaurirsi delle coscienze, che le rende acquiescenti e rassegnate: una crescente pigrizia morale, che sempre più preferisce alla soluzione giusta quella accomodante, perché non turba il quieto vivere e perché l'intransigenza costa troppa fatica". La peggiore sciagura che può capitare a un magistrato - concludeva Calamandrei - "è quella di ammalarsi del terribile morbo dei burocrati che si chiama conformismo. È ... il terrore della propria indipendenza, una specie di ossessione, che non attende raccomandazioni esterne, ma le previene".

Nulla di più vero. Peccato, però, che tanti magistrati che nella loro vita professionale hanno mostrato di non avere contratto il "morbo dei burocrati", siano stati poi, forse proprio per questo, tacciati di "protagonismo". ●

4 Piero Calamandrei: "Elogio dei giudici scritto da un avvocato" - Ediz. Ponte alle grazie



TEMPORANEITÀ DEI MAGISTRATI ONORARI SECONDO LA COSTITUZIONE

Cesare Trapuzzano

Assistente di Studio presso la Corte Costituzionale

PARAMETRI COSTITUZIONALI RILEVANTI

In ordine all'inquadramento costituzionale della magistratura onoraria, la norma che in *primis* assume rilievo è l'art. 106 Cost., secondo cui le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso. Quindi, la stessa disposizione costituzionale prevede che la legge sull'ordinamento giudiziario possa ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli. Di seguito, il terzo comma dispone che, su designazione del CSM, possano essere chiamati a ricoprire l'ufficio di consigliere di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano 15 anni di esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori.

Per converso, in linea continuativa con la direttiva programmatica tracciata dall'art. 106, l'art. 102 Cost. demanda l'esercizio della funzione giurisdizionale ai magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Invece, non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi, presso gli organi giudiziari ordinari, sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura. La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia.

Ancora, l'art. 108 Cost. introduce una riserva di legge:

le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni altra magistratura sono stabilite con legge. Al secondo comma prevede che la legge assicuri l'indipendenza, oltre che dei giudici delle giurisdizioni speciali e del pubblico ministero presso di esse, anche degli estranei all'amministrazione della giustizia.

Infine, l'art. 116 Cost. dispone che l'organizzazione della giustizia di pace può essere attribuita alle Regioni con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'art. 119.

Da questo quadro sinergico delle norme costituzionali rilevanti si ricava che, in forza della nostra Carta fondamentale, l'esercizio del c.d. "potere giudiziario" compete ai magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario, il cui ingresso non può che avvenire tramite concorso pubblico; solo in via accessoria e residuale la Costituzione attribuisce una valenza integrativa (e non costitutiva) alla magistratura onoraria, nettamente differenziata dal ruolo organico della magistratura ordinaria.

Siffatta conclusione può essere desunta dai seguenti elementi:

1. Innanzitutto le norme costituzionali citate, diversamente dalla portata istituzionale dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali demandate alla magistratura ordinaria (ossia che "devono" esserle demandate, in quanto, per un verso, non possono essere ontologicamente riconosciute ad altra categoria e, per altro

verso, costituiscono aspetto speculare della loro rimessione ai magistrati ordinari, tanto da implicare un binomio inscindibile tra rilievo oggettivo delle funzioni e rilievo soggettivo dei magistrati ordinari che le esercitano, con la conseguenza che non può esservi esercizio di funzioni giurisdizionali senza magistrati ordinari e, viceversa, non può esservi magistratura ordinaria senza esercizio di funzioni giurisdizionali), con riferimento alla nomina dei magistrati onorari, ovvero all'istituzione di sezioni specializzate per determinate materie che possono essere composte anche da giudici onorari, attribuiscono una mera facoltà al legislatore ordinario ("può" essere ammessa la nomina ovvero "possono" istituirsi le sezioni specializzate), sicché l'esercizio delle funzioni giurisdizionali è assicurato nonostante, in ipotesi, il legislatore non si avvalga delle facoltà previste dalle norme costituzionali di introdurre anche l'apporto integrativo e complementare della magistratura onoraria;

2. in secondo luogo, la Costituzione sottolinea la differenziazione tra magistrati ordinari e onorari in ragione del richiamo alle eterogenee modalità di ingresso: mentre le nomine dei magistrati hanno luogo (*rectius* devono avere luogo) per concorso, i metodi di reclutamento della magistratura onoraria appaiono del tutto fumosi, alludendo genericamente l'art. 106, secondo comma, Cost. ad una mera possibilità di designazione, anche elettiva, il che esclude che vi sia alcun vincolo costituzionale sui sistemi di accesso dei magistrati onorari;
3. proprio il netto stacco che la Costituzione contempla tra sistema di accesso dei magistrati ordinari e criteri di reclutamento dei magistrati onorari, unitamente alla mera eventualità di avvalersi del loro apporto, porta con sé il precipitato della tendenziale temporaneità delle nomine ammesse per i magistrati onorari;
4. infine, dalla concatenazione dinamica delle norme citate emerge che la Costituzione prospetta il ricorso alla magistratura onoraria

come una mera possibilità di avvalersi di soggetti idonei, ma estranei alla magistratura, ossia che non costituiscono il corpo organico dell'ordine giudiziario.

RUOLO DELLA MAGISTRATURA ONORARIA SECONDO LA COSTITUZIONE

Pertanto, il potere giudiziario è esercitato dai magistrati ordinari o togati o professionali o di carriera. Si tratta di categoria unitaria, ai sensi dell'art. 107, terzo comma, Cost., nonostante la distinzione delle funzioni in giudicanti e requirenti, la cui nomina deve avvenire a seguito di reclutamento per concorso, che è anch'esso un concorso unico, ai sensi dell'art. 106, primo comma, Cost.

In base alle norme costituzionali, i magistrati onorari possono essere collocati in quattro categorie: magistrati onorari ausiliari (ai sensi dell'art. 106, secondo comma, Cost.), magistrati onorari di cassazione per meriti insigni (ai sensi dell'art. 106, terzo comma, Cost.), magistrati onorari esperti (ai sensi dell'art. 102, secondo comma, seconda parte, Cost.) e giudici popolari (ai sensi dell'art. 102, terzo comma, Cost.).

Quanto alla prima categoria, solo in via eccezionale possono essere designati magistrati onorari per l'esercizio di funzioni attribuite ai giudici professionali singoli. In parziale attuazione di tale previsione, sono state istituite, di volta in volta, delle figure di magistrati onorari con compiti ausiliari, sempre connotati dalla temporaneità degli incarichi. Nondimeno, una riforma organica della magistratura onoraria, in attuazione dell'art. 106, secondo comma, Cost., non è ad oggi ancora avvenuta. La legge delega 28 aprile 2016, n. 57 si prefigge di realizzarla. Nel corso degli anni si sono succedute una serie di leggi che hanno perseguito scopi contingenti e non di revisione organica e di attuazione del precetto costituzionale. In specie, la figura dei giudici onorari di prossimità è stata regolata sin da tempi lontani con l'istituzione dei giudici conciliatori, poi dei vice-pretori onorari,

quindi con l'istituzione del giudice di pace per effetto della legge 21 novembre 1991, n. 374. Ancora, sono stati introdotti negli uffici giudicanti e requirenti di tribunale dei magistrati onorari con funzioni integrative (got: giudici onorari di tribunale e vpo: vice-procuratori onorari), in ragione della legge Carotti 19 febbraio 1998, n. 51. Infine, mediante la legge 22 luglio 1997, n. 276 recante "Disposizioni per la definizione del contenzioso civile pendente: nomina di giudici onorari aggregati e istituzione delle sezioni stralcio nei tribunali ordinari", allo scopo di diminuire l'arretrato in materia civile, è stata istituita la figura dei giudici onorari aggregati (Goa) per la composizione delle sezioni stralcio presso i tribunali, con funzioni delimitate allo smaltimento dell'arretrato.

I consiglieri di cassazione per meriti insigni possono essere designati dal CSM, ai sensi della legge 5 agosto 1998, n. 303, e all'esito della designazione compongono in via stabile i collegi giudicanti.

Quanto alle altre figure di magistrati onorari contemplate dalla Carta costituzionale che operano, non già in prospettiva temporaneamente surrogatoria di funzioni che spetterebbero ai giudici togati singoli, ma con funzioni tecniche integrative loro proprie, alla stregua delle speciali conoscenze di cui dispongono, si distinguono:

1. gli esperti delle sezioni specializzate agrarie costituite presso i tribunali ordinari e le corti d'appello, ai sensi della legge 2 marzo 1963, n. 320 e successive modificazioni;
2. gli esperti dei collegi giudicanti presso i tribunali per i minorenni, specializzati nel campo nell'assistenza ai minori, ai sensi del r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 maggio 1935, n. 835;
3. gli esperti presso i tribunali di sorveglianza, ai sensi della legge 26 luglio 1975, n. 354.

In ultimo, in attuazione del dettato costituzionale che prevede la partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia, sono stati istituiti i giudici popolari, che integrano i collegi giudicanti

delle corti d'assise e delle corti d'assise d'appello, quali persone estranee alla giustizia, cittadini comuni senza alcuna preparazione particolare, che costituiscono l'organo giudicante unitamente ai giudici togati, ai sensi della legge 10 aprile 1951 n. 287 e successive modificazioni; i giudici popolari durano per il tempo strettamente necessario allo svolgimento del processo e chiunque può farne parte, purché abbia almeno conseguito la licenza media e abbia compiuto 30 anni.

Fra i giudici onorari si annoverano anche i componenti delle commissioni tributarie, riformate ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, come modificato dall'art. 12 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, che si occupano di tutte le controversie in materia tributaria in ambito provinciale (primo grado) e regionale (secondo grado). Nonostante il nome essi sono dei veri e propri giudici tributari. La durata del loro incarico è stata estesa *sine die* (ossia siano al raggiungimento dell'età pensionabile) da quella precedente di 9 anni. Nondimeno, si tratta di giudici speciali.

Il problema della stabilizzazione si pone esclusivamente per la figura dei magistrati onorari ausiliari. Sennonché l'affidamento di funzioni onorarie, con compiti di ausilio alla magistratura, è concepito nella Costituzione in chiave fisiologicamente temporanea: al riguardo, si fa riferimento a soggetti estranei all'ordine giudiziario. Tuttavia, la garanzia di indipendenza si estende anche ai magistrati onorari.

DISTINZIONE TRA MAGISTRATI TOGATI E ONORARI

Lo stesso riferimento alla natura "onoraria" dell'incarico è significativo dello svolgimento delle relative funzioni in modo non professionale, per un lasso di tempo determinato, senza ricevere una retribuzione, ma solo un'indennità per l'attività svolta. Infatti, la discriminazione tra magistrati professionali o togati e magistrati onorari è fondata sui seguenti indici: a) spontaneità dell'adesione di soggetti impegnati in altre occupazioni; b)

precarietà e temporaneità delle funzioni esercitate. La previsione costituzionale della collaborazione degli onorari nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali è ricondotta all'esigenza di garantire il funzionamento dei tribunali e di armonizzare con il mondo esterno il sistema giudiziario. Inoltre, dai lavori preparatori risulta che l'opzione favorevole alla previsione degli onorari è legata altresì alla finalità di contenere il numero dei togati, pena la perdita di prestigio e la riduzione delle retribuzioni della magistratura professionale (per questo motivo non passò l'emendamento Leone del 1947). L'accesso alla magistratura esclusivamente tramite concorso risponde, d'altro canto, ad un duplice scopo: da un lato, la finalità di assicurare la *par condicio* tra candidati; dall'altro, l'esigenza indefettibile di garantire uno standard qualitativo minimo per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali. Tali requisiti non possono essere chiaramente soddisfatti mediante la stabilizzazione della magistratura onoraria.

GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Secondo la giurisprudenza della Corte cost., la natura onoraria della magistratura deve essere ravvisata proprio nei requisiti della precarietà e dell'occasionalità dell'assegnazione, che la distingue nettamente dalla nomina, riservata ai magistrati di carriera. Con riferimento ai vicepretori onorari, il Giudice delle leggi ha sostenuto che la supplenza alla quale si può ricorrere ai sensi dell'ordinamento giudiziario per integrare i collegi giudicanti consiste in un'assegnazione precaria ed occasionale, che la distingue nettamente dalla nomina, e che non può né deve incidere sullo "stato" del magistrato, tanto da trasformare l'incarico in un sostanziale incardinamento nell'ufficio e il magistrato addetto ad un ufficio monocratico – qual è il vice-pretore onorario – in magistrato appartenente ad un organo collegiale (Corte cost., sent. 7 dicembre 1964, n. 99; Corte cost., sent. 6 aprile 1998, n. 103; Corte cost., ord. 12 dicembre

1998, n. 400).

Inoltre, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha costantemente affermato l'impossibilità di assimilare le posizioni dei giudici onorari e dei magistrati che svolgono professionalmente ed in via esclusiva funzioni giudiziarie, nonché l'impossibilità di comparare tali posizioni ai fini della valutazione del rispetto del principio di uguaglianza, a causa dello svolgimento a diverso titolo delle funzioni giurisdizionali, connotate dall'esclusività solo nel caso dei magistrati ordinari di ruolo che svolgono professionalmente le loro funzioni (Corte cost., ord. 8 novembre 2000, n. 479; Corte cost., sent. 16 febbraio 2006, n. 60; Corte cost., ord. 6 luglio 2012, n. 174).

Nella stessa prospettiva della provvisorietà dell'incarico si colloca il d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51 (*Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado*), che ha previsto le nuove figure del got, in sostituzione del vice pretore onorario, e del vpo, stabilendo altresì all'art. 245 che le disposizioni del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, come modificate o introdotte dal d.lgs., in forza delle quali possono essere addetti al tribunale ordinario e alla procura della Repubblica presso il tribunale ordinario magistrati onorari, si applicano fino a quando non sarà attuato il complessivo riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria a norma dell'art. 106, secondo comma, della Costituzione, e comunque non oltre cinque anni dalla data di efficacia del presente decreto. A decorrere dal 2004 il termine di applicazione di 5 anni è stato modificato ogni anno, prima con le leggi mille proroghe e poi con le leggi di stabilità (a tale riferimento normativo si richiama la già citata Corte cost., ord. 12 dicembre 1998, n. 400).

GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Anche l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è indirizzato verso la medesima conclusione. In particolare, Cass. S.U. 9 novembre 1998, n. 11272 evidenzia che i giudici di pace sono

funzionari onorari e godono di un trattamento economico avente natura indennitaria e non corrispettiva, in assenza di un rapporto professionale di servizio. La Corte rileva che nelle numerose decisioni che si sono pronunciate sull'argomento è stato affermato che le caratteristiche proprie della figura del funzionario onorario debbono essere individuate non in positivo, ma in negativo, dal momento che, in carenza di un'organica disciplina (non dettata dal legislatore), la figura in questione necessariamente assume una connotazione, per così dire, residuale rispetto a quella del pubblico impiegato. E, avuto riguardo a questo rilievo, è stato quindi asserito che la figura di cui si discute ricorre quando esiste un rapporto di servizio volontario, con attribuzione di funzioni pubbliche, ma senza la presenza degli elementi che caratterizzano l'impiego pubblico (v., per l'enunciazione di tali concetti e come espressione di un indirizzo risalente nel tempo, Cass. S.U. 8 gennaio 1975, n. 27; Cass. S.U. 7 ottobre 1982, n. 5129; Cass. S.U. 20 marzo 1985, n. 2033; Cass. S.U. 14 gennaio 1992, n. 363; Cass. S.U. 17 febbraio 1994, n. 1556). Da parte di tali sentenze (cui adde Cass. S.U. 15 marzo 1985, n. 2016, che, in virtù del principio enunciato, ha escluso l'applicabilità dell'art. 36 della Costituzione al funzionario onorario) è stato osservato, in particolare, che i due rapporti si distinguono in base ai seguenti elementi:

1. la scelta del funzionario, che nell'impiego pubblico viene effettuata mediante procedure concorsuali ed è, quindi, di carattere tecnico-amministrativo, mentre per le funzioni onorarie è di natura politico-discrezionale;
2. l'inserimento nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione, che è strutturale e professionale per il pubblico impiegato e meramente funzionale per il funzionario onorario;
3. lo svolgimento del rapporto, che nel pubblico impiego è regolato da un apposito statuto, mentre nell'esercizio di funzioni onorarie è privo di una specifica disciplina, quest'ultima potendo essere individuata unicamente nell'atto di

conferimento dell'incarico e nella natura di tale incarico;

4. il compenso, che consiste in una vera e propria retribuzione, inerente al rapporto sinallagmatico costituito fra le parti, con riferimento al pubblico impiegato e che invece, riguardo al funzionario onorario, ha carattere meramente indennitario e, in senso lato, di ristoro degli oneri sostenuti;
5. la durata del rapporto che, di norma, è a tempo indeterminato nel pubblico impiego e a termine (anche se vi è la possibilità del rinnovo dell'incarico) quanto al funzionario onorario.

Non per caso il suddetto art. 4 del r.d. n. 12 del 1941 distingueva (e ancora distingue, non avendo la suddetta modifica apportato mutamenti al riguardo) in due diversi commi le due categorie di magistrati ordinari, stabilendo nel primo comma che l'ordine giudiziario "è costituito" dai magistrati c.d. togati e nel secondo che "appartengono all'ordine giudiziario" anche gli altri magistrati c.d. onorari. Tale distinzione (considerate anche le due diverse locuzioni usate per definire le due categorie), dimostra che il legislatore ordinario, che è legittimato a legiferare sulla materia in forza della riserva di legge prevista dai suddetti artt. 102, primo comma, e 106 della Costituzione, ha ritenuto che i magistrati di carriera formino l'ordine giudiziario, cui accedono i magistrati onorari.

Da ultimo, Cass., Sez. Lav., 9 settembre 2016, n. 17862, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 38 Cost., delle norme che disciplinano la posizione del giudice di pace, non essendo quest'ultimo equiparabile ad un pubblico dipendente né ad un lavoratore parasubordinato, in quanto la categoria dei funzionari onorari, della quale fa parte, presuppone un rapporto di servizio volontario, con attribuzione di funzioni pubbliche, ma senza la presenza degli elementi caratterizzanti l'impiego pubblico, come l'accesso alla carica mediante concorso, l'inserimento nell'apparato amministrativo della P.A., lo svolgimento del rapporto secondo lo statuto apposito per tale impiego, il carattere retributivo del compenso e la

durata potenzialmente indeterminata del rapporto. In ultimo, Cass., Sez. 2, 3 maggio 2005, n. 9155 e Cass., Sez. VI-L, 4 novembre 2015, n. 22569 hanno escluso l'inquadrabilità della figura giuridica del giudice di pace in quella della parasubordinazione, delineata dall'art. 409, n. 3, c.p.c.

RIFERIMENTI DELLA LEGGE ORDINARIA

Tra l'altro, la stessa impostazione delle leggi istitutive della magistratura onoraria è improntata sul canone della temporaneità delle funzioni. Il loro impiego prolungato, attraverso plurime proroghe, rappresenta una mera deviazione di fatto, un'anomalia sistemica. Sul piano eminentemente contingente si è ritenuto che il magistrato onorario potesse costituire una figura di magistrato semi-professionale, cui affidare compiti di supplenza, piuttosto che di integrazione e di ampliamento della sfera della tutela giurisdizionale, compiti questi ultimi ai quali in via esclusiva la Carta fondamentale confina il ruolo degli onorari. In punto di fatto, il legislatore ha evocato la figura degli onorari per porre rimedio ai cronici problemi della giustizia, ossia per decongestionare i carichi dei ruoli e per favorire lo smaltimento dell'arretrato. Ma si tratta di un uso improprio della magistratura onoraria, non contemplato dalla Costituzione. Anziché incentivare sin dall'origine: a) l'accesso a forme di giustizia conciliativa o riparativa, i cui istituti (mediazione, conciliazione, arbitrato endoprocessuale e negoziazione assistita) sono stati introdotti solo in tempi relativamente recenti; b) la promozione di interventi di deformalizzazione dei riti; c) il ricorso all'equità come criterio di soluzione conciliativa dei conflitti; il legislatore, attraverso le plurime proroghe dell'esercizio delle funzioni a cura dei magistrati onorari, ha ritenuto erroneamente di poter così risolvere i noti punti critici del sistema giustizia (proliferazione del contenzioso e tempi non ragionevoli di definizione delle liti).

La legge delega 28 aprile 2016, n. 57, così come il primo decreto delegato 31 maggio 2016, n. 92,

riconduce le funzioni onorarie al canone della temporaneità. Con l'istituzione delle nuove uniche figure del gop e del vpo, si prevede espressamente che il loro incarico abbia durata provvisoria di 4 anni, rinnovabile per un solo quadriennio, e in ogni caso non oltre il 65° anno di età. Con riferimento alle figure di magistrati onorari già in servizio, si prevede che il loro incarico debba cessare in ogni caso con lo svolgimento di quattro quadrienni e, ad ogni modo, non oltre il compimento del 68° anno di età, previo giudizio di conferma subordinato alla loro persistente idoneità (vedi il relativo regime transitorio anche sulle funzioni che essi possono ricoprire). Segnatamente nella seduta del 28 aprile la Camera dei Deputati ha approvato in via definitiva il disegno di legge, già approvato dal Senato, recante delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace (C. 3672). Il Governo è stato delegato ad adottare, entro il 14 maggio 2017, uno o più decreti legislativi diretti a:

Unificazione della figura del giudice onorario:

1. prevedere un'unica figura di giudice onorario, inserito in un solo ufficio giudiziario;
2. prevedere la figura del magistrato requirente onorario, inserito nell'ufficio della procura della Repubblica;

Statuto della magistratura onoraria:

1. disciplinare i requisiti e le modalità di accesso alla magistratura onoraria, il procedimento di nomina ed il tirocinio;
2. operare la ricognizione e il riordino della disciplina relativa alle incompatibilità all'esercizio delle funzioni di magistrato onorario;
3. disciplinare le modalità di impiego dei magistrati onorari all'interno del tribunale e della procura della Repubblica;
4. disciplinare il procedimento di conferma del magistrato onorario e la durata massima dell'incarico;
5. regolamentare il procedimento di trasferimento ad altro ufficio;

6. individuare i doveri e i casi di astensione del magistrato onorario;
7. regolamentare i casi di decadenza dall'incarico, revoca e dispensa dal servizio;
8. regolamentare la responsabilità disciplinare e quindi individuare le fattispecie di illecito disciplinare, le relative sanzioni e la procedura per la loro applicazione;

Organizzazione della magistratura onoraria:

1. prevedere e regolamentare il potere del presidente del tribunale di coordinare i giudici onorari;
2. prevedere una sezione autonoma del Consiglio giudiziario con la partecipazione di magistrati onorari elettivi;

Retribuzione della magistratura onoraria:

1. prevedere i criteri di liquidazione dell'indennità;

Formazione della magistratura onoraria:

1. operare la ricognizione e il riordino della disciplina in materia di formazione professionale;

Competenze della magistratura onoraria:

1. ampliare, nel settore penale, la competenza dell'ufficio del giudice di pace, nonché ampliare, nel settore civile, la competenza del medesimo ufficio, per materia e per valore, ed estendere, per le cause il cui valore non ecceda euro 2.500, i casi di decisione secondo equità;

Regime transitorio e di coordinamento:

1. prevedere il regime transitorio per i magistrati onorari in servizio alla data di entrata in vigore del decreto legislativo ovvero dell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della delega di cui al presente comma;
2. prevedere specifiche norme di coordinamento delle nuove disposizioni con le altre disposizioni di legge e per l'abrogazione delle norme divenute incompatibili.

Allo stesso principio di temporaneità delle funzioni

si attiene il d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, di attuazione della delega, secondo cui l'incarico di magistrato onorario ha natura inderogabilmente temporanea, si svolge in modo da assicurare la compatibilità con lo svolgimento di attività lavorative o professionali e non determina in nessun caso un rapporto di pubblico impiego. Al fine di assicurare tale compatibilità, a ciascun magistrato onorario non può essere richiesto un impegno complessivamente superiore a due giorni a settimana. Ai magistrati onorari sono assegnati affari, compiti e attività, da svolgere sia in udienza che fuori udienza, in misura tale da assicurare il rispetto di quanto previsto dal presente comma. Il magistrato onorario esercita le funzioni giudiziarie secondo principi di autoorganizzazione dell'attività, nel rispetto dei termini e delle modalità imposti dalla legge e dalle esigenze di efficienza e funzionalità dell'ufficio. Con riguardo alle funzioni e ai compiti dei giudici onorari di pace, l'art. 9 prevede che i giudici onorari di pace esercitano, presso l'ufficio del giudice di pace, la giurisdizione in materia civile e penale e la funzione conciliativa in materia civile secondo le disposizioni dei codici di procedura civile e penale e delle leggi speciali. I giudici onorari di pace sono, inoltre, assegnati alla struttura organizzativa denominata «ufficio per il processo» presso il tribunale del circondario nel cui territorio ha sede l'ufficio del giudice di pace al quale sono addetti. I giudici onorari di pace assegnati all'ufficio per il processo non possono esercitare la giurisdizione civile e penale presso l'ufficio del giudice di pace. Nel corso dei primi due anni dal conferimento dell'incarico i giudici onorari di pace devono essere assegnati all'ufficio per il processo e possono svolgere esclusivamente i compiti e le attività allo stesso inerenti. Ai giudici onorari di pace inseriti nell'ufficio per il processo può essere assegnata, nei limiti e con le modalità di cui all'articolo 11, la trattazione di procedimenti civili e penali, di competenza del tribunale ordinario. Per converso, ai sensi dell'art. 16, il vice procuratore onorario inserito nella struttura organizzativa di cui all'articolo 2: a) coadiuva il magistrato professionale e, sotto la sua direzione e il suo coordinamento, compie tutti gli

atti preparatori utili per l'esercizio della funzione giudiziaria da parte di quest'ultimo, provvedendo allo studio dei fascicoli, all'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale ed alla predisposizione delle minute dei provvedimenti; b) svolge le attività e adotta i provvedimenti a lui delegati secondo quanto previsto dall'articolo 17. Il decreto delegato conferma che l'incarico di magistrato onorario ha la durata di quattro anni. Alla scadenza, l'incarico può essere confermato, a domanda, per un secondo quadriennio. L'incarico di magistrato onorario non può, comunque, essere svolto per più di otto anni complessivi, anche non consecutivi, includendo nel computo l'attività comunque svolta quale magistrato onorario, indipendentemente dal tipo di funzioni e compiti esercitati tra quelli disciplinati dal presente decreto. In ogni caso, l'incarico cessa al compimento del sessantacinquesimo anno di età. La temporaneità dell'incarico è altresì corroborata dal regime delle "indennità" spettanti ai giudici onorari: essa si compone di una parte fissa e di una parte variabile di risultato. Ai magistrati onorari che esercitano funzioni giudiziarie è corrisposta, con cadenza trimestrale, un'indennità annuale lorda in misura fissa, pari ad euro 16.140,00, comprensiva degli oneri previdenziali ed assistenziali. Ai giudici onorari di pace e ai vice procuratori onorari inseriti rispettivamente nell'ufficio per il processo e nell'ufficio di collaborazione del procuratore della Repubblica l'indennità di cui al comma 2 è corrisposta nella misura dell'ottanta per cento. Tali ipotesi di indennità non sono cumulabili. L'indennità di risultato può essere riconosciuta in misura non inferiore al quindici per cento e non superiore al trenta per cento dell'indennità fissa ed è erogata in tutto o in parte in relazione al livello di conseguimento degli obiettivi assegnati. Con riferimento ai magistrati onorari in servizio alla data di entrata in vigore del decreto delegato, questi possono essere confermati, alla scadenza del primo quadriennio di cui al d.lgs. 31 maggio 2016, n. 92, per ciascuno dei tre successivi quadrienni. In ogni caso, l'incarico cessa al compimento del sessantottesimo anno di età. Ad essi continuano ad applicarsi, sino

alla scadenza del quarto anno successivo alla medesima data, i criteri previsti dalle disposizioni in precedenza vigenti per il riconoscimento degli emolumenti spettanti. Invece, nel corso del primo quadriennio successivo, ai magistrati onorari in servizio che ne facciano richiesta, le indennità spettano in conformità alla complessiva disciplina detta per i nuovi magistrati onorari, sostituendo però l'importo dell'indennità lorda annuale in misura fissa di euro 16.140 con l'importo annuo di euro 24.210. Inoltre essi sono tenuti a garantire la loro attività in ufficio in relazione a tre, invece che a due, giorni a settimana.

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE EUROPEA DEL 16 NOVEMBRE 2015

Anche dalla comunicazione della Commissione europea del 16 novembre 2015 (che ha aperto una procedura di pre-infrazione) non possono ricavarci elementi che approdano univocamente verso un obiettivo di stabilizzazione dei magistrati onorari. Infatti, in primo luogo, occorrerebbe stabilire, secondo la normativa nazionale, se i magistrati onorari possano essere qualificati come lavoratori a tempo determinato (in proposito è espressamente richiamata la pronuncia della Corte di giustizia sui magistrati inglesi: Corte giust. UE, 1 marzo 2012, C-393/10, *O'Brien*). Solo in tal caso verrebbe in campo il tema del "precariato" e ne seguirebbe l'applicazione della direttiva 1999/70/CE. Quand'anche ciò possa ipoteticamente avvenire e si ritenesse integrata la sua violazione, atteso che una mera esigenza di risparmio di spesa pubblica non può essere considerata "ragione obiettiva" di deroga alla direttiva 1999/70/CE, come ha prefigurato la Commissione europea, detta direttiva prescrive, non già il divieto «di fare ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato "tout court"», bensì la predisposizione di misure volte ad evitare abusi derivanti dalla successione di detti contratti. Dette misure possono consistere nella subordinazione del rinnovo alla sussistenza di ragioni oggettive

ovvero nella fissazione di limiti massimi per durata o per numero di rinnovi dei contratti, soluzione alla quale hanno aderito gli ultimi provvedimenti normativi. Sicché il rilievo mosso all'Italia sarebbe piuttosto quello di aver formalmente previsto la temporaneità dell'incarico, nondimeno prorogando di volta in volta alla scadenza il mandato dei magistrati onorari. L'anomalia risiederebbe, dunque, non già nella temporaneità in sé, ma nella reiterata posticipazione alla scadenza della cessazione dell'incarico. Ora, nel caso di ricorso abusivo alla contrattazione a tempo determinato, la Corte di giustizia non ha mai riconosciuto l'obbligo di conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato; piuttosto ha profilato la necessità di ricorrere ad una "sanzione effettiva", che può consistere nella previsione di idonei strumenti ristoratori. Occorre, in proposito, puntualizzare che la disciplina italiana di recepimento della direttiva citata esclude l'automatica conversione in rapporti a tempo indeterminato dei rapporti a termine nell'ambito del pubblico impiego, sulla scorta del principio costituzionale sancito dall'art. 97, quarto comma, Cost., che subordina l'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni all'espletamento del concorso pubblico. Infatti, l'art. 36, comma 5, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 dispone che, in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Piuttosto, il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Già in passato si è posta la questione circa la compatibilità di tale ultima previsione con la clausola 5 della direttiva 1999/70/CE, che contempla l'introduzione negli ordinamenti nazionali di misure idonee a prevenire l'abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti a termine. Sul punto, la Corte di

Giustizia ha in più occasioni specificato che una normativa nazionale che prevede solo una tutela risarcitoria non è di per sé contraria all'ordinamento europeo, purché essa garantisca l'effettività della prevenzione dell'utilizzo abusivo del contratto a termine, ossia che l'esercizio del diritto ad ottenere il risarcimento del danno non sia eccessivamente gravoso per il lavoratore (si vedano in proposito: C. giust. UE, 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler e altri*; C. giust. UE, 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu*; C. giust. UE, 7 settembre 2006, C-180/04, *Vassallo*; C. giust. UE, 12 giugno 2008, C-364/07, *Vassilakis e altri*; C. giust. UE, 23 aprile 2009, C-387/07, *Angelidaki e altri*; C. giust. UE, 24 aprile 2009, C-519/08, *Koukou*; C. giust. UE, 12 dicembre 2013, C-50/13, *Papalia*). La Commissione ribadisce dunque il dovere degli Stati di adottare misure idonee e capaci di prevenire la successione abusiva dei contratti di lavoro a tempo determinato: dovere che nel caso della magistratura onoraria non pare rispettato. Su questo aspetto la Commissione censura il rinnovo dei contratti a termine nelle more di un'assunzione mai verificatasi, richiamando anche il precedente sui c.d. "precari della scuola", ove la violazione rilevata dalla Corte di Giustizia era dovuta alla mancata previsione di un risarcimento e al mancato espletamento di concorsi per oltre 10 anni (Corte giust. UE, 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C61/13 a C63/13 e C418/13, *Mascolo*). In realtà, la protrazione degli incarichi dei magistrati onorari, differentemente che nel caso della scuola, non è conseguita alla mancata indizione di un concorso per l'assunzione, bensì al difetto di una riforma organica del ruolo, riforma che, all'esito della legge delega n. 57 del 2016 e del primo decreto delegato n. 92 del 2016, non va nella direzione di un'assunzione a tempo indeterminato dei magistrati onorari, ma di un incarico di durata quadriennale rinnovabile una sola volta in ordine alla nuova figura dei GOP (in ogni caso non oltre il raggiungimento del 65° anno di età) e, con riferimento ai magistrati onorari già in servizio, nel senso di prevedere una conferma massima per quattro quadrienni, in ogni caso non oltre il

raggiungimento del 68° anno di età, ribadendosi dunque che la durata temporanea dell'incarico è requisito essenziale delle cariche onorarie. Pertanto, l'infrazione ipotizzata alle condizioni stabilite non è dirimente ai fini della stabilizzazione. Ulteriore aspetto rilevato dalla Commissione attiene alla possibile violazione del principio di non discriminazione sancito dalla clausola 4 della direttiva 1990/70/CE, secondo cui la sola circostanza di aver stipulato un contratto di lavoro a tempo determinato non può giustificare un trattamento peggiore rispetto a quello riservato ai lavoratori a tempo indeterminato, salvo che sussistano ragioni "oggettive" di discriminazione. La "ragione oggettiva" richiesta dalla direttiva 1990/70/CE non può essere ravvisata qualora la normativa nazionale sia totalmente sproporzionata, a danno dei lavoratori a tempo determinato, pur essendo le mansioni da essi esercitate identiche a quelle dei lavoratori a tempo indeterminato. In proposito, la Corte di giustizia censura la normativa nazionale che esclude totalmente e in ogni circostanza la presa in considerazione dei periodi di servizio svolti da lavoratori nell'ambito di contratti di lavoro a tempo determinato ai fini della determinazione della loro anzianità in sede di assunzione a tempo indeterminato e, dunque, del loro livello di retribuzione (C. giust. UE, 7 marzo 2011, C-393/2011, *Bertazzi e altri*; C. giust. UE, 12 ottobre 2012, C-302/2011, *Valenza e altri*). Ma anche in ordine a tale aspetto, premesso che è inibita la conversione della posizione dei magistrati onorari in assunzione definitiva nell'ambito del pubblico impiego, con equiparazione ai magistrati ordinari, la soluzione ipotizzabile non è certamente quella della stabilizzazione.

Ulteriore ed ultima questione affrontata dalla Commissione europea attiene alla compatibilità della normativa sulla magistratura onoraria con il combinato disposto delle direttive 2003/88/CE e 1999/70/CE, nella parte in cui prevedono che gli Stati membri debbano garantire a ciascun lavoratore almeno 4 settimane di ferie retribuite all'anno, indipendentemente dal fatto che si tratti

di lavoratori a termine o a tempo indeterminato. Se i magistrati onorari non debbono subire un trattamento peggiore rispetto a quelli ordinari, le ferie spettanti ai primi devono essere commisurate a quelle spettanti ai secondi (pur applicando, se del caso, il principio del "*pro rata temporis*"). Ancora una volta il profilo della commisurazione del periodo feriale non è affatto emblematico di una necessità di stabilizzazione.

Alla luce delle predette considerazioni, si rileva come qualora la procedura di infrazione, in conseguenza della presentazione di un ricorso per inadempimento, portasse l'Italia di fronte alla Corte di giustizia e la stessa accogliesse le osservazioni della Commissione europea, inquadrando, dunque, i magistrati onorari nella nozione di lavoratore a tempo determinato, essi avrebbero diritto al risarcimento del danno per l'abusivo rinnovo dei contratti a tempo determinato in violazione della normativa europea, nonché alle ferie retribuite, alla previdenza sociale, all'indennità di maternità, alla malattia, alla tredicesima ed a una retribuzione commisurata a quella dei magistrati ordinari, ma non avrebbero comunque un diritto alla stabilizzazione.

DECISIONE DEL COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI PRESSO IL CONSIGLIO D'EUROPA DEL 16 NOVEMBRE 2016

Anche con riferimento alla decisione del Comitato europeo dei diritti sociali presso il Consiglio d'Europa del 16 novembre 2016 non si rinviene alcun indice significativo di una propensione alla stabilizzazione. Piuttosto, si rimprovera che nelle more i giudici di pace non hanno goduto di alcuna tutela previdenziale e assistenziale, che è questione ben diversa dalla rivendicazione di un diritto alla stabilizzazione, secondo i principi costituzionali. Infatti, con decisione del 5 luglio 2016, pubblicata il 16 novembre 2016, il Comitato europeo dei diritti sociali del Consiglio d'Europa, con sede presso la Commissione europea dei diritti dell'uomo (Strasburgo), in accoglimento del reclamo

presentato dall'Associazione nazionale dei giudici di pace, ha accertato la violazione, da parte del Governo italiano, del codice europeo di sicurezza sociale e della carta sociale europea, in quanto, operando un'indebita discriminazione rispetto ai magistrati di ruolo, non riconosce ai giudici di pace le dovute ed obbligatorie tutele previdenziali ed assistenziali, comprensive del diritto alla pensione, del diritto ad una ragionevole retribuzione in caso di malattia, maternità o paternità, dell'assicurazione per infortuni sul lavoro, etc..., come anche disposto dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con la raccomandazione CM/Rec(2010)12 del 17 novembre 2010. La salvaguardia delle posizioni previdenziali e assistenziali concerne tuttavia un aspetto completamente assestante dall'esigenza di definitiva assimilazione dei magistrati onorari ai magistrati professionali.

CONCLUSIONI

Pertanto, alla luce degli aspetti esaminati, deve essere escluso che i magistrati onorari in servizio possano essere stabilizzati ed assimilati *tout court* ai giudici togati. In tal caso i parametri costituzionali di riferimento sarebbero irrimediabilmente violati sotto più profili. L'esercizio delle funzioni giurisdizionali è riservato ai magistrati professionali, che vi accedono attraverso la via infungibile del concorso pubblico. Del resto, le funzioni affidate alla magistratura onoraria mediante designazione hanno una portata meramente integrativa della tutela giurisdizionale riservata ai magistrati professionali e volta ad armonizzare il sistema giudiziario. Sicché non possono mai sfociare nell'equiparazione ai compiti istituzionali demandati alla magistratura ordinaria. Non è indicativa della possibilità di stabilizzazione la legge 18 maggio 1974, n. 217, recante "Sistemazione giuridico-economica dei vice pretori onorari incaricati di funzioni giudiziarie ai sensi del secondo comma dell'articolo 32 dell'ordinamento giudiziario"; e ciò perché, pur avendo disposto tale legge la conservazione dell'incarico a tempo

indeterminato per i vice pretori onorari incaricati di funzioni giudiziarie in servizio al 1° dicembre 1973, comunque non oltre il raggiungimento del 65° anno di età, - per un verso - ha lasciato fermi gli incarichi onorari da essi già svolti, non assimilabili a quelli svolti dai magistrati togati, sistemandoli più che stabilizzandoli, e - per altro verso - ha previsto la facoltà del Consiglio superiore della magistratura di revocare in ogni tempo l'incarico con provvedimento motivato. Né tale legge, per come è strutturata, pare esente da censure di incostituzionalità. ●



L'UFFICIO PER IL PROCESSO: UN'ETICHETTA VUOTA O UNA REALE OPPORTUNITÀ?

Antonio Gatto

Giudice del Tribunale di Lecce

L'Ufficio per il Processo (UPP) nasce da una serie di esperienze sviluppatesi, sulla scia di soluzioni organizzative adottate in altri Paesi europei, all'interno di diversi Uffici giudiziari italiani a partire dai primi anni 2000. A livello normativo, il Legislatore istituisce formalmente l'Ufficio per il Processo con l'art. 50 del D.L. 90/2014 convertito in L. 114/2014.

GLI OBIETTIVI FONDAMENTALI

Nell'articolo suindicato, si prevede espressamente la creazione di strutture organizzative denominate "Ufficio per il Processo", *"al fine di garantire la ragionevole durata del processo"*, nonché allo scopo di assicurare *"un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione"*. Due appaiono essere, pertanto, gli obiettivi fondamentali perseguiti dal Legislatore: l'accelerazione dei tempi processuali e un più efficiente utilizzo delle tecnologie informatiche. Il terzo compito fondamentale affidato dal Legislatore all'UPP si ritrova nell'art. 7 del D.M. 1/10/2015, che affida a tale struttura organizzativa la realizzazione della Banca dati della giurisprudenza di merito. In particolare, si prevede, a decorrere dal 31

dicembre 2016, con un periodo sperimentale di 12 mesi, l'avvio della Banca dati della giurisprudenza di merito, garantendo la fruibilità dei dati in essa contenuti su base nazionale.

Viene affidato al Presidente della Corte d'appello e al Presidente del Tribunale il compito di stabilire annualmente *"i criteri per la selezione dei provvedimenti"* da inserire nella banca dati, avvalendosi per l'espletamento di tale compito dell'attività dei tirocinanti, nonché degli altri soggetti componenti l'Ufficio per il Processo.

LA COMPOSIZIONE

L'art. 50 sopra citato, oltre a puntualizzare gli obiettivi prioritari della nuova struttura organizzativa, ne delinea la composizione soggettiva, statuendo che di tale ufficio fanno parte:

1. *il personale di cancelleria;*
2. *i magistrati onorari;*
3. *i tirocinanti presso gli Uffici giudiziari.*

Quanto al personale magistratuale onorario, si fa riferimento, in particolare, ai giudici onorari presso i Tribunali, nonché ai giudici ausiliari presso le Corti d'appello, che sono i due Uffici giudiziari nell'ambito dei quali il Legislatore prevede l'istituzione

dell'Ufficio per il Processo.

In ordine ai tirocinanti, si tratta degli stagisti ex art. 73 D.L. 69/2013 (convertito in L. 98/2013), nonché dei tirocinanti ex art. 37 D.L. 98/2011 (convertito in L. 111/2011).

IL RUOLO DEI TIROCINANTI E I COMPITI DEGLI ALTRI COMPONENTI

Venendo ai compiti che possono essere affidati, all'interno dell'UPP, ai vari soggetti che lo compongono, va, innanzitutto osservato che è lo stesso Decreto ministeriale istitutivo (datato 1/10/2015) a puntualizzare che, *"l'inserimento dei giudici ausiliari e dei giudici onorari di Tribunale nell'Ufficio per il Processo non può comportare lo svolgimento di attività diverse da quelle previste dalle disposizioni vigenti"* (art. 1 comma 2), così come *"l'inserimento del personale di cancelleria nell'Ufficio per il Processo non può comportare modifiche dei compiti e delle mansioni previsti dalle disposizioni normative e contrattuali vigenti"* (art. 1 comma 3).

Se così è, se, dunque, a magistrati onorari e cancellieri, seppur inseriti nell'Ufficio per il Processo, non possono essere affidati compiti diversi e aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalle disposizioni vigenti, appare evidente che larga parte del successo o del fallimento di questa nuova struttura organizzativa dipenderà dal fattivo coinvolgimento all'interno della stessa dei tirocinanti, i quali finiranno con l'assumere il ruolo (per quanto possa apparire cruda quest'espressione) di *"valvola di sfogo"* del sistema. Sono proprio i tirocinanti, quindi, i soggetti chiamati, all'interno dell'Ufficio per il Processo, a farsi carico di attività fino ad oggi svolte dal magistrato togato e che in futuro potranno essere *delegate* ai giovani laureati in tirocinio.

In base alle esperienze già maturate in vari Uffici giudiziari in diverse parti d'Italia, è possibile riassumere le attività affidabili ai tirocinanti come segue:

1. fase di controllo: controllo del fascicolo tramite una *check list* che elenca tutte le specifiche

attività da compiere (nel settore penale: verifica della prescrizione del reato; individuazione della scadenza delle misure cautelari; accertamento della regolarità delle notifiche; ecc.); al termine dei controlli effettuati, viene redatta una *"scheda del processo"* da cui sono rapidamente evincibili tutti i dati maggiormente significativi;

2. fase pre-udienza: ricerca dottrinale e giurisprudenziale sulle questioni più complesse e delicate ai fini della decisione (in questa prospettiva, certamente opportuna appare la partecipazione dei tirocinanti e di tutto l'UPP alle riunioni ex art. 47 quater dell'Ordinamento giudiziario, allo scopo di dare vita, all'interno del singolo Ufficio, ad orientamenti giurisprudenziali quanto più possibile condivisi e univoci);
3. fase dell'udienza: redazione del verbale di udienza;
4. fase provvedimento: redazione di bozze di sentenze, ordinanze e decreti;
5. fase post-provvedimentale: raccolta e massimazione dei provvedimenti da inserire nella Banca dati della giurisprudenza di merito, selezionati in base ai criteri individuati dal Presidente della Corte d'appello o del Tribunale.

IL VALORE DELL'ATTESTATO DI TIROCINIO E GLI ALTRI VANTAGGI PER I TIROCINANTI

È evidente come un *utilizzo intensivo* dei tirocinanti sia in grado, da un lato, di sgravare il magistrato professionale da una nutritissima serie di incombenze che, previa adeguata formazione, possono essere svolte dai giovani laureati in tirocinio, dall'altro, di massimizzare l'esperienza formativa degli stessi tirocinanti, pienamente e fattivamente coinvolti nell'esercizio dell'attività giudiziaria.

In questa prospettiva, decisivo appare l'appeal che il tirocinio formativo presso gli Uffici giudiziari sarà in grado di esercitare sui giovani laureati, soprattutto su quelli con una più solida preparazione giuridica di base.

Sul punto, va ricordato che possono accedere

al tirocinio ex art. 73 D.L. 69/2013 solo i laureati che abbiano conseguito un punteggio finale non inferiore a 105/110 (o che abbiano riportato almeno il voto di 27 di media nella materie più importanti del corso di studi).

Questi ultimi saranno attratti dal tirocinio in base a due elementi fondamentali: sul piano astratto, il valore legale del titolo conseguito al termine dello *stage*; sul piano concreto, la qualità del percorso formativo offerto dai vari Uffici giudiziari.

Sotto il primo profilo, il Legislatore, rispetto alla stesura originaria dell'art. 73 D.L. 69/2013, nel 2014, ha operato un radicale *dietrofront* sulla questione più rilevante: l'attestato di positivo espletamento del tirocinio formativo presso un Ufficio giudiziario è, oggi, titolo valido per la partecipazione al concorso in magistratura.

Oltre a ciò, l'esito positivo dello *stage*:

- » è valutato per il periodo di un anno ai fini del compimento del periodo di tirocinio professionale per l'accesso alla professione di avvocato o notaio;
- » è valutato per il medesimo periodo di un anno ai fini della frequenza dei corsi della Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali (fermo il superamento delle verifiche intermedie e delle prove finali);
- » costituisce titolo di preferenza nei concorsi pubblici;
- » costituisce titolo di preferenza per la nomina a giudice onorario e a vice procuratore onorario.
- » Inoltre, per la durata dello *stage*, i tirocinanti:
- » in presenza delle condizioni previste, hanno diritto a percepire una borsa di studio pari a € 400 mensili (sebbene la concreta corresponsione abbia fatto registrare qualche ritardo);
- » possono usufruire delle apparecchiature informatiche dell'Ufficio giudiziario loro temporaneamente assegnate (per l'acquisto di dotazioni strumentali informatiche è autorizzata una spesa per ciascun tirocinante non superiore a € 400);
- » possono accedere gratuitamente alla banca dati Italgire con una propria *password* personale,

al fine di effettuare ricerche giurisprudenziali.

Se la determinazione del valore legale dell'attestato di tirocinio è compito esclusivo del Legislatore, su cui gli Uffici giudiziari non possono ovviamente intervenire, compete invece solo ed esclusivamente alla Magistratura e ai vari Uffici delineare un percorso formativo che si riveli realmente *attraente* nei confronti dei giovani laureati e che li induca a preferire questo rispetto ad altri percorsi post-universitari.

Per conseguire tale risultato, tuttavia, è necessario impegnarsi realmente nella formazione dei tirocinanti, fornendo loro concrete opportunità di apprendimento teorico e pratico, sia nella quotidiana attività di tirocinio all'interno dell'UPP, sia dedicando loro alcuni specifici incontri di formazione e di approfondimento sui temi di maggior interesse.

Solo in questo modo, sarà possibile conseguire un flusso assiduo e stabile di risorse umane da destinare all'Ufficio del Processo, seppur con il continuo *turnover* determinato dalla durata di 18 mesi dello *stage*.

IL LIVELLO DI INSERIMENTO DELL'UFFICIO PER IL PROCESSO

Una delle questioni fondamentali che attiene all'UPP è rappresentata dalla necessità di individuare il *livello di inserimento* delle nuove strutture organizzative.

Sul punto, l'art. 2 del D.M. 1/10/2015, si limita a stabilire che il Presidente della Corte d'appello o del Tribunale articola le strutture organizzative denominate Ufficio per il Processo, tenuto conto del numero effettivo di giudici ausiliari o di giudici onorari, nonché del personale di cancelleria e dei tirocinanti a disposizione.

La medesima norma precisa che il capo dell'Ufficio assegna le strutture organizzative in questione a supporto di uno o più giudici professionali, tenuto conto in via prioritaria del numero delle sopravvenienze e delle pendenze.

Si pone, dunque, il problema di determinare a che

livello strutturale-organizzativo sia opportuno (o più efficiente) inserire l'Ufficio per il Processo.

Cercando di sintetizzare quanto accaduto sinora nei vari Uffici giudiziari italiani, è possibile rilevare una situazione assai variegata.

In primo luogo - è doveroso riconoscerlo - vi sono molti Uffici che non hanno ancora provveduto alla concreta istituzione dell'UPP. Assai verosimilmente si tratta di una scelta dovuta alla convinzione che la struttura in questione sia o corra il rischio di essere una "etichetta vuota": ai medesimi soggetti (cancellieri, magistrati onorari, tirocinanti) viene assegnato un nome differente, ma con le stesse funzioni (stesse dotazioni umane e materiali).

In disparte gli Uffici giudiziari in cui l'UPP non è stato istituito, nei Tribunali e nelle Corti d'appello in cui è stato creato, si assiste ad una situazione assai frastagliata proprio in relazione al livello organizzativo in cui è stata inserita questa nuova struttura.

In particolare, sembra possibile distinguere quattro diverse ipotesi:

1. l'UPP *unico*: viene creato un unico ufficio a livello di Tribunale o di Corte d'appello; è il modello che forse più di ogni altro si limita a fotografare e perpetuare la realtà esistente;
2. l'UPP *individuale*: la nuova struttura organizzativa viene assegnata al singolo magistrato togato, al quale vengono attribuiti cancellieri, magistrati onorari e tirocinanti, nei limiti delle disponibilità dell'Ufficio giudiziario;
3. l'UPP *sezionale*: l'Ufficio viene realizzato a livello di Sezione; in questo caso, cancellieri, magistrati onorari e tirocinanti non vengono assegnati al singolo magistrato professionale, ma ad una intera Sezione;
4. l'UPP *settoriale*: la nuova struttura organizzativa ingloba più Sezioni omogenee (ad esempio tutte le sezioni penali di un Tribunale), le quali hanno, in tal modo, la possibilità di centralizzare alcune funzioni specifiche proprio in capo all'UPP, conseguendo così un'economia di scala e di specializzazione.

Com'è agevole rilevare, i primi due modelli (quello dell'UPP *unico* e quello dell'UPP *individuale*) finiscono

per coincidere e sovrapporsi: in sostanza, il fulcro della nuova struttura organizzativa finisce sempre per essere il singolo magistrato professionale, cui fanno capo cancellieri, magistrati onorari e tirocinanti. Si tratta di un modello che certamente consente di operare una *traslazione* di attività, prima svolte dal magistrato togato, che passano alla nuova struttura e soprattutto ai tirocinanti, ma non una specializzazione di funzioni e dunque un'economia di scala.

In entrambi i casi (modello dell'UPP *unico* e dell'UPP *individuale*), la nuova struttura rischia davvero di essere una "etichetta vuota", senza una reale utilità, non discostandosi molto dalla situazione antecedente l'introduzione dell'UPP.

Quindi - a parere di chi scrive - occorre guardare al modello *settoriale* o a quello *sezionale*, per cercare di centralizzare attività, perseguire specializzazione e velocizzazione.

Si pensi, ad esempio, a quanto sarebbe utile istituire un UPP che inglobasse tutte le Sezioni penali (o almeno quelle dibattimentali) di un Tribunale, demandando a uno specifico sottogruppo interno all'UPP (evidentemente specializzato) la liquidazione dei compensi dovuti ai custodi o la liquidazione degli onorari agli avvocati nei casi di ammissione al patrocinio a spese dello Stato (anche solo in bozza, restando poi il definitivo potere decisionale in capo al singolo magistrato competente, che potrà o meno condividere la bozza predisposta dall'Ufficio).

Se, dunque, la domanda è "qual è il livello ottimale cui istituire l'UPP all'interno del singolo Ufficio giudiziario?", la risposta non può che essere: il livello che, tenendo conto delle problematiche e delle disponibilità del singolo Ufficio, consenta il massimo della *traslazione* di attività dal magistrato professionale allo *staff* che viene creato e, allo stesso tempo, il massimo della *specializzazione*, assegnando a sottogruppi specifici l'espletamento di attività prima affidate, in maniera frammentaria e promiscua, a più magistrati o a più Sezioni.

In conclusione, se il fine ultimo dell'UPP è quello di velocizzare il processo, il miglior

modello possibile non può che essere quello che riesce a decongestionare l'imbuto nel suo punto di massima strozzatura, che, nel sistema giudiziario, è evidentemente rappresentato dal singolo magistrato professionale, alle prese con una corposissima serie di incombenze tra cui, soprattutto, la motivazione dei provvedimenti, che molto spesso determina, soprattutto nel settore civile, un sensibile rallentamento del iter processuale proprio nel momento in cui esso dovrebbe volgere al termine.

LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA RIFORMA DELLA MAGISTRATURA ONORARIA

La riforma della Magistratura onoraria (D.Lgs. 13 luglio 2017, n. 116) ha introdotto diverse importanti novità.

Con specifico riferimento al tema trattato, è significativo osservare come la stessa struttura organizzativa dell'UPP, già prevista per Tribunali e Corti d'appello, sia stata estesa alle Procure della Repubblica presso i Tribunali con la denominazione di "Ufficio di collaborazione del Procuratore della Repubblica" formato da:

1. personale di segreteria;
2. vice procuratori onorari;
3. tirocinanti ex art. 73 D.L. 69/2013 o ex art. 37 D.L. 98/2011.

La riforma prevede due categorie di magistrati onorari: i giudici onorari di pace (GOP) e i vice procuratori onorari (VPO), con la conseguente scomparsa degli attuali giudici onorari di Tribunale (GOT).

Per i primi è prevista espressamente la determinazione (con separato decreto) del numero destinato alla giurisdizione civile, alla giurisdizione penale e all'UPP presso il Tribunale, con possibile assegnazione a questi ultimi di procedimenti civili e penali, di competenza del Tribunale ordinario (per il periodo di due anni dal conferimento dell'incarico i giudici onorari di pace devono essere necessariamente assegnati all'UPP).

Si prevede, inoltre, che il giudice onorario di pace

coadiuvi il giudice professionale a supporto del quale la struttura organizzativa è assegnata e, sotto la direzione e il coordinamento del giudice professionale, compia, anche per i procedimenti nei quali il Tribunale giudica in composizione collegiale, "tutti gli atti preparatori utili per l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice professionale, provvedendo, in particolare, allo studio dei fascicoli, all'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale ed alla predisposizione delle minute dei provvedimenti", potendo anche partecipare alla camera di consiglio.

Al giudice onorario inserito nell'UPP possono essere affidati anche: l'assunzione delle testimonianze, l'espletamento di tentativi di conciliazione, nonché i provvedimenti di liquidazione dei compensi degli ausiliari e i provvedimenti che risolvono questioni semplici e ripetitive.

Al GOP può, inoltre, essere demandata la pronuncia di provvedimenti definitivi in alcune tipologie di procedimenti determinati per materia e per valore.

Il vice procuratore onorario, oltre alla trattazione dei procedimenti a lui delegati e all'adozione dei relativi provvedimenti, "coadiuva il magistrato professionale e, sotto la sua direzione e il suo coordinamento, compie tutti gli atti preparatori utili per l'esercizio della funzione giudiziaria da parte di quest'ultimo, provvedendo allo studio dei fascicoli, all'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale ed alla predisposizione delle minute dei provvedimenti".

Si palesa, pertanto, la volontà del Legislatore, non soltanto di confermare e rafforzare l'UPP, garantendo l'apporto continuativo dei magistrati onorari, ma anche l'intenzione di estendere tale struttura organizzativa dal settore giudicante a quello requirente.

Anche per Consiglio di Stato e TAR è stata prevista l'istituzione dell'"Ufficio per il processo amministrativo" con il D.L. 168/2016 (convertito in L. 197/2016), con una composizione che postula, anche in tal caso, il coinvolgimento di personale amministrativo e tirocinanti.

Almeno nei programmi del Legislatore, dunque, l'UPP sarà, nei prossimi anni, uno dei principali protagonisti dell'esercizio dell'attività giudiziaria. ●

LUCI E OMBRE DEL TIROCINIO EX ART.73, COMMA 1 D.L. N.69/2013: LE ESPERIENZE DI DUE STAGISTE.

Lucia Morciano e Irene Licchelli

Ex tirocinanti presso il Tribunale di Lecce

NORMATIVA DI RIFERIMENTO

L'art. 73, comma 1°, D.L. 69/2013 convertito con modificazioni dalla legge 98/2013, come successivamente integrato dal decreto 90/2014, prevede che *“i laureati in giurisprudenza all'esito di un corso di durata almeno quadriennale, in possesso dei requisiti di onorabilità di cui all'articolo 42-ter, secondo comma, lettera g), del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, che abbiano riportato una media di almeno 27/30 negli esami di diritto costituzionale, diritto privato, diritto processuale civile, diritto commerciale, diritto penale, diritto processuale penale, diritto del lavoro e diritto amministrativo, ovvero un punteggio di laurea non inferiore a 105/110 e che non abbiano compiuto i trenta anni di età, possono accedere, a domanda e per una sola volta, a un periodo di formazione teorico-pratica presso le Corti di appello, i tribunali ordinari, gli uffici requirenti di primo e secondo grado, gli uffici e i tribunali di sorveglianza e i tribunali per i minorenni della durata complessiva di diciotto mesi...”*.

È inoltre prevista la possibilità di svolgere lo stage

presso gli uffici giurisdizionali della giustizia amministrativa, nonché presso la Corte di Cassazione con effetti analoghi a quelli che si ottengono per gli stages negli uffici della giustizia ordinaria.

La legge cerca di incentivare il ricorso allo *stage* in diversi modi:

- prevedendo, al comma 8 bis, la attribuzione agli ammessi di una borsa di studio non superiore ad € 400,00, secondo le modalità concretamente individuate dal Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dell'Economia, pur escludendo l'art. 8 che lo svolgimento dello *stage* dia diritto ad alcun compenso e possa determinare il sorgere di alcun rapporto di lavoro subordinato o autonomo, né di obblighi previdenziali e assicurativi;
- prevedendo, al comma 10, la possibilità per gli stagisti di svolgere, contestualmente allo *stage*, anche altre attività, quali il dottorato di ricerca, il tirocinio per l'accesso alla professione di avvocato o di notaio, la frequenza dei corsi delle scuole di specializzazione per le professioni legali, purché ciò si svolga con modalità compatibili con il conseguimento di

un'adeguata formazione.

- prevedendo, al comma 13, che l'esito positivo dello *stage* sia valutato per il periodo di un anno ai fini del compimento del periodo di tirocinio professionale e per il medesimo periodo ai fini della frequenza dei corsi della scuola di specializzazione per le professioni legali, fermo, in quest'ultimo caso, il superamento delle verifiche intermedie e delle prove finali d'esame;
- prevedendo, al comma 14, che l'esito positivo dello *stage* costituisca titolo di preferenza a parità di merito nei concorsi indetti dall'amministrazione della giustizia, dall'amministrazione della giustizia amministrativa e dall'Avvocatura dello Stato e per quelli indetti da altre amministrazioni dello Stato l'esito positivo del periodo di formazione costituisca titolo di preferenza a parità di titoli e di merito.
- prevedendo, al comma 15, che l'esito positivo dello *stage* costituisca titolo di preferenza per la nomina a giudice onorario di tribunale e a vice procuratore onorario.
- prevedendo, all'art.16, che ai fini della nomina a giudice di pace non sia richiesto il requisito del superamento dell'esame di abilitazione alla professione di avvocato per coloro che hanno svolto con esito positivo lo *stage* in esame;
- prevedendo, in particolare modo, al comma 11 bis, che l'esito positivo dello *stage* costituisca titolo per l'accesso al concorso per magistrato ordinario.

Che il legislatore creda nello strumento dello *stage* presso gli uffici giudiziari emerge anche dalla disposizione dell'art. 50 del D.L. 90/2014 conv. dalla L. 114/2014 con la quale il legislatore, nel prevedere la formazione dell'ufficio del processo, ha disposto che esso sia composto, oltre che da personale di cancelleria, anche dagli stagisti ex art. 73 del decreto-legge 69/2013 o dai laureati che svolgano la formazione professionale a norma dell'articolo 37, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111.

PUNTI DI FORZA

Il tirocinio presso gli uffici giudiziari è prima di tutto una “palestra” per coloro che non solo vogliono intraprendere la strada della magistratura ma anche quella forense: il contatto diretto e quotidiano con il magistrato, la partecipazione alle udienze e alle camere di consiglio, lo studio dei molteplici fascicoli e l'approfondimento di sempre diverse questioni giuridiche, l'apprendimento delle diverse modalità di redazione dei provvedimenti, costituiscono alcune delle attività che indirizzano il tirocinante verso lo studio del diritto in un'ottica nuova ed affascinante. Detto periodo di formazione teorico-pratica si traduce in concreto nella partecipazione alle udienze tenute dal magistrato formatore ed a quelle collegiali, nello svolgimento di attività di studio dei fascicoli e contestuali ricerche giurisprudenziali sugli eventuali precedenti di legittimità e di merito, relativi alla fattispecie oggetto del giudizio, nonché nella redazione di bozze di provvedimenti (decreti, ordinanze, sentenze) e nella gestione pratica dell'ufficio del processo.

La disponibilità del magistrato formatore, la sua voglia di trasmettere il sapere giuridico, la pazienza di spiegare, il mettersi sempre in gioco sono lo stimolo continuo che rendono questo tirocinio un'esperienza formativa come poche.

Altro punto di forza di predetto tirocinio è la possibilità di partecipare ai corsi di formazione decentrata organizzati dalla Scuola Superiore della Magistratura per i magistrati dell'ufficio e di accedere ai sistemi informatici ministeriali, nonché la possibilità di disporre di una consolle con profilo personale, consentendo allo stagista di svolgere un lavoro autonomo.

Il tirocinio rappresenta per gli aspiranti magistrati, a oggi, l'unico canale alternativo alle scuole di specializzazione per le professioni legali: l'aver concluso positivamente il periodo di 18 mesi di *stage*, costituisce infatti titolo di accesso al concorso per magistrato ordinario, al pari del diploma di specializzazione. L'esito positivo di tale tirocinio costituisce, altresì, titolo preferenziale,

a parità di merito, nei concorsi indetti dalla Pubblica Amministrazione.

PUNTI DI DEBOLEZZA

La normativa che disciplina i tirocini in questione presenta delle carenze per quanto riguarda le modalità d'inserimento e di svolgimento degli stessi, generando confusione e divergenze nella regolamentazione tra i diversi uffici.

La norma prescrive che la domanda dell'interessato deve essere presentata ai Capi degli uffici giudiziari con allegata la documentazione comprovante il possesso dei requisiti e prevede, altresì, la possibilità di esprimere una preferenza ai fini dell'assegnazione a uno o più magistrati dell'ufficio incaricati.

L'alto numero di richieste inoltrate negli ultimi tempi, ha reso difficile da parte degli uffici il soddisfacimento delle richieste di assegnazione, in quanto superiori alle esigenze degli uffici; per tale motivo, i vari coordinatori preposti effettuano l'assegnazione ai magistrati formatori secondo le modalità che ritengono opportune, senza che il tirocinante abbia contezza né dei tempi dell'inizio del tirocinio, né dell'accettazione della richiesta inoltrata per l'ufficio prescelto.

Dal punto di vista formativo, inoltre, non vi è uniformità nell'accertamento e nel monte ore da svolgere, che può differenziarsi in base agli uffici giudiziari, non garantendo così un trattamento equo tra i diversi stagisti e creando difficoltà al tirocinante nell'organizzazione delle compatibili attività formative.

Un'altra nota dolente di non poca importanza, è rappresentata dalle indennità, ovvero l'incertezza circa l'effettivo ottenimento della borsa di studio e la mancanza di copertura assicurativa. Sebbene l'incertezza di tale retribuzione sia compensata dai plurimi vantaggi formativi che, al positivo superamento di questo tirocinio la legge ricollega, dall'altra parte frustra gli effetti positivi prodottisi a causa del mancato corrispettivo economico, poiché anch'esso rappresenta un riconoscimento per il lavoro svolto.

Il fatto che predetto tirocinio sia un vero e proprio lavoro, trova conferma nel decreto legge n. 69/2013, il c.d. "Decreto del Fare", con cui il governo intendeva fornire "Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia"; precisamente, nel titolo III contenente l'art.73, si evince che suddetto tirocinio è stato istituito per migliorare l'efficienza del sistema giudiziario con l'organizzazione dell'ufficio del processo, di cui lo stagista fa parte, affinché gli uffici giudiziari possano gestire al meglio e smaltire l'ingente carico di lavoro.

L'incertezza riguarda non solo l'erogazione della borsa di studio ma anche le modalità con le quali viene erogata.

Inizialmente il Ministero della Giustizia con l'emanazione del bando dell'erogazione della borsa di studio relativa al periodo formativo dell'anno 2015, in accordo con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, aveva stanziato 8 milioni di euro e stabilito come requisito d'assegnazione il valore reddituale ISEE, senza determinarne un limite per l'individuazione dei beneficiari.

Le somme stanziato per l'anno 2015 hanno soddisfatto tutti gli stagisti ma ciò non è accaduto con il bando per il periodo di tirocinio relativo all'anno 2016; infatti, le medesime somme stanziato dal Ministero della Giustizia non hanno potuto coprire le borse per tutti i tirocinanti a livello nazionale, a causa dell'aumento sensibile degli stagisti.

Nonostante il contributo fondamentale dei tirocinanti per realizzare l'Ufficio del processo è stato garantito il corrispettivo per il lavoro svolto solo alla metà di essi.

Ciò è stato dovuto sia al mancato incremento dei fondi stanziati, sia all'introduzione del criterio ISEE relativo alla situazione patrimoniale familiare che continua ad assimilare il lavoro svolto dagli stagisti a una borsa universitaria assegnata in base alle condizioni reddituali, creando disparità di trattamento tra i tirocinanti non assicurando a tutti un adeguato corrispettivo per il lavoro svolto.

Per di più, vi è incertezza su quando e come verranno assegnate le borse in futuro e lungaggini procedurali riguardanti la pubblicazione delle graduatorie e

l'erogazione delle borse già assegnate.

Pertanto, nonostante l'arricchimento del bagaglio formativo che conferisce questa esperienza, si ritiene che un'indennità, seppur minima, potrebbe essere uno stimolo maggiore e un incentivo nella scelta di questo percorso formativo.

Infine, uno degli aspetti più problematici della disciplina prevista dall'art. 73 L.98/2013 è rappresentato dall'individuazione delle modalità di raccordo tra lo stage e un eventuale tirocinio per l'accesso alla professione d'avvocato.

Spesso i neolaureati svolgono contestualmente al tirocinio ex art. 73 la pratica forense presso uno studio legale e, di frequente, in assenza di una convenzione tra gli uffici giudiziari e gli ordini degli avvocati, comportando allo stagista forti difficoltà nel portare proficuamente a termine i due percorsi formativi prescelti.

Sarebbe, pertanto, auspicabile la redazione di un progetto formativo condiviso tra il magistrato formatore e il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati presso il quale il praticante è iscritto, nel quale vengano determinate le modalità concrete di svolgimento di entrambi i tirocini.

Nonostante si auspichi un intervento del legislatore per chiarire e regolamentare alcuni punti oscuri di tale percorso formativo, il tirocinio con un magistrato formatore è un'ottima chance per tutti coloro che intendano avvicinarsi allo studio del diritto sostanziale e procedurale, dando un taglio pratico e logico alle nozioni acquisite durante il percorso universitario, poiché consente di acquisire delle ottime competenze per intraprendere sia la professione forense sia per poter partecipare al concorso per la magistratura ordinaria. ●





CIVILE



LA RIFORMA DELLA LEGGE SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI SUPERA L'ESAME DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Giuseppe Marra

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione
Componente del Comitato Direttivo Centrale dell'ANM

LA RIFORMA DEL 2015 DELLA LEGGE C.D. VASSALLI

In premessa va ricordato succintamente che la modifica della legge c.d. Vassalli sulla responsabilità civile dei magistrati è avvenuta a distanza di 27 anni, con la contestata (soprattutto dalla magistratura) legge 27 febbraio 2015, n.18. Essa trae origine da alcune decisioni della Corte di Giustizia U.E. e dalla conseguente necessità di adeguare la normativa interna ai principi di diritto espressi dalla C.G.U.E, come peraltro affermato espressamente dall'art.1 della stessa legge di riforma.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea sintetizzando e sviluppando un orientamento giurisprudenziale avviato a partire dalla sentenza 30 settembre 2003, C 224-01, Kobler, poi precisato con la sentenza 13 giugno 2006, C 173- 03, Traghetti del Mediterraneo, ha per ultimo affermato,

precisamente con la sentenza 24 novembre 2011, C 379-10, Commissione europea c. Repubblica italiana, il principio secondo cui la normativa nazionale non può escludere la responsabilità dello Stato (italiano) per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti dall'interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 2, della legge n.117/1988.

Con la riforma del 2015 è stata confermata l'opzione della responsabilità indiretta dei magistrati, conformemente a quanto previsto in tutti quei Paesi che hanno una normativa sulla responsabilità civile dei magistrati, ma le modifiche apportate dalla L. 18/2015 hanno inciso in modo assai significativo sulla disciplina prevista

dall'originaria legge c.d. Vassalli. In particolare è stato eliminato completamente il filtro di ammissibilità della domanda (con l'abrogazione dell'art. 5), per cui tutte le azioni di risarcimento intentate in prima battuta contro lo Stato, anche quelle manifestamente inammissibili (ad esempio perché promosse fuori dai termini indicati dalla legge) daranno vita ad un processo civile che non potrà essere definito in una sola udienza.

Oltre all'eliminazione del filtro di ammissibilità la nuova legge ha inoltre certamente ampliato l'ambito di applicazione della disciplina della responsabilità civile dei magistrati. Infatti il novellato art. 2, comma 3, che individua i casi di colpa grave, accanto alle ipotesi già presenti dell'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del processo o della negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del processo, introduce la nuova ipotesi del "travisamento del fatto o delle prove", di cui è non chiara l'effettiva portata, soprattutto se si accede alla tesi, quella che appare più lineare dal punto di vista interpretativo, che tale ultima ipotesi è distinta ed autonoma rispetto a quelle già presenti.

L'ampliamento della portata applicativa della nuova disciplina si riscontra inoltre anche con riguardo alla limitazione della clausola di salvaguardia, in quanto la nuova disciplina esclude che la suddetta clausola si applichi ai casi di dolo o di colpa grave indicati dai commi 3 e 3 bis dell'art. 2, ossia a quasi tutti i casi di colpa grave, compreso quello del travisamento del fatto o delle prove.

Da questi brevi cenni si comprende bene che la riforma avvenuta con la legge n.18/2015 ha modificato in maniera significativa la disciplina dettata dalla legge c.d. Vassalli, pur permanendo l'impossibilità per il cittadino leso dalla condotta gravemente colposa del magistrato di agire direttamente contro di esso per ottenere il risarcimento del danno.

LE QUESTIONI RIMESSE ALLA CORTE COSTITUZIONALE

Più Tribunali (Verona, Treviso, Catania, Enna, Genova) hanno sollevato diverse questioni di legittimità costituzionale, sotto diversi profili, che in questa sede non è possibile affrontare esaurientemente per ragioni di spazio.

Le questioni sollevate dai Tribunali di Verona, Treviso, Catania ed Enna, sono state dichiarate inammissibili dalla Corte costituzionale per difetto di rilevanza nei procedimenti a quibus, mentre la rimessione da parte del Tribunale di Genova, effettuata con riferimento agli artt. 3, 25, 101, 104 e 111 Cost., è stata dichiarata infondata, quindi con un giudizio nel merito delle censure proposte.

Il Tribunale ordinario di Genova ha prospettato plurimi dubbi di legittimità costituzionale del solo art. 3, comma 2, della legge n. 18 del 2015, il quale, abrogando l'art. 5 della legge n. 117 del 1988, ha eliminato il cosiddetto "filtro di ammissibilità" della domanda risarcitoria proposta nei confronti dello Stato, facendo richiamo al contenuto delle sentenze della Corte costituzionale n. 468 del 1990 e n. 18 del 1989, circa il «rilievo» costituzionale del filtro.

Il giudice a quo ha reputato che la disposizione denunciata violerebbe, anzitutto, l'art. 111 Cost., per contrasto con il principio di ragionevole durata del processo. Il meccanismo di "filtro" risponderebbe, infatti, al comune interesse tanto del cittadino, che si ritenga leso, quanto dello Stato, potenziale responsabile, a che l'eventuale inammissibilità della domanda risarcitoria sia dichiarata al più presto e con procedura snella. In assenza di tale meccanismo, i tempi per la pronuncia sono invece quelli del processo ordinario, di «lunghezza eccessiva ed irragionevole».

La norma censurata violerebbe, inoltre, l'art. 3 Cost., sotto il duplice profilo della disparità di trattamento e della irragionevolezza. L'abolizione del "filtro", da essa disposta, contrasterebbe, infatti, con il sempre più diffuso ricorso del legislatore a meccanismi di questo tipo e, in particolare, con

l'avvenuta introduzione di «pronunce semplificate di inammissibilità» in rapporto alle impugnazioni ordinarie: istituti, questi ultimi, comparabili all'azione prevista dalla legge n. 117 del 1988, atteggiandosi essa, spesso, come un «processo sul processo» (il riferimento *del rimettente è alle previsioni degli artt. 348-bis e 348-ter cod. proc. civ., quanto all'appello, e degli artt. 360-bis e 375, primo comma, numeri 1 e 5, cod. proc. civ., quanto al ricorso per cassazione*).

L'intervento abrogativo censurato pregiudicherebbe, inoltre, l'attuazione del giusto processo – così integrando un ulteriore vulnus all'art. 111 Cost. – anche nel giudizio nel quale si assume essersi verificato il fatto dannoso. Imbrigliando immediatamente le azioni di responsabilità inammissibili o palesemente infondate, il meccanismo processuale soppresso svolgerebbe, infatti, una essenziale funzione di tutela della serenità di giudizio del giudice, scongiurando il pericolo della cosiddetta «giurisprudenza "difensiva"», ossia che il giudice abdichi alla propria posizione di terzietà e imparzialità in favore delle decisioni che appaiono per lui meno "rischiose".

Risulterebbero altresì violati, ad avviso del rimettente, i principi di soggezione del giudice solo alla legge (art. 101 Cost.) e di autonomia e indipendenza della magistratura (art. 104 Cost.), alla luce delle affermazioni della giurisprudenza costituzionale secondo cui la presenza di un "filtro", che ponga il giudice al riparo da domande temerarie o intimidatorie, dovrebbe ritenersi indispensabile per la salvaguardia dei corrispondenti valori (i giudici genovesi hanno richiamato a tal proposito le sentenze n. 468 del 1990, n. 18 del 1989 e n. 2 del 1968).

La norma censurata si porrebbe, infine, in contrasto con il principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost.). In mancanza del meccanismo del "filtro", infatti, il magistrato sarebbe incentivato ad esercitare la facoltà di intervento nel giudizio risarcitorio prevista dall'art. 6 della legge n. 117 del 1988, non essendo più nettamente distinto l'esame dei profili di ammissibilità della domanda

da quello del merito: ciò che, rendendolo parte di quel giudizio, farebbe scattare l'obbligo di astensione nel processo originario ai sensi dell'art. 51, primo comma, numero 3), cod. proc. civ. In ogni caso, il giudice potrebbe ravvisare i presupposti per un'astensione facoltativa. In conseguenza, la proposizione dell'azione di responsabilità potrebbe costituire indiretto strumento per distogliere la causa dal suo giudice naturale.

Nel giudizio costituzionale vi è stato l'intervento dell'Avvocatura generale dello Stato in rappresentanza del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Quanto alla censura circa la violazione dei principi di autonomia e indipendenza della magistratura, l'Avvocatura dello Stato ha rilevato che, anche alla luce delle precedenti sentenze della Corte costituzionale richiamate dal giudice rimettete, nell'ordinamento emerge solo la necessità di prevedere adeguate garanzie e limiti nella disciplina della responsabilità civile dei magistrati, correlate alla peculiarità delle funzioni giudiziarie e alla natura dei relativi provvedimenti, non anche quello dell'imprescindibilità di una fase di valutazione preliminare dell'ammissibilità della domanda risarcitoria indiretta.

LA SENTENZA DELLA CORTE COST. N. 164/2017

Nell'ampia ed articolata motivazione la Corte costituzionale, con la sentenza 3 aprile 2017 (dep. il 12/07/2017), n.164, rammenta in via preliminare come un forte stimolo alla riforma operata dalla legge n. 18 del 2015 sia venuto proprio dai principi affermati dalla Corte di Lussemburgo, riguardo all'obbligo degli Stati membri di riparare i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario (ora, dell'Unione europea) commesse da organi giurisdizionali nazionali (anche di ultimo grado).

Nel contesto di tale indirizzo giurisprudenziale, la Corte costituzionale evidenzia che risultano affermati tanto il «principio di equivalenza» quanto

il «principio di effettività», i quali così assurgono a cardini necessari di ogni diritto nazionale in tema di responsabilità dello Stato per le conseguenze del danno provocato da provvedimenti giurisdizionali adottati in violazione del diritto europeo.

Il «principio di equivalenza» – secondo denominazione propria ed originale della Corte di giustizia – postula che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni nei confronti dello Stato, per la responsabilità civile in esito alla violazione del diritto europeo per mezzo di provvedimento giurisdizionale, non possono essere «meno favorevoli» di quelle riguardanti analoghi reclami di natura interna, vale a dire delle altre "normali" azioni risarcitorie esercitabili dai cittadini nei confronti dello Stato in altre e diverse materie.

Il «principio di effettività» esige, poi, che i meccanismi procedurali del diritto nazionale non siano congegnati in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento.

Fatta questa premessa la sentenza in commento entra nel cuore delle questioni, affermando che *"... nella materia in esame occorre perseguire il delicato bilanciamento tra due interessi contrapposti: da un lato, il diritto del soggetto ingiustamente danneggiato da un provvedimento giudiziario ad ottenere il ristoro del pregiudizio patito, posto che «una legge che negasse al cittadino danneggiato dal giudice qualunque pretesa verso l'amministrazione statale sarebbe contraria a giustizia» (sentenza n. 2 del 1968); dall'altro, la salvaguardia delle funzioni giudiziarie da possibili condizionamenti, a tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità della magistratura, «in quanto la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, specie in considerazione dei disposti costituzionali appositamente dettati per la Magistratura (artt. 101 e 113), a tutela della sua indipendenza e dell'autonomia delle sue funzioni» (sentenza n. 26 del 1987)."*

Ad avviso dei giudici costituzionali tale bilanciamento è stato salvaguardato anche dalla legge di riforma n. 18 del 2015, fondamentale tramite una più netta divaricazione tra la responsabilità civile dello Stato nei confronti del danneggiato – che le istituzioni europee chiedevano con forza di espandere – e la responsabilità civile del singolo magistrato. Il legislatore della riforma avrebbe cioè mirato a superare la piena coincidenza oggettiva e soggettiva degli ambiti di responsabilità dello Stato e del magistrato e, in tale prospettiva, ha quindi ampliato il perimetro della prima a prescindere dai confini, più ristretti, della seconda, così stemperando il meccanico ed automatico effetto dell'accertamento della responsabilità dello Stato sul magistrato nel giudizio di rivalsa. In tale cornice si collocherebbe quindi la scelta legislativa discrezionale di abolizione del cosiddetto "filtro di ammissibilità", che non è perciò sindacabile se non nei limiti della sua palese irragionevolezza.

Riassuntivamente la Corte costituzionale conclude affermando che: *"Non è costituzionalmente necessario, infatti, che, per bilanciare i contrapposti interessi di cui si è detto, sia prevista una delibazione preliminare dell'ammissibilità della domanda contro lo Stato, quale strumento indefettibile di protezione dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura. Tale esigenza può essere infatti soddisfatta dal legislatore per altra via: ciò è quanto accaduto con la legge n. 18 del 2015, per un verso mediante il mantenimento del divieto dell'azione diretta contro il magistrato e con la netta separazione dei due ambiti di responsabilità, dello Stato e del giudice; per un altro, con la previsione di presupposti autonomi e più restrittivi per la responsabilità del singolo magistrato, attivabile, in via di rivalsa, solo se e dopo che lo Stato sia rimasto soccombente nel giudizio di danno; per un altro ancora, tramite il mantenimento di un limite della misura della rivalsa. Tanto vale a stornare il paventato pericolo che l'abolizione del meccanismo processuale in esame determini un pregiudizio alla «serenità del giudice» come pure la temuta deriva verso una «giurisprudenza difensiva», ipotesi, questa,*

che evidentemente oblitera l'elevato magistero proprio di ogni funzione giurisdizionale."

È altresì dichiarata infondata la censura dell'art. 3, comma 2, della legge n. 18 del 2015 per violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost.).

A tal fine la Corte costituzionale ritiene sufficiente osservare che, secondo la giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 22 luglio 2014, n. 16627), la pendenza della causa di danno contro lo Stato non costituisce motivo di astensione o ricsuzione del giudice autore del provvedimento. E ciò – come recentemente affermato dalla Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 23 giugno 2015, n.13018 – neppure nel caso di intervento del magistrato in detta causa: non vi sarebbe, infatti, un rapporto diretto parte-magistrato, che valga a qualificare il secondo come debitore – anche solo potenziale – della prima.

IN CONCLUSIONE

La sentenza della Corte costituzionale, al di là dell'approfondita esamina di tutte le questioni sollevate dal Tribunale di Genova, offre un'interpretazione riduttiva della riforma apportata dalla legge n.18/2015, e ciò appare forse necessario per giustificare il mutamento di opinione avvenuto rispetto ai precedenti di cui alle sentenze n.18/1989 e n.468/1990, in cui si enunciò l'assunto della "indispensabilità" di un filtro a garanzia della indipendenza ed autonomia della funzione giudiziaria.

Ovviamente questo mutamento si spiega in ragione del notevole tempo trascorso dalle predette pronunce ed in considerazioni delle sopravvenute decisioni della Corte di Giustizia U.E., anche se in verità esse non riguardavano nello specifico la presenza del filtro di ammissibilità alle azioni intentate contro lo Stato.

In altri termini la decisione della Corte costituzionale interpreta la diversa considerazione nei confronti

della magistratura che si è sviluppata nel corso dei decenni e che ha portato alla riforma della legge Vassalli (molto più protettiva nei confronti dell'attività giudiziaria), tant'è che tra le sue argomentazioni più forti vi è quella di rispettare la discrezionalità del legislatore, nei limiti della ragionevolezza, lasciando al tempo la verifica se l'attuazione della riforma porterà ad un abuso dell'azione risarcitoria, con tutte le conseguenze paventate dal giudice genovese.

Dal punto di vista strettamente giuridico quindi la Corte poteva giungere, senza grande sforzo, ad una conclusione opposta, proprio partendo dalle considerazioni espresse nei suoi precedenti giurisprudenziali. ●



L'A.T.P. INTRODOTTO DALLA LEGGE GELLI-BIANCO: RIFLESSI SULL'ONERE DI ALLEGAZIONE DI QUALIFICATE INADEMPIENZE NELL'AMBITO DELLA NUOVA RESPONSABILITÀ SANITARIA

Andrea Penta

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione

PREMESSA

La legge 8 marzo 2017, n. 24 (meglio nota come "Legge Gelli-Bianco", dal nome dei promotori) ha lasciato irrisolto, tra l'altro, il delicato problema degli oneri di allegazione gravanti sul paziente, a tal punto che vi è chi (D. Spera, *La responsabilità sanitaria contrattuale ed extracontrattuale nella "legge Gelli-Bianco": da premesse fallaci a soluzioni inappaganti*, "Ri.Da.Re.", 13.4.2017) ipotizza che l'onere di allegare «l'inadempimento qualificato» dell'esercente o della struttura sanitaria si potrebbe tradurre in una sconfessione proprio del principio della «vicinanza della prova», enunciato dalle stesse Sezioni Unite con la nota sentenza n. 577 dell'11/01/2008, richiamando, tra l'altro, l'attenzione sulla possibilità che l'attore-creditore, che contesti la colpa professionale, non conosca affatto (prima dell'istruttoria che verrà svolta nel giudizio civile) quale sia stato l'inadempimento in concreto verificatosi. Ciò in quanto ogni condotta "intermedia" o accessoria, rientrante nel più ampio oggetto dell'obbligazione di comportamento, potrebbe essere stata «astrattamente efficiente

alla produzione del danno».

Mentre, infatti, in termini generali incombe sul debitore della prestazione l'onere di provare l'estinzione dell'obbligazione mediante la dimostrazione dell'adempimento della stessa oppure in conseguenza dell'impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile (artt. 1218 e 1256 c.c.), il medico diligente, cioè adempiente, non sarebbe neppure gravato dall'onere della prova del caso fortuito (vale a dire, dell'evento impreveduto e imprevedibile che abbia determinato l'insuccesso o l'inutilità della prestazione sanitaria).

In particolare, al di fuori dell'ipotesi residuale della difettosa tenuta della cartella clinica (nel qual caso, non essendo il paziente-creditore nelle condizioni di provare il nesso di causa tra la condotta colposa dei medici e la patologia verificatasi, il giudice potrebbe ritenerlo accertato anche mediante presunzioni), viene sottoposta a lettura critica la tesi esposta nella sentenza n. 577/2008, secondo cui, a fronte della contestazione da parte del paziente di un «inadempimento qualificato astrattamente efficiente alla produzione del danno», incomberebbe sul debitore (medico o struttura sanitaria) la prova della

mancanza del nesso di causa con detto evento. Invero, si sostiene, se si aderisse fino in fondo alla tesi esposta nella citata sentenza della Cassazione civile n. 577/2008, nell'ipotesi di contumacia della parte convenuta (esercente o struttura), non essendo "possibile in quel processo la prova non solo dell'adempimento delle obbligazioni assunte dalla parte convenuta, ma anche della mancanza del nesso di causalità materiale tra taluno dei menzionati "inadempimenti qualificati" e l'evento dannoso (onere anch'esso asseritamente gravante sulla parte convenuta)", il giudice, già alla prima udienza, senza alcuna attività istruttoria e senza neppure disporre una consulenza medico-legale, potrebbe/dovrebbe ritenere non solo provato l'inadempimento della parte convenuta, ma anche, e soprattutto, il nesso di causa con l'evento dannoso lamentato dall'attore, istruendo, quindi, la causa ex art. 1223 c.c., ai soli fini dell'accertamento del danno risarcibile. Incomberebbe, invece, sul creditore-paziente l'onere della prova del nesso di causa tra l'inadempimento e l'evento negativo verificatosi e, qualora, all'esito del giudizio, permanesse incertezza sull'esistenza di questo nesso di causa (potendo la causa dell'evento dannoso rimanere ignota), questa ricadrebbe sul creditore. In particolare, «rimarrebbero a carico del paziente esiti pregiudizievoli causalmente riconducibili alle prestazioni sanitarie, ma dei quali non sia stata accertata – né positivamente né negativamente – l'imputabilità al medico».

Diventa, allora, decisivo individuare l'esatta linea di demarcazione tra onere di allegazione ed onere probatorio.

L'ONERE DI ALLEGARE QUALIFICATE INADEMPIENZE

Il vero *punctum dolens*, a mio modo di vedere, è rappresentato non tanto (e, comunque, non solo) dalla ripartizione dell'onere probatorio, quanto dalla portata dell'onere di allegazione a carico dell'attore-danneggiato.

Rappresenta principio ormai consolidato quello secondo cui, in tema di responsabilità per inesatto

adempimento della prestazione sanitaria, è a carico del danneggiato la prova dell'esistenza del contratto e dell'insorgenza o dell'aggravamento della patologia, con l'allegazione di qualificate inadempienze, astrattamente idonee a provocare (quale causa o concausa efficiente; cfr. Cassazione civile, sez. III, 27/04/2015, n. 8473) il danno lamentato, restando a carico dei sanitari la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che il pregiudizio sia stato determinato da un evento impreveduto e imprevedibile. In particolare, rimane a carico del medico dimostrare o che tale inadempimento non vi sia stato ovvero dare la prova del fatto impeditivo, e cioè che, pur sussistendo, il proprio inadempimento non sia stato causa del danno, e cioè che quest'ultimo non sia eziologicamente ascrivibile alla condotta, dovendo altresì indicare quale sia stata l'altra e diversa causa, non prevista e imprevedibile né superabile con l'adeguata diligenza qualificata, che tale danno abbia determinato (Cassazione civile, sez. III, 27/10/2015, n. 21782, 26/03/2015, n. 6102, 16/12/2014, n. 26373, 06/10/2014, n. 21025).

Applicando tale principio, ad esempio, Cassazione civile, sez. III, 12/12/2013, n. 27855, ha censurato l'operato della difesa attorea, la quale aveva operato un'inammissibile inversione, giacché, nel non allegare alcuno specifico inadempimento, aveva attribuito ai convenuti l'onere di dimostrare che la patologia del neonato non fosse conseguita ad un inadempimento medico, e che essa avesse tratto origine da un'affezione di natura genetica e, quindi, non eludibile dall'intervento del personale medico ospedaliero. Siffatta modalità configurava, per la Suprema Corte, un'azione giudiziale con mere finalità esplorative, in quanto essa appariva inammissibilmente volta a aggirare il necessitato rispetto dell'onere di allegazione e di prova, la cui attuazione costituisce condizione basilare ed ineludibile nel nostro sistema processuale.

Una parte della dottrina (E. Occhipinti, *È onere del paziente qualificare e provare l'inadempimento cui sia incorso il medico e la struttura ospedaliera*, "Riv. It. Med. Leg. (e del Dir. san.)", 2014, 03,

1051), nel richiamare la nota distinzione tra diritti autoindividuati e diritti etero individuati (Cassazione civile 12 ottobre 2012, n. 17408), sostiene che, nel caso di richiesta di risarcimento del danno vantato dal paziente nei confronti del medico e/o dell'azienda ospedaliera, trattandosi di azione relativa ad un diritto eteroindividuato, l'attore sia tenuto, sin dal primo atto introduttivo, a pena di nullità per violazione dell'art. 163, n. 4, c.p.c., a sufficientemente individuare ed a qualificare i fatti materiali lesivi del diritto, e la relativa fattispecie costitutiva, in modo da poter porre il convenuto in condizione di apprestare adeguatamente le proprie difese.

Conseguentemente, se l'attività assertiva manca o risulta incompleta, nessuna attività "d'indagine" (asseverativa) può essere compiuta nella fase istruttoria, giacché la successiva attività probatoria svolgerebbe in tal modo, come detto, una generica funzione esplorativa della verità storica.

Invero, l'accertamento della verità processuale attraverso l'indagine esplorativa del consulente è ammissibile, solo ed esclusivamente, se essa rappresenta l'*extrema ratio*, e cioè solo se non vi sia altro mezzo per giungere all'accertamento richiesto che quello di demandarlo ad un soggetto dotato di speciali competenze tecniche (come avviene, per esempio, nel procedimento di riconoscimento della paternità, dove la compatibilità immunogenetica costituisce elemento di prova che può essere acquisito, per l'appunto, solo con l'espletamento di una consulenza tecnica). Solo in questi casi il giudice può incaricare il consulente non soltanto di valutare i fatti accertati (cd. "consulenza deducente"), ma anche di accertare i fatti stessi (cd. "consulenza percipiente"), essendo così necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche (Cassazione civile 11/02/2012, n. 15157, e 05/02/2013 n. 2663).

D'altra parte, affinché scatti l'onere di contestazione, è necessario, da un lato, che la parte avversa abbia nitidamente allegato i fatti costitutivi o a fondamento delle eccezioni e, dall'altro lato, che

i fatti (o le situazioni) siano riferibili alla parte destinataria dell'allegazione, in quanto rientranti nella sua sfera di controllo e di conoscenza (nel senso che l'onere sussiste soltanto per i fatti noti alla parte, e non anche per quelli ad essa ignoti, Cassazione civile, sez. III, n. 14652/2016). Solo in presenza di tali presupposti si determina, nell'evenienza della non contestazione, una *relevatio ab onere probandi* altrimenti gravante sulla controparte. Per Cassazione civile, sez. III, n. 3023/2016, la mancata precisa allegazione esonera, invece, il convenuto, che abbia genericamente negato il reale accadimento dell'evento, dall'onere di compiere una contestazione circostanziata, perché ciò equivarrebbe a ribaltare sullo stesso convenuto l'onere di allegare il fatto costitutivo dell'avversa pretesa.

In una visione d'insieme del problema, è opportuno verificare, in primo luogo, se lo stesso si sia già in passato posto in settori diversi da quello sanitario, onde valutare se i principi enunciati in quella sede possano estendersi, se del caso con gli opportuni adattamenti, alla responsabilità medica.

GLI ALTRI SETTORI IN CUI RILEVA L'ONERE DI ALLEGAZIONE QUALIFICATO

In questa indagine risalta che, nell'ambito delle azioni di responsabilità esperite da un curatore fallimentare nei confronti degli amministratori della società fallita resisi colpevoli di atti di *mala gestio*, Cassazione civile, sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, ha messo bene a fuoco il profilo dell'allegazione, che della prova costituisce l'antecedente logico.

In particolare, sulla stessa falsariga di quanto avviene nell'ipotesi di cartella clinica incompleta, ha ammesso, nel caso in cui gli amministratori della società fallita non abbiano depositato le scritture contabili oppure quando le scritture che abbiano depositato siano sostanzialmente inattendibili e/o incomplete (cfr. Cassazione civile, sez. I, 19/12/1985, n. 6493), che si realizza un'inversione del relativo onere, spettando, quindi,

all'amministratore della società, per andare esente dalla responsabilità, dimostrare la mancanza del nesso causale tra il suo inadempimento e il danno al patrimonio sociale (quale si esprime nel *deficit* accertato in sede fallimentare), se del caso a mezzo del deposito in giudizio di scritture contabili attendibili o, comunque, dei documenti societari ad esse sottostanti.

Peraltro, anche in questa ipotesi il creditore (e, dunque, il curatore) ha, di regola, un onere di allegazione di specifici, qualificati inadempimenti altrui. Più precisamente, questo onere ricorre, oltre che quando la contabilità esistente, per quanto lacunosa, consenta di distinguere le singole operazioni, quando le condotte illegittime non si siano potute individuare per mancanza della documentazione necessaria, ma tale ultima situazione non sia imputabile agli organi amministrativi. In mancanza, il danno non potrebbe essere determinato nemmeno in via equitativa, atteso che la curatela non avrebbe assolto l'onere, pur possibile, di dimostrare e, ancor prima, di allegare la sussistenza del nesso di causalità tra la condotta materiale (compimento di operazioni illegittime) e l'evento di danno.

Solo in questi casi l'onere probatorio sul nesso di causalità subisce un'inversione, nel senso che non deve il curatore provare che il danno sia derivato dall'atto illegittimo dell'amministratore, ma è questi a dover dimostrare che tale atto non abbia avuto alcuna incidenza causale sul prodursi del danno (cfr. Cassazione civile, sez. I, 11/03/2011, n. 5876). In quest'ottica, Cassazione civile, sez. un., n. 577 del 2008 ha affermato che "*l'inadempimento rilevante nell'ambito delle azioni di responsabilità da risarcimento del danno nelle obbligazioni cosiddette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisca causa (o concausa) efficiente del danno*", sicché "*l'allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento per così dire qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno*".

Occorre a questo punto domandarsi se la recente

riforma della responsabilità medica abbia in qualche modo agevolato il paziente-creditore nella individuazione delle cause da porre a fondamento dell'allegazione degli altrui inadempimenti qualificati.

LA NUOVA IPOTESI DI GIURISDIZIONE CONDIZIONATA INTRODotta DALLA LEGGE GELLI-BIANCO

È in questo contesto che si inserisce la nuova ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione introdotta dall'art. 8 della legge Gelli-Bianco, da espletarsi nelle forme del procedimento di cui all'art. 696-bis c.p.c., per le controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria.

Il procedimento è previsto come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nei confronti dei (potenziali) danneggiati ed è diretto ad acquisire elementi di prova direttamente rilevanti nel successivo eventuale giudizio di "merito". In questo senso, può essere considerato una vera e propria "anticipazione" del tempo di espletamento della consulenza tecnica d'ufficio (M. Vaccari, *L'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, "Ri.Da.Re.", 21.3.2017), che dei giudizi in esame costituisce accertamento istruttorio ineludibile (Corte costituzionale, 22 ottobre 2014, n. 243 a proposito dell'ATP, ex art. 445-bis c.p.c.). In particolare, il procedimento precontenzioso, reso obbligatorio nelle controversie risarcitorie in materia sanitaria, cumulerà nella maggior parte dei casi sia la funzione conciliativa, sia quella di anticipazione della prova, analogamente a quanto si può osservare in generale a proposito dell'istituto di cui all'art. 696-bis c.p.c..

L'ultimo comma dell'art. 8 stabilisce che la partecipazione personale al procedimento è obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione (del professionista sanitario o della struttura in cui si è verificato il fatto illecito), e ciò al fine evidente di assicurare un coinvolgimento dei soggetti che più concretamente possono

contribuire alla definizione in via conciliativa della controversia. In tal modo si è voluto assicurare la partecipazione effettiva delle parti a tutte le fasi del procedimento e, quindi, anche agli incontri tra consulenti che dovessero aver luogo, e non al solo esame diretto della parte lesa.

Peraltro, mentre la presenza del professionista non è necessaria qualora il danneggiato eserciti l'azione nei soli confronti della struttura sanitaria, allorché venga esercitata l'azione diretta a norma dell'art. 12 l. n. 24/2017 verso l'assicurazione, è richiesta anche la presenza dell'assicurato (a seconda dei casi, della struttura sanitaria o del professionista). Invero, nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione dell'esercente la professione sanitaria quest'ultimo è litisconsorte necessario (art. 12).

La dottrina che si è occupata *funditus* della questione (A. Barletta, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nell'art. 8 della legge Gelli-Bianco*, "Ri.Da.Re.", 7.4.2017) ritiene, tuttavia, che la partecipazione personale obbligatoria debba essere circoscritta ad un'apposita udienza da fissare dopo l'espletamento delle operazioni peritali, nella quale dovrebbe essere esperito il tentativo di conciliazione.

Onde incentivare la detta partecipazione, in caso di inerzia, viene prevista la condanna, con il provvedimento che definisce il successivo giudizio, della parte che abbia disatteso la prescrizione normativa, pur vittoriosa, al pagamento delle spese di consulenza (se conclusa tempestivamente) e di lite, oltre che di una pena pecuniaria (a vantaggio della controparte che abbia, invece, partecipato al procedimento).

Si stabilisce altresì l'obbligo (e non la mera facoltà) per tutti i soggetti coinvolti nel procedimento (e non solo per le imprese di assicurazione) di formulare nel corso del procedimento una offerta di risarcimento del danno ovvero di comunicare i motivi per cui non intendono formularla, in mancanza del cui adempimento le sanzioni saranno rappresentate, oltre che da quelle in precedenza indicate, dalla segnalazione, ad opera del giudice, all'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni (sia pure solo in caso

di decisione favorevole al danneggiato).

Resta da scrutinare quali siano le ricadute sul piano processuale di un rafforzamento evidente dell'accertamento tecnico preventivo con finalità conciliative.

L'UTILITÀ DELL'ACCERTAMENTO TECNICO PREVENTIVO (OBBLIGATORIO)

Per quanto emerga nitido l'obiettivo legislativo di definire sul piano tecnico-scientifico, nell'ambito del procedimento precontenzioso in esame (*id est*, del procedimento di consulenza preventiva), tutte le controversie in materia di responsabilità medica e sanitaria, rimane, ovviamente, inalterata l'incertezza circa la concreta possibilità di raggiungerlo, anche considerando che le questioni fattuali da esaminare in sede preventiva sono lungi dall'essere definite nel contesto di un compiuto *thema probandum*. Il che potrà avvenire, in siffatta evenienza, solo nel giudizio di merito, successivamente alla vera e propria trattazione della causa nel contraddittorio tra le parti, sotto la direzione del giudice.

Invero, la limitazione temporale (sei mesi) sancita dal legislatore all'art. 8 comporterà che gli accertamenti compiuti nella fase *ante causam* saranno, di norma, incompleti, soprattutto nei casi più complicati. Essi potranno essere più che altro funzionali ad acquisire i dati e le valutazioni necessari ad affrontare nel modo più ponderato possibile il tentativo di conciliazione, avendo a mente la complessità medico-legale delle questioni, che potranno essere eventualmente meglio affrontate ed approfondite, ripetesesi, solo nel successivo giudizio di merito.

Si assisterà, pertanto, normalmente ad un'anticipazione (quantomeno parziale) del momento acquisitivo e di valutazione medico-legale delle prove, in vista della definizione delle questioni fattuali e tecniche sottese alle controversie risarcitorie in materia sanitaria.

Tuttavia, questa fase si rivelerà senz'altro utile al fine di individuare con la maggior precisione

possibile quali siano le condotte (commissive o omissive) imputabili in concreto ai sanitari o alla struttura, in modo da porre il danneggiato nelle condizioni di *allegare*, nel contesto dell'atto introduttivo del successivo, eventuale giudizio di merito, 'qualificate inadempienze', idonee a provocare il danno lamentato.

In passato, non di rado la giurisprudenza di merito affermava che, quando l'attore nell'atto introduttivo del giudizio ricostruiva l'evento in termini sintetici, appariva evidente che l'attività assertiva svolta a sostegno della prospettazione attorea, confusa ed approssimativa, sottendesse, in principalità, il riconoscimento della impossibilità di ricostruire la dinamica dell'evento in modo difforme ed autonomo rispetto a quello "ufficializzato" negli atti, ma, al contempo, manifestasse la volontà di "esplorare" l'accadimento, con l'evidente intento di ricondurlo nell'alveo di una pretesa responsabilità del convenuto (Trib. Milano, sez. X, 28/02/2006, n. 2595, "Giust. a Milano", 2006, 2), 16. Ciò induceva ad ammettere comunque l'espletamento di una c.t.u. medico-legale, se del caso avente ad oggetto l'individuazione, oltre che delle condotte (commissive o omissive) imputabili al medico o alla struttura, della causa dell'evento dannoso lamentato.

Questo approccio non potrà, secondo me, più avallarsi in futuro, non dovendo essere all'attualità consentito ridurre l'attività assertiva ad una mera, sia pure dettagliata, esposizione degli esiti lesivi dell'accaduto, demandandosi alla successiva fase istruttoria l'esatta definizione della dinamica del fatto generatore, senza al contempo offrire elementi analitici (soprattutto sul piano delle allegazioni) che forniscano indicazioni circa l'utile esperibilità della prova, che, così operando, verrebbe richiesta quasi *ad explorandum*.

Al contempo, non potrà più condividersi la pur diffusa convinzione (aveva denunciato questa distorsione Cassazione civile 09/05/2016, n. 9318, ponendo in rilievo che la consulenza tecnica d'ufficio non può essere disposta al fine di esonerare la parte

dall'onere di fornire la prova di quanto assume ed è, quindi, legittimamente negata qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni od offerte di prova, ovvero di compiere un'indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati) secondo cui, in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore danneggiato si sarebbe dovuto limitare a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, "*astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato*", rimanendo a carico del debitore (medico e/o struttura sanitaria) dimostrare che tale inadempimento non vi sia stato, ovvero che, pur essendovi stato, lo stesso non sia stato eziologicamente rilevante. Avendo ormai a disposizione uno strumento *ad hoc* per far emergere sul piano tecnico la (o le) causa (e) dell'illecito, il paziente dovrà, infatti, ripetersi, allegare inadempimenti qualificati 'concretamente' rapportabili a determinare la lesione denunciata. In particolare, nel momento in cui si domanda risarcimento del danno non patrimoniale, l'onere di allegazione va adempiuto in modo circostanziato, non potendosi risolvere in mere enunciazioni generiche, astratte o ipotetiche. Le allegazioni che devono accompagnare la proposizione di una domanda risarcitoria non potranno essere limitate alla prospettazione della condotta in tesi colpevole della controparte, ma dovranno includere l'analitica descrizione delle condotte (commissive o omissive) imputate al personale sanitario, oltre che la descrizione delle lesioni, patrimoniali e/o non patrimoniali, prodotte da tali condotte, dovendo l'attore mettere il convenuto in condizione di conoscere quali pregiudizi vengono imputati al suo comportamento e ciò a prescindere dalla loro esatta quantificazione e dall'assolvimento di ogni onere probatorio al riguardo (già aveva sostenuto questa impostazione, ma limitatamente alla descrizione delle lesioni - e non anche delle

condotte che le abbiano provocate - Cassazione civile 10/05/2016, n. 9377). Men che meno si giustificerebbe l'approccio, pur condiviso da una parte dei giudici di legittimità (Cassazione civile 20/10/2015, n. 21177, e 09/10/2012, n. 17143), a tenore del quale, in tema di responsabilità per attività medico-chirurgica, l'attore dovrebbe provare l'esistenza del rapporto di cura, del danno e del nesso causale e solo "allegare la colpa del medico", sul quale incomberebbe l'onere di dimostrare che l'eventuale insuccesso dell'intervento, rispetto a quanto concordato o ragionevolmente attendibile, sia dipeso da causa a sé non imputabile.

All'esito del procedimento di consulenza tecnica preventiva, e sempre, ovviamente, che lo stesso non si concluda con un verbale di conciliazione, si potranno in astratto, a mio modo di vedere, verificare due ipotesi nel successivo giudizio di merito:

- a. il danneggiato-attore omette di allegare qualificate inadempienze: in tal caso il convenuto non è posto nelle condizioni di prendere posizione sui fatti contestatigli e l'eventuale espletamento di una c.t.u. medico-legale si rivelerebbe meramente esplorativa;
- b. il danneggiato provvede, anche alla luce di quanto emerso nel corso dell'a.t.p., ad individuare con precisione le condotte di *malpractice* medica eziologicamente riconducibili all'evento dannoso lamentato: dovrà essere il sanitario (e/o la struttura) a contestare analiticamente ed inequivocamente i fatti ascrittigli e, per il principio di vicinanza della prova, a dimostrare di non aver posto in essere quelle condotte (o, nel caso di illecito omissivo, di averne poste in essere, sulla base di un giudizio *ex ante* controfattuale, di idonee) o che le stesse non siano state la causa della lesione denunciata.

In definitiva, si è al cospetto, quanto alla posizione processuale dei convenuti, non già di mere difese (come tali non incidenti sulla ripartizione dell'onere probatorio), bensì di veri e propri fatti impeditivi.

Da ciò consegue che, nel giudizio avente ad oggetto il risarcimento del danno causato da un errore del medico o della struttura sanitaria, al quale sono

applicabili (ormai limitatamente alla seconda) le regole sulla responsabilità contrattuale (ivi comprese quelle sul riparto dell'onere della prova), l'attore ha il solo onere - ex art. 1218 c.c. - di allegare e provare l'esistenza del contratto, e di allegare in modo "qualificato" l'esistenza d'un valido nesso causale tra l'errore del medico e l'aggravamento delle proprie condizioni di salute, mentre spetterà al convenuto dimostrare o che inadempimento non vi sia stato, ovvero che esso, pur essendo sussistente, non sia stato la causa efficiente dei danni lamentati dall'attore.

Le argomentazioni a base di questa scelta ermeneutica sono sicuramente valide, in quanto porre a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova dell'esatto adempimento della prestazione medica soddisfa in pieno quella linea evolutiva della giurisprudenza in tema di onere della prova che va accentuando il principio della vicinanza della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla. Infatti, nell'obbligazione di mezzi il mancato od inesatto risultato della prestazione non consiste nell'inadempimento, ma costituisce il danno consequenziale alla non diligente esecuzione della prestazione. In queste obbligazioni, in cui l'oggetto è l'attività, l'inadempimento coincide con il difetto di diligenza nell'esecuzione della prestazione, cosicché non vi è dubbio che la prova gravi a carico di chi l'abbia eseguita; tanto più che, trattandosi di obbligazione professionale, il difetto di diligenza consiste nell'inosservanza delle regole tecniche che governano il tipo di attività al quale il debitore è tenuto.

Il criterio che si è inteso privilegiare è tanto più, a mio modo di vedere, da percorrere se l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche, sconosciute al creditore, in quanto estranee al bagaglio della comune esperienza, e specificamente proprie di quello del debitore, nel caso di specie specialista di una professione protetta (cfr. Cassazione civile, sez. III, 21/06/2004, n. 11488). Conseguentemente, una volta allegato da parte del paziente l'inadempimento agli obblighi

contrattuali gravanti sulla struttura sanitaria, è onere di quest'ultima dimostrare che le prestazioni di cura, durante l'intervento chirurgico, siano state adeguatamente rese osservando le norme tecniche, e con la diligenza richiesta dalla specifica professionalità normalmente esigibile in base al tipo di intervento ad effettuarsi.

Un'ultima notazione si rende necessaria. Potrebbe, infatti, ritenersi idonea, al fine di sollecitare nel corso del giudizio l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio di tipo medico, la produzione di una perizia di parte. Tuttavia, condividendo l'orientamento fatto proprio da una parte della giurisprudenza (Trib. Venezia, sez. III, 12/01/2016, "Foro it.", 2016, 3, 1017, con nota di De Santis) che si è occupata *funditus* del problema, ritengo che non sia possibile disporre una c.t.u. di carattere percipiente, cioè finalizzata alla dimostrazione di fatti sulla base di nozioni eminentemente tecniche, qualora la parte abbia allegato fatti basati su una congettura supportata soltanto da una consulenza tecnica stragiudiziale. A maggior ragione si rivela, dunque, di importanza notevole la possibilità (pur permanendo i dubbi sulla opportunità di riconnettervi una ennesima condizione di procedibilità, inserendo nel tessuto processuale nuovi paletti - che si aggiungono a quelli della mediazione obbligatoria e della negoziazione assistita - che fanno sempre più dubitare della legittimità costituzionale - dall'angolo prospettico dell'art. 24 Cost. - di alcune iniziative legislative), introdotta con la legge Gelli, di far precedere l'instaurazione del giudizio da un'a.t.p. prodromica all'assolvimento dell'onere di allegazione di qualificate inadempienze. ●



DEPENALIZZAZIONE E "CIVILIZZAZIONE": BREVI NOTE A PROPOSITO DELLE NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO CIVILE "PUNITIVO" E RIFLESSI IN TEMA DI RISARCIMENTO DEL DANNO

Eleonora Guido

Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Lecce

1. INTRODUZIONE: LE DELEGHE CONFERITE DALLA L. N. 67/2014 IN MATERIA SANZIONATORIA

Il 6 febbraio 2016 sono entrati in vigore i dd. lgs. 7 e n. 8 che hanno concluso il processo di attuazione delle pregnanti deleghe in materia sanzionatoria conferite al Governo dalla L. 67/2014. Per quanto di nostro interesse, la riforma è destinata, almeno sulla carta, a passare alla storia del diritto penale italiano: non tanto perché si inserisce nel solco dei ciclici provvedimenti di depenalizzazione di portata generale (gli ultimi dei quali ad opera della l. n. 689/1981 e della l. n. 205/1999), ma principalmente perché realizza un definitivo arretramento del diritto penale a vantaggio del diritto amministrativo e, questa la novità più importante, del diritto civile. Partendo, quindi, dal presupposto che in passato vi è stata una dilatazione ipertrofica delle fattispecie penalmente rilevanti, il legislatore si è mosso con l'intenzione di ridurre l'area delle ipotesi di illecito penale. Tale scopo dovrebbe, inoltre, in una prospettiva di più ampio raggio, risultare funzionale

tanto al potenziamento della funzione general-preventiva delle fattispecie punitive, quanto alla deflazione del carico giudiziario in ambito penale. Che si tratti di depenalizzazione *in astratto* oppure di rinuncia *in concreto* all'irrogazione della sanzione penale, la *ratio comune* è rappresentata dal binomio dei principi di proporzionalità e sussidiarietà del ricorso allo strumento penale.

2. L'ESERCIZIO DELLE DELEGHE IN MATERIA DI "RIFORMA DEL SISTEMA SANZIONATORIO": LE DISPOSIZIONI ENTRATE IN VIGORE

Il programma di depenalizzazione è stato attuato, in esecuzione dei principi e criteri direttivi descritti nei commi 2 e 3 dell'art. 2, L. n. 67/2014, attraverso metodi e criteri caratterizzati da profonde differenze, alle quali corrispondono, specularmente, distinte e specifiche criticità in sede applicativa. La trasformazione di reati in illeciti amministrativi può considerarsi un'opzione politico-criminale di carattere tradizionale: ad essa si è fatto ricorso periodicamente, in funzione di maggior certezza ed

effettività della risposta sanzionatoria. Sul piano operativo, un indubbio vantaggio offerto da tale tecnica di depenalizzazione è dato dalla possibilità di fare riferimento all'ormai consolidata disciplina generale dei profili sostanziali e procedurali dell'illecito punitivo amministrativo di cui al Capo I e II della L. n. 689/1981 ed in effetti proprio a tale corpo normativo rinvia l'art. 6 del d. lgs. n. 8 del 2016.

Al contrario, l'abrogazione di reati e la contestuale introduzione di illeciti sottoposti a sanzioni civili pecuniarie rappresenta una soluzione innovativa, che non trova antecedenti nel nostro panorama giuridico e che comporta implicazioni ermeneutiche impegnative, soprattutto per quel che concerne la costruzione della disciplina sostanziale e processuale della nuova figura dell'illecito punito con sanzioni pecuniarie civili, posto che difettano, nel nostro sistema, riferimenti normativi univoci relativi alla *branca* sanzionatoria del diritto civile.

A tale aspetto si affianca inoltre la criticità connessa all'esigenza di temperare la riduzione del novero dei reati con le istanze di mantenimento di un adeguato *standard* di tutela, nel quadro di disposizioni sostanziali e processuali funzionali e, al contempo, rispettose dei principi di garanzia previsti, non solo a livello interno, nell'ambito del diritto c.d. *punitivo*.

I due poli strutturali dell'intervento di depenalizzazione presentano una diversa latitudine applicativa.

La trasformazione di reati in illeciti amministrativi, a fronte della strada tortuosa scelta dal legislatore delegante in riferimento alla definizione dei criteri che presiedevano alla scelta degli illeciti da depenalizzare (per approfondimenti si veda G. Mannozi, *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 7, pp. 781 e ss.), ha riguardato *potenzialmente* un'ampia serie di fattispecie penali, poiché si è fatto ricorso, nella selezione degli illeciti penali suscettibili di degradazione, a criteri generali, prevedendo tuttavia un'altrettanta ampia serie di esclusioni *per materia*.

Al contrario, i reati trasformati in illeciti civili –

selezionati secondo parametri di omogeneità di disvalore sociale del fatto – sono sostanzialmente in numero ridotto, in considerazione del carattere inedito di questa tipologia di intervento.

Nonostante il diverso ordine espresso dalla numerazione *formale*, per ragioni logico-espositive, legata principalmente al diverso grado di innovazione, l'esame sarà condotto a partire dal provvedimento avente ad oggetto la tecnica tradizionale di depenalizzazione e l'attenzione sarà focalizzata unicamente alle disposizioni pertinenti all'oggetto del presente contributo.

3. IL D.LGS. 15 GENNAIO 2016, N. 8: LA TRADIZIONE CHE RASSICURA

Si è già accennato alla scelta del legislatore di prevedere, nel d. lgs. n. 8/2016, due criteri di selezione dei reati da trasformare in illeciti amministrativi: uno principale, di natura formale ed uno complementare, di carattere *nominativo*.

Il primo parametro selettivo opera *al buio*, perché i reati oggetto di trasformazione in illeciti amministrativi non sono suscettibili di preliminarare e specifica individuazione, bensì possono essere rintracciati attraverso il riferimento alla pena della multa o dell'ammenda (secondo un criterio già adottato in passato dal legislatore nella l. n. 689/1981).

Tuttavia, al fine di evitare che il criterio di depenalizzazione incentrato sul meccanico del riferimento alla pena edittale finisca con l'equiparare fattispecie caratterizzate da livelli diversi di disvalore, ed in conformità con la legge delega, detta opzione trova un immediato correttivo nella clausola di esclusione di specifiche categorie di reati, per cui la clausola cieca di depenalizzazione non opera nei confronti degli illeciti che siano previsti nel codice penale o che attengano a determinate *materie extra codicem*, individuate e raggruppate dal legislatore delegato in un apposito elenco, allegato al d. lgs. n. 8/2016 e finalizzato ad orientare e ad agevolare l'interprete. Per converso, sono stati trasformati in illecito

amministrativo alcuni reati, specificamente individuati, altrimenti destinati a restare esclusi dall'ambito di operatività della *clausola cieca*.

I reati oggetto di depenalizzazione *nominativa* sono collocati principalmente, ma non esclusivamente, all'interno del codice penale (la cui indicazione è contenuta nell'art. 2 del d. lgs. in esame).

Sono state quindi degradate ad illeciti amministrativi alcune contravvenzioni che rivestivano carattere marginale e formale (tanto che la dottrina le ha definite quali "*reati quiescenti*"; cfr. G. Losappio, *Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico. L'art. 659 e la delega per la depenalizzazione delle contravvenzioni del c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 9) come quella di abuso della credulità popolare nonché gli atti contrari alla pubblica decenza e gli atti osceni, ipotesi di reato per le quali dottrina e giurisprudenza negli anni passati si erano adoperate al fine di reinterpretare il bene giuridico rilevante, in direzione di un concetto di pudore inteso in senso "*individualizzato*" (sul punto si veda *ex multis*, A. Cadoppi - P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. I reati contro la persona*, IV ed., Padova, 2012, pp. 215 e ss. e, con specifico riferimento agli artt. 527 e 528 c.p., pp. 220 e ss.).

All'esito della depenalizzazione, dunque, gli atti osceni mantengono rilievo penale solo con riferimento alla condotta compiuta all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano.

Peraltro, proprio su questo versante deve incidentalmente rilevarsi che l'intervento legislativo ha dato vita ad una manifesta incongruenza: ha instaurato, infatti, un *parallelo ed illogico binario trattamentale* in tema di minori, a seconda che assistano a manifestazioni oscene "*all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati*" – ipotesi tuttora delittuosa – o altrove –, ed in questo caso si tratterà semplice illecito amministrativo.

Chiarito a grandi linee quale sia il campo di operatività delle norme depenalizzanti, l'aspetto

che rileva in questa sede attiene all'esame degli artt. 8 e 9, che predispongono un'apposita disciplina transitoria.

In primo luogo, l'art. 8 comma 1 stabilisce che le sanzioni amministrative pecuniarie comminate per i nuovi illeciti amministrativi siano applicabili anche alle violazioni commesse prima dell'entrata in vigore dello stesso decreto (e, cioè, sino al 5 febbraio 2016), purché il procedimento non si sia concluso con provvedimento definitivo di condanna. Sostanzialmente, si è ritenuto che l'intervento di depenalizzazione in esame dia luogo ad una *successione di leggi*, contraddistinta dalla retroattività di una disciplina (di rango amministrativo) reputata dal legislatore più favorevole rispetto a quella (di natura penale) prevista al momento della commissione del fatto. A favore della soluzione della retroattività *in mitius* della legge punitiva amministrativa, milita, altresì, la considerazione della disciplina adottata tradizionalmente in tal senso nella legislazione vigente in materia di depenalizzazione (ex artt. 100 e ss., d. lgs. n. 507/1999).

Peraltro, se il procedimento pende in fase di impugnazione, e nel precedente grado è stata pronunciata sentenza di condanna, il giudice dell'impugnazione – dichiarato che il fatto non è previsto dalla legge come reato – deve decidere sull'impugnazione ai soli effetti civili.

Occorre sul punto evidenziare come la disposizione che continua a mantenere incardinato il giudizio risarcitorio dinanzi al giudice penale d'appello in caso di costituzione di parte civile, sia riportata solo nel d. lgs. n. 8/2016 e non in quello "gemello" che ha abrogato alcune fattispecie penali trasformandole in illeciti civili.

Anticipando solo in relazione a questo aspetto parte dei contenuti riferibili al d. lgs. n. 7/2016, è dato rilevare che dal silenzio del legislatore delegato nel d. lgs. n. 7/2016 è disceso un contrasto giurisprudenziale tra una parte degli interpreti che, al pari di quanto espressamente indicato nel d. lgs. in esame, ritenevano perdurasse la competenza del giudice penale dell'impugnazione, il quale

contestualmente alla dichiarazione che il fatto non è più previsto come reato, deve tuttora decidere sull'impugnazione ai soli effetti civili e coloro che invece ritenevano che costui dovesse pure revocare le statuizioni civili.

La questione, rimessa alle Sezioni Unite, è stata risolta nel senso che il giudice dell'impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, deve revocare anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili, fermo restando il diritto della parte civile di agire *ex novo* nella sede naturale per il risarcimento del danno (Cass., Sez. Un., 46688/2016).

Questo meccanismo, peraltro, ha una sua logica di fondo: il d. lgs. n. 7 prevede che il giudice del risarcimento del danno sia lo stesso che commina la sanzione pecuniaria civile, e ciò anche con riferimento ai fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto, salvo il caso di sentenza ormai irrevocabile. Sottrarre al giudice civile il giudizio sul risarcimento del danno avrebbe significato, quindi, mandare esente da responsabilità l'autore del fatto doloso, configurato come reato abrogato, dalla sanzione civile prevista anche in via transitoria. Il danneggiato, poi, dinanzi al giudice civile, potrà comunque allegare e provare il suo danno in base alle prove raccolte nel processo penale, con l'unica precisazione per cui mancherà il giudicato penale di condanna.

Ciò premesso, è necessario ora indagare la tematica relativa al risarcimento del danno nelle ipotesi di illeciti non più penalmente rilevanti poiché depenalizzati. Occorre sul punto prendere le mosse dalla circostanza per cui nel caso del d. lgs. n. 8/2016 si è proceduto esclusivamente a depenalizzare le ipotesi esplicitamente previste, senza introdurre di nuove: ragion per cui un'azione risarcitoria in questi casi si potrà basare sull'art. 2043 c.c. e quindi sull'archetipo della responsabilità extracontrattuale. Nulla di nuovo, quindi, rispetto all'impostazione del passato; se non fosse che a seguito dell'abrogazione delle fattispecie penali si è reso oggettivamente più complicato ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale (e tra

l'altro quanto si dirà a breve vale anche per il d. lgs. "gemello" in tema di abrogazione).

In assenza di specifiche disposizioni di legge che per tali fatti prevedano la risarcibilità di questo tipo di danno, come avveniva prima dell'abrogazione per il combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., il risarcimento è ora conseguibile soltanto se derivante da lesione grave di diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale e selezionati caso per caso dal giudice (secondo l'insegnamento ormai sedimentato a partire dalle storiche sentenze delle Sezioni Unite della Corte di cassazione nn. 26972 e 26973 del 2008).

In precedenza, al contrario, allorché gli illeciti erano astrattamente configurabili come reato, il danno era sempre risarcibile, purché naturalmente lo stesso fosse provato, anche per via presuntiva.

La stessa problematica può essere poi rapportata in tema di ipotesi abrogate e trasformate in illecito civile dal d. lgs. 7/2016.

4. IL D.LGS. 15 GENNAIO 2016, N. 7: IL "NUOVO CHE AVANZA"

Con il reticolato normativo previsto nel d. lgs. 7/2016, il legislatore delegato ha dato attuazione all'art. 2, comma 3, L. n. 67/2014.

Sulla scorta dei criteri contenuti nella legge delega, il Governo avrebbe dovuto abrogare una serie di disposizioni previste nel codice penale e – "fermo il diritto al risarcimento del danno" – istituire "adeguate sanzioni pecuniarie civili in relazione alle fattispecie abrogate" aventi "carattere aggiuntivo" rispetto al diritto al risarcimento del danno dell'"offeso".

Nel contesto di un ordinamento civile, come quello italiano, in cui predomina principalmente la funzione compensativa della responsabilità civile, l'esplicita e *generalizzata* previsione dell'istituto delle sanzioni pecuniarie civili impone quantomeno di rimeditare sui rapporti storicamente intercorrenti tra diritto penale e diritto civile (per una stimolante analisi "in una dimensione diacronica" dei rapporti tra le due discipline cfr. C. Piergallini, "Civile" e "Penale" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio

millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 1299 e ss.; in ptc. pp. 1316 ss.). Sul punto, la dottrina non ha mancato di rilevare che "in questo senso, la sanzione pecuniaria civile assume le veci della sanzione penale in precedenza comminata: è al pari di questa di carattere punitivo, volta cioè alla prevenzione generale di comportamenti lesivi di determinati interessi e alla repressione conseguente all'inosservanza" (così T. Padovani, *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, in *Guida al Diritto*, 2016, 8, p. 76).

Anche in questo caso verranno analizzate esclusivamente le disposizioni pertinenti al tema di nostro interesse e si cercherà di affrontare alcuni tra i molteplici snodi problematici legati a questa riforma, sia pur con la prudenza imposta all'interprete a fronte di una normativa che ad oggi ha una prassi applicativa veramente stringata.

Il decreto legislativo in esame si compone di tredici articoli, suddivisi in due capi: il Capo I (artt. 1 e 2) riguarda l'abrogazione di reati e modifiche al codice penale; il Capo II (artt. da 3 a 13) concerne, invece, gli illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili.

L'art. 1 del decreto 7/2016 dispone l'abrogazione integrale dell'art. 485 c.p. (*Falsità in scrittura privata*), 486 c.p. (*Falsità in foglio firmato in bianco. Atto privato*), 594 c.p. (*Ingiuria*), 627 c.p. (*Sottrazione di cose comuni*) e 647 c.p. (*Appropriazione di cose smarrite, del tesoro o di cose avute per errore o caso fortuito*); le stesse fattispecie, poi, sono state riformulate nell'art. 4. Al contempo, nell'art. 2, si legiferano le "modifiche al codice penale", con la "previsione, da un lato, di nuove fattispecie incriminatrici speciali per specificazione (come nel caso del danneggiamento) o parziali rispetto a quelle originarie (come nel caso della falsità in scrittura privata)" (così T. Padovani, cit., p. 77).

È tuttavia l'articolo 3, e più in generale il Capo II del decreto legislativo in esame, ad innovare l'ordinamento italiano. Si stabilisce, infatti, che "i fatti previsti dall'articolo seguente, se dolosi, obbligano, oltre che alle restituzioni e al risarcimento del danno secondo le leggi civili, anche al pagamento della sanzione pecuniaria civile ivi stabilita".

Se commesso con dolo, quindi, il medesimo

fatto tipico e antiggiuridico fonda una duplice responsabilità: da un lato, esso comporta l'obbligo di risarcire il danno, conseguenza a cui conduceva anche prima della novella in commento; dall'altro, l'obbligo di adempiere al pagamento di una sanzione pecuniaria di carattere punitivo.

Peraltro, la difficoltà di trarre indicazioni univoche, in chiave sistematica, dalla disciplina delle figure punitive spartutamente già previste nell'ordinamento civile, è alla base della necessità di gettare le fondamenta della nuova categoria di sanzioni civili pecuniarie. In conseguenza della lacunosità dei criteri contenuti nella legge 67/2014, il legislatore delegato ha dovuto affrontare tale inedito compito assumendosi la responsabilità di scelte valutative delicate e complesse, che garantissero al contempo *standard* adeguati di tutela ed istanze di coerenza e funzionalità applicativa.

Dal punto di vista strutturale, si tratta di un *tertium genus*, di carattere *pubblicistico* e *personale*, che si inserisce per un verso nell'alveo delle sanzioni amministrative pecuniarie in ordine alla non convertibilità in misure incidenti sulla libertà personale in caso di insolvibilità, ma che se ne discosta per altro verso, ossia avuto riguardo al regime di procedibilità e alla natura degli interessi tutelati (nel senso di ritenere oggi sussistente una "specie di azione penale nel processo civile" si veda M. Bove, *Un nuovo caso di pronuncia d'ufficio: profili processualciviltistici del d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7)*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, 3, p. 412).

Peraltro, con l'art. 3 del d. lgs. n. 7/2016 si è assistito all'emersione del dolo quale autonomo criterio di imputazione della responsabilità (solo astrattamente) civile, che si affianca alla colpa – *minimum* richiesto per la responsabilità risarcitoria – e che conduce a conseguenze ulteriormente pregiudizievoli per l'agente (per un'analisi in ordine all'antigiuridicità e all'elemento soggettivo della responsabilità aquiliana si veda M. Franzoni, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2008, 4).

Il d. lgs. in esame, quindi, da un lato chiarisce che

in tema di responsabilità risarcitoria nulla è mutato, perché, come in passato, le ipotesi riformulate danno luogo a risarcimento del danno “secondo le leggi civili” e quindi, a seconda dei casi, si tratterà di un giudizio risarcitorio incardinato per violazione del principio del *neminem laedere* ai sensi dell’art. 2043 c.c., ovvero anche per inadempimento contrattuale. Dall’altro lato stabilisce che qualora la condotta sia sorretta dal dolo, l’agente sarà chiamato a corrispondere una sanzione pecuniaria civile.

Questa sanzione è irrogata, in base al meccanismo congegnato dall’art. 8 del d. lgs. in esame, dal giudice “competente a conoscere dell’azione di risarcimento del danno” al termine del processo e “qualora accolga la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa”.

È consentito a questo punto interrogarsi su quale soggetto sia legittimato all’azione civile che conduce all’irrogazione di una sanzione pecuniaria: in altri termini, ci si potrebbe chiedere se può agire ogni danneggiato o, per converso, solo colui che, quale *persona offesa* dal reato, avrebbe in precedenza potuto presentare querela. Orbene, se spesso, soprattutto nelle fattispecie sostanziali qui rilevanti, le due figure coincidono, non è detto che ciò accada sempre. In concreto sebbene l’art. 8, comma 2, del d. lgs. in esame ipotizza l’irrogazione della sanzione civile pecuniaria solo qualora venga accolta la domanda di risarcimento proposta dalla “persona offesa”, è da ritenere che non occorra dare determinante rilevanza alla formulazione testuale della disposizione, perché pare piuttosto evidente che ciò che conta è che sia esercitata un’azione risarcitoria derivante dall’illecito; in altri termini, che un interesse privato coinvolto sia fatto valere: anche perché solo una domanda risarcitoria avanzata dal danneggiato condurrebbe al suo accoglimento e, quindi, all’eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria.

Se la persona offesa/danneggiato pretende il ristoro dei danni subiti, allora lo Stato, nella persona del giudice investito della causa civile, pretende di punire il danneggiante-colpevole di questo illecito

con una sanzione pecuniaria, che non si trasmette agli eredi (ai sensi dell’art. 9, comma 6) e il cui provento è integralmente devoluto a favore della Cassa delle ammende (in base all’art. 10).

È legittimo quindi interrogarsi sulla concreta effettività del meccanismo sanzionatorio così come concepito, legato a doppio filo alla proposizione e all’accoglimento dell’azione risarcitoria.

E ciò per due ordini di ragioni, la prima delle quali è di natura strettamente pratica.

Il danneggiato, infatti, non ha alcun interesse a concorrere con un altro creditore (nella persona dello Stato) sull’unico patrimonio del danneggiante; potenzialmente, infatti, potrebbe veder pregiudicato il suo concreto soddisfacimento qualora il patrimonio di costui non sia sufficiente per entrambe le pretese. A monte, peraltro, deve riflettersi come la qualifica penale dell’illecito garantiva in precedenza la presa in carico della tutela da parte del pubblico ministero mentre, oggi, l’offeso è posto dinanzi alla necessità di assicurarsela con i propri mezzi e a proprie spese (notoriamente elevate nel caso del processo civile).

In secondo luogo, occorre riflettere sul fatto che nelle ipotesi più semplici, quale ad esempio l’ingiuria, il danneggiato agirà per il risarcimento ai sensi dell’art. 2043 c.c., e gli elementi costitutivi della sua domanda tendenzialmente coincideranno con quelli previsti dall’illecito tipico (ovvero la condotta offensiva del decoro o dell’onore, il danno patito e il nesso causale).

Tuttavia, questa perfetta coincidenza potrebbe non esserci. Basti pensare, ad esempio, all’ipotesi di sottrazione di cose comuni, di cui al vecchio art. 627 c.p. Anche in questo caso il danneggiato potrebbe agire per ottenere il ristoro dei danni e si limiterà ad allegare e provare i fatti costitutivi della sua domanda, poco o nulla rilevando ai suoi scopi la finalità che ha spinto l’agente ad agire, indicata nell’art. 4 e relativa alla volontà di “procurare a sé o ad altri un profitto” (profilo diverso, ma strettamente connesso a quanto detto, è quello relativo al *quantum* di prova necessario ai fini dell’irrogazione della sanzione punitiva. Sul

punto, A. Galgani, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 5, 584, ritiene che “Non essendo contemplata alcuna norma di disciplina ... deve, pertanto, ritenersi sufficiente l’integrazione del livello di prova in genere necessario nel processo civile e, in particolare, ai fini della decisione sull’istanza di risarcimento del danno. La scelta di allineare lo standard probatorio a quello contemplato nell’ordinamento civile (“più probabile che non”), risponde, dunque, ad esigenze di coerenza e di funzionalità pratico-applicativa”.

L’Autorità giudiziaria chiamata a pronunciarsi in sede risarcitoria non potrà quindi irrogare la sanzione pecuniaria civile qualora gli elementi costitutivi dell’illecito non risultino *ex actis*, quantomeno per via presuntiva (si pensi già solo al profilo psicologico, dovendo per la sussistenza della pretesa punitiva dello Stato, aversi il dolo del “colpevole”, ai sensi dell’art. 3, comma 1, del d. lgs. 7/2016, mentre per la sussistenza della pretesa risarcitoria del danneggiato è sufficiente anche solo la colpa del danneggiante). Tale conclusione è da trarsi poiché il giudice civile non è titolare di poteri officiosi al pari di quello penale perché non esiste nel codice di rito l’*alter ego* dell’art. 507 c.p.p. Quindi, o gli elementi costitutivi delle fattispecie tipiche vengono allegati e provati dall’attore, per una sua libera scelta, comunque non necessaria ai fini dell’ottenimento del risarcimento del danno, o dovranno comunque risultare dagli atti del processo, altrimenti il giudice non potrà condannare il danneggiante alla sanzione pecuniaria.

Ulteriori perplessità attengono poi ai criteri che devono guidare il giudice nell’irrogazione della sanzione pecuniaria.

L’art. 5, infatti, statuisce che l’importo (all’interno del limite minimo e massimo predeterminato dalla legge) è stabilito concretamente tenuto conto

- a. Della gravità della violazione;
- b. Della reiterazione dell’illecito;
- c. Dell’arricchimento del soggetto responsabile;
- d. Dell’opera svolta dall’agente per l’eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell’illecito;

e. Della personalità dell’agente;

f. Delle sue condizioni economiche.

Orbene, il criterio della gravità dell’illecito, unitamente a quello relativo all’arricchimento del soggetto responsabile e alle opere riparatorie successive si ricollegano tendenzialmente all’accertamento della pretesa risarcitoria; la reiterazione della condotta si potrà verificare agevolmente una volta istituito il registro informatico previsto dall’art. 11, così come le condizioni economiche del danneggiante si potranno provare documentalmente. Dubbi, al contrario, perdurano circa il requisito della “personalità” del soggetto agente e si potrebbe anche ipotizzare che sul punto si possa ricorrere ai criteri di stampo penalistico previsti dall’art. 133 comma 2 c.p. (Nel senso che la considerazione dei criteri di commisurazione conferma la connotazione in senso afflittivo delle sanzioni in esame, si veda P. Veneziani, M. Celva, *cit.*, p. 478; per parte della dottrina, inoltre, il riferimento alle eventuali prestazioni riparatorie poste in essere dall’autore dell’illecito conferma la particolare e crescente attenzione rivolta dal legislatore al ruolo della giustizia riparativa. Così L. Eusebi, *Riforma penitenziaria o riforma penale?* in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 11, pp. 1337 e ss.).

Profilo speculare a quanto sinora affermato è quello relativo al rispetto del diritto di difesa del trasgressore, posto che, sulla scorta del rinvio previsto dall’art. 8 comma 4 del d. lgs. 7/2016, “al procedimento, anche ai fini dell’irrogazione della sanzione pecuniaria civile, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili con le norme del presente capo”. A costui, quindi, deve essere comunque consentito di allegare e provare elementi tesi ad elidere la sanzione o, almeno, a contenerne il *quantum* (è sufficiente richiamare il criterio commisurativo della sanzione, previsto dall’art. 5 lett. d), relativo all’opera svolta per l’eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell’illecito). Sul versante applicativo, poi, tale conclusione potrebbe trovare concreta estrinsecazione attraverso il meccanismo previsto dall’art. 101 comma 2 c.p.c.

Più in generale, comunque, il necessario rispetto del principio del contraddittorio trova indiretta conferma nel disposto dell'art. 8 comma 3 che sancisce inapplicabilità della sanzione pecuniaria civile "quando l'atto introduttivo del giudizio è stato notificato nelle forme di cui all'art. 143 c.p.c., salvo che la controparte si sia costituita in giudizio o risulti con certezza che abbia avuto comunque conoscenza del processo" (si veda in ordine a questo aspetto G. Buffone, *cit.*, p. 87, il quale si interroga "se l'accertamento circa la conoscibilità del procedimento debba essere condotto ex officio dal giudice e, in caso affermativo, con che mezzi probatori").

Un ultimo accenno è da farsi in relazione all'omessa irrogazione della sanzione da parte del giudice di primo grado. È chiaro che in assenza di appositi meccanismi che prevedano una comunicazione alla Cassa delle ammende non vi sarà un'apposita ed esclusiva impugnazione da parte dell'Amministrazione, la quale non sarà portata a conoscenza dell'omissione. Viceversa, se la sentenza è impugnata dal danneggiato, il giudice di secondo grado potrebbe ritenersi sia nel poterdovere di irrogare la sanzione, ove ricorrano tutti i presupposti previsti dal d. lgs. in esame, senza che si ponga un problema di menomazione del diritto di difesa del danneggiante perché un primo grado di giudizio si è già celebrato nel contraddittorio tra le parti.

Al contrario, se il danneggiante impugna la decisione di primo grado unicamente sotto il profilo sanzionatorio (in merito all'*an* o al *quantum*) è ragionevole ritenere che debba notificare l'atto introduttivo al danneggiato, quale mera *litis denuntiatio*.

5. CONCLUSIONI

Con i dd. lgs. nn. 7 e 8 del 2016 il legislatore ha evidentemente inaugurato una nuova *stagione sanzionatoria*, rifuggendo dal paradigma penalistico ritenuto per certi versi inefficace.

Entrambe le discipline di depenalizzazione presentano, come si è visto, limiti e profili

problematici destinati a influenzare le funzionalità applicative e, almeno per quanto concerne il d. lgs. n. 7, la devoluzione al giudice civile della competenza in materia di illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie, piuttosto che all'autorità amministrativa, ipotesi pure astrattamente ammissibile, ha comportato aporie di non scarsa rilevanza, anche in considerazione del fatto che questo contenzioso si innesta necessariamente ed esclusivamente all'interno di un giudizio risarcitorio dei danni alla persona lesa.

Peraltro, oltre alle perplessità e alle incoerenze già delineate, deve considerarsi come proprio in capo al danneggiato sia allocato l'onere di dover sostenere il processo sanzionatorio, con un prevedibile allungamento dei tempi di definizione della propria causa.

Certo è che le problematiche qui affrontate sono solo alcune di quelle sorte dall'introduzione di queste novelle e sarà solo il tempo a dirci se dopo anni di riflessioni a livello politico e dottrinale la montagna abbia partorito l'ennesimo topolino. ●





PENALE



PROBLEMATICHE CONCERNENTI LE MODIFICHE ALL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO ED AL CODICE DI PROCEDURA PENALE PREVISTE DALLA LEGGE 23 GIUGNO 2017 N. 103

Laura Antonini

Magistrato di Sorveglianza di Catanzaro

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

L'art. 1 comma 85 della legge in oggetto prevede un ampio intervento sull'ordinamento penitenziario ed anche sul codice di procedura penale, che non consente in questa sede l'esame analitico di tutti i suoi aspetti; ci si limiterà, pertanto, ad analizzare quelli più problematici e controversi, quali: 1) la semplificazione delle procedure dinanzi al Magistrato ed al Tribunale di Sorveglianza; 2) la revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, dalla detenzione e dalla libertà; 3) la revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo.

LA SEMPLIFICAZIONE DELLE PROCEDURE DINANZI AL MAGISTRATO ED AL TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA

L'art. 1 comma 85 lett. a) della legge 23 giugno 2017 n. 103 prevede testualmente che i decreti legislativi

recanti modifiche dell'ordinamento penitenziario dovranno provvedere alla "semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del Magistrato e del Tribunale di sorveglianza, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione".

Orbene, è, preliminarmente, da rilevare che nelle materie in cui, effettivamente, un contraddittorio immediato può reputarsi non necessario (come, ad esempio, nella rateizzazione o conversione della pena pecuniaria) o, comunque, è realmente preminente sul contraddittorio immediato la necessità di una spedita decisione del giudice (come nella liberazione anticipata, la cui concessione può comportare la scarcerazione del condannato) lo stesso è già stato reso eventuale, prevedendo una decisione *inaudita altera parte* del giudice (Magistrato o Tribunale di sorveglianza a seconda delle materie) e la possibilità di introdurre la fase in contraddittorio tramite reclamo o opposizione da parte dell'istante.

Pertanto, vista la legislazione già vigente ed

appena illustrata e la formulazione della delega, la postergazione del contraddittorio riguarderà la delicatissima materia della concessione delle misure alternative alla detenzione ed in tale materia un contraddittorio immediato si appalesa, non solo per il condannato (detenuto o libero), ma anche per il giudice, indispensabile; invero, in un procedimento teso alla valutazione dell'evoluzione della personalità di un individuo nonché a conoscere quale sia il suo contesto socio-familiare di riferimento al fine di stabilire se, nonostante i reati commessi, egli è pronto ad affrontare un'esecuzione della pena fuori dalle mura carcerarie, il momento dell'incontro in udienza tra il giudice, l'individuo da valutare ed il suo difensore è irrinunciabile, in quanto strumento esso stesso di conoscenza ed approfondimento.

È vero che la delega non prevede la soppressione del contraddittorio, ma solo una sua eventualità, ma tale soluzione appare estremamente farraginosa e defaticante, costringendo il Magistrato o il Tribunale di sorveglianza a una duplice pronuncia sulla medesima questione, così sovraccaricando il lavoro non solo dei giudici, ma anche delle cancellerie.

Peraltro, l'esigenza, indubbiamente meritevole di attenzione, di accelerare le decisioni della magistratura di sorveglianza sulle misure alternative ben può essere tutelata con degli interventi su un istituto già esistente, quale l'applicazione provvisoria ed *inaudita altera parte* delle misure stesse da parte del Magistrato di sorveglianza, con decisione finale definitiva attribuita al Tribunale di sorveglianza. Infatti, basta estendere il potere di concessione provvisoria del Magistrato di sorveglianza a tutte le misure alternative e prevedere quale unico parametro decisivo la valutazione prognostica della concessione da parte del Tribunale di Sorveglianza della misura richiesta (eliminando la necessità di valutare anche l'esistenza del pericolo derivante dalla protrazione dello stato di detenzione) per ottenere una fase senza contraddittorio ed immediata, che provveda celermente sull'istanza del detenuto e che, incidendo su istituti già esistenti, avrà un impatto di gran lunga minore sul lavoro dei giudici e delle cancellerie.

LA REVISIONE DELLE MODALITÀ E DEI PRESUPPOSTI DI ACCESSO ALLE MISURE ALTERNATIVE, DALLA DETENZIONE E DALLA LIBERTÀ

L'art. 1 comma 85 lett. b) e c) della legge in esame, dispone testualmente che i decreti legislativi si occupino della "revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse, salvo che per i casi di *eccezionale gravità e pericolosità* e in particolare per le *condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale*" nonché della "revisione della disciplina concernente le procedure di accesso alle misure alternative, prevedendo che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato in ogni caso a quattro anni".

L'intento del legislatore è chiaro, nella parte in cui prevede che il limite di pena residua per accedere dalla libertà alle misure alternative ex art. 656 comma 5 c.p.p. deve essere innalzato a quattro anni.

Il resto della norma è estremamente generico e lascia un ampio spazio ai decreti legislativi per stabilire, in particolare, cosa si intenda per casi di *eccezionale gravità e pericolosità* e condanne per delitti di mafia e terrorismo anche internazionale: tale genericità pare profilare l'illegittimità costituzionale della legge delega per violazione dell'articolo 76 della Costituzione.

La genericità della norma non esclude, comunque, che possano prevedersi come altamente probabili alcuni interventi. Un contributo, a tal fine, forniscono gli esiti dei lavori di varie commissioni succedutesi nel tempo ed istituite proprio, tra l'altro, per proporre modifiche nell'accesso alle misure alternative: ci si riferisce, in particolare, alla Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza presso il CSM, istituita con delibera dell'Assemblea plenaria del 4 maggio 2011, alla Commissione Giostra in tema di riforme dell'ordinamento penitenziario e delle misure

alternative alla detenzione, istituita con decreto del Ministro della giustizia il 2 luglio 2013 (le cui relazioni conclusive sono consultabili sul sito www.penalecontemporaneo.it), nonché ai lavori degli Stati generali dell'esecuzione penale 2015/2016 (il cui esito è consultabile sul sito www.giustizia.it).

Tanto premesso, un presupposto soggettivo di ostacolo all'accesso alle misure alternative che sicuramente verrà eliminato è la recidiva ex art. 99 u.c. c.p. L'ostatività di tale aggravante nell'accesso ai benefici penitenziari è già stato in gran parte eliminato, sicché si tratta solo di intervenire su singoli istituti, probabilmente sfuggiti all'attenzione del legislatore. L'intervento appare, poi, pienamente condivisibile, in quanto la recidiva reiterata non è di per sé espressione di pericolosità sociale, ben potendo la reiterazione riguardare reati di scarsissimo allarme sociale, rispetto ai quali la rieducazione tramite le misure alternative appare più che appropriata.

L'intervento riformatore dovrà, poi, necessariamente riguardare l'art. 4 bis L.P., in quanto norma cardine in ordine alle preclusioni per l'accesso ai benefici penitenziari.

Visto il tenore della delega e gli esiti dei lavori citati, è da presumere che verranno totalmente abrogati i commi 1 ter e 1 quater L.P. Tali commi, infatti, prevedono, che non possono accedere alle misure alternative dalla libertà, non possono godere di determinate misure alternative, possono essere ammessi ad alcuni benefici penitenziari solo dopo aver espiato quote di pena maggiori rispetto agli altri condannati e purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, i responsabili di una serie di reati, tra i quali spiccano l'omicidio, la rapina aggravata, l'estorsione aggravata, lo spaccio di stupefacenti aggravato dall'ingente quantità, varie forme di violenza sessuale, reati in materia di prostituzione e pedopornografia, associazioni a delinquere finalizzate alla commissione di determinati reati, come quelli in materia di immigrazione. Invero, per quanto gravi, tali reati non appaiono poter

rientrare nel novero delle situazioni origine di casi di eccezionale gravità e pericolosità, che la delega pone come limite all'eliminazione degli ostacoli nell'accesso a misure alternative e ne è proposta l'abrogazione nei lavori cui si è fatto cenno.

E', tuttavia da evidenziare che l'eliminazione delle norme esaminate consentirà agli autori di reati di sicura gravità l'accesso alle misure alternative dalla libertà, peraltro per effetto della delega possibile per residui pena inferiori non più a tre ma a quattro anni, con la conseguenza che autori di gravi reati con pene anche elevate non verranno immediatamente arrestati al passaggio in giudicato della sentenza, ma dovranno essere valutati, con tempi necessariamente non brevissimi per i carichi di lavoro e la penuria di risorse umane e materiali, dal competente Tribunale di Sorveglianza.

L'interrogativo da porsi è se tale apertura nell'accesso dalla libertà alle misure alternative sia effettivamente il risultato di un ponderato bilanciamento tra l'esigenza di non porre troppi automatismi nell'accesso ai benefici penitenziari e quello, comunque altrettanto importante, di sicurezza pubblica, peraltro in un momento in cui si registra un incremento della criminalità violenta, come ad esempio quella dei furti o delle rapine in private abitazioni o in esercizi commerciali, con conseguente aumento nella popolazione del senso di insicurezza.

Delicatissima è, poi, la questione relativa all'eliminazione delle preclusioni previste dall'art. 4 bis comma 1 L.P.. Tale norma riguarda i detenuti e internati per delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 416-bis e 416-ter c.p., delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, riduzione in schiavitù, sfruttamento della prostituzione minorile, tratta di persone, acquisto ed alienazione di schiavi, violenza sessuale di gruppo, sequestro di persona a scopo di estorsione, associazione a delinquere finalizzata al

narcotraffico, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri. Ad essi l'accesso alla maggior parte dei benefici penitenziari è precluso, tranne il caso in cui collaborino con la giustizia ai sensi dell'art. 58 ter L.P. o la collaborazione sia inesigibile per l'avvenuto accertamento integrale dei fatti o per la minima partecipazione ai fatti ai sensi dell'art. 4 bis comma 1 bis L.P., purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

Orbene, la norma in esame è una norma chiave dell'ordinamento penitenziario, in quanto volta a colpire il dilagante fenomeno della criminalità organizzata: è certo che, con i ripetuti rimaneggiamenti che l'hanno riguardata, un attento riesame della stessa può essere opportuno, ma solo per espungere reati che non sono o non sono più espressione del crimine organizzato (si pensi ad esempio alla violenza sessuale di gruppo o al sequestro di persona a scopo di estorsione, abbandonato dalle organizzazioni criminali, attratte da altri tipi di attività illecite più redditizie e meno complicate da gestire).

Infatti, non bisogna dimenticare che il fenomeno della criminalità organizzata è sempre più dilagante, ha assunto portata internazionale, inquina interi settori della vita pubblica, fa vivere nel terrore intere famiglie, commette un numero inimmaginabile di omicidi, non ha esitato ad uccidere uomini delle istituzioni e a colpire importanti monumenti simbolo dell'identità nazionale, sicché appare sacrosanto da parte dello Stato chiedere a chi di tali organizzazioni ha fatto parte, al fine di accedere ai benefici penitenziari, un percorso trattamentale che lo porti a fare una scelta precisa, pubblica e definitiva tra l'organizzazione e lo Stato, che si manifesti anzitutto attraverso la collaborazione con la giustizia.

Gli esiti dei lavori delle commissioni citate propongono, invece, un forte ridimensionamento della portata dell'art. 4 bis comma 1 L.P., escludendo da esso reati come, ad esempio, la tratta di persone,

l'acquisto ed alienazione di schiavi, l'associazione a delinquere finalizzata al narcotraffico, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, che le più recenti indagini ed operazioni hanno dimostrato essere sostanzialmente in mano ad organizzazioni criminali aventi tutti i caratteri descritti dall'art. 416 bis c.p.

La già sottolineata genericità della delega sul punto non aiuta certo a fare chiarezza sugli interventi che verranno operati.

LA REVISIONE DELLA DISCIPLINA DI PRECLUSIONE DEI BENEFICI PENITENZIARI PER I CONDANNATI ALLA PENA DELL'ERGASTOLO

È, preliminarmente, da rilevare che, in concreto, le preclusioni, che hanno portato ad una ingente mobilitazione politica e sociale, sono quelle relative all'*ergastolo ostativo*, tale intendendosi l'*ergastolo* inflitto per reati di cui all'art. 4 bis comma 1 L.P.

Orbene, è in primo luogo da evidenziare che l'*ergastolo* inflitto per reati di cui all'art. 4 bis comma 1 L.P. non è *ostativo*: la concessione dei benefici penitenziari è possibile ed è condizionata alla collaborazione con la giustizia o all'accertamento della collaborazione cosiddetta inesigibile.

La norma, poi, è stata ritenuta conforme sia alla Costituzione che alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Invero, la Corte di Cassazione, ha di recente statuito che "È manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3, 24, 27 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, all'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4 bis, comma primo, e 58 ter della legge 25 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui subordinano la concessione dei benefici penitenziari (nella specie, permessi premio) ai condannati alla pena dell'*ergastolo* per uno dei delitti previsti dall'art.

4 bis, comma primo, cit. alla collaborazione con la giustizia, poiché tale disposizione consente al detenuto di scegliere se collaborare o meno, nonché di modificare la propria scelta, in ogni caso fruendo delle garanzie previste dagli art. 210 e 197 bis c.p.p. e trova, inoltre, un limite quando la collaborazione è impossibile perché inesigibile o irrilevante” (Cass, Sez. 1, Sentenza n. 15982 del 17/09/2013).

Ne consegue che la presenza di tale tipologia di ergastolo nel nostro ordinamento è pienamente legittima e che la sua modifica sarà il frutto non della necessità di modificare il quadro normativo per renderlo conforme a norme di rango superiore, ma di una ben precisa scelta di politica giudiziaria. Fatta questa premessa, le considerazioni da fare sul punto sono le stesse di quelle formulate con riferimento all'ipotesi di modifica dell'art. 4 bis comma 1 L.P. ●



APPLICABILITÀ DELL'ART. 162 TER C.P. AI GIUDIZI DINNANZI AL GIUDICE DI PACE

Sara Pedone

Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Lecce

La Legge n. 103/2017 ha introdotto un nuovo articolo all'interno del codice penale, il 162 ter, destinato a disciplinare una nuova causa di estinzione del reato.

L'istituto pare connotato da una ratio ristorativa e deflattiva e sembra porsi, pur con le dovute differenze, nello stesso solco dell'art. 131 bis c.p. Entrambi gli istituti invero si aggiungono ai consueti casi di cui agli artt. 530 e 531 c.p.p. consentendo in un caso l'assoluzione e nell'altro l'estinzione del reato, per ragioni prima non previste nel nostro ordinamento.

La differenza tra i due istituti si coglie nei presupposti applicativi che per il 162 ter c.p. si sostanziano nella sola riparazione del danno, mentre per il 131 bis c.p. si concretano in condizioni più pregnanti. Ed invero, ai fini dell'applicazione di tale istituto è necessario che la pena rientri nei limiti di legge, l'offesa sia di particolare tenuità ed il comportamento risulti non abituale.

Il nuovo 162 ter c.p., invece, non prende in considerazione i limiti di pena, l'entità del fatto, né l'abitualità del reato, ma pone limitazioni quanto al regime di procedibilità dei reati.

La norma infatti, per i soli reati procedibili a querela, introduce una nuova causa di estinzione del reato applicabile nei casi in cui l'imputato abbia riparato integralmente il danno prima della dichiarazione di apertura del dibattimento.

Le condotte riparatorie potranno estrinsecarsi alternativamente in restituzioni o risarcimento e dovranno cumularsi, "ove possibile", con l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Detto inciso evidenzia come siano oggetto di valutazione solo le conseguenze eliminabili dal colpevole. In caso contrario, la persona offesa dovrà accontentarsi delle sole condotte risarcitorie.

A fronte di tali condotte, la dichiarazione di estinzione del reato conseguirà quasi automaticamente all'accertamento da parte del giudice della riparazione integrale del danno dal momento che la previsione dell'ascolto delle parti non sembra attribuire al giudice un margine di discrezionalità nel disporre l'effetto estintivo. Quest'ultima previsione infatti sembra funzionale a garantire solo il contraddittorio nell'accertamento dei presupposti applicativi della causa estintiva.

Ciò ovviamente varrà solo per le ipotesi in cui la persona offesa accetti la proposta della difesa poiché, in caso contrario, subentrerà la valutazione del giudice circa la congruità dell'offerta, in funzione suppletiva rispetto al consenso del soggetto leso. Le condotte riparatorie devono essere realizzate prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, termine superato il quale si vanificherebbe, almeno parzialmente, la finalità deflattiva che ha ispirato la riforma.

Tuttavia, la norma consente di valicare il suddetto limite nei casi in cui esistano cause ostative tali da aver impedito all'imputato il precedente adempimento dell'obbligo risarcitorio. Anche in questo caso vengono stabiliti termini certi per beneficiare degli effetti estintivi dell'istituto.

La scelta del legislatore si rivela innovativa considerata la funzione di attenuante (art. 62, co.1, n. 6 c.p.), con mere ricadute in termini di pena, che è stata sempre attribuita alle condotte riparatorie all'interno del procedimento innanzi al Tribunale (fatta eccezione per alcuni reati per i quali detta tipologia di condotte era già considerata causa estintiva del reato, come ad esempio all'interno dell'art. 341 bis c.p.).

A ben vedere la norma ricalca, in parte, la formulazione dell'art. 35 del D.lgs. 274/00 applicabile nei procedimenti innanzi al giudice di pace.

Ed invero, a fronte di una ratio comune e dell'analogia previsione della necessità di condotte riparatrici, i due istituti si differenziano quanto a poteri del giudice, casi di applicabilità ed altre piccole, ma significative, differenze.

L'art. 35 infatti non ricalca la limitazione applicativa derivante dal regime di procedibilità dei reati presente, invece, nel nuovo 162 ter c.p. L'assenza di tale limite si evince anche nella parte in cui l'art. 35 prevede l'ascolto dell'"eventuale" persona offesa consentendo dunque l'applicazione dell'istituto a

tutti i reati di competenza del giudice di pace.

Un'altra differenza si coglie con riferimento ai poteri del giudice che, mentre nell'art. 162 ter c.p. sono limitati alla verifica dell'avvenuta riparazione del danno ed all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nell'art. 35 si estendono sino a prevedere un vero e proprio accertamento discrezionale da parte del giudice circa il soddisfacimento, mediante le condotte riparatorie e risarcitorie, delle esigenze di riprovazione del reato e di prevenzione. L'istituto dunque si pone in un'ottica di rieducazione e prevenzione, a contrario della causa estintiva operante nei procedimenti di competenza del Tribunale che non consente al giudice alcuna discrezionalità successiva all'accertamento, oggettivo, della riparazione del danno e dell'effettiva possibilità di eliminare le conseguenze del reato.

Il penetrante potere attribuito dal legislatore al giudice di pace fa emergere la particolare configurazione dell'istituto che, lungi dall'operare in maniera automatica per il mero adempimento delle condotte riparatorie, lascia al giudice il potere di valutare l'opportunità di non considerare estinto il reato, malgrado l'avvenuta riparazione del danno, con possibile "duplicazione" della risposta punitiva. L'art. 35 inoltre prevede un penetrante controllo in corso d'opera da parte del giudice, a mezzo di suoi ausiliari, finalizzato a verificare l'effettivo svolgimento delle attività risarcitorie e riparatorie, al contrario di quanto previsto con riferimento ai poteri del Tribunale.

Ulteriore differenza tra i due istituti si riscontra nelle modalità di adempimento. Ed invero, mentre nell'art. 162 ter c.p. è prevista anche la possibilità di presentare un'offerta reale, che determina l'estinzione del reato anche nel caso in cui la stessa non sia accettata dalla persona offesa (a condizione che il giudice ne riconosca la congruità), tale possibilità non è contemplata dall'art. 35.

Ulteriore possibilità di adempimento contemplata dall'art. 162 ter c.p. è quella rateale, con evidente

ampliamento delle possibilità di fruizione della causa estintiva, non prevista all'interno della disciplina di cui al D.lgs. 274/00.

Vi sono differenze anche con riferimento al termine di cui può disporre l'imputato che dimostri di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di apertura del dibattimento. Ed infatti, secondo l'art. 162 ter c.p. l'imputato può chiedere al giudice un termine non superiore a sei mesi per provvedere, mentre a norma dell'art. 35 il termine non può essere superiore a tre mesi. Anche questa differenza non è di poco conto considerato il tipo di condotte di che trattasi e gli effetti del mancato adempimento nei termini.

Orbene, la sussistenza di presupposti maggiormente restrittivi all'interno dell'art. 35 del D.lgs. 274/00 rispetto a quanto previsto nell'art. 162 ter c.p. potrebbe porre problemi applicativi ed interpretativi con riferimento a probabili istanze della difesa funzionali a richiedere l'estensione della nuova disciplina penalistica, in quanto più favorevole, nei giudizi innanzi al giudice di pace.

Ed invero, uno dei motivi che potrebbe indurre la difesa a richiedere siffatta estensione nei casi di reati procedibili a querela si rinviene nella differente ampiezza della valutazione demandata al giudice di pace ai fini dell'estinzione del reato, rispetto a quella prevista dall'art. 162 ter c.p.

Ed invero, il controllo del giudice di pace circa l'effettivo soddisfacimento delle esigenze di riprovazione e prevenzione appare irragionevole per i reati perseguibili a querela in cui dovrebbe essere solo la sussistenza effettiva di condotte riparatorie e l'ascolto delle parti, in funzione di verifica dell'effettivo ristoro, a dover contare ai fini dell'estinzione del reato.

In questo caso, infatti, il giudice, se dovesse reputare le condotte ristoratrici non idonee a soddisfare le esigenze di prevenzione e riprovazione del reato, potrebbe escludere l'operatività della causa di estinzione del reato con evidente danno

per l'imputato. tale possibilità invece è preclusa al Tribunale il cui accertamento si arresterà a fronte dell'integrale riparazione del danno.

Anche la differente ampiezza delle modalità di ristoro potrebbe portare ad ipotizzare un'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 162 ter c.p. ai procedimenti innanzi al giudice di pace. Ed invero, la mancata previsione nell'art. 35 dell'offerta reale e del pagamento rateale, rivela un'irragionevole disparità di trattamento che potrebbe condurre la difesa a chiedere l'applicazione del nuovo istituto. Le differenze testé evidenziate, risolvendosi in un pregiudizio per l'imputato, potrebbero dunque concretamente far sorgere la questione circa la possibilità di estendere l'art. 162 ter c.p. ai procedimenti di competenza del giudice di pace. Sul punto si potrebbe tentare di risolvere la questione in via interpretativa, mutuando la soluzione adottata dalle Sezioni Unite con riferimento all'estensione dell'art. 131 bis c.p. ai procedimenti innanzi al giudice di pace.

Il paragone è consentito dalla sussistenza per entrambe le norme di un omologo istituto all'interno dei procedimenti innanzi al giudice di pace. Ed invero, l'art. 131 bis c.p. riprende, seppur in parte, l'art. 34 del D.lgs. 274/00, così come l'art. 162 ter c.p. ricalca, in parte, la formulazione dell'art. 35 del D.lgs. 274/00.

Pur se al momento non si conoscono le ragioni della scelta negativa adottata dalle Sezioni Unite, si può tentare di ricostruirne la motivazione basandosi sul contenuto dell'ordinanza di remissione e su quello della memoria del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione.

Orbene, con ordinanza n.20245/17 la III sezione della Corte di Cassazione aveva sottoposto alle Sezioni Unite la questione sopra accennata rilevando la sussistenza di un contrasto tra le sezioni semplici. In particolare, secondo l'orientamento maggioritario, l'art. 131 bis c.p. non è applicabile ai reati di competenza del giudice di pace per i

quali è applicabile il solo art. 34 del d.lgs. 274/00. A sostegno vengono evidenziate le differenze tra i due istituti. In particolare, l'ambito applicativo delle due norme ed i relativi presupposti. Detto orientamento, inoltre, esclude che l'art. 34 del d.lgs. 274/00 sia stato tacitamente abrogato dalla novella del 2015, non sussistendo una reale incompatibilità tra le due discipline.

Secondo l'orientamento minoritario, invece, l'art. 131 bis c.p. si distingue strutturalmente dall'art. 34 e le reciproche differenze inducono a ritenerlo applicabile anche ai reati di competenza del giudice di pace. Ed invero, le norme non presuppongono la medesima situazione di fatto, ma situazioni solo parzialmente convergenti e vi potrebbero essere casi in cui l'impossibilità di applicazione di una norma, non escluda l'operatività dell'altra. Non vi sarebbero inoltre indicazioni normative di segno contrario e, di conseguenza, in base al principio del favor rei, l'art. 131 bis c.p. dovrebbe ritenersi estensibile ai reati di competenza del giudice di pace.

Il Procuratore Generale ha prestato adesione all'orientamento maggioritario evidenziando che l'analisi dei due istituti non può essere affrontata mediante una *"meccanica comparazione"* poiché ci si deve domandare se le diversità di disciplina siano il naturale riflesso delle differenti finalità dei due procedimenti. Come rammentato dal Procuratore Generale, la stessa Corte Costituzionale, in altre occasioni, aveva evidenziato che il procedimento disciplinato dal D.lgs. 274/00 *"presenta caratteri assolutamente peculiari, che lo rendono non comparabile con il procedimento davanti al tribunale, e comunque tali da giustificare sensibili deviazioni"* (cfr. ordinanze Corte Costituzionale nn. 349 e 201 del 2004; nn. 290 e 231 del 2003).

Le Sezioni Unite, in base a quanto risulta dall'informazione provvisoria, hanno risolto la questione in senso negativo, probabilmente, valorizzando le differenze di disciplina tra i due procedimenti e privilegiando un'impostazione formalistica e tradizionalista, potrebbero aver

opinato nel senso che l'osmosi tra i due sistemi può essere realizzata solo dal legislatore con una precisa scelta di campo, tenuto conto anche del disposto di cui all'art. 2 del D.lgs. 274/00 che rinvia alle sole norme del codice di rito in funzione di integrazione della disciplina applicabile nei giudizi innanzi al giudice di pace.

A ben vedere però, come sottolineato dall'indirizzo minoritario, vi erano altrettante buone ragioni per risolvere la questione in senso positivo.

Ed invero, la non sovrapposibilità dei due istituti avrebbe potuto portare all'estensione dell'art. 131 bis c.p. ai giudizi di competenza del giudice di pace per consentire all'imputato, anche in assenza dei presupposti di cui all'art. 34, di fruire di una causa assolutoria e ciò in linea con il favor rei che, data la minima offensività dei reati di competenza del giudice di pace, dovrebbe portare alla massima espansione di tutti gli strumenti di definizione alternativa del processo, indipendentemente dalla fonte normativa. Ciò, invero, sarebbe in linea anche con la dizione dell'art. 2 del D.lgs. 274/00 che, nel limitare l'estensione delle norme del codice di rito alla condizione di compatibilità, non pare impedire l'applicazione dell'art. 131 bis c.p. poiché la verifica di compatibilità non è richiesta per le norme di diritto sostanziale che sono pur sempre parte del corpus normativo applicato dal giudice di pace.

Ciò posto, per ragioni similari, analoghe problematiche potrebbero sorgere con riferimento all'applicazione dell'art. 162 ter c.p. nei giudizi innanzi al giudice di pace poiché, in ragione delle diversità sopra evidenziate, detto istituto non può realmente essere considerato identico a quello di cui all'art. 35 del D.lgs. 274/00 e ciò, per ragioni di favor rei, potrebbe portare i giudici di pace a ritenere applicabile il nuovo istituto nei processi di loro competenza, ampliando le possibilità per l'imputato di veder estinto il reato in forza delle condotte riparatorie.

La possibilità di applicazione dell'istituto di cui all'art. 162 ter c.p., inoltre, non pare potersi escludere tout court nei processi di competenza del giudice di pace, nemmeno tenendo conto della sussistenza di un precedente delle Sezioni Unite poiché dettato per un caso simile.

In conclusione, bisognerà vedere come sarà applicato il nuovo art. 162 ter c.p. e se i giudici di pace riterranno di poterlo applicare anche nei giudizi di loro competenza. Se così fosse, solo se vi sarà una nuova ordinanza di remissione alla Sezioni Unite, si potrà mettere un punto fermo alla questione. ●





INTERNAZIONALE



SEPARAZIONE DELLE CARRIERE: ORDINAMENTI A CONFRONTO

Giuseppe De Nozza

Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Brindisi

Il Pubblico Ministero è presente nella totalità degli ordinamenti giuridici odierni, anche se il suo status e la sua organizzazione variano notevolmente dall'uno all'altro.

La definizione della sua posizione istituzionale è stata caratterizzata anche da una serie di atti e di prese di posizione da parte di più organizzazioni internazionali.

Il primo approccio organico al tema è rappresentato da un documento delle Nazioni Unite, nella specie le "Linee guida delle Nazioni Unite sul ruolo dei Pubblici Ministeri", risalenti al 1990, ma l'approccio più articolato è quello del Consiglio d'Europa con la Raccomandazione n. 19 del 2000 (Seminario di studio sul 10° Anniversario della Raccomandazione 19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul ruolo del Pubblico Ministero nel sistema della giustizia penale - Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 4/5 luglio 2011 - Pubblico Ministero in azione: un'analisi comparata, alla luce della Raccomandazione COE n. 19/2000), un documento che, fin dal preambolo, definisce il Pubblico Ministero come un organo imparziale, segnandone, così, le distanze dal potere esecutivo e dalle posizioni delle singole maggioranze politiche,

definendolo testualmente: "l'autorità incaricata di vigilare, a nome della società e nell'interesse generale, sull'applicazione della Legge quando quest'ultima è sanzionata a livello penale, in considerazione da un lato dei diritti degli individui e, d'altro lato, della necessaria efficacia dell'ordinamento penale".

Nel quadro internazionale, la posizione istituzionale dei Pubblici Ministeri oscilla tra una situazione d'indipendenza quasi identica a quella dei giudici (come in Italia) ed una di totale dipendenza dal potere esecutivo, nella specie dai ministri della giustizia (come in Francia ed in Germania).

In Inghilterra, il *Prosecutor*, che svolge le funzioni di Pubblico Ministero nel processo penale, è un avvocato, quindi, un professionista legale, il quale, una volta nominato *prosecutor*, si lega ad un rapporto di dipendenza dallo Stato o da un ente pubblico territoriale.

Il *prosecutor* esercita la propria attività sotto la direzione del *Chief Crown Prosecutor* (Procuratore capo della Corona), che, a sua volta, fa capo al *Director of public prosecutions* (Capo dell'Ufficio della Pubblica Accusa, avente sede a Londra), di nomina governativa, il quale opera, a sua volta, sotto la supervisione dell'*Attorney General* (il

Procuratore Generale) che lo nomina, *Attorney General* che è membro del Governo ed è nominato dalla Regina su proposta del Primo ministro nonché è soggetto istituzionale il cui consenso è indispensabile per il perseguimento dei reati che involgono la politica o la sicurezza della nazione nonché, infine, unico soggetto istituzionale titolato a decretare l'immunità di un soggetto resosi autore di un reato, pur grave, in presenza di ragioni di pubblico interesse, quali, ad esempio, la collaborazione del medesimo.

Il *prosecutor* è lasciato del tutto fuori dalla fase investigativa, che rimane di esclusiva competenza della polizia giudiziaria, svolgendo, in tale fase, solo attività di consulenza giuridica.

È prerogativa della Polizia Giudiziaria formulare l'imputazione (*charge*) ed, a tal fine, la Polizia può avvalersi dell'attività di consulenza del *Crown Prosecution Office*.

Una volta formulata l'imputazione, il *prosecutor* decide, in piena indipendenza dalla Polizia, se esercitare l'azione penale o archiviare l'affare penale. Il *prosecutor*, prima di decidere se esercitare l'azione penale, deve verificare l'*evidential sufficiency* ed il *public interest*. Il primo impone che gli elementi di colpevolezza raccolti dalla Polizia siano sufficienti ad assicurare "una realistica prospettiva di condanna", in applicazione del principio secondo cui nessun cittadino può essere perseguito penalmente se gli elementi di prova non siano attendibili e convincenti.

Solo all'esito di una valutazione positiva sulla sussistenza degli elementi di prova, il *prosecutor* compie la seconda valutazione, nella specie quella del se l'iniziativa penale sia nel pubblico interesse secondo le indicazioni fornite dalla Legge.

Nei dibattimenti di maggiore importanza, quelli, cioè, che si svolgono dinanzi alle Corti Superiori, nella specie la *Crow Court* e la *High Court*, le funzioni di Pubblico Ministero sono esercitate dal *barrister* e, cioè, da un professionista privato che agisce nel dibattimento in piena autonomia, dopo aver ricevuto un'investitura dal *Prosecution Office*.

Negli Stati Uniti D'America, le funzioni di pubblico

ministero nel processo penale sono svolte da un avvocato soggetto alle norme della professione, nonostante egli, dopo la nomina, dipenda dallo Stato o dall'ente pubblico territoriale di appartenenza.

Il *District attorney* è un funzionario pubblico, in alcuni Stati è eletto dai cittadini, in altri è nominato dal Governatore dello Stato o dall'organo di governo dell'ente di appartenenza.

Tali funzionari svolgono, ognuno nell'ambito della contea di competenza, le funzioni di Pubblico Ministero nel processo penale direttamente o per mezzo di funzionari dipendenti, da loro nominati, ai quali è attribuito il titolo di assistente.

In alcuni casi, tali funzionari svolgono anche attività di consulenza legale agli Organi di Polizia.

Accanto ai Procuratori Distrettuali ed agli analoghi funzionari, vi è lo *United States Attorney*, funzionario federale che svolge in un distretto le funzioni di PM per i reati di competenza federale, funzionario alle dipendenze del Dipartimento di Giustizia e nominato dal Presidente degli Stati Uniti.

Le indagini dirette ad individuare l'autore del reato ed a raccogliere le prove per la sua condanna sono svolte autonomamente dalla Polizia Giudiziaria, la quale non è sottoposta alla direzione del Pubblico Ministero ma, al termine delle indagini, trasmette gli elementi raccolti al P.M. perché lo stesso decida se esercitare o meno l'azione penale.

L'azione penale è esercitata dal PM allorché il perseguimento del reato sia stato dallo stesso valutato utile da un punto di vista di politica criminale.

L'azione penale, quindi, è regolata dal principio di opportunità.

In Francia, invece, il pubblico ministero (*parquet*) è un magistrato: l'art. 64 della Costituzione francese sancisce l'indipendenza dell'autorità giudiziaria, garantendo l'inaMOVIBILITÀ solo dei giudici, mentre, per i Pubblici Ministeri, è il Ministro della Giustizia a decidere sul trasferimento "nell'interesse del servizio" (Seminario di studio sul 10° Anniversario della Raccomandazione 19/2000 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul ruolo del

Pubblico Ministero nel sistema della giustizia penale – Roma, 4/5 luglio 2011, Consiglio Superiore della Magistratura: “*Il Pubblico Ministero in azione: un’analisi comparata, alla luce della Raccomandazione COE n. 19/2000*”).

Nell’ambito della magistratura francese, quindi, è radicalmente differenziato lo status giuridico dei *magistrats du siège*, che svolgono le funzioni di giudice, da quello dei *magistrats du parquet*, che svolgono, invece, le funzioni di pubblico ministero.

L’art. 5 della Legge Organica del 1958 sancisce che: “*i magistrati delle procure sono posti sotto l’autorità del Guardasigilli, Ministro della Giustizia*”, prevedendo l’autonomia del PM unicamente in udienza, PM che, al di fuori dell’udienza, è sottoposto alla dipendenza gerarchica del potere esecutivo.

Al Ministro della Giustizia compete, altresì, l’infrazione di sanzioni disciplinari ai magistrati delle Procure, la nomina dei capi degli uffici delle stesse nonché il controllo della funzione inquirente.

Dopo la riforma costituzionale del 27 luglio del 1993, la Costituzione francese, all’art. 65, ha previsto due distinti organi di autogoverno, uno per la magistratura inquirente ed uno per quella giudicante.

Il Ministro della Giustizia esercita un potere di direttiva nei confronti del PM, che si manifesta, tra le altre cose, nel fatto che le requisitorie scritte del Procuratore e dei suoi sostituti devono riprodurre le direttive del Ministro stesso.

Nell’ordinamento francese, però, a differenza di quello inglese e di quello americano, il PM è titolare di un potere di direzione delle indagini preliminari.

Il Pubblico Ministero, ai sensi dell’art. 31 del c.p.p. francese, esercita l’azione penale ed è tenuto a vegliare sull’applicazione della Legge.

Il potere di esercitare l’azione penale è attribuito esclusivamente al PM dalla Legge (art. 31 c.p.p.), pertanto i suoi superiori gerarchici (compreso, quindi, il Ministro della Giustizia) non possono sostituirsi al P.M. nella decisione sul se esercitare o meno l’azione penale.

L’esercizio dell’azione penale è sottoposto al principio di opportunità, quindi il Pubblico Ministero può decidere di esercitare o meno l’azione penale (*classement sans suite*) oppure decidere di intraprendere una misura alternativa al procedimento.

Nel sistema giuridico tedesco, il PM viene nominato dalle amministrazioni della Giustizia dei diversi *Länder*, le quali scelgono tra i giuristi che hanno superato a pieni voti il c.d. secondo esame di Stato giuridico, il cui superamento fa acquisire al candidato l’idoneità all’ufficio di giudice, idoneità che consente al giurista di esercitare ogni professione di natura giuridica e, quindi, quella di giudice, di PM, di avvocato o di notaio (Università di Göttingen, Manfred Maiwald: “*Il ruolo dei magistrati in Germania*”).

In Germania, in altri termini, si accede in Magistratura, a differenza che in Francia, non tramite concorso pubblico.

Tutte le garanzie previste dalla Costituzione sono riferite ai giudici e non ai Pubblici Ministeri, così come le limitazioni ai diritti di libertà dei cittadini – in particolare, la privazione della libertà personale – sono affidate al controllo del giudice.

Il P.M. non viene mai nominato nella Costituzione tedesca, il cui art. 92 sancisce che: “*Il potere giudiziario è attribuito ai giudici*”.

Nel sistema tedesco, quello del giudice, a differenza di quello del PM, è uno status di rango costituzionale perché previsto e disciplinato dalla Costituzione.

In Germania sussiste la distinzione tra il Pubblico Ministero federale, competente per i reati costituenti minaccia per gli interessi e l’integrità del paese, ed il Pubblico Ministero dei 16 *Länder*.

Gli uffici del Pubblico Ministero sono sottoposti ad una forte gerarchia interna ed inseriti in un rapporto gerarchico rispetto al Ministro della Giustizia.

L’esecutivo determina la carriera del PM, il quale non beneficia dell’inamovibilità ed è obbligato a rispettare le direttive del Ministro della Giustizia: l’esercizio dell’azione penale è fortemente influenzato dal sistema politico.

Il Ministro della Giustizia ha un potere di indirizzo

degli Uffici delle Procure della Repubblica: rispetto alla Procura della Repubblica Federale presso la Corte di Cassazione tale potere spetta al Ministro federale della Giustizia, negli altri casi ai Ministri della Giustizia dei *Länder*.

La Procura della Repubblica ha il potere di direzione delle indagini, potendo delegare le stesse agli Organi di PG nonché promuove l’accusa e deposita le prove a carico del colpevole.

Nell’ordinamento tedesco, l’azione penale è obbligatoria.

In Italia, ciclicamente si ripropone il tema della separazione delle carriere di giudici e pubblici ministeri e tanto al fine, secondo l’opinione comune, di accantonare definitivamente il rito inquisitorio e dare soluzione ai fattori critici del processo penale. Più nello specifico, il 4 maggio, su iniziativa delle Camere Penali Italiane, è partita una campagna nazionale per la raccolta delle 50.000 firme necessarie per la presentazione di una proposta di Legge Costituzionale di iniziativa popolare, volta alla creazione di due distinti CSM (Proposta di Legge Costituzionale di iniziativa popolare - relazione illustrativa: “*Separazione delle carriere*”).

I sostenitori della separazione delle carriere sostengono che la stessa sia stata introdotta nella nostra Costituzione dall’art. 111, il quale impone che il giudice sia non solo imparziale ma anche terzo.

E terzietà, a parer di costoro, non può che significare appartenenza del Giudice ad un ordine diverso da quello del pubblico ministero.

La proposta di Legge, quindi, prevede la modifica degli artt. 104, 105, 106, 107, 110 e 112 della Costituzione, con l’aggiunta degli artt. 105 bis e 105 ter. Sono, altresì, modificate, nella Parte II della Costituzione, le rubriche del Titolo IV e delle Sezioni I e II.

L’art. 104 viene modificato con l’espressa previsione che l’ordine giudiziario è costituito dalla magistratura giudicante e dalla magistratura requirente, governate da un distinti Consigli Superiori.

Coerentemente con tale previsione, il modificato art. 106 prevede che i magistrati giudicanti e requirenti siano nominati in base a concorsi separati.

Al fine di scongiurare che, da organi autonomi e indipendenti di governo della magistratura, i Consigli Superiori della magistratura giudicante e requirente operino quali organismi corporativi ed autocratici, viene mutata la composizione, con la previsione di una maggiore partecipazione laica.

La modifica dell’art. 104, che investe il Consiglio Superiore della magistratura giudicante, nel mantenere quali componenti di diritto il Presidente della Repubblica ed il Primo Presidente della Corte di Cassazione, dispone che gli altri componenti siano scelti per la metà tra i giudici ordinari e per l’altra metà dal Parlamento in seduta comune, tra i professori ordinari in materie giuridiche e gli avvocati con quindici anni di esercizio della professione.

L’art. 105 bis introduce il Consiglio superiore della magistratura requirente, del quale sono chiamati a farne parte, quali componenti di diritto, il Presidente della Repubblica e il Procuratore Generale della Corte di Cassazione. La restante parte è delineata con le medesime proporzioni del Consiglio superiore della magistratura giudicante, salvo il fatto che la componente togata è scelta tra i pubblici ministeri ordinari.

Ad entrambi gli organismi spettano le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti, le promozioni dei magistrati che da loro dipendono, nonché i provvedimenti disciplinari.

L’art. 112, regolante l’obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale, è modificato con la previsione che essa è esercitata nei casi e secondo i modi previsti dalla Legge (Proposta di Legge Costituzionale). ●

ESECUZIONE DEL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO E CONDIZIONI CARCERARIE DOPO LA SENTENZA CEDU MURSIC CONTRO CROAZIA

Fulvio Baldi

Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione

Come è noto, l'art. 18, lett. h) della legge n. 69 del 2005, che ha dato esecuzione alla Decisione Quadro 2002/584/GAI del Consiglio, secondo il quale «la Corte di appello rifiuta la consegna se sussiste un serio pericolo che la persona ricercata venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti», è stato restrittivamente interpretato dalla Cassazione fino al 2015, sul presupposto che il motivo di rifiuto della consegna non potesse ritenersi integrato dalla mera prospettazione dell'esistenza, nello Stato richiedente, di una condizione di sovraffollamento carcerario o di una possibile mancanza di adeguata assistenza medica, in mancanza di elementi concreti sulla reale situazione nelle carceri di quello Stato (v., tra le tante, sent. 43537/2014 riguardante il cittadino rumeno Florin in ordine allo spazio minimo).

Dopo la sentenza 5 aprile 2016, C404/15, Aaranyosi e Caldararu della Corte di giustizia della Unione europea la Cassazione ha cambiato opinione. Tale sentenza trae origine da varie decisioni di condanna per l'art. 3 Convenzione EDU pronunciate nel 2014 dalla Corte europea per i diritti umani nei confronti della Romania (Corte EDU, Bujorean c. Romania; Constantin Aurelian Burlacu c. Romania, Mihai Laurentiu Marin c. Romania) per il sovraffollamento delle carceri e per le cattive condizioni materiali di detenzione, sia dal Rapporto 2015 del Comitato europeo per la prevenzione della tortura del Consiglio, in relazione alla situazione delle carceri in Romania, a seguito di visite effettuate nel giugno 2014. Secondo la sentenza Aaranyosi e Caldararu, pur restando fermo il principio che non sia possibile introdurre un nuovo motivo di rifiuto di esecuzione di un Mae non previsto dalla Decisione

quadro, detto assunto deve essere bilanciato dal riconoscimento del divieto di pene o trattamenti inumani e degradanti come valore fondamentale dell'Unione, con carattere assoluto e inderogabile. Pertanto, laddove si profili il rischio reale e vi siano elementi obiettivi, precisi e concreti che facciano ritenere probabile che il ricercato venga sottoposto ad un trattamento inumano e degradante, lo Stato di esecuzione è tenuto a valutarlo, con la conseguenza che l'esecuzione del mandato d'arresto deve essere, se non abbandonata, quantomeno sospesa.

Seguendo detta pronuncia, la Cassazione ha affermato che il motivo di rifiuto della consegna impone all'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione di verificare, dopo aver accertato l'esistenza di un generale rischio di trattamento inumano da parte dello Stato membro, se, in concreto, la persona oggetto del Mae potrà essere sottoposta ad un trattamento disumano. Questo significa che, a tal fine, deve essere richiesta allo Stato emittente qualsiasi informazione complementare necessaria, ragion per cui l'autorità giudiziaria deve rinviare la propria decisione sulla consegna fino a quando, entro un termine ragionevole, non ottenga notizie che le consentano di escludere la sussistenza del rischio.

Il rischio va valutato basandosi su «elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati» sulle condizioni di detenzione vigenti nello Stato membro emittente e comprovanti la presenza di carenze sia sistemiche o comunque generalizzate, sia limitate ad alcuni gruppi di persone o a determinati centri di detenzione.

A tal fine, la Cassazione ha indicato quali fonti conoscitive qualificate le decisioni giudiziarie internazionali, in particolare le sentenze della Corte EDU, le decisioni giudiziarie dello Stato membro emittente nonché le decisioni, relazioni e altri documenti predisposti dagli organi del Consiglio d'Europa o appartenenti al sistema delle Nazioni Unite. Deve quindi essere effettuato un supplemento di istruttoria, a norma dell'art. 15, par. 2 della decisione quadro del 2002 (in tal senso

v. Cass. pen., sent. n. 23277 del 2016 relativa al cittadino rumeno Barbu).

Nell'ambito di dette indagini la Corte di appello deve inoltrare all'autorità giudiziaria la richiesta delle seguenti informazioni:

1. se la persona richiesta in consegna sarà detenuta presso una struttura carceraria;
2. quali saranno le condizioni di detenzione riservate all'interessato e, dunque, il nome della struttura in cui lo interessato sarà detenuto, lo spazio individuale minimo intramurario allo stesso riservato, le condizioni igieniche e di salubrità dell'alloggio, i meccanismi nazionali o internazionali per il controllo delle condizioni effettive di detenzione della persona che deve essere consegnata.

Nell'inoltrare la richiesta di informazioni complementari, la Corte di appello deve fissare un termine adeguato che, ai sensi dell'art. 16 Decisione Quadro, non potrà comunque essere superiore ai trenta giorni. Secondo la Cassazione, tradizionalmente, il travalicamento di detto termine non costituisce causa ostativa alla valutazione della pervenuta documentazione e alla successiva consegna (v. Cass. pen., sent. n. 53 del 2014, relativa a Mae rumeno contro Petrescu).

Laddove pervengano informazioni sufficienti ad escludere per la persona richiesta in consegna il rischio di un trattamento contrario all'art. 3 Convenzione EDU nei termini suddetti, la consegna sarà consentita. Diversamente, se dalle stesse non può escludersi il suddetto rischio, la Corte di appello è tenuta a rifiutare - quanto meno allo stato degli atti - la consegna.

In concreto, tra le condizioni da valutare al fine di stabilire se vi sia o meno un trattamento inumano, un ruolo di primo piano gioca lo spazio individuale intramurario. Sul punto, seguendo i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, lo stesso va individuato in uno spazio pari ad almeno tre metri quadrati «calpestabili», al netto del bagno, del letto e di eventuali altri mobili.

In particolare, relativamente alla qualità della detenzione, deve ricordarsi che la Corte Edu si è pronunciata in diverse occasioni. Ha considerato i tre elementi seguenti:

1. ogni detenuto deve avere un posto individuale per dormire nella cella;
2. ogni detenuto deve disporre di almeno 3 metri quadri di superficie;
3. la superficie totale della cella deve essere tale da permettere ai detenuti di muoversi liberamente fra gli elementi di arredo. L'assenza di uno soltanto fra i suddetti elementi crea di per sé una forte presunzione che le condizioni detentive trasmodino in un trattamento degradante e costituiscano un'infrazione all'art. 3. Questi elementi devono, quindi, sussistere tutti. In mancanza anche di uno solo di essi il trattamento deve considerarsi inumano (v. Corte EDU Ananyev c. Russia, 2012; Dmitriy Sazonov c. Russia, 2012; Nieciecki c. Grecia, 2012; Torreggiani c. Italia, 2013; Olszewski c. Polonia, 2013; Kanakis c. Grecia, 2013; Tatishvili c. Grecia, 2014; Tereshchenko c. Russia, 2014; Bulatovic c. Montenegro, 2014).

Tuttavia, la Corte EDU ha anche affermato che, nel valutare in particolare le condizioni detentive in strutture per condannati, bisogna tenere conto dell'effetto cumulativo delle condizioni di detenzione. Di conseguenza, la questione dello spazio personale deve essere considerata nel contesto del regime applicabile, che permette ai detenuti di beneficiare di una più ampia libertà di movimento durante la giornata rispetto a coloro che sono sottoposti ad altri tipi di regime detentivo nonché nel contesto della loro conseguente possibilità di avere libero accesso alla luce naturale ed all'aria. Ciò costituisce una compensazione sufficiente alla scarsa assegnazione di spazio per il condannato (in tal senso, v. Shkurenko c. Russia, 2009; Norbert Sikorski c. Polonia, 2009; Dmitriy Rozhin c. Russia 2012; Kulikov c. Russia 2012; Yepishin c. Russia, 2012; Vladimir Belyayev c. Russia, 2013).

Quindi, deve ritenersi integrare una situazione di grave ed intollerabile sovraffollamento la detenzione della persona in uno spazio inferiore a tre metri quadrati in regime chiuso. Tale "forte presunzione" di disumanità della restrizione in caso di superficie inferiore a detta soglia può, tuttavia, essere superata in presenza di circostanze che consentano al detenuto di beneficiare di maggiore libertà di movimento durante il giorno e che gli rendano possibile il libero accesso alla luce naturale ed all'aria, sì da compensare l'insufficiente assegnazione di spazio.

Quando la Corte di appello si attiene a questi principi e dispone la consegna, la Cassazione respinge il ricorso del detenuto, come ad esempio ha fatto nel caso Mihai (v. sent. 5472/2017), in cui ha osservato che il Ministero della Giustizia rumeno ha fornito informazioni puntuali in merito al regime esecutivo, ha circostanziato la situazione detentiva che sarebbe stata riservata al detenuto, descrivendo le condizioni delle celle, i servizi disponibili, la possibilità di accesso all'aria aperta nonché a programmi di assistenza psico-sociale, le condizioni igienico-sanitarie dell'istituto nonché la superficie disponibile. A tale ultimo proposito, l'Autorità richiesta ha chiarito che il detenuto avrebbe avuto a disposizione una superficie non inferiore a tre metri quadri in caso di regime chiuso e non inferiore a due metri quadri in caso di regime semiaperto.

La recente sentenza Mursic contro Croazia della Corte EDU del 20/10/2016 costituisce una sintesi ed un ulteriore perfezionamento di detto orientamento. Essa si concentra sulla possibilità di deroga del principio per cui le celle devono essere necessariamente non inferiori a tre metri quadrati proprio tenuto del possibile riequilibrio delle condizioni detentive. Secondo detta sentenza, per compensare lo spazio minimo sono richiesti: la brevità della permanenza in cella, l'esistenza di sufficiente libertà di circolazione fuori dalla cella, l'adeguata offerta di attività esterne alla cella,

le buone condizioni complessive dell'istituto e l'assenza di altri aspetti negativi del trattamento in rapporto a condizioni igieniche e servizi forniti.

Anche queste condizioni sono cumulative, sicché devono sussistere tutte.

A seguito della sentenza Mursic c. Croazia, il quadro di sintesi sembra essere il seguente:

- a. quando lo spazio personale scende sotto i 3 m² in una cella collettiva (così come quando il detenuto non dispone di un posto letto o di una superficie tale da consentirgli di muoversi tra il mobilio), la mancanza di spazio è considerata talmente grave che sussiste una "*strong presumption*" di violazione dell'art. 3 Convenzione EDU. Il Governo convenuto ha l'onere di confutare tale presunzione, dimostrando l'esistenza di fattori che cumulativamente siano in grado di compensare tale mancanza di spazio vitale (§137), quali: 1) la brevità, l'occasionalità e la minore rilevanza della riduzione dello spazio personale minimo richiesto (§130); 2) la sufficiente libertà di movimento e lo svolgimento di adeguate attività all'esterno della cella (§133); 3) l'adeguatezza della struttura, in assenza di altri aspetti che aggravino le condizioni di privazione della libertà (§134).
- b. Quando lo spazio individuale in una cella collettiva si attesta tra i 3 e i 4 m², sussiste una violazione dell'articolo 3 Convenzione Edu se tale condizione risulta combinata ad altri aspetti di inadeguatezza della detenzione. Tali aspetti riguardano, in particolare, la possibilità di svolgere attività fisica all'aria aperta, la presenza di luce naturale e aria nella cella, l'adeguatezza della ventilazione e della temperatura, la possibilità di utilizzare la *toilette* in privato ed il rispetto dei generali requisiti igienico-sanitari (§106).
- c. Nei casi in cui un detenuto disponga di più di 4 m² in una cella collettiva e, quindi, non si pongano problemi per quanto riguarda la mancanza di spazio personale, rimangono comunque rilevanti altri aspetti riguardanti le condizioni di detenzione ai fini della valutazione

di conformità all'articolo 3 della Convenzione (§ 48, 53, 55, 59 e 63-64).

Va precisato che, secondo la Cassazione, ai fini della determinazione dello spazio individuale minimo intramurario, pari o superiore a tre metri quadrati, da assicurare a ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretato, tra le molte pronunce, dalla giurisprudenza della Corte EDU in data 8 gennaio 2013 nel caso Torreggiani c. Italia, dalla superficie lorda della cella devono essere detratte l'area destinata ai servizi igienici e quella occupata da strutture tendenzialmente fisse, tra cui il letto, ove questo assuma la forma e struttura "a castello", e gli armadi, appoggiati o infissi stabilmente alle pareti o al suolo, mentre non rilevano gli altri arredi facilmente amovibili come sgabelli o tavolini (v. Cass. pen., sent. 13124/2017).

Orbene, a fronte di tale quadro complessivo, va rilevato che la Cassazione si sta limitando a richiamare la sentenza Mursic più che farne letterale applicazione, come sembra essere avvenuto nella sentenza n. 26876/2017 circa la conferma della consegna del cittadino rumeno Bimbirica ed in quella n. 11980/2017 circa la conferma della consegna del cittadino rumeno Mocanu.

Sembra, infatti, non essere stato colto a pieno l'elemento differenziale dirompente insito in tale pronuncia sovranazionale rispetto ai trend assimilati dopo la sentenza Caldararu. In realtà, la Mursic da un lato sembra abbassare il livello delle garanzie, evocando una compensazione tra lo spazio intramurario a disposizione del detenuto ed il complessivo regime cui questi è sottoposto, in sostanza ammettendo un bilanciamento tra detti fattori diversi e disomogenei; dall'altro, tuttavia, pretende che nello spazio calpestabile sia incluso il letto, pur dovendo continuare ad essere escluso il bagno.

Rispetto a tale quadro, se la Cassazione recepisce

quasi acriticamente la pronuncia, senza darvi nella sostanza corso fino alle estreme conseguenze, la dottrina, ad una prima lettura, sembra aver interpretato la sentenza Mursic come una sconfessione della pregressa giurisprudenza sovranazionale e come una sostanziale marcia indietro rispetto alle garanzie introdotte dalla stessa. La Mursic, in altri termini, non segnerebbe una mera variante o una ulteriore specificazione dell'orientamento precedente, ma un suo disconoscimento.

Solo il prosieguo del dialogo fra le Corti di Strasburgo, Lussemburgo e Roma saprà, si spera, chiarire e risolvere le discrasie rilevate, non nascondendosi che, allo stato, esse possono porre una serie di problemi di carattere pratico a volte determinando, nell'incertezza, il blocco delle esecuzioni dei Mae verso l'estero, a volte favorendo disparità di trattamento in casi analoghi. Effetti, questi, chiaramente inammissibili ed indesiderati. ●



ETICA E MAGISTRATURA

LA RACCOMANDAZIONE ALL'ITALIA DEL GRUPPO DI STATI CONTRO LA CORRUZIONE (GRECO) IN MATERIA DI ETICA GIUDIZIARIA

Valentina D'Agostino

Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Pescara

1. IL CODICE ETICO DELL'ANM E GLI STANDARD INTERNAZIONALI ED EUROPEI IN MATERIA DI ETICA GIUDIZIARIA

La magistratura italiana, prima tra tutte le magistrature europee, è stata capace di esprimere e codificare quei valori universali di integrità, imparzialità, indipendenza, professionalità, correttezza istituzionale cui ogni magistrato deve attenersi nell'esercizio delle funzioni e nella vita sociale.

Il Codice etico, adottato nel 1994, modificato ed aggiornato nel 2010 dall'Associazione Nazionale Magistrati, delinea il modello di magistrato. Ne sottolinea il ruolo di servizio (art. 1); la responsabilità nel buon andamento della giurisdizione (artt. 3 e 4); indica le condotte del magistrato nei suoi rapporti con le istituzioni e con gli altri protagonisti del processo (artt. 2, 10, 12 e 14); ricorda che il magistrato opera senza indebite interferenze, sia nei rapporti esterni che nei rapporti all'interno della magistratura, e che deve preservare la propria immagine di imparzialità, evitando qualsiasi

coinvolgimento in centri di potere partitici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle sue funzioni o comunque appannarne l'immagine (artt. 8 e 9); delinea la condotta del magistrato nel delicato rapporto con i mezzi di informazione (art. 6) e con l'autogoverno (art. 10).

Il nostro Codice etico è stato precursore anche rispetto a strumenti di *soft law* elaborati a livello internazionale ed europeo in materia di etica e deontologia giudiziaria.

Il testo fondamentale è costituito dai Principi di Condotta Giudiziaria di Bangalore (*The Bangalore Principles of Judicial Conduct*) adottato dalle Nazioni Unite nel 2002 all'esito del lavoro di un gruppo composto da alti rappresentanti delle magistrature di Paesi dei diversi continenti, con l'apporto dei componenti del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE).

Come si legge nel Preambolo, i principi fissano i valori fondamentali (*core values*) cui deve ispirarsi il giudice, ossia l'indipendenza, l'imparzialità, l'integrità, il decoro (*property*, intesa quale rispetto da parte del giudice di quanto reputato conveniente nell'ambiente sociale), l'uguaglianza,

la competenza e diligenza. Tra le indicazioni contenute nei Principi di Bangalore, vi è anche l'invito ad istituire organismi di controllo, anch'essi indipendenti ed imparziali, con la funzione di vigilare sul rispetto da parte dei giudici delle regole deontologiche.

A livello europeo, fondamentali indicazioni in materia di etica giudiziaria e regole deontologiche sono contenute nei pareri del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE), l'organismo costituito nel 2000 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con il compito di elaborare pareri su questioni di carattere generale concernenti l'indipendenza, l'imparzialità e la professionalità dei giudici.

In particolare, nel parere n. 3 del 2002 si afferma che "il rispetto da parte del giudice di principi deontologici rigorosi costituisce la contropartita naturale dei poteri di cui dispone il giudice nella società di oggi; anche se sovrapposizioni e interazioni sono incontestabili, le norme deontologiche e disciplinari devono rimanere distinte; le prime norme, quelle deontologiche, esprimono la capacità della professione di riflettere sulla sua funzione; sono norme di autocontrollo che implicano il riconoscimento che l'applicazione della legge non ha niente di meccanico e che necessita di un reale potere di apprezzamento, che però pone i giudici in un rapporto di responsabilità nei confronti di loro stessi".

Tale parere incoraggia le magistrature nazionali a dotarsi di propri codici etici, indicando a modello quello adottato dall'Associazione Nazionale Magistrati italiana nel 1994, quale primo codice europeo proveniente dallo stesso potere giudiziario. I principi e le indicazioni contenute nel parere n. 3 e in altri pareri del CCJE sono stati ripresi nella raccomandazione n. 12 del 2010 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che dedica il capitolo VIII all'etica dei giudici: "Nella loro attività i giudici devono essere guidati da principi deontologici di condotta professionale. Tali principi non solo ricomprendono doveri suscettibili

di sanzione disciplinare, ma forniscono anche indicazioni sulle regole di condotta. Tali principi devono essere sanciti in codici di etica giudiziaria volti ad ispirare pubblica fiducia nei giudici e nella magistratura. I giudici devono poter richiedere pareri su questioni deontologiche ad un organo nell'ambito della magistratura."

Si sottolinea, nella raccomandazione, che la magistratura deve godere della fiducia dell'opinione pubblica (*public confidence*): i giudici, che sono parte della società al cui servizio operano, non possono efficacemente amministrare la giustizia senza la fiducia dei cittadini. Ciò richiede il rispetto dei principi di indipendenza, esterna ed interna, di imparzialità, la qualità e l'efficienza della giurisdizione. Non solo. La credibilità dei giudici si fonda anche sulla qualità dei loro comportamenti individuali, che devono essere improntati a senso di responsabilità istituzionale, diligenza, rispetto della dignità, ascolto costruttivo delle parti (*active listening*), integrità e trasparenza delle condotte, chiarezza e linearità della motivazione (*clear reasoning of the judgments*).

Nell'ottica di garantire l'indipendenza della giurisdizione e dei singoli giudici da influenze improprie, la raccomandazione incoraggia l'adozione di codici deontologici, che guidino i giudici nella loro condotta, anche quando tali regole non si traducano in doveri sanzionati disciplinarmente. Se accavallamenti ed interazioni sono incontestabili, le norme deontologiche e disciplinari devono rimanere nettamente distinte. Le regole etiche costituiscono l'assunzione di un impegno nei confronti della collettività a fronte del bene supremo dell'indipendenza e della discrezionalità nell'esercizio della funzione giudiziaria. Esse non mirano a colpire la patologia, ma incentivano la crescita generale della magistratura: in sostanza, influiscono sulla responsabilità-azione, mentre quelle disciplinari incidono sulla responsabilità-sanzione.

2. LA RACCOMANDAZIONE DEL GRUPPO DI STATI CONTRO LA CORRUZIONE (GRECO) IN MATERIA DI ETICA GIUDIZIARIA

Se queste sono le indicazioni che provengono dalle fonti internazionali, si può affermare che la magistratura italiana sia all'avanguardia quanto a regolamentazione dell'etica e della deontologia.

Eppure, occorre chiedersi se non occorra a riguardo un approccio più incisivo, nel clima di generale sfiducia dell'opinione pubblica nelle istituzioni che non risparmia neanche la magistratura.

Importanti indicazioni in questo senso provengono dall'ultimo rapporto del gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO), l'organismo anti-corruzione del Consiglio d'Europa, istituito nel 1999 nel quadro di un Accordo Parziale Allargato con l'obiettivo di monitorare il rispetto da parte degli Stati membri delle norme e degli strumenti anti-corruzione elaborati a livello internazionale.

L'Italia è stata da poco destinataria del rapporto redatto nell'ambito del IV Ciclo di Valutazione, sul tema della prevenzione della corruzione dei parlamentari, giudici e pubblici ministeri (la traduzione del rapporto adottato dall'Assemblea Plenaria del GRECO ad ottobre 2016 è consultabile sul sito del Ministero della Giustizia).

La premessa da cui muove il rapporto GRECO è che in Italia, come in altri Paesi in cui la percezione della corruzione è particolarmente alta, con conseguenze sulla fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni, combattere la corruzione deve diventare una questione culturale, non solo di regole.

In quest'ottica, l'educazione e la formazione rivestono un ruolo fondamentale perché istillano i valori di integrità ed incrementano una cultura di legalità, fondamentali per la prevenzione della corruzione.

Ciò vale anche per la magistratura.

Il rapporto GRECO dedica al tema dell'etica giudiziaria i paragrafi da 131 a 136.

Esso riconosce l'importanza e l'alto valore del Codice etico dell'ANM, primo codice deontologico

a livello europeo ma, al contempo, raccomanda agli organi e alle istituzioni competenti di realizzare "a more proactive, systematic and concrete approach" nella prevenzione di condotte scorrette.

Il limitato numero di procedimenti avviati dopo l'introduzione del Codice etico (appena tredici) e la circostanza che il Collegio dei Probiviri non abbia mai imposto alcuna sanzione evidenziano che la conoscenza del Codice e la vigilanza sulla sua applicazione debbano essere promosse in maniera più attiva ed efficace.

Il GRECO sottolinea, in particolare, l'importanza che il Codice etico dell'ANM sia concepito come un documento vivo (*a living document*), integrato da spiegazioni ed esempi concreti, e non come una semplice declamazione formale di principi (*a mere document*).

Nella raccomandazione indirizzata all'Italia, il GRECO invita l'ANM, il CSM e la Scuola della Magistratura a rafforzare il loro rispettivo ruolo nella formazione dei magistrati, togati ed onorari, in materia di "ethics". La formazione deve essere focalizzata "on real-life scenarios", ossia su situazioni concrete che ogni magistrato può trovarsi ad affrontare nella quotidianità del suo agire e deve mirare a fornire suggerimenti pratici ai dubbi e alle domande su questioni di deontologia, anche con la partecipazione degli avvocati e di altri professionisti del settore.

A tal fine, il GRECO raccomanda che il Codice etico dei magistrati italiani sia ulteriormente sviluppato ed integrato con commenti esplicativi e/o esempi pratici riguardanti, ad esempio, i conflitti di interessi, le offerte di doni, il modo di reagire ad un tentativo di indebita influenza. Inoltre, sollecita un più incisivo meccanismo di applicazione delle regole di condotta attraverso un effettivo meccanismo di supervisione, rafforzando le prerogative del Collegio dei Probiviri. Sollecita chiaramente la Scuola a svolgere un ruolo più attivo nel diffondere "standards of professional conduct and ethical rules" e ad assicurare che i corsi di formazione includano una permanente componente di deontologia.

Dunque, uno stimolo a garantire una più incisiva

e sistematica attenzione al tema dell'etica e della deontologia, anche con il coinvolgimento delle altre categorie di operatori del settore giustizia.

La raccomandazione coinvolge l'ANM, alla quale è chiesto di completare il codice etico con esempi concreti e commenti esplicativi e di rendere più incisiva ed efficace l'azione di vigilanza sul rispetto dei principi in esso contenuti; il CSM che, in quanto organo di autogoverno, deve dare il massimo esempio di trasparenza ed integrità ed avere un ruolo attivo nella promozione dell'etica; la Scuola della Magistratura, quale istituzione deputata alla formazione.

3. QUALE CONTRIBUTO DALLA MAGISTRATURA ITALIANA PER RIVITALIZZARE IL CODICE ETICO?

La magistratura italiana è chiamata a rispondere ad una sfida culturale che non deriva solo dalla raccomandazione del prestigioso organismo internazionale, ma dalla sempre più avvertita esigenza di rilanciare la questione etica al proprio interno.

Cosa fare, allora, per rivitalizzare il codice etico e renderlo a *living document*?

Sul piano della diffusione della sua conoscenza, sarebbe utile organizzare attività di formazione a livello centrale e decentrato e, come suggerisce il GRECO, affrontare questioni e situazioni concrete anche con il coinvolgimento dell'Avvocatura, stimolando una discussione aperta e analogo dibattito sulla deontologia forense. Occorrerebbe, inoltre, divulgare maggiormente il Codice, non solo tra gli addetti ai lavori, anche affiggendolo nelle aule di giustizia, in modo da renderlo direttamente accessibile e consentire all'opinione pubblica di valutare la professionalità e la correttezza dei magistrati.

Sarebbe poi utile, come suggeriscono le raccomandazioni ed i pareri del Consiglio d'Europa, istituire "comitati etici" in seno al corpo giudiziario, con un ruolo consultivo, ai quali, cioè, i magistrati possano rivolgersi in caso di dubbio sulla

compatibilità di un comportamento con la propria funzione e il proprio ruolo. Non solo. Ai comitati potrebbe essere riconosciuta anche una funzione di stimolo nei confronti del Collegio dei Probiviri dell'ANM, ad esempio segnalando condotte non trasparenti o non in linea con la deontologia, così distinguendo in modo concreto il ruolo del codice rispetto all'azione disciplinare.

Inoltre dovrebbero essere resi più efficaci i poteri del Collegio dei Probiviri dell'ANM, l'organismo deputato ad esercitare l'azione disciplinare per condotte contrarie ai fini generali dell'associazione o dalle quali derivi discredito per l'ordine giudiziario, a prescindere dalle sanzioni disciplinari in senso stretto.

In tal senso si sta orientando il Comitato Direttivo Centrale dell'ANM che, in più occasioni, ha ribadito l'importanza di garantire "un'effettiva vigilanza sull'etica dei nostri comportamenti al fine di evitare che la condotta censurabile di pochi abbia gravi ricadute in termini di credibilità sull'operato dei magistrati che quotidianamente danno prova di serietà professionale, spirito di sacrificio ed imparzialità" (così nel documento approvato all'unanimità il 13 febbraio 2016).

Muovendo da tali premesse, il CDC ha deliberato di promuovere le procedure volte a modificare lo statuto dell'ANM per regolamentare l'attivazione dei poteri di iniziativa del Collegio dei Probiviri e attribuire a tale organo, in casi particolari, il potere di sospensione cautelare dall'esercizio dei diritti sociali.

Ma, soprattutto, l'attenzione al tema dell'etica richiede, da parte di ciascun magistrato, l'onestà intellettuale ed il coraggio di riflettere sulle condotte individuali, facendo seguire ad una seria autocritica una coerenza dei comportamenti, sul piano della professionalità, dei rapporti con il potere, con l'organo di autogoverno, con la politica, della trasparenza e sobrietà dei comportamenti extraprocessuali. Nella consapevolezza che solo la correttezza ed integrità del nostro agire ci legittima nella giurisdizione e costituisce il fondamentale presidio della indipendenza di cui gode la magistratura italiana. ●

UNO SCAMBIO BILATERALE TRA AUTORITÀ GIUDIZIARIE DI STATI DELL'UNIONE EUROPEA: L'ESPERIENZA DELLA PROCURA PRESSO IL TRIBUNALE DI UDINE E LA PROCURA AUSTRIACA DI KLAGENFURT

Paola De Franceschi

Sostituto Procuratore presso Procura della Repubblica di Udine

1. UNO SCAMBIO BILATERALE TRA AUTORITÀ GIUDIZIARIE DI STATI DELL'UNIONE EUROPEA

L'idea di partecipare all'interpello per uno Scambio Bilaterale tra Autorità giudiziarie dell'Unione europea, diffuso dalla Scuola Superiore della Magistratura a fine giugno 2016 (pubblicato sul sito della Scuola in data 28.06.2016 con scadenza il 12.07.2016) scaturì dall'esigenza di creare un canale di comunicazione diretta tra la Procura presso il Tribunale di Udine e la Procura austriaca di Klagenfurt.

Le richieste di assistenza giudiziaria inoltrate dal nostro Ufficio all'A.G. austriaca, erano sempre state numerose e si erano accresciute negli ultimi anni. Esse erano spesso dettate dalla necessità di indagare su crimini finanziari (bancarotte, riciclaggio, reati fiscali), in considerazione dell'intenso intersecarsi dei rapporti economici tra le due regioni confinanti che favoriva la smobilitazione di risorse finanziarie da parte di soggetti economici friulani e l'apertura di rapporti bancari nelle cittadine al di là del confine.

L'assistenza giudiziaria veniva inoltre richiesta in materia di criminalità connessa al traffico di esseri umani, dato l'aumento esponenziale del flusso di migranti, la scarsità di controlli alle (ex) frontiere, la pressione delle migrazioni provenienti dai Balcani e dal Medio Oriente.

Altre richieste di assistenza giudiziaria erano state formulate per casi di cittadini scomparsi, omicidi, trasferimento di beni trafugati o ricettati oltre confine.

Innumerevoli infine erano le domande di esecuzione di Mandati di arresto europei emessi a seguito di sentenze di condanna pronunciate dal Tribunale di Udine.

L'intensa attività rogatoria aveva spesso incontrato ostacoli di vario genere: dalle traduzioni imperfette con conseguenti difficoltà di comprensione delle richieste formulate; alla lentezza nell'accogliere le richieste di accertamenti bancari e sequestri di conti correnti; alla rigidità nel dare esecuzione ai Mae emessi nei confronti di cittadini austriaci.

Tutto ciò si era tradotto in lungaggini procedurali che avevano ostacolato le indagini e rallentato

i procedimenti.

L'interpello allo scambio bilaterale offriva un'opportunità per aprire una linea dedicata alla cooperazione giudiziaria tra le due Procure; per farci conoscere e conoscere l'ordinamento giuridico viciniero, per vincere le diffidenze e gettare la basi per una solida collaborazione reciproca.

2. COME PREDISPORRE UN PROGETTO DI SCAMBIO BILATERALE

Nei pochi giorni a disposizione, furono presi contatti con il Procuratore di Klagenfurt il quale venne convinto a fungere da *hosting institution*, mentre la Procura di Udine sarebbe stata *guest institution*.

Viste le premesse, i rapporti di cooperazione non sempre efficaci del passato, si ritenne che scopi precipi dello Scambio Bilaterale dovessero essere i seguenti:

- » stabilire rapporti di conoscenza personale tra i magistrati dei due uffici in modo da consentire una più rapida ed efficace cooperazione giudiziaria transfrontaliera;
- » realizzare uno scambio di informazioni in ordine ai rispettivi ordinamenti giuridici in modo da aumentare la conoscenza e la reciproca fiducia tra i due uffici inquirenti, nonché il rispetto ed il riconoscimento delle decisioni giudiziarie;
- » migliorare gli strumenti di comunicazione e scambio di informazioni inerenti indagini, procedimenti penali e processi in modo da velocizzare la ricezione dei dati di volta in volta richiesti.

La scelta dei temi giuridici scaturì dall'analisi dei vari settori in cui si erano manifestate le esigenze di cooperazione più frequenti. Venne quindi prospettata ai colleghi austriaci la trattazione - con taglio pragmatico e predisposizione di apposite relazioni - delle seguenti tematiche: introduzione generale agli ordinamenti giuridici dei due paesi ed alle funzioni del Pubblico Ministero; reati finanziari, riciclaggio ed auto-riciclaggio; immigrazione e diritto

di asilo; strumenti di cooperazione giudiziaria.

Furono quindi individuati - tra i componenti dei gruppi di lavoro "criminalità organizzata, immigrazione clandestina, stupefacenti, prostituzione" e "reati finanziari, fallimentari e societari" - i magistrati italiani che avrebbero fatto parte della delegazione ospite.

Progetto e Bozza di programma, dopo l'assenso dei colleghi austriaci, vennero inoltrati alla SSM che li prescelse e trasmise alla Rete Giudiziaria Europea di Formazione.

A seguito della definitiva approvazione da parte dell'EJTN, il programma ebbe luogo nella settimana dal 21 al 25 novembre 2016 con 5 magistrati della Procura di Udine ospiti per 5 giorni della Procura di Klagenfurt.

3. COME SI È SVOLTO LO SCAMBIO BILATERALE

Nel corso dei 5 giorni dello Scambio Bilaterale vennero affrontate quasi tutte le tematiche concordate, in uno spirito di apprendimento reciproco e di scambio di esperienze, con impronta pragmatica intesa a rispondere a quesiti generali e specifici e a curiosità.

Lingue di lavoro: tedesco e inglese.

Ecco le tematiche oggetto di trattazione.

3.1. L'UFFICIO INQUIRENTE NEI RISPETTIVI ORDINAMENTI GIURIDICI

Il primo approccio tra ufficio ospite ed ufficio ospitante è stato caratterizzato dallo scambio di conoscenze in ordine ai reciproci ordinamenti giuridici, momento fondamentale per apprezzarne le differenze e le similitudini.

Ci vennero così illustrati l'organizzazione dell'Ufficio di Procura (*Staatsanwaltschaft*), il suo inserimento nell'organizzazione della giurisdizione, la dipendenza gerarchica dal Ministero Federale della Giustizia (*Bundesministerium für Justiz*) da

cui dipendono Procura Generale presso la Corte Suprema (*Generalprokuratur*) e Procure Generali presso le Corti d'Appello (*Oberstaatsanwaltschaften*) da cui dipendono le Procure della Repubblica.

In ordine alla competenza si è appreso che ogni Procura della Repubblica ha competenza su tutti gli affari penali, con la sola eccezione dei casi di corruzione o di reati crimini economici che sono devoluti ad un ufficio centrale della Procura di Vienna: *Zentrale Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption*, direttamente dipendente dal Ministero di Giustizia.

Il Ministro ha un potere conoscitivo su taluni procedimenti concernenti affari penali determinati di volta in volta con atto governativo: trattasi di dossier particolarmente seri e gravi (ad es. crimini contro la personalità dello Stato, crimini commessi da magistrati). Su tali procedimenti il Ministro può esercitare poteri di impulso o di direttiva, ma deve farlo per iscritto ed agire attraverso la Procura Generale territorialmente competente. Di tale potere d'intervento viene fatto scarso uso e dal 2015 è stata istituita una commissione di 3 membri a garantire indipendenza ed imparzialità nella trattazione dei procedimenti in cui il Ministro può intervenire.

Quanto ai poteri di nomina, la nomina dei Procuratori della Repubblica spetta al Ministro; la nomina dei Procuratori Generali presso le Corti d'Appello e del Procuratore Generale presso la Corte Suprema spetta al Presidente della Repubblica su proposta del Ministro.

Dall'illustrazione delle funzioni del PM nell'ordinamento giuridico austriaco, sono emerse alcune delle caratteristiche che lo differenziano dall'omologo italiano. Così, nella fase delle indagini preliminari, il primo non può ordinare una perquisizione domiciliare, né disporre un'intercettazione urgente di comunicazioni, necessitando in entrambi i casi di un decreto

autorizzativo del Giudice; né può ordinare l'acquisizione di documentazione bancaria senza un decreto autorizzativo del Tribunale.

Nella fase di definizione del procedimento, il PM austriaco può disporre l'archiviazione di un procedimento, fatta salva l'opposizione/reclamo che la parte offesa può presentare al Giudice.

Inoltre, può scegliere di definire il procedimento senza portare a giudizio l'indagato, attraverso l'infissione di sanzioni alternative come lavori di pubblica utilità o pagamento di somme di denaro.

Nella fase processuale, il ruolo del PM austriaco è facilitato dalla disponibilità in capo al Giudice dell'intero fascicolo processuale; anche se il processo si svolge oralmente e le prove sono raccolte dinanzi al Giudice, con la possibilità per le parti di accordarsi per dare lettura di singoli atti delle indagini.

Si evidenzia che al processo austriaco l'imputato può partecipare senza difensore qualora il reato di cui è accusato sia punito con pena inferiore a 3 anni di detenzione.

Altra regola fondamentale è il non decorso della prescrizione durante tutti i gradi del processo.

3.2. LA GIURISDIZIONE IN AUSTRIA E CARINZIA

In Austria la giurisdizione si compone di una Corte Suprema (*Oberster Gerichtshof*), presso la quale vi è una Procura generale (*Generalprokuratur*), 4 Corti d'Appello (*Oberlandesgerichte*) nelle città di Vienna, Graz, Innsbruck e Linz e le Procure generali presso ciascuna Corte d'appello (*Oberstaatsanwaltschaften*), 20 Corti (competenti sia per la materia civile che per la materia penale e 17 Uffici di procura (*Staatsanwaltschaften*), 116 Tribunali locali (*Bezirkgerichte*) per le cause minori. I Tribunali sono 20 e 17 le Procure della Repubblica; 4 le Corti d'Appello.

La corte di Appello di Graz ha giurisdizione su un territorio che ricomprende le regioni di Stiria (1,2 milioni di abitanti) e Carinzia (560.000 abitanti); la

Corte d'Appello più ampia è quella di Vienna; quella di Linz ha giurisdizione sull'alta Austria, quella di Innsbruck sul Tirolo.

Ogni Procura Generale si occupa ed è responsabile anche del personale delle Procure sotto-ordinate.

Il Tribunale locale - *Bezirkgerichte* - si occupa di reati puniti con pena fino ad 1 anno di reclusione.

La Corte giudica reati puniti con pena maggiore ed è giudice di appello avverso le decisioni dei Tribunali locali.

Una corte composta da giudici popolari giudica i reati puniti con pena edittale da 10 anni all'ergastolo.

Vi sono 2 gradi di giudizio. Di regola la Corte d'appello viene adita per motivi determinati da vizi procedurali o per la quantificazione della pena; la Corte suprema solo per vizi procedurali.

Ci sono stati forniti alcuni dati statistici. I Giudici austriaci sono 1.682; il 20% di essi si occupa del settore penale. È stato calcolato che ogni Giudice penale debba decidere in media circa 200 procedimenti all'anno. I Pubblici Ministeri sono 387. Ci sono 27 prigionieri con una popolazione di 9.000 detenuti.

Sono 32.000 le cause penali trattate dai Tribunali locali e 49.000 quelle trattate dalle Corti.

Oscillano tra 520.000 e 550.000 le denunce fatte dalla Polizia nell'ultimo rilevamento (tra esse figurano anche reati commessi da ignoti). La metà dei casi viene archiviata per vizi di forma dalla Procura.

Non esiste una Scuola della Magistratura, ma la formazione iniziale e permanente dei magistrati è comunque assicurata ed organizzata a livello di ogni Corte d'Appello.

Ci è stato inoltre illustrato il funzionamento della giustizia amministrativa, che si svolge su due livelli: al 1° grado, i Tribunali amministrativi presenti in ciascuna regione, al 2° grado la Corte amministrativa nazionale con sede a Vienna.

Il Tribunale amministrativo - *Landesverwaltungsgericht*

- della Carinzia si compone di 20 giudici e 1 presidente; ogni anno tratta mediamente 3.000 cause, delle quali solo 90 circa sono appellate dinanzi alla Corte centrale. Quest'ultima si occupa solo del profilo della legittimità.

Tra le materie di competenza del Tribunale amministrativo vi sono i ricorsi avverso le sanzioni per violazioni stradali, i ricorsi avverso i dinieghi delle licenze edilizie, il contenzioso sui richiedenti asilo.

Esiste infine una giurisdizione specializzata in materia di imposte.

3.3. I REATI FINANZIARI E LE MISURE CAUTELARI PATRIMONIALI NEI DUE ORDINAMENTI

Un apposito capitolo dello Scambio Bilaterale è stato dedicato all'analisi delle normative nazionali in materia di reati finanziari; settore particolarmente sensibile in considerazione della contiguità dei circondari delle due Procure e della facilità di costituire società in Austria, di disporre trasferimenti di denaro, o semplicemente di portare denaro in contanti e depositarlo presso banche austriache.

Numerosi sono infatti i procedimenti della nostra Procura per omessa dichiarazione collegata a società esterovestite e per frodi all'IVA sotto forma di 'frodi carosello' realizzate tramite *missing trader* o *buffer* operanti in territorio austriaco.

Si è così appreso che principali caratteristiche della legislazione austriaca in materia sono:

- » la netta distinzione tra i settori tributario amministrativo e tributario penale, essendo a quest'ultimo riservate la fattispecie in cui l'imposta evasa è superiore a € 100.000 (calcolata per l'intero periodo monitorato) e quando il comportamento è connotato da frode;
- » la previsione di alcune fondamentali tipologie di reati: evasione fiscale (in particolare: da mancato pagamento IVA, mancato pagamento ritenute),

contrabbando, frode fiscale, associazione a delinquere finalizzata alla commissione di reati finanziari;

- » l'ammontare elevato delle pene pecuniarie irrogate con condanna (fino a 200% dell'imposta evasa);
- » l'applicabilità di sequestro e confisca in misura equivalente alla pena pecuniaria che potrà essere inflitta;
- » la responsabilità della società, il cui patrimonio è anch'esso esposto a sequestro e confisca.

La delegazione italiana, dal canto suo, ha illustrato la disciplina dei reati finanziari, con particolare riguardo a quelli a carattere transnazionale e alle misure cautelari reali.

Si è infine sottolineato come la netta ripartizione tra sanzioni tributarie penali e sanzioni amministrative concepita dal legislatore austriaco, scongiuri i ricorsi alle Corti Sovranazionali per pretesa violazione degli artt. 2 Protocollo 7 della Convenzione EDU e 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE sul divieto del *ne bis in idem*, diversamente da quanto avviene nell'ordinamento italiano.

Strettamente collegati ai reati tributari sono le fattispecie di riciclaggio ed auto-riciclaggio, frequentemente configurabili in territorio austriaco essendosi il delitto presupposto consumato in Italia (o viceversa).

La nostra delegazione ha dunque illustrato le due figure previste dal codice penale italiano e le misure patrimoniali cautelari consentite in relazione a tali delitti.

La disamina di alcune fondamentali figure della criminalità economica ha introdotto il dialogo sulle misure patrimoniali adottabili nel corso del procedimento e all'esito del processo.

Si è così appreso che il sequestro e la confisca per equivalente sono, nell'ordinamento austriaco in base ad una legge del 2011, strumenti di generale applicazione per tutti i reati; mentre la nostra delegazione ha precisato che la misura

del sequestro per equivalente è prevista per singole fattispecie penali ed ha illustrato la misura patrimoniale prevista dall'art. 12 sexies D.L. 306/92 (conv. L. 356/92).

Esiste in Austria un Registro centrale dei conti correnti bancari (come l'anagrafe dei rapporti bancari in Italia) e un Registro centrale beni immobili (come il registro dei beni immobili o il sistema tavolare in Italia): strumenti che facilitano l'individuazione di beni immobili e conti correnti anche in caso di richiesta di assistenza giudiziaria dall'estero.

Competenti a richiedere e seguire l'applicazione delle misure cautelari reali sono, dal 2013, le Procure specializzate di Vienna, Linz, Graz and Innsbruck. I Pubblici Ministeri di tali uffici possono indirizzare una richiesta di sequestro al Giudice territorialmente competente per le indagini preliminari e, una volta ottenuto il provvedimento, provvedono a monitorare la sorte dei beni sequestrati; inoltre coadiuvano i Pubblici Ministeri titolari del procedimento nella successiva fase processuale.

Una volta emesso, il provvedimento di sequestro non ha limiti temporali; tuttavia è previsto che l'indagine preliminare si concluda in un termine massimo di 3 anni; si ricorda però che la prescrizione del reato non decorre dopo l'avvio dell'indagine penale.

Per i reati di corruzione e gravi reati economici (riciclaggio, frodi, crimini finanziari per più di 5 milioni di euro), vi è la speciale competenza dell'Ufficio centrale di Vienna - *Zentrale Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption* - competente anche per gestire le misure cautelari reali.

4. UNO SGUARDO AGLI STRUMENTI DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA

A questo punto, con il background acquisito, poteva essere efficacemente affrontato il tema della cooperazione giudiziaria.

Si è appreso che nell'ordinamento austriaco

gli strumenti della cooperazione giudiziaria in materia penale previsti dalla normativa dell'Unione europea, sono stati trasposti con un'unica legge del 01.05.2004, di volta in volta modificata ed implementata per recepire Decisioni quadro e Direttive europee.

Si è convenuto con i colleghi austriaci sui principi posti a base delle Decisioni quadro: mutuo riconoscimento delle decisioni, principio di proporzionalità, non necessità della doppia incriminazione per una serie di reati, rapidità delle decisioni di riconoscimento, motivi tassativi di rifiuto.

Particolare attenzione è stata dedicata ai seguenti strumenti di cooperazione, per ognuno dei quali la delegazione italiana ha fornito precisazioni sulla normativa interna di recepimento:

- » Mandato di arresto europeo, di cui alla Decisione Quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13.06.2002 (Legge 22.04.2005 n.69);
- » Riconoscimento delle decisioni di confisca, di cui alla Decisione Quadro 2006/783/GAI del Consiglio (D.Lvo 07.08.2015 n.137);
- » Esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, di cui alla Decisione Quadro 2003/577/GAI del Consiglio del 22.07.2003 (D.Lvo 15.02.2016 n.35);
- » Istituzione delle Squadre Investigative Comuni, di cui alla Decisione Quadro 2002/465/GAI del Consiglio del 13.06.2002 (D.Lvo 15.02.2016 n.34);
- » Risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, regolata dalla Decisione Quadro 2009/948/GAI del 30.11.2009 (D.Lvo 15.02.2016 n.29);
- » Riconoscimento reciproco delle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, di cui alla Decisione Quadro 2009/829/GAI del Consiglio del 23.10.2009 (D.Lvo 15.02.2016 n.36);
- » Ordine Europeo di Indagine penale, di cui alla Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 03.04.2014, all'epoca non ancora recepita né dall'Austria né dall'Italia.

Uno spazio particolare è stato dedicato al Mae ed

alle difficoltà di ottenerne l'esecuzione quando destinatario è un cittadino austriaco. L'art.5 della legge federale n°36/2004 sulla cooperazione giudiziaria in materia penale con gli Stati membri dell'UE esclude possa darsi esecuzione al Mae esecutivo emesso nei confronti di un cittadino austriaco e stabilisce che l'AG austriaca investita da simile richiesta darà esecuzione alla sentenza emessa nello Stato richiedente anche in assenza di apposita richiesta da parte di quest'ultimo. Il Mae processuale è sempre ammissibile purché la persona richiesta sia restituita all'Austria dopo essere stata sentita, per essere sottoposta alla sentenza di condanna detentiva o alla misura cautelare privativa della libertà emesse nello Stato richiedente.

5. IL FEEDBACK

Non era pensabile che tutte le difficoltà di ordine giuridico o burocratico nell'ambito della cooperazione giudiziaria tra i due uffici inquirenti si potessero dissolvere a seguito dello Scambio Bilaterale.

Certo è che grazie a quell'intensa settimana di confronto reciproco, le distanze tra i due ordinamenti si sono accorciate e sono state gettate le basi per futuri rapporti basati sulla mutua fiducia; basti pensare che oggi, ai magistrati del nostro Ufficio che necessitano di indirizzare una rogatoria a Klagenfurt, è sufficiente un inoltro via mail, accompagnato da uno scambio di battute in inglese o in tedesco, e la ricezione della richiesta è immediata; ed anche i tempi della sua esecuzione si sono ristretti...

Nel frattempo, altri strumenti di cooperazione sono entrati a far parte del nostro ordinamento: la Convenzione di Bruxelles sull'assistenza giudiziaria in materia penale tra Stati membri dell'UE (D.Lgs. 5 aprile 2017 n.52) e l'Ordine investigativo europeo (D.Lgs. 21 giugno 2017 n.108; strumenti che non potranno che contribuire a migliorare il dialogo tra i due uffici. ●

IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA OEI E LA DISCIPLINA DELLE INTERCETTAZIONI "TRASFRONTALIERE": È ALLA FINE LA STAGIONE DELL'INSTRADAMENTO?

Luigi Giordano

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione

1. PREMESSA

Con il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, come è noto, è stata recepita la direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo d'indagine (OEI), introducendo nell'ordinamento uno strumento di assistenza giudiziaria in materia penale che mira a facilitare la procedura transnazionale di raccolta delle prove. L'ordine europeo d'indagine è un provvedimento emesso in forma scritta da un'autorità giudiziaria nazionale e diretto all'autorità giudiziaria di altro Stato membro dell'Unione al fine del compimento di uno o più atti specificamente disciplinati dalla direttiva.

Il decreto legislativo disciplina anche l'assistenza giudiziaria in materia di intercettazioni, in attuazione degli artt. 30 e 31 della direttiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio. In particolare, agli artt. 23 e 24 è regolata la procedura "passiva",

mentre agli artt. 43 e 44 quella "attiva". In entrambi i casi, si distingue il caso in cui l'intercettazione necessita dell'assistenza tecnica dell'autorità giudiziaria di un altro Stato membro, da quello in cui il mezzo di ricerca della prova è stato disposto senza il ricorso a detta collaborazione.

2. LA PROCEDURA "PASSIVA": LA NECESSITÀ DELL'ASSISTENZA TECNICA

Qualora sia necessaria l'assistenza tecnica dell'autorità giudiziaria italiana, l'art. 23, comma 1, del d. lgs. n. 108 del 2017 dispone che al riconoscimento dell'ordine di intercettazione emesso dall'autorità giudiziaria competente in altro Stato membro provvede il procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto, "sempre che sussistano le condizioni di

ammissibilità previste dall'ordinamento interno". Il comma 2 della medesima disposizione precisa che il procuratore deve trasmettere al giudice per le indagini preliminari l'ordine d'indagine con richiesta di esecuzione, dopo aver provveduto al *riconoscimento* e dopo aver specificamente verificato che siano indicati l'autorità che procede, l'esistenza del titolo che autorizza lo svolgimento delle operazioni con l'indicazione del reato, i dati tecnici necessari al loro svolgimento, la durata dell'intercettazione e i motivi che rendono necessaria l'attività di indagine richiesta.

Il procuratore, dunque, deve compiere il primo vaglio, denominato "riconoscimento", che non sembra meramente formale in quanto presuppone la verifica della sussistenza delle "condizioni di ammissibilità". Questa locuzione evoca i "limiti di ammissibilità" di cui all'art. 266 cod. proc. pen. e, dunque, consiste nell'accertamento che il fatto – reato per il quale è stato disposto il mezzo di ricerca della prova, alla luce degli indizi descritti, sia compreso nel catalogo delle fattispecie contemplate dalla predetta disposizione del codice di rito.

Il procuratore, inoltre, deve compiere una seconda verifica, che invece appare formale e finalizzata ad accertare che sussistano gli elementi necessari al successivo giudizio del giudice, consistente nel rilevare la presenza nell'atto del contenuto dapprima indicato.

Il giudice per le indagini preliminari, secondo l'art. 23, comma 3, rifiuta l'esecuzione per i motivi indicati dall'art. 10 dello stesso d. lgs. n. 108 del 2017 (tra i quali l'emissione dell'OEI per un fatto che non è punito dalla legge italiana come reato, "indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualificazione giuridica individuati dalla legge dello Stato di emissione") e se "non sussistono le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno".

Il giudice, dunque, deve verificare che il reato per il quale è stata disposta l'intercettazione rientra effettivamente nell'elenco di cui all'art. 266 cod. proc. pen. L'art. 24, comma 2, del medesimo d. lgs., del resto, prevede che, nel caso in cui

l'intercettazione è stata disposta dall'autorità di altro Stato senza l'assistenza tecnica italiana, il giudice ordina l'immediata cessazione delle operazioni se, per il reato per cui sono state compiute, questo mezzo di ricerca della prova non è consentito nell'ordinamento interno.

Il fatto che nell'atto debbano essere riportate informazioni come "la durata dell'intercettazione" e "i motivi che rendono necessaria l'attività di indagine richiesta", peraltro, sembra sottendere l'esercizio di controlli più penetranti da parte del giudice, consistenti nella verifica dei presupposti di cui all'art. 267 cod. proc. pen. (e non solo della presenza nell'OEI dell'attestazione della loro esistenza proveniente dall'autorità di emissione). In questa prospettiva, dovrebbe accertare la sussistenza della gravità indiziaria del reato per il quale si vuole fare ricorso all'intercettazione e, soprattutto, l'assoluta indispensabilità del mezzo.

Accertamenti profondi, in verità, inciderebbero in modo marcato sull'operatività di un meccanismo che si fonda sul mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e sulla fiducia nell'azione dell'autorità giudiziaria di altro Stato europeo, potendo vanificare la funzione del nuovo strumento. Nella relazione illustrativa al decreto, infatti, si sostiene che la formula adoperata è "ben più pregnante e sintonica al sistema nazionale dei generici "motivi di utilità" indicati dalla direttiva e nondimeno non rapportata espressamente ai parametri di cui all'art. 267 c.p.p." e si aggiunge che, "chiedendo al contrario di precisare "i motivi che rendono necessaria l'attività richiesta" si pone il giudice nazionale nella sostanziale condizione di riproporre schemi di valutazione molto vicini a quelli che normalmente applica nei casi interni analoghi, senza tuttavia essere vincolato alle formule di rito", anche perché, "per una questione di tempi, non è pensabile che l'a.g. italiana possa e debba esaminare integralmente e direttamente gli elementi in fatto posti a fondamento delle richieste".

Tuttavia, deve rilevarsi che l'art. 30, comma 4, della direttiva 2014/41/UE, che rappresenta un fondamentale criterio interpretativo della norma

di recepimento, prevede che "l'autorità di emissione indica nell'OEI i motivi per cui considera l'atto di indagine richiesto utile al procedimento penale interessato" e il successivo comma 5 aggiunge che l'esecuzione dell'OEI può essere rifiutata "anche qualora l'atto d'indagine interessato non sia ammesso in un caso interno analogo". Queste norme attuano il considerando n. 10 della direttiva medesima secondo cui l'autorità di emissione è nella migliore posizione per decidere, in base alla sua conoscenza dei dettagli dell'indagine in questione, a quali atti di indagine ricorrere; l'autorità di esecuzione, laddove possibile, dovrebbe usare un altro tipo di atto di indagine se quello richiesto non è previsto dal proprio diritto nazionale o non è disponibile in un caso interno analogo; la disponibilità si riferisce ai casi in cui l'atto di indagine richiesto è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione, ma è legittimo solo in determinate circostanze, ad esempio quando l'atto di indagine può essere svolto solo per reati di una certa gravità, "contro persone rispetto alle quali grava già un certo grado di sospetto" o con il consenso della persona interessata; l'autorità di esecuzione, inoltre, "può ricorrere ad un altro tipo di atto di indagine, laddove essa ottenga lo stesso risultato dell'atto di indagine richiesto nell'OEI con mezzi di minor interferenza con i diritti fondamentali della persona interessata". La direttiva europea, quindi, non esclude che l'autorità giudiziaria di esecuzione – in Italia, come si è visto, il giudice – debba accertare la sussistenza della gravità dei sospetti, peraltro, nei confronti della persona intercettata, e l'indispensabilità del mezzo che incide sui diritti individuali.

Anzi, dalla direttiva risulta la necessità di rispettare le regole di ammissibilità delle prove dello Stato di emissione e di quello di esecuzione (cfr. M. Daniele, *L'ordine europeo d'indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. contemp.* 28 luglio 2017).

L'indicazione dei motivi nell'OEI, d'altra parte, permette al giudice di appurare il rispetto del principio di proporzione di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 108 del 2017. Secondo questa disposizione,

"l'ordine di indagine non è proporzionato se dalla sua esecuzione può derivare un sacrificio ai diritti e alle libertà dell'imputato..., non giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista". La limitazione della libertà di comunicare e della riservatezza, in altri termini, è giustificata quando il mezzo di ricerca della prova, nel caso concreto, è necessario per le indagini. Il principio di proporzione, pertanto, sembra permettere il recupero dell'indispensabilità dell'intercettazione prevista dall'art. 267 cod. proc. pen.

Il rilievo dei presupposti che la legge italiana richiede per le intercettazioni, invero, si desume anche dall'art. 9 del d.lgs. n. 108 del 2017 che disciplina l'ipotesi in cui essi non ricorrono, permettendo il compimento di un atto diverso, comunque idoneo al raggiungimento del medesimo scopo.

Nella nuova disciplina, pertanto, si rinvengono argomenti a sostegno di una interpretazione secondo la quale il giudice, in vista dell'esecuzione dell'OEI concernente intercettazioni, non debba limitarsi a una verifica solo formale dell'atto proveniente dallo Stato di emissione.

3. SEGUE: LA NOTIFICAZIONE DELL'AVVIO DELLE OPERAZIONI

L'art. 24 del d.lgs. n. 108 del 2017, invece, regola l'ipotesi in cui, senza richiesta di assistenza tecnica, sia stata disposta l'intercettazione di un dispositivo, anche di sistema informatico o telematico, in uso a persona che si trovi nel territorio dello Stato. In questo caso, il procuratore della Repubblica trasmette immediatamente al giudice per le indagini preliminari la notificazione dell'avvio delle operazioni che proviene dall'autorità giudiziaria dello Stato membro che procede. Si tratti di un mero onere formale di trasmissione. Il giudice, come è già stato illustrato, ordina l'immediata cessazione delle operazioni se le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, le captazioni

non sono consentite, dandone contestuale comunicazione al procuratore della Repubblica, il quale *“senza ritardo, e comunque non oltre novantasei ore dalla ricezione della notifica”*, dà comunicazione all'autorità giudiziaria dello Stato membro del provvedimento di cessazione delle operazioni e della non utilizzabilità a fini di prova dei risultati delle intercettazioni eseguite.

Come è stato illustrato, l'art. 24 sembra circoscrivere il controllo del GIP alla sola verifica che il reato per il quale è stata disposta l'intercettazione rientri nel catalogo dell'art. 266 cod. proc. pen., senza fare esplicito riferimento ai presupposti di cui all'art. 267 cod. proc. pen., il cui vaglio, peraltro, sembra tornare per mezzo delle previsioni degli art. 7 e 9 del medesimo d. lgs. Nella relazione illustrativa al decreto, al riguardo, è affermato che sarebbe sufficiente *“un vaglio solo formale di riscontro della ricorrenza di un titolo di reato che, nell'ordinamento interno, consente l'accesso al mezzo di ricerca della prova”*. Sul punto, l'art. 31 della direttiva prevede che l'intercettazione non possa essere effettuata se *“non sia ammessa in un caso interno analogo”*.

4. LA PROCEDURA “ATTIVA”

L'art. 43, comma 1, del d.lgs. n. 108 del 2017 prevede che il pubblico ministero emetta ordine di indagine *“per la necessaria assistenza tecnica”* all'esecuzione delle operazioni di intercettazione delle conversazioni o comunicazioni o del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici, *“quando nel territorio di altro Stato membro si trova il dispositivo o il sistema da controllare”*. L'emissione dell'OEI è necessaria quando sussiste l'indispensabilità dal punto di vista tecnico dell'assistenza dell'autorità di altro Stato straniero e quando ricorre il presupposto giuridico della giurisdizione di altro Stato, rappresentato dalla territorialità. Nel caso in cui il pubblico ministero, in base agli atti d'indagine già compiuti, è a conoscenza che il dispositivo o il sistema da controllare si trova nel territorio di altro Stato membro deve emettere l'OEI.

L'ordine contiene una serie di informazioni tra cui *“i motivi della rilevanza dell'atto”*. Il pubblico ministero, inoltre, previo accordo con l'autorità di esecuzione, indica nell'ordine di indagine se l'operazione deve essere eseguita con trasmissione immediata delle telecomunicazioni oppure intercettando, registrando e trasmettendo successivamente il risultato dell'attività.

L'art. 44, comma 1, del d.lgs. n. 108 del 2017, invece, regola il caso in cui le captazioni delle comunicazioni di un dispositivo o di un sistema che si trova in altro Stato europeo possano essere compiute senza la necessità dal punto di vista tecnico dell'assistenza dell'Autorità di altro Stato. Il pubblico ministero, nel dare inizio alle operazioni, informa l'autorità giudiziaria competente dello Stato membro nel cui territorio si trova il dispositivo o il sistema da controllare.

Analogamente, secondo il comma 2 della medesima disposizione, nel corso delle operazioni di intercettazione, il pubblico ministero, *“non appena ha notizia che il dispositivo o il sistema controllato si trova nel territorio di altro Stato membro”*, provvede *“immediatamente”* a dare informazione all'autorità giudiziaria competente dello Stato membro interessato che le operazioni di intercettazione sono state avviate e sono in corso.

Il rispetto di tale immediatezza potrebbe rivelarsi difficile e, in buona sostanza, devoluto alla rapidità dell'informazione che al pubblico ministero deve essere data dagli agenti e ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto ed alla trascrizione sommaria delle intercettazioni.

5. LE CONSEGUENZE DELLA NUOVA DISCIPLINA SULL'INSTRADAMENTO

La disciplina illustrata mette in seria discussione un principio giurisprudenziale assolutamente consolidato. Si allude all'orientamento secondo cui non è necessario attivare un meccanismo di cooperazione giudiziaria per intercettare conversazioni in cui uno degli interlocutori si trova

all'estero, ma che coinvolgono un dispositivo mobile italiano. La captazione può essere realizzata mediante la procedura dell'instradamento che permette di carpire la comunicazione nel momento in cui è impegnato un “nodo tecnologico” o una “centrale telefonica” che si trova in Italia. Detta procedura, quindi non determina la violazione delle norme sulle rogatorie internazionali, né l'inutilizzabilità dell'atto, perché la captazione e la registrazione delle conversazioni è interamente realizzata sul territorio italiano e non si verifica alcuna intrusione nella giurisdizione dello Stato estero, ove pure si trova uno degli interlocutori o entrambi ovvero il dispositivo captato.

Il ricorso alla rogatoria, invece, è indispensabile soltanto per le attività da compiere integralmente all'estero ed anzi esclusivamente per l'intercettazione di conversazioni captate soltanto da una compagnia telefonica straniera che, di conseguenza, non sono “instradati” su nodi di comunicazione nazionali (cfr., di recente, Cass. n. 7634/2014; Cass. n. 9161/2015; Cass. n. 10788/2016).

Il termine instradamento, seppur non corretto sul piano strettamente tecnico dove piuttosto si fa riferimento al meccanismo del cd. *roaming*, descrive come il flusso comunicativo, ancorché avvenga in parte all'estero, venga captato nel momento in cui entra nel nostro Stato.

Ai fini dell'individuazione della giurisdizione competente, inoltre, si aggiunge che non rileva il luogo in cui è in uso l'apparecchio (e, dunque, dove si trova la persona che lo impiega), ma esclusivamente la nazionalità dell'utenza, essendo tali i dispositivi soggetti alla regolamentazione giuridica dello Stato cui appartiene l'ente gestore del servizio (Cass. n. 37774/2002; Cass. n. 9161/2015).

Quest'impostazione giurisprudenziale, estesa anche alla captazione dei flussi informatici, come per esempio quelli relativi ad una casella di posta elettronica allocata su un server estero (cfr. Cass. n. 40903/2016), appare confliggere con la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 108 del 2017 che prevede l'obbligo di ricorrere all'assistenza giudiziaria

internazionale non solo quando è necessario per ragioni tecniche, ma anche quando la persona intercettata o il dispositivo controllato si trova in altro Stato.

Al riguardo, deve rilevarsi che l'art. 43, comma 3, del d.lgs. n. 108 del 2017 prevede che il pubblico ministero è tenuto a disporre l'immediata cessazione delle operazioni di intercettazione quando l'autorità giudiziaria dello Stato membro, ricevuta l'informazione di cui ai commi precedenti, comunica che non possono essere proseguite. *“I risultati dell'intercettazione possono comunque essere utilizzati, ma alle condizioni stabilite dall'autorità giudiziaria dello Stato membro”*. Deve ritenersi, pertanto, che quando l'autorità giudiziaria dello Stato membro si limita a disporre che le intercettazioni non possano essere proseguite, i risultati di quelle già compiute sono inutilizzabili.

Le nuove norme, dunque, almeno in ambito euro-unitario, sembrano comportare il superamento del principio dell'instradamento (e di quello della nazionalità dell'utenza) ed il recupero della giurisdizione dello Stato nel quale *si trova la persona intercettata* o il dispositivo captato.

6. IL RECEPIMENTO DELLA CONVENZIONE DI BRUXELLES DEL 2000

Va aggiunto, infine, che con il d. lgs. 5 aprile 2017, n. 52 sono state emanate le norme di attuazione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000 (meglio nota come “Convenzione di Bruxelles del 2000”, recepita dopo oltre sedici anni dalla firma).

Dopo il recepimento della direttiva OEI, il d.lgs. n. 52 del 2017 ha un margine operativo limitato (è applicabile agli Stati membri dell'Unione che non sono vincolati dalla stessa direttiva OEI - Danimarca e Irlanda - o agli Stati - Islanda e Norvegia - che non ne sono membri, ma che hanno aderito alla convenzione del 2000).

Negli artt. da 19 a 23, è prevista un'articolata

disciplina delle intercettazioni, che riguarda sia la procedura passiva, che quella attiva, entrambe distinte secondo che, per l'esecuzione, sia necessaria l'assistenza tecnica dello Stato nel quale "si trova la persona intercettata" o "il dispositivo controllato" ovvero non ricorra questo bisogno.

La disciplina ricalca quella relativa all'OEI, in particolare per l'obbligo di ricorrere alla cooperazione giudiziaria non solo quando è necessario per ragioni tecniche, ma anche quando la persona intercettata o il dispositivo controllato si trova in altro Stato.

Gli artt. 21, comma 2, e 23, comma 5, del d.lgs. n. 52 del 2017, sia per la procedura attiva, che per quella passiva, nel caso di violazione delle regole di cooperazione, prevedono la sanzione di inutilizzabilità (consentendo l'impiego delle captazioni solo se utili per salvaguardare la sicurezza nazionale). ●



RITORNO A PRISTINA

BREVI NOTE SU UNA MISSIONE PER ATTIVITÀ DI FORMAZIONE NELL'AMBITO DI UN PROGETTO DEL CSM

Andrea Venegoni

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione

Nello scorso luglio ho avuto occasione di partecipare ad una breve missione in Kosovo nell'ambito del "twinning project" di cooperazione denominato *STRENGTHENING EFFICIENCY, ACCOUNTABILITY AND TRANSPARENCY OF THE JUDICIAL AND PROSECUTORIAL SYSTEM IN KOSOVO*, finanziato dall'Unione Europea a gestito dal Consiglio Superiore della Magistratura.

Gli obiettivi del progetto si possono riassumere nella creazione, all'interno di quello Stato, di una magistratura efficiente ed efficace nel contrasto a reati gravi, ma anche con una solida collocazione istituzionale che rispecchi il principio di separazione dei poteri. Dal punto di vista operativo, il progetto tende a fare fronte all'esigenza di rafforzare le competenze e la conoscenza dei procuratori, in particolare di quelli dell'ufficio speciale che ha competenza sui reati più rilevanti, e degli investigatori del Kosovo, attraverso l'approfondimento di tecniche di indagine, specificamente, come detto, per i reati più gravi quali quelli di criminalità organizzata, corruzione, riciclaggio, soprattutto se con dimensione internazionale. Da non trascurare anche la formazione di magistrati del Kosovo in termini di cooperazione, non solo con altre autorità interne, ma anche con le autorità degli altri Stati, ai fini del successo delle indagini.

Per questo, il progetto si articola in varie direzioni; il compito mio e del collega Gianluigi Pratola, della Procura Generale della Corte di Cassazione, era quello di esperti formatori di procuratori e personale di polizia. Abbiamo, così, preparato un caso pratico, in parte traendo spunto dalla realtà ed in parte utilizzando un po' di fantasia, e lo abbiamo discusso nel training con una decina di partecipanti locali, tra procuratori e personale di polizia. Poiché il training era focalizzato sulle indagini in materia di corruzione, con elementi di internazionalità, il caso riguardava traffico internazionale di droga in Kosovo con corollario di corruzione di funzionari doganali e riciclaggio. Con i partecipanti abbiamo esaminato le possibili fattispecie penali secondo il codice penale attualmente vigente in Kosovo, ipotizzato lo sviluppo dell'indagine secondo il codice di procedura, e discusso la redazione della richiesta di rinvio a giudizio (indictment).

L'esito è stato piuttosto soddisfacente, sia perché durante il training abbiamo potuto percepire direttamente che la analisi del caso riscuoteva interesse e la discussione sulle singole questioni proposte era ampia e sviluppata, sia per il riscontro che abbiamo avuto successivamente sulla valutazione data dai partecipanti al nostro incontro.

Il progetto del CSM, peraltro, come detto, è ben più vasto e non comprende solo la formazione, ma anche il supporto alla creazione e consolidamento delle istituzioni giudiziarie locali, cosicché altri colleghi si occupano, o si sono occupati, della selezione del personale di magistratura (vetting) o del funzionamento di organismi quali gli organi di autogoverno dei giudici e dei procuratori, o della scuola della magistratura.

La necessità di questi interventi è da ricercare nelle vicende della storia recente che hanno interessato la regione. Come molti, forse, ricordano, infatti, il Kosovo è uno Stato giovane, autoproclamatosi indipendente nel 2008, e neppure riconosciuto dall'intera comunità internazionale. Persino alcuni Stati europei, per esempio, non hanno proceduto al riconoscimento. Si ricorderà anche che il Kosovo fu al centro dell'attenzione mondiale nel corso del 1999, quando per alcune settimane la NATO condusse un'operazione militare per fermare l'azione del governo di Slobodan Milosevic che, in nome dell'affermazione di uno dei principi del nazionalismo serbo allora molto vigoroso (il Kosovo, era a quell'epoca una provincia autonoma della Serbia), stava conducendo già da tempo e continuò a condurre una forte azione di repressione contro l'etnia albanese che era prevalente nella zona. Questa era consistita sia nella progressiva collocazione di personale di etnia serba nei posti chiave dell'amministrazione locale, inclusa la magistratura, sia nella messa in opera di atti di violenza fisica, tali da essere successivamente qualificati come crimini contro l'umanità. Milosevic, probabilmente, si faceva forte del fatto che gli accordi di Dayton del 1995, che avevano segnato la fine della guerra in Bosnia, non lo avevano rimosso dal potere ed allo stesso tempo nulla dicevano sui rapporti tra la Serbia e la sua provincia autonoma del Kosovo. L'intervento militare del 1999, allora, nella visione della parte di etnia albanese dal Paese, ha rappresentato quindi una sorta di guerra di liberazione dal dominio serbo. Terminata la guerra, la regione è stata al centro di un interessantissimo

caso di politica e diritto internazionale, in quanto, almeno nei primi anni, è stata integralmente retta, sulla base di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza – la n. 1244 del 1999 - da una missione delle Nazioni Unite, universalmente nota con l'acronimo UNMIK (United Nations Mission in Kosovo). A differenza delle altre missioni dell'ONU, UNMIK non aveva semplicemente il compito di relazionarsi con i poteri costituiti esistenti per gestire specifiche situazioni o aree del Paese, ma è divenuta essa stessa il potere costituito. L'ONU, in parole semplici, ha preso in mano la gestione e ricostruzione del Paese, occupandosi di ogni aspetto della vita civile dello stesso, dalla ricostruzione delle strade, alla fornitura dell'energia elettrica; dalla riorganizzazione dell'anagrafe alla costruzione di penitenziari e così via. Il tutto, ovviamente, senza trascurare il ruolo delle potenze della NATO che avevano avuto un ruolo preminente nell'intervento militare del 1999, gli Stati Uniti *in primis*, il Regno Unito ed altri.

Poi, piano piano, e senza entrare qui nel dettaglio sulle dinamiche che si sono sviluppate nel Paese, una nuova classe politica dirigente, naturalmente di etnia albanese, ha ripreso vigore; si sono riorganizzate le istituzioni locali, tra cui la magistratura. Tuttavia, come detto sopra, essendosi molti giudici e procuratori di etnia albanese trovati nella impossibilità per molti anni ad esercitare le funzioni, essi avevano necessità di un congruo periodo di adattamento per riprendere confidenza con il lavoro. Inoltre, poiché dopo il 1999 furono aperti all'interno degli uffici giudiziari locali anche fascicoli per episodi qualificabili come crimini di guerra avvenuti immediatamente prima e dopo l'intervento militare del 1999, non rientranti nella competenza del Tribunale Speciale per la ex-Jugoslavia con sede all'Aja (in inglese noto con l'acronimo ICTY), e poiché gli stessi vedevano coinvolti cittadini di etnia albanese, sia come vittime ma anche, a volte, come autori, il fatto che gli stessi fossero trattati di magistrati, sempre di etnia albanese, non usi all'esercizio concreto della professione da anni, nonché – per le limitate

dimensioni del Kosovo e la composizione sociale – non di rado con collegamenti familiari o di amicizia con gli stessi, non apparve opportuno. Si pensò, così, di reclutare un certo numero di magistrati internazionali, sia come giudici che come procuratori, per trattare i fascicoli più delicati. UNMIK avviò quindi un massiccio reclutamento. In questo contesto, io stesso ebbi l'avventura di essere selezionato come "procuratore internazionale" di UNMIK, addetto però a trattare non procedimenti per crimini di guerra, ma gli altrettanto delicati reati economici come corruzione e riciclaggio, e passai un significativo periodo a Pristina, verso la metà degli anni 2000, esercitando pura attività giudiziaria, conducendo indagini, chiedendo il rinvio a giudizio o l'archiviazione e, nel primo caso, rappresentando l'accusa davanti ai collegi del tribunali, a volte composti solo da giudici internazionali, a volte misti.

Ad UNMIK subentrò poi, intorno al 2007, per il fine specifico del consolidamento dello stato di diritto, una missione dell'Unione Europea denominata EULEX, e nel 2008 lo Stato giunse alla autoproclamazione dell'indipendenza dalla Serbia, sebbene senza ottenere il riconoscimento, come detto, dell'intera comunità internazionale. Ciò, peraltro, non ha portato alla cessazione dell'azione di rafforzamento dello stato di diritto da parte di organismi internazionali per continuare quanto intrapreso da UNMIK prima, e da EULEX poi, ma, anzi, la presenza internazionale permane in Kosovo anche attraverso progetti come quello cui partecipa il CSM e nel quale siamo stati esperti formatori.

La missione del luglio scorso, che si inserisce in questo scenario, quindi, per me non è stato altro che un ritorno in luoghi che mi erano del tutto conosciuti e, mi sento di affermare, ai quali mi lega ormai anche un certo affetto, ricordandomi la mia prima attività all'estero, in un periodo in cui ero, ovviamente, anagraficamente ben più giovane, e riportandomi alla mente l'incontro con un mondo, quello delle missioni internazionali, che definire

variegato è dire poco, così lontano da quello del nostro lavoro ordinario, ma al tempo stesso così affascinante ed avvincente.

La stessa è stata anche l'occasione per vedere e rendermi conto della evoluzione compiuta dal Kosovo negli ultimi dieci anni. Una trasformazione, prima di tutto, negli aspetti esteriori. Forse non tutti sanno che Pristina è una città molto vivace. Con una età media della popolazione molto bassa, per l'elevato tasso di natalità, pullula di giovani e di locali, bar e ristoranti, animati quasi ad ogni ora del giorno e della notte, specie, poi, di estate, come ho avuto modo di constatare proprio in occasione di questa ultima missione.

Rispetto all'ultima volta in cui vi ero stato, appunto una decina di anni fa, la quantità di locali è certamente cresciuta, sono stati aperti nuovi alberghi, alcuni dei quali anche di categoria elevata, risistemate le strade del centro.

Quanto agli aspetti più specifici del nostro lavoro, ho trovato i procuratori e gli investigatori che hanno partecipato al nostro training molto motivati ed anche piuttosto ben preparati rispetto a quanto ricordavo in occasione del mio lavoro con UNMIK. Questo significa che, evidentemente, anni di presenza internazionale, pur tra mille contraddizioni ed incoerenze che io stesso ho constatato di persona - ma sulle quali non è questa la sede per soffermarmi - probabilmente non sono passati del tutto invano.

Questo mi ha indotto, non solo in questa occasione, varie riflessioni su temi anche molto diversi tra loro: dalla nascita delle nuove società che si sono sviluppate in questi anni in Europa e con le quali ho avuto altre occasioni di contatto, come quelle un po' di tutti i Paesi dell'Est, alla funzione delle missioni internazionali in particolare nel campo della "rule of law", al rapporto tra "legalità" e "politica" in questi contesti.

Tra tutti questi temi, ho spesso riflettuto su quello della opportunità ed utilità che magistrati italiani partecipino a missioni internazionali o a progetti come quello in questione.

In sintesi, mi sentirei di dire che venire a contatto con contesti così diversi da quelli ordinari del "nostro" mondo è certamente una esperienza formativa interessantissima, sia a livello personale che professionale. Su questo, a mio avviso, dovrebbero riflettere in particolare i colleghi più giovani, che oggi possiedono in genere le competenze linguistiche che non tutti tra noi hanno, per valutare l'invio di disponibilità in occasione della pubblicazione di bandi per attività di questo tipo; torneranno dalle rispettive esperienze certamente arricchiti sotto ogni punto di vista e, a mio avviso, ne guadagnerà anche la magistratura italiana. Annoverare tra le proprie fila persone non solo preparate dal punto di vista giuridico, ma conoscitrici della realtà, anche internazionale, che ci circonda rappresenta certamente, nel mondo di oggi, un valore aggiunto. È anche un modo per dimostrare concretamente che la magistratura italiana non è ripiegata su se stessa, ma è parte - nei limiti naturalmente delle sue competenze - dei processi di evoluzione dell'ordine mondiale per porre un piccolo mattone nella costruzione del mondo di domani. ●



PAESI D'EUROPA: GARANZIE DI INDIPENDENZA DEI GIUDICI E ASSOCIAZIONI PROFESSIONALI A CONFRONTO

Cristina Marzagalli

Giudice del Tribunale di Varese

L'Associazione Europea dei Magistrati (AEM o EAJ secondo l'acronimo inglese) ha recentemente diffuso tra le Associazioni nazionali che ne fanno parte un questionario dal titolo "Qual è la situazione della Giustizia in Europa?". Sulla base delle risposte ottenute, è stata predisposta una relazione di sintesi, che raffronta i diversi ordinamenti giudiziari sotto il profilo delle garanzie di indipendenza dei giudici delle caratteristiche delle associazioni rappresentative di categoria. La relazione è stata, tra l'altro, inviata alla Commissione Europea - Direttorato Generale della Giustizia e dei Consumatori quale contributo per una maggiore conoscenza della situazione della giustizia negli Stati membri, in funzione della competenza, attribuita alla Commissione, di rafforzare l'indipendenza e l'efficienza dei sistemi giudiziari nazionali.

La premessa che ha originato l'indagine è il peggioramento della situazione del potere

giudiziario in vari Paesi, riscontrato dall'AEM nel corso della sua attività durante gli ultimi anni.

Prima di dare conto degli esiti del questionario, vale la pena richiamare brevemente la natura e la funzione dell'Associazione Europea dei Magistrati, alla quale aderisce l'Associazione Nazionale Magistrati quale membro fondatore.

La UIM - Union Internationale des Magistrats è un organismo nato nel 1953 a Salisburgo che riunisce le associazioni nazionali di magistrati di vari Paesi del mondo. Il fine principale della UIM, 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 85 associazioni o gruppi rappresentativi provenienti da tutti i continenti, suddivisi in quattro Gruppi Associativi Regionali: l'Associazione dei Giudici Europei (AEM - EAJ) - alla quale appartengono 44

associazioni nazionali, il Gruppo Iberoamericano, il Gruppo Africano, il Gruppo Asiatico, il Gruppo di Nord America e Oceania. La finalità dei Gruppi Regionali è quella di discutere i problemi riguardanti i poteri giudiziari locali. L'Unione Internazionale dei Magistrati svolge funzioni consultive presso le Nazioni Unite e presso il Consiglio d'Europa. L'Associazione Europea dei Magistrati è osservatore presso il CCJE e presso la CEPEJ.

A far data dal 2010, l'Associazione Europea dei Magistrati è intervenuta a tutela della magistratura turca in seguito alle plurime aggressioni della sua indipendenza da parte del Governo nazionale; si è schierata a sostegno dei magistrati ucraini, la cui sicurezza ed incolumità personali sono state messe a rischio dalla guerra civile in corso; ha agito in favore del corpo giudiziario polacco, che ha rischiato di essere sottoposto al controllo del potere esecutivo mediante un disegno di legge del luglio 2017 che attribuiva al Ministro della Giustizia il potere esclusivo di nominare i giudici. L'AEM ha predisposto varie risoluzioni e documenti ed ha organizzato visite mirate nei Paesi coinvolti.

Sulla scorta di queste e di altre situazioni di potenziale pregiudizio dell'indipendenza della magistratura negli Stati membri, l'AEM ha lanciato il questionario per monitorare l'attuale contesto della Giustizia in Europa e per redigere un consequenziale bilancio da sottoporre alle Istituzioni Europee.

Al di là della finalità istituzionale, gli esiti del questionario costituiscono un'occasione di raffronto dell'ordinamento giudiziario italiano e dell'associazione dei magistrati italiani con gli omologhi di altri Paesi europei.

1. GARANZIE DI INDIPENDENZA E SITUAZIONE DEI GIUDICI NEI SINGOLI PAESI

In ordine all'assunzione dei giudici, sono emerse principalmente due diverse forme di selezione: una dedicata agli studenti, una seconda per persone con esperienza professionale.

È stata prospettata anche una terza forma di

assunzione decisamente minoritaria: in Svizzera e in Slovenia i giudici sono eletti.

Le condizioni per partecipare alla selezione sono in genere le stesse in tutti i Paesi:

- » Cittadinanza del Paese
- » Un'età minima (in Georgia è fissata a 30 anni)
- » Un diploma di laurea in legge o un titolo parificato
- » Un'esperienza professionale di una certa durata come requisito per partecipare all'esame o alla selezione.

La selezione degli studenti viene effettuata ovunque con esame o con un concorso. In Grecia, Italia e Croazia l'unico modo per essere selezionati è superare un concorso.

Per contro, in Irlanda e nel Regno Unito gli studenti non possono diventare giudici e l'assunzione è limitata a coloro che vantano un'esperienza professionale di avvocato per un numero minimo di anni.

In Austria coesistono le due forme di selezione: i candidati devono avere sperimentato quattro anni di formazione iniziale e superato un esame (scritto o orale) oppure devono essere avvocati o notai. A questo punto i candidati (trainee judge) sono nominati dal Ministro della Giustizia. Per diventare giudici effettivi, devono effettuare un periodo di formazione (training) iniziale di almeno 5 mesi e superare un esame e un colloquio, classificandosi al meglio delle loro capacità.

L'Autorità incaricata della selezione varia di Paese in Paese e può essere di tipo giudiziario oppure un organismo indipendente o un comitato speciale del Governo, del Ministro della Giustizia o del Parlamento (Islanda e Germania): la Suprema Corte (Slovenia), l'Accademia giudiziaria (Croazia), il Consiglio Superiore della Giustizia (Belgio), l'Alto Consiglio di Giustizia (Georgia), la commissione per le nomine giudiziarie (England and Wales).

La formazione iniziale è approntata da apposite Scuole (Francia, Italia, Portogallo), da altri

organismi (Judicial College England and Wales or Judicial Institute Scotland) oppure direttamente dai giudici nelle giurisdizioni (learning by doing: Germania e Irlanda).

In Portogallo, la Scuola di Formazione della Magistratura esiste dal 1980; è denominata Centro de Estudos Judiciários (CEJ) ed ha sede a Lisbona. Essa si occupa sia della formazione iniziale che di quella continua per giudici e pubblici ministeri, oltre che per i giudici amministrativi e tributari.

In Austria, la formazione iniziale per i candidati giudici (al termine dell'università) ha una durata di 4 anni. Per la maggior parte del tempo i candidati sono assegnati a un giudice presso vari tribunali con diverse competenze giurisdizionali; sono altresì assegnati agli uffici di Procura, ad avvocati, a notai, all'amministrazione penitenziaria e ad altri uffici. Tra un'assegnazione e l'altra, i candidati seguono dei corsi di formazione. In Austria non esiste una vera e propria Scuola della Magistratura, del tipo di quelle esistenti a Bordeaux, a Treviri e a Barcellona, ma esistono due strutture deputate alla formazione.

La formazione continua non è garantita ovunque, per esempio non in Islanda. In alcuni casi è limitata a seminari o a conferenze della durata di un giorno (Irlanda, Grecia). Talvolta è obbligatoria (in Francia, 5 giorni all'anno), talaltra no (Regno Unito, Grecia, Slovenia).

Le procedure per la nomina e la promozione dei giudici sono molto diverse nei vari Paesi.

In molti Paesi c'è uno speciale Comitato che esprime un giudizio sul miglior candidato e sottopone una rosa ristretta all'Autorità incaricata della nomina (Irlanda: Judicial Appointment Advisory Board; Lettonia: Judicial Qualification Board; Islanda: comitato di valutazione di 5 membri). Nel Regno Unito vi è una Commissione per le Nomine Giudiziarie (Inghilterra e Galles) e un Consiglio per le Nomine Giudiziarie (Scozia), responsabili della pubblicazione dei posti vacanti, della predisposizione della rosa di candidati, delle

selezioni e della raccomandazione delle nomine. Laddove sia presente un Consiglio Superiore della Magistratura, normalmente è attribuita a tale organo la competenza per l'assunzione e per la promozione dei giudici (Portogallo, Spagna, Belgio, Turchia); talvolta la competenza è condivisa con altra autorità. In Francia, ad esempio, essa è esercitata dal CSM di concerto col Ministro. Si noti che in Germania non esiste il CSM, né altro organo ad esso assimilabile, e l'assunzione dei giudici è regolata dai singoli Stati federali.

L'Autorità competente per l'approvazione della nomina è il Ministro della Giustizia (Austria), the High Council of Justice (Georgia), il Presidente della Repubblica (Irlanda, Francia, Ungheria), la Regina nel Regno Unito, che agisce su parere dei Ministri. La promozione avviene normalmente dopo un certo numero di anni di esercizio della giurisdizione in prima o in seconda istanza (Portogallo, Francia, Grecia).

Secondo l'opinione delle Associazioni nazionali, l'inamovibilità dei magistrati è sempre garantita nei Paesi dove i giudici non sono eletti, perché di solito beneficiano di una nomina a vita. In Svizzera, tuttavia, i giudici nominati con procedura elettiva non rischiano di perdere il posto; quelli in carica vengono di regola rieletti. Ciononostante, permane il problema della pressione politica poiché i giudici devono essere presentati da un partito politico per competere alle elezioni. In Slovenia, dove i giudici sono eletti dall'Assemblea Nazionale, l'inamovibilità è garantita dall'art. 129 della Costituzione. I giudici sloveni, però, sono soggetti a una valutazione triennale effettuata dal locale CSM, la cui frequenza è considerata eccessiva dall'Associazione slovena. In Germania i giudici beneficiano dell'inamovibilità, in quanto nominati a vita, ma possono subire delle riduzioni di stipendio in conseguenza delle valutazioni periodiche, che sono legate alla produttività.

In alcuni Paesi è previsto un limite temporale all'inamovibilità per certi posti di Dirigente dell'Ufficio (Belgio, Francia). In molti Paesi è

stabilita un'età massima di permanenza in carica presso un ufficio giudiziario.

Vi sono giustificate eccezioni all'inamovibilità:

1. il periodo iniziale di prova, durante il quale il giudice non fruisce ancora della nomina a vita (Germania);
2. procedure disciplinari o condotte dolose possono comportare le dimissioni o la rimozione in ogni Paese.

Le procedure disciplinari sono ovunque organizzate in modo da proteggere i giudici da decisioni arbitrarie. I giudici sottoposti a procedimento disciplinare beneficiano in tutti i Paesi delle garanzie procedurali riconosciute a livello europeo: assistenza di un difensore, diritto di essere sentito dall'organo disciplinare; obbligo di motivare per iscritto i giudizi; appello avverso la decisione di primo grado. Solo in Turchia non è previsto appello né altra forma decisoria di secondo grado avverso le sanzioni comminate dal Consiglio di Giustizia.

Questa indicazione, unitamente ad altre risposte al questionario fornite dall'associazione turca Yarsav prima del suo scioglimento ad opera del Governo, era altamente sintomatica della gravità della situazione della magistratura in quel Paese in epoca di poco precedente al colpo di Stato del 2016.

2. ASSOCIAZIONI RAPPRESENTATIVE DELLA MAGISTRATURA

Il diritto di associazione è riconosciuto in tutti i Paesi che hanno risposto al questionario. Per i giudici turchi, tuttavia, l'applicazione del diritto di associazione è difficoltosa perché né il Governo né il Consiglio Superiore della Magistratura riconoscono queste associazioni e cercano di scoraggiare i giudici dall'adesione ad esse.

Il diritto di costituire sindacati è ufficialmente riconosciuto in molti Paesi (Belgio, Francia, Germania e Irlanda), ma di fatto è esercitato soltanto in Francia e in Germania.

In Portogallo, Islanda, Slovenia, Belgio e Italia c'è una sola associazione di giudici. In Germania, Spagna, Svizzera e Francia esistono due o più

associazioni di giudici e Pubblici Ministeri. Nel Regno Unito ci sono associazioni in base al livello gerarchico all'interno degli uffici giudiziari.

Il quadro generale emerso dal questionario mostra un'ampia gamma di associazioni, assai diverse per dimensioni e per attività. Ciononostante, vi sono due caratteristiche comuni a tutte le associazioni: innanzitutto presentano una struttura democratica, in quanto i dirigenti delle associazioni sono eletti direttamente o indirettamente dagli associati, vale a dire dall'assemblea generale degli associati o da un Consiglio elettivo. In secondo luogo, tutte le associazioni ricevono finanziamenti unicamente o per la maggior parte dai contributi dei soci. Le associazioni di Francia e di Spagna ricevono un contributo dal Ministero della Giustizia proporzionale alla loro rappresentatività, secondo i risultati delle elezioni, e le stesse associazioni ritengono che detto contributo ministeriale non costituisca un'indebita ingerenza poiché è erogato in base a un criterio oggettivo e matematico.

Le associazioni di Austria, Georgia, Grecia, Islanda, Italia e Portogallo hanno un tasso di rappresentatività compreso tra il 90% e il 100% fra tutti i giudici in attività.

In Germania, Slovenia, Francia e Olanda il tasso è compreso tra il 60% e il 75%.

Spagna e Turchia: meno del 30%

Soltanto in Croazia, Austria, Francia, Germania, Italia e Portogallo sono previste emanazioni locali delle associazioni nazionali, formate su base elettiva.

Il sistema associativo inglese si presenta decisamente peculiare rispetto alla tradizione italiana e merita pertanto una menzione.

Il Regno Unito è, sotto molti punti di vista, in una situazione particolare. In primo luogo, comprende tre distinti sistemi giuridici che operano in maniera indipendente l'uno dall'altro. Perciò, in termini di diritto privato internazionale, la legge inglese guarda alla legge scozzese come a un sistema giuridico straniero, e viceversa. L'Irlanda del Nord è altrettanto separata. Di conseguenza, non è possibile che ci sia un'associazione di giudici nel Regno Unito tanto vasta quanto in uno Stato

unitario. Oltre a ciò, in ognuna delle sue separate giurisdizioni, la magistratura nel Regno Unito non è mai stata organizzata in maniera uniforme, e risulta priva di prospettive di passaggio da un ufficio all'altro in ragione dell'organizzazione gerarchica dei Tribunali. Di conseguenza le Associazioni britanniche, per il modo in cui sono state formate, operano a un preciso livello nella gerarchia delle Corti o nella struttura del tribunale. Per cui in Inghilterra e in Galles c'è, a livello di district courts, l'associazione dei giudici di district court; a livello di circuit court, c'è l'associazione dei giudici di circuit court; a livello di High Court, c'è l'associazione di giudici di High Court. Nei grandi tribunali britannici le associazioni hanno la stessa competenza geografica dell'ufficio giudiziario presso cui hanno sede; esistono parimenti altre associazioni composte da "non legal members" dei tribunali. In Scozia, ad esempio, esiste l'Associazione degli Sceriffi, a cui sono iscritti la maggior parte degli appartenenti alla categoria. Ai livelli più alti della giurisdizione, il numero di giudici non è sufficiente per consentire la creazione di una vera e propria associazione, sebbene esistano alcune organizzazioni informali.

Con riguardo ai rapporti tra le associazioni e la pubblica amministrazione, le prassi sono molto diverse. Ci sono periodici incontri con il Ministro della Giustizia e l'associazione viene consultata in merito alle riforme che concernono la magistratura in Austria, Grecia, Lettonia, Olanda, Portogallo, Spagna. Alcune consultazioni sono obbligatorie in Francia e in Germania. L'associazione viene talvolta consultata in Croazia, Irlanda, Islanda, Slovenia. In Georgia e in Belgio l'associazione non viene mai consultata, così come in Turchia, dove l'atteggiamento dell'esecutivo è molto ostile. All'opposto, l'associazione tedesca DRB, aderente ad AEM, è addirittura considerata dal Governo tedesco come "top level consultant" e viene previamente informata dei progetti di legge che riguardano la magistratura.

Con riguardo ai rapporti tra le associazioni e il

potere legislativo, ci sono occasionali contatti con i rappresentanti del legislativo, tendenzialmente su base regolare. In particolare, alle associazioni è spesso richiesto un parere sulle riforme che concernono la magistratura o che riguardano temi di natura giuridica. Fanno eccezione l'Irlanda e la Georgia, dove non vi sono contatti tra le associazioni e il potere legislativo, né alcun parere viene loro richiesto.

Con riguardo alle azioni intraprese negli ultimi anni, tutte le associazioni hanno organizzato con regolarità incontri ed eventi per gli associati. La formazione professionale gioca il ruolo principe in molte associazioni. Tutte le associazioni sono chiamate a dare la propria opinione sulle riforme relative allo status e agli stipendi dei giudici.

Molte associazioni pubblicano una rivista (Austria, Germania, Georgia, Francia), alcune in formato digitale: Italia, Svizzera, Spagna. Quasi tutte le associazioni hanno approntato un sito internet.

Pochissime associazioni organizzano azioni collettive (Slovenia, Portogallo, Grecia), anche perché nella maggior parte dei Paesi lo sciopero dei giudici è vietato.

Molte associazioni ricevono copertura mediatica, ad eccezione della Turchia.

Quanto dianzi riportato è un'antologia dei dati emersi attraverso il questionario, selezionata in base a due temi di interesse della Rivista: le garanzie di indipendenza dei giudici e le caratteristiche delle associazioni rappresentative di categoria. L'indagine ha riguardato anche altri argomenti, quali le risorse della giustizia, l'etica della professione, gli stipendi e le pensioni dei giudici (non sono stati acquisiti i dati relativi agli emolumenti), sistemi di protezione dei giudici da attacchi esterni. Per chi fosse interessato ad un approfondimento, il report riassuntivo elaborato dall'Associazione dei Giudici Europei è pubblicato sul sito IAJ- UIM (<https://www.iaj-uim.org>). ●

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)