



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562
ISBN 978-88-67352-96-8

 Libellula

www.deiustitia.it

Rivista n° 1 / Gennaio 2018 Trimestrale

DE IUSTITIA - Rivista giuridica – www.deiustitia.it

Fondata da: Dott. Carlo Giordano - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Angelo Rubano

Diretta da: Avv. Francesco Boccia (Direttore scientifico) - Dott. Carlo Giordano (Condirettore Scientifico) - Dott. Angelo Rubano (Vicedirettore)

Direttore responsabile: Avv. Francesco Boccia

Comitato scientifico: Prof.ssa Carla Acocella - Dott. Andrea Aniello Amendola - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Avv. Francesco Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Dott. Francesco Bottiglieri - Pres. Francesco Caringella - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gabriella De Maio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Dott. Carlo Giordano - Dott. Davide Giordano - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Dott. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Dott.ssa Iliaria Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Pres. Luigi Maruotti - Avv. Ferdinando Migliozi - Dott. Andrea Napolitano - Dott. Angelo Rubano - Avv. Nicolò Rubino - Prof. Avv. Angelo Scala - Avv. Marina Sfarzo - Prof.ssa Laura Solidoro - Avv. Silvia Tuccillo

Redattori: Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Luigi Lalla - Dott. Flavio Alessio Clemente

Amministrazione: www.youcanprint.it selfpublishing
via Roma 73 – 73039 Tricase (Le)

Registrazione: presso il Tribunale di Napoli con decreto n. 2683 del 11.02.2015

Per ciascun articolo è effettuato un procedimento di revisione tra pari almeno a singolo cieco (one-side blind)

INDICE

*Editoriale**di* Giacomo EBNER**Pag. 4****PARTE I – DIRITTO AMMINISTRATIVO***La questione della benedizione pasquale nelle scuole pubbliche dopo la sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI, 27 marzo 2017, n. 1388.**di* Alessandro PALMA**Pag. 6***La votazione alfanumerica tra discrezionalità tecnica, obbligo di motivazione e sindacato del GA.**di* Luigi MONTARIELLO**Pag. 33***Informativa antimafia, analisi delle svolte giurisprudenziali alla luce delle modifiche normative.**di* Valentina FERRARA**Pag. 47****PARTE II – DIRITTO CIVILE***Il pignoramento di stipendi e pensioni.**di* Alessandro AULETTA**Pag. 65***Le conseguenze del "Jobs Act" sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo e la ricerca di un nuovo equilibrio tra tutela del lavoratore e interesse dell'impresa.**di* Valentina CLEMENTE**Pag. 78***La tutela del consumatore tra AGCM e AGCom: una partita chiusa?**di* Carlo GIORDANO e Andrea NAPOLITANO**Pag. 97**

PARTE III – DIRITTO PENALE

Imputabilità, vizio di mente e monomanie
di Giada LIETO

Pag. 134

Il delitto di tortura: un nuovo reato...vecchio come il mondo.
di Simone DE MARTINO

Pag. 149

Il delitto di autoriciclaggio, tra esigenze di contrasto alla criminalità economica e conseguente compressione di diritti costituzionali: i problemi di raccordo della nuova fattispecie con i delitti tributari.
di Antonio SCOTTO ROSATO

Pag. 176

PARTE IV – FOCUS

La legittima difesa domiciliare
di Angela PEDONE

Pag. 206

EDITORIALE

VINCA IL MIGLIORE...SPERIAMO DI NO



Nel corso di una testimonianza una signora alle mie domande rispondeva sempre così: "amore mio che ti devo di ..." "amore mio che te posso aggiunge".

Al quinto "amore mio" le dissi serio: "Signora ma lei qui non si sta' un po' ad allarga'?" e di rimando "de che amore mio?", e io "con tutti questi amore mio?";

e lei "non si preoccupi Giudice io amore mio ce chiamo anche er cane"

tratto da: "Dodici qualità per sopravvivere in tribunale (e non è nemmeno certo)".

Benvenuti a tutti nel fantastico mondo dei tribunali: a chi ci vive quotidianamente, a chi c'è stato anche solo di passaggio, a chi spera di poterci lavorare.

In questo singolare posto devi muoverti con fermezza e devi sorridere seriamente; qui nulla è come sembra e a volte è meglio così.

Puoi incontrare il giudice Marchese del Grillo, la cui unica differenza con Dio è che quest'ultimo non crede di essere lui; oppure, anzi "ovvero" come

si usa dire qui, l'avvocato Re Sole, il quale se fosse nato prima della creazione avrebbe dato un parere anche su quella. Vi sono poi il giudice Ridge, che ha amato una sola donna nella vita e ognuna di loro lo sa e la praticante 50 sfumature di toga, la quale provocante e ammiccante viene mandata apposta dal proprio *dominus* in giro, per incantare i magistrati sensibili al fascino femminile.

Con qualsiasi umore tu entri in tribunale con certezza ne uscirai con un altro: felice perché ti hanno liberato o perché hai vinto; incavolato perché ti hanno dato torto o perché il giudice ha rinviato; divertito o annoiato, stanco o sollevato ... il tribunale esige da te un tributo di adrenalina.

Questo perché così tanta gente che interagisce in così poco spazio c'è solo al mercato, in ospedale e in tribunale. Sì però nei primi due tu sei "cliente" o "paziente", sei desiderato o curato. Nel terzo sei "imputato", "indagato", "diffidato", "citato", "convenuto", insomma *colpevole* per il solo fatto di essere lì.

A tutti coloro che amano questo mondo e la possibilità che esso offre di prendersi cura del prossimo e fare qualcosa di buono della propria vita, auguro un magnifico 2018 dove non sempre vinca il migliore, ma a volte anche quello che pensa che sono tutti raccomandati, a cui i genitori mettono pressione, che *gli altri sono più bravi, che non sono né carne né pesce, che si sono tutti sposati e lavorano.*

Ragazzi non perdetevi la fiducia in voi stessi, ricordatevi sempre di Steven Bradbury!

Da ultimo vorrei ricordare che non è scontato quello che stanno facendo i redattori di questa rivista. Cercare di trasmettere gratuitamente sapere a tutti, sacrificando il proprio tempo libero, è una opera meritoria. Pochi lo fanno ed è un onore scrivere per loro.

Grazie per avermi ospitato.

Giacomo Ebner

Magistrato e autore di "Dodici qualità per sopravvivere in tribunale (e non è nemmeno certo)".

La questione della benedizione pasquale nelle scuole pubbliche dopo la sentenza del Consiglio di Stato, sezione VI, 27 marzo 2017, n. 1388.

di Alessandro PALMA*

SOMMARIO: **1.** Considerazioni introduttive sul diritto di libertà religiosa e sulla recente questione dell'ammissibilità delle benedizioni pasquali negli istituti scolastici pubblici. **2.** L'ammissibilità delle attività e delle iniziative di carattere religioso nella giurisprudenza del TAR dell'Umbria del 2005. **3.** La diversa ricostruzione del Tar dell'Emilia Romagna del 2016 attraverso l'interpretazione del principio di laicità come limite assoluto e invalicabile alla libertà religiosa e alla stessa autonomia scolastica. **4.** Attività di culto, libertà religiosa e scuola laica nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato. **5.** Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive sul diritto di libertà religiosa e sulla recente questione dell'ammissibilità delle benedizioni pasquali negli istituti scolastici pubblici.

Gli avvenimenti storici ed i mutamenti sociali di questi ultimi anni hanno dimostrato l'esistenza di un forte legame tra aspirazioni di libertà, emancipazione della coscienza e libertà di religione¹. La libertà religiosa, del resto, può essere intesa come «la facoltà dell'individuo di credere a quello che più gli piace, o di non credere, se più gli piace, a nulla»², sicché può ben dirsi che la libertà di coscienza si concreta nella libertà di manifestare liberamente la propria fede religiosa³.

I problemi pratici di questa libertà, che per quanto riguarda la giustificazione e l'esistenza sono indubbiamente «più prossimi ai problemi morali che non a quelli

* Avvocato, specializzato in professioni legali, Dottore di Ricerca in Filosofia del Diritto e cultore della materia in Diritto Ecclesiastico e Diritti Confessionali presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II. Tutor alla Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Cfr. A. C. JEMOLO, *Tra diritto e storia (1960-1980)*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 344.

² Cfr. F. RUFFINI, *La libertà religiosa*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 11 ss.; M. TEDESCHI, *Per uno studio del diritto di libertà religiosa*, in ID., *Vecchi e nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 135 ss.

³ Circa il concetto di libertà religiosa anche in rapporto con la libertà di coscienza si rinvia a M. TEDESCHI, *Per uno studio del diritto di libertà religiosa*, in ID., *Vecchi e nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 135 ss.

giuridici»⁴, devono trovare, tuttavia, «la loro soluzione in norme di diritto positivo»⁵ poiché, come è stato opportunamente osservato, è necessario evitare ogni tipo di «identificazione della libertà che è valore finalistico con i diritti di libertà sanciti formalmente dalla legge»⁶. Così, la libertà di religione, «in quanto dà origine a manifestazioni esteriori e quindi giuridicamente rilevanti»⁷, rientra nel campo del diritto e comporta la possibilità per gli ordinamenti giuridici di apprestare una disciplina che, tralasciando gli spazi interiori della coscienza umana, si occupi della rilevanza esterna e sociale delle manifestazioni di libertà. Del resto, il fattore religioso assume un ruolo significativo sia perché è direttamente collegato con l'esperienza e «l'esistenza di uomini che abbiano un senso della libertà»⁸ sia perché, di fatto, finisce per assumere il valore e la funzione di un "sistema di significato" che ha la caratteristica di «coestendersi a tutte le aree della condotta e di dare a tutte un senso»⁹.

Così, la religione non rappresenta solo un fatto sociale e culturale che si dispiega nella esperienza storica ma è lo strumento attraverso il quale la persona, quale agente di un destino «superiore al tempo»¹⁰, pone in essere comportamenti, giuridicamente tutelati, «rispondenti e conformi alle esigenze di un programma di effettiva emancipazione personale»¹¹ attraverso i quali stabilisce relazioni interpersonali.

Si comprende, dunque, il ruolo centrale che oggi occupa quel ramo speciale dell'ordinamento giuridico che si occupa del fattore religioso, quale luogo privilegiato, al fine di ridonare rilevanza alla centralità della persona umana che, nella prospettiva di nuova rilevanza del patrimonio dogmatico, morale, etico e culturale delle religioni quale «forte sistema di valori identificante un gruppo umano; quel gruppo umano che i giuristi definiscono con l'espressione di

⁴ A. C. JEMOLO, *op. cit.*, p. 345.

⁵ A. C. JEMOLO, *op. cit.*, p. 345. Circa alcuni problemi riguardanti la tutela giuridica del diritto di libertà religiosa negli ordinamenti statuali si rinvia a M. TEDESCHI, *op. cit.*, pp. 150 ss.

⁶ P. BELLINI, *Libertà e dogma (autonomia della persona e verità di fede)*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 15.

⁷ F. RUFFINI, *op. cit.*, p. 11; Cfr. S. LARICCIA, *Coscienza e libertà*, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 25 ss.

⁸ A. C. JEMOLO, *op. cit.*, p. 344.

⁹ G. MILANESI, *Sociologia della religione*, Torino, Giappichelli, 1973, p. 42; Cfr. anche E. DURKEIM, *Forme elementari della vita religiosa*, Milano, Giuffrè, 1963; Cfr. G. PINO, *Libertà religiosa e società multiculturali*, in T. MAZZARESE, *Diritto tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 157-188.

¹⁰ J. MARITAIN, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Milano, Vita e Pensiero, 1977, p. 73.

¹¹ Cfr. P. BELLINI, *op. cit.*, p. 31.

“confessione religiosa”¹², consente, con «un apporto più assiduo e consistente che in passato»¹³ di affrontare efficacemente le problematiche concernenti la tutela dei diritti umani e dei diritti di libertà in un quadro di continue trasformazioni sociali.

In questa prospettiva, la libertà religiosa, «storicamente la prima delle libertà, in quanto fu la prima a essere stata rivendicata e poi - attraverso lotte sanguinose in Europa - a essere stata conquistata nei confronti dello Stato moderno»¹⁴, ha oggi assunto importanza e centralità sempre crescenti proprio per il fatto di essere una tipica espressione della dignità umana¹⁵.

Pur non essendo «assurta ad oggetto di un'apposita Convenzione internazionale»¹⁶, quale diritto fondamentale, riconosciuto da parte di tutti gli Stati contemporanei ed assicurato a tutti nel nostro ordinamento a livello costituzionale, la libertà religiosa trova affermazione nella comunità internazionale con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo del 1948¹⁷.

Quest'ultima, anche se non si impone come atto giuridicamente vincolante (quanto piuttosto moralmente suggerito)¹⁸, contiene i primi essenziali e puntuali

¹² Cfr. G. DALLA TORRE, *Identità religiosa, comunità politica e diritto*, in *Studi in onore di Gaetano Catalano*, II, Catanzaro, Soveria Mannelli, 1998, p. 479.

¹³ S. FERRARI, *Diritto ecclesiastico e diritto internazionale*, in S. FERRARI, T. SCOVAZZI, *La tutela della libertà di religione (ordinamento internazionale e normative confessionali)*, Padova, Cedam, 1988, p. 25.

¹⁴ P. CAVANA, *Libertà religiosa e scuola pubblica. La piccola querelle delle benedizioni pasquali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 2/2017, 23 gennaio 2017; In tal senso anche L. FERRAJOLI, *Principia iuris*. Vol. 2. *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 316 che considera la libertà religiosa come «il primo fondamentale diritto culturale» riconosciuto in Europa; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, Franco Angeli, 2012, p. 61.

¹⁵ Cfr. M. TEDESCHI (a cura di), *La libertà religiosa*, tomi I, II, III, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002; G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 2014; C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Torino, Giappichelli, 2015; M. RICCA, *Art. 19*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. I. Artt. 1-54, Torino, Utet, 2006, pp. 420 ss.; F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2015; G. Dalla Torre, *Considerazioni sull'attuale problematica in materia di libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 24/2014; C. CARDIA, *La libertà religiosa tra ascesa e crisi dei diritti umani*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 22/2016.

¹⁶ C. MORVIDUCCI, voce *Libertà di religione o di convinzioni – dir. int.*, in *Enc. Giur.*, XIX, Roma, 1990, p. 1.

¹⁷ Sul tema si rinvia a L. BRESSAN, *La libertà religiosa nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1989, p. 80; A. MOTILLA, *New religious movements in international law*, in *Diritti dell'uomo e libertà dei gruppi religiosi*, Padova, Cedam, pp. 105 e ss.

¹⁸ U. VILLANI, *I diritti umani nei patti internazionali*, in Aa. VV., *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Roma, Ave, 1982, p. 264.

riferimenti al diritto di libertà di religione, sia nella accezione positiva sia in quella negativa (artt. 2 e 16) e, stabilendo all'articolo 18 che «ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione» e che «tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, e la libertà di manifestare, individualmente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti», non solo tutela il diritto di libertà di religione in sé quanto, piuttosto, in «collegamento con il fine primario delle Nazioni Unite che, come è ben noto, è il mantenimento della pace tra i popoli»¹⁹ rappresenta, anche, la solenne affermazione positiva del diritto in parola sulla quale «si basano gli ordinamenti giuridici contemporanei, fondati sul primato della tutela della persona umana e sui valori di democrazia e pluralismo»²⁰.

In Italia la libertà religiosa è garantita dall'articolo 19 della Costituzione che, oltre a proclamare che «tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata», in ragione del fatto che il fattore religioso rappresenta un elemento costitutivo della personalità umana e la libertà di religione come diritto inviolabile dell'uomo, riconosce - segnando il definitivo superamento di una concezione positivista che circoscriveva il fatto religioso alla mera sfera privata dell'individuo²¹ - a chiunque «di farne propaganda e di esercitarne in pubblico od in privato il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume»²².

Eppure, negli ultimi anni, la globalizzazione, favorendo un mondo multiculturale in cui si moltiplicano le relazioni ed in cui i contatti delle etnie, delle religioni e delle culture non sono più sporadici, circoscritti ed episodici, ha evidenziato

¹⁹ E. POCAR, *La libertà di religione nel sistema normativo delle nazioni unite*, in FERRARI, T. SCOVAZZI, *Op. cit.*, p. 28.

²⁰ P. CAVANA, *Libertà religiosa e scuola pubblica. La piccola querelle delle benedizioni pasquali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 2/2017, 23 gennaio 2007.

²¹ P. CAVANA, *Libertà religiosa e scuola pubblica. La piccola querelle delle benedizioni pasquali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 2/2017, 23 gennaio 2007; Cfr. anche J. CASANOVA, *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2000.

²² Tale articolo garantisce il diritto di professare la propria fede religiosa come diritto inviolabile assicurato a tutti, non soltanto ai cittadini, ma anche agli stranieri e agli apolidi, cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *Stato e confessioni religiose, 1/fonti*, Firenze, La Nuova Italia Editrice, 1976, pp. 134 ss.; G. MACRÌ, M. PARISI, V. TOZZI, *Diritto civile e religioni*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 69 ss.; Sui lavori dell'Assemblea costituente che hanno portato al testo attuale dell'articolo 19 Cost. si rinvia a G. LONG, *Alle origini del pluralismo confessionale. Il dibattito sulla libertà religiosa nell'età della Costituente*, Bologna, Il Mulino, 1990; M. RICCA, *Art. 19 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006.

enormemente il fenomeno della multireligiosità che si intreccia e si esprime con le pluralità culturali di matrice religiosa²³ ed è caratterizzata da un pluralismo di valori prima ancora che da un pluralismo normativo.

Questo cambiamento epocale che vede un crescente pluralismo religioso e culturale, dove si frantuma anche quel tradizionale schema ideologico che vede la «religione come "affare privato", come questione personale, quasi intima»²⁴, se da un lato ha comportato che il diritto alla libertà religiosa riacquistasse centralità nell'opinione e nelle politiche pubbliche quale strumento cruciale nei processi di integrazione e presupposto irrinunciabile per un vero dialogo interculturale ed interreligioso²⁵, dall'altro ha favorito, spesso, che il diritto in questione fosse minacciato e messo in discussione da spinte contrapposte di chi, ripiegandosi su se stesso ed esasperando e rimarcando le peculiarità e le

²³ F. VIOLA, *Il ruolo pubblico della religione nella società multiculturale*, in C. VIGNA, S. ZAMANI, *Multiculturalismo e identità*, Milano, Vita e Pensiero, 2002, pp. 107-109; Circa i fenomeni del multiculturalismo e del pluralismo religioso, cfr. ex plurimis C. CARDIA, voce *Multiculturalismo (dir. eccl.)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica de Il Sole 24 Ore*, 9, 2007, p. 722; M. DURANTE, *La questione multiculturale: nuove basi simboliche per la comprensione del dispositivo politico e giuridico contemporaneo*, in *Filosofia Politica, Rivista filosofica dei concetti politici*, 2, 2007, p. 269; M. L. LANZILLO, *Il multiculturalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005; J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 2010; AA.VV., *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, a cura di S.DOMIANELLO, Bologna, Il Mulino, 2012; P. CONSORTI, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), maggio 2007; M.C. FOLLIERO, *Libertà religiosa e società multiculturali: la risposta italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), giugno 2008; M. GIANNI, *Riflessioni su multiculturalismo, democrazia e cittadinanza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2000, pp. 3 ss.; G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo ed estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, Milano, Rizzoli, 2000; AA.VV., *Simboli e pratiche religiose nell'Italia multiculturale. Quali riconoscimenti per i migranti?*, a cura di A. DEOTO, Roma, Edies-se, 2010; A. BARRERO ORTEGA, *Multiculturalismo y libertad religiosa*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 27, 2011, pp. 21-38; M.HELFA, *Religious arbitration and the new multiculturalism: negotiating conflicting legal orders*, in *New York University Law Review*, 86, 5, 2011, pp. 1231-1305; similmente, P. ANNICCHINO, G. FATTORI, *Diritto ecclesiastico e canonico tra 'vecchio' e 'nuovo' multiculturalismo*, in AA.VV., *Diritto e religione*, a cura di G. MACRÌ, M. PARISI, V. TOZZI, Salerno, Plectica, 2012, pp. 345-365; M. D'ARIENZO, *Diritti culturali e libertà religiosa*, in *Diritto e Religione*, Anno IX, n.2, 2014, pp. 577-594.

²⁴ C. CARDIA, *Libertà religiosa e multiculturalismo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), maggio 2008.

²⁵ Cfr. N. FIORITA, D. LOPRIENO, *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze University Press, Firenze, 2009, pp. 151-173; E. BERTONI, *Il dialogo interreligioso come fondamento della civiltà*, Genova- Milano, Marinetti, 2009; A. BONGIOVANNI, *Il dialogo interreligioso: orientamenti per la formazione*, Bologna, EMI, 2008; C. NARO, *Dialogo interreligioso ed identità*, in C. CANTA, M. PEPE (a cura di), *Abitare il dialogo. Società e culture dell'amicizia nel Mediterraneo*, Milano, Franco Angeli, 2007, pp. 127 ss.

differenze culturali e culturali²⁶ in nome di un esasperato laicismo, ideologia con una forte componente anticlericale che porta gradualmente ad una separazione radicale ed alla restrizione della libertà religiosa relegando la religione ad un fatto esclusivamente privato²⁷, intende «assoggettare l'individuo al proprio dominio privandolo delle sue libertà fondamentali e della sua inalienabile dignità»²⁸.

Del resto, se da un lato il pluralismo religioso e culturale, chiedendo la creazione di spazi per la specificità, implica il riconoscimento che gli individui non sono solo astrattamente uguali ma anche concretamente diversi gli uni dagli altri per i vari fattori costitutivi delle identità individuali, dall'altro non può negarsi che lo spazio pubblico diventa, così, spesso la sede di una forte competizione tra gruppi che chiedono riconoscimento di appartenenze e visioni del mondo differenti²⁹ e che, spesso, involve in nuove forme di intolleranza religiosa.

Tutto ciò ha un impatto diretto sul tema specifico della libertà religiosa tanto che «il paradosso cui si assiste è che da una sana idea di laicità (che poi significa imparzialità dei pubblici poteri verso le diverse espressioni della religione), quale condizione perché la libertà religiosa possa effettivamente esplicarsi, si tende verso una "non sana" idea di laicità, intesa quale limite al diritto di libertà religiosa»³⁰.

Sul piano pratico, infatti, la *querelle* sui simboli religiosi esposti in luoghi

²⁶ Cfr. A. COLOMBO, *La disunità del mondo*, Milano, Feltrinelli, 2010; S. FERRARI, *Religioni, Diritto e Conflitti sociali*, in *An. Der. Ecl. Est.*, 2007, pp. 45 ss.; G. MARRAMAO, *Cosmopolitismo della differenza. Il diritto dopo Babele*, in *Daimon*, 2008/8, p. 51; AA. VV., *La coesistenza religiosa: nuova sfida per lo Stato laico*, a cura di G. B. VARNIER, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, e R. AUMANN, *Razionalità, Cooperazione, Conflitto*, a cura di E. MINELLI, Brescia, Morcelliana, 2008.

²⁷ Sul tema si rinvia a C. CARDIA, *Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, Islam*, Cinisello Balsamo, San Paolo Edizioni, 2007.

²⁸ P. CAVANA, *Libertà religiosa e scuola pubblica. La piccola querelle delle benedizioni pasquali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 2/2017, 23 gennaio 2007.

²⁹ Cfr. F. VIOLA, *Conflitti di identità e conflitti di valore*, in *Ars interpretandum*, 2005, 10, pp. 61-69.

³⁰ G. DALLA TORRE, *Considerazioni sull'attuale problematica in materia di libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 7 luglio 2014; Sulle diverse concezioni di laicità cfr. P. CAVANA, *Interpretazioni della laicità. Esperienza italiana ed esperienza francese a confronto*, Roma, Ave, 1998, p. 216; J. BAUBEROT, *Laïcité, laïcisation, secularisation*, in *Pluralisme religieux et laïcité dans L'Union Européenne*, in A. DIERKENS, *Pluralisme religieux et laïcités dans l'Union Européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1994, p. 280. Per i rapporti tra laicità, secolarizzazione e secolarismo cfr. M. TEDESCHI, *Secolarizzazione e libertà religiosa*, in *Diritto Ecclesiastico*, I, 1986; ID. *Quale Laicità? Fattore religioso e principi costituzionali*, in *Il diritto Ecclesiastico*, I, 1993; ID. *Il senso della laicità*, in *Studi di diritto Ecclesiastico*, I, Torino, Giappichelli, 1996; A. RIGOBELLO, *Laicità e secolarizzazione*, in G. DALLA TORRE, *Lessico della laicità*, Roma, Studium, 2007, pp. 197 ss; L. ORNAGHI, *Laicità e secolarismo*, in G. DALLA TORRE, *op. cit.*, pp. 205 ss.

pubblici³¹ e quella, più recente, delle benedizioni pasquali nella scuola pubblica sono la cartina di tornasole dell'affermarsi di una concezione ideologica non sana della laicità come limite alla libertà religiosa, segnatamente come libertà di manifestare le proprie credenze individuali che, in quanto tali, non devono inquinare la sfera pubblica.

In particolare, sulla possibilità di svolgere riti religiosi negli istituti scolastici pubblici, la giurisprudenza, generando non poche incertezze, si è pronunciata negli ultimi anni non sempre in modo uniforme.

Da ultimo, la *querelle* sull'ammissibilità di attività ed iniziative di carattere religioso come la benedizione pasquale nelle scuole pubbliche rappresenta, indubbiamente, non solo il banco di prova per verificare la compiuta realizzazione del diritto di libertà religiosa e del modello di laicità accolto nel nostro ordinamento, ma è anche una chiara dimostrazione di come su una questione apparentemente marginale la giurisprudenza sia pervenuta a risultati contrastanti in ragione non di «elementi interpretativi secondari ma di divergenti ricostruzioni dei principi di fondo della nostra legislazione scolastica, che dovrebbero essere invece ben noti ed acquisiti da parte di organi specializzati e a composizione collegiale come quelli della nostra giustizia amministrativa»³².

2. L'ammissibilità delle attività e delle iniziative di carattere religioso nella giurisprudenza del TAR dell'Umbria del 2005.

La questione, a distanza di pochi anni, è stata oggetto di varie pronunce. Già nel 2005 il Tar Umbria si è pronunciato in tema. Infatti, circa il ricorso avente ad oggetto l'impugnazione da parte di soggetti diversamente titolati (esponenti istituzionali di una confessione non cattolica, genitori di alunni, insegnanti, una

³¹ Sul tema si rinvia a P. CAVANA, *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Torino, Giappichelli, 2004; S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, Cedam, 2008, pp. 69 ss.; N. FIORITA, *Libertà religiosa e società multiculturali: il caso del velo islamico*, in N. FIORITA, D. LO PRIENO (a cura di), *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze, Firenze University Press, 2009, pp. 91 ss.; AA. VV., *Laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, Giappichelli, 2004; E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna, Il Mulino, 2005; E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano, Giuffrè, 2006; C. CARDIA, *Identità religiosa e culturale europea. La questione del crocifisso*, Roma, Bcs, 2010; N. FIORITA, *Se il crocifisso afferma e conferma la laicità dello Stato: paradossi, incongruenze e sconfinamenti di una sentenza del Tar Veneto*, in www.Olir.it.

³² P. CAVANA, *Libertà religiosa e scuola pubblica. La piccola querelle delle benedizioni pasquali, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiесе.it), n. 2/2017, 23 gennaio 2007.

associazione privata) di una delibera del 13 marzo del 2002 con la quale il Consiglio di Circolo di un Circolo Didattico di Corciano autorizzava la benedizione pasquale delle scuole del Circolo, purché prevista con anticipo e motivata, ed in ogni caso lasciando agli alunni e ai docenti la libertà di parteciparvi o meno, con sentenza del 30 dicembre n. 677 il Tar, sottolineando che il rito della benedizione pasquale rappresenta una "pratica tradizionale diffusa presso la grande maggioranza della popolazione e che come tale si può presumere ben conosciuta anche dai non praticanti" e che "è un rito caratterizzato dalla brevità e dalla semplicità" e che quindi dura, solitamente, pochissimi minuti e non richiede particolari preparativi, né lascia tracce visibili, stabilisce, prescindendo in un primo momento dalla specifica problematica inerente al carattere religioso della manifestazione, che la "benedizione pasquale" non arreca all'ordinato svolgimento della didattica e della vita scolastica perturbazioni maggiori di quelle arretrate dalle innumerevoli iniziative denominabili (in senso lato e generico) "parascolastiche" che abitualmente e pacificamente vengono programmate o autorizzate dagli organi di autonomia delle singole scuole – spesso anche senza che si ritenga necessaria una formale delibera".

Così, il Tar Umbria, sottolineando che il Consiglio di Circolo ha legittimamente esercitato l'autonomia che gli compete in forza dell'articolo 6 del d.lgs. n. 416/1974 - ora riprodotto dall'art. 10 del T. U. numero 297/1994 - che "è applicato, nella prassi "vivente", in senso non certo restrittivo bensì estensivo o comunque elastico e flessibile, quanto alla tipologia delle attività "parascolastiche", "extrascolastiche", "complementari" che gli organi scolastici possono legittimamente programmare o autorizzare in ragione di un'autonomia che il DPR n. 275/1999 sull'autonomia scolastica³³ e l'articolo 117, terzo comma, della Costituzione hanno indubbiamente inteso rafforzare, rigetta il ricorso.

Il Tar Umbria, inoltre, affermando chiaramente che, per chi ne condivide lo spirito, la benedizione pasquale "ha il significato di una invocazione della presenza e della benedizione di Dio nei luoghi dove si vive e si lavora" e che "per chi vuol praticarlo, dunque, questo semplice rito ha senso in quanto si svolga in un luogo determinato, mentre non avrebbe senso (o, comunque, il medesimo senso) se fatto altrove", considera che "nel corso di questo breve rito non viene fatto o

³³ Il cui articolo 4 afferma chiaramente che «le istituzioni scolastiche, nel rispetto della libertà di insegnamento, della libertà di scelta educativa delle famiglie e delle finalità generali del sistema (...) concretizzano gli obiettivi nazionali in percorsi formativi funzionali alla realizzazione del diritto ad apprendere e alla crescita educativa di tutti gli alunni, riconoscono e valorizzano le diversità, promuovono le potenzialità di ciascuno adottando tutte le iniziative utili al raggiungimento del successo formativo».

detto nulla che possa risultare sgradevole o offensivo per chi si trovi ad assistervi senza dividerne lo spirito (a meno che non si tratti di un intollerante, che si sente offeso per il solo fatto che altri professi convinzioni diverse dalle proprie)" e che, dunque, non può legittimamente disturbare anche chi non creda alla sua efficacia.

La delibera impugnata, per il Tar Umbria, risulta dunque essere legittima, non solo perché, nell'esercizio dell'autonomia che gli compete, il Consiglio di Circolo ha ritenuto che la manifestazione in esame non fosse "tale da incidere significativamente sull'ordinato svolgimento della vita scolastica", ma anche perché, esaminando la questione soffermandosi specificamente sul carattere religioso della manifestazione, a norma dell'articolo 20 della Costituzione, "il nostro ordinamento costituzionale non consente di assumere il carattere religioso di una attività, o comportamento, o manifestazione del pensiero, quale discriminante negativa - di tal che un atto possa diventare vietato o intollerabile solo perché espressione di una fede religiosa, laddove, se non avesse carattere religioso, a parità di ogni altra condizione sarebbe giudicato ammissibile e legittimo".

Dunque, così come risulta essere legittima la sottrazione di tempo all'insegnamento ordinario finalizzata a permettere la partecipazione degli alunni (o di parte di essi) ad una qualsivoglia attività culturale, sportiva o anche semplicemente ludica e ricreativa, così, altrettanto ammissibile deve essere quella attività finalizzata a permettere la partecipazione degli alunni (o di parte di essi) ad una iniziativa di carattere religioso.

Ciò a maggior ragione se si considera che, oltre ad aver il Consiglio di Circolo demandato ai Consigli di classe la determinazione delle modalità organizzative nel dettaglio, inclusa la facoltà di non farne nulla, "nella delibera impugnata è esplicitamente ricordato che la partecipazione degli alunni e dei docenti a tale iniziativa dovrà essere libera" in quanto la presenza "a qualunque rito religioso (nella scuola come altrove) non può essere imposta, ma deve essere libera. Così come deve essere garantita pari libertà e pari dignità alle diverse manifestazioni religiose, come pure alla scelta di non praticarne nessuna. E, ancora, si esige che chi richiede, per sé, il rispetto e la libertà di compiere atti religiosi, sia reciprocamente disposto a riconoscere pari libertà e tributare uguale rispetto alle manifestazioni altrui. Ma, una volta soddisfatti questi requisiti (reciprocità; non imposizione; etc.) una manifestazione religiosa non può godere, solo perché tale, di minori spazi di libertà e di minore rispetto di quelli che sono riconosciuti a manifestazioni di altro genere".

Del resto, afferma il Tribunale amministrativo regionale, che "la libertà religiosa include la libertà di praticare e quella di non praticare; non sembra, invece, che includa un (supposto) diritto di esigere, in nome del rispetto delle convinzioni proprie, che altri si astenga dal manifestare e praticare le sue. Sarebbe, quest'ultima, la negazione e non l'affermazione della libertà religiosa".

3. La diversa ricostruzione del Tar dell'Emilia Romagna del 2016 attraverso l'interpretazione del principio di laicità come limite assoluto e invalicabile alla libertà religiosa e alla stessa autonomia scolastica.

Su una questione analoga, invece, la più recente pronuncia del 2016 ad opera del Tar dell'Emilia Romagna arriva, in ragione della contrarietà della benedizione pasquale nei locali scolastici pubblici al principio di laicità, a dichiarare illegittima la delibera del Consiglio di Istituto che l'aveva autorizzata.

Richiesto dai parroci delle Parrocchie della SS. Trinità, di S. Giuliano e di S. Maria della Misericordia ex articolo 6, lettera d) del D.P.R. 31 maggio 1974 n. 416³⁴ il permesso di "compiere, al termine delle lezioni di uno degli ultimi giorni precedenti le vacanze di Pasqua, il rito della benedizione pasquale radunando gli alunni intenzionati a parteciparvi, il Consiglio di Istituto dell'Istituto comprensivo n. 20 di Bologna deliberava (delibera n. 50/2015 in data 9 febbraio 2015) per "l'apertura dei locali scolastici di tutti e tre i plessi dell'I.C. 20 per le benedizioni pasquali richieste dai parroci del territorio" da effettuarsi in orario extrascolastico e con la possibilità per gli alunni di essere accompagnati dai familiari, o comunque da un adulto che se ne assume l'onere della sorveglianza".

La decisione del Consiglio d'Istituto, del resto, appariva in linea con il parere n. 41778/08 reso dall'Avvocatura generale dello Stato - Sezione VII - in data 8 gennaio 2009³⁵, con la circolare del Ministero della Pubblica Istruzione 13377/544/MS del 13 febbraio 1992 che ammette la possibilità di far rientrare, su iniziativa e deliberazione conforme degli Organi Collegiali dei singoli Istituti,

³⁴ In esso si stabilisce che stabilisce che "il Consiglio di circolo o di istituto, fatte salve le competenze del collegio dei docenti e dei consigli di interclasse, e di classe, ha potere deliberante, su proposta della giunta, per quanto concerne l'organizzazione e la programmazione della vita e dell'attività della scuola, nei limiti delle disponibilità di bilancio, nelle seguenti materie: [...] d) criteri per la programmazione e l'attuazione delle *attività* parascolastiche, interscolastiche, *extrascolastiche*, con particolare riguardo ai corsi di recupero e di sostegno, alle libere attività complementari, alle visite guidate e ai viaggi di istruzione".

³⁵ La quale, dopo aver preliminarmente affrontato l'intera questione alla luce dei principi costituzionali, tenendo conto della specifica normativa e delle varie pronunce giurisdizionali in materia, ha ritenuto che non sussistano ostacoli alla configurabilità della benedizione religiosa e della messa quali attività extrascolastiche.

eventuali atti di culto (quali la celebrazione di una messa di inizio anno scolastico e le benedizioni pasquali) nell'ambito delle iniziative extrascolastiche di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 416 del 1974³⁶, con la sentenza del TAR Veneto del 15 novembre 2007 numero 3635 circa la legittimità della visita pastorale, con le Ordinanze del Consiglio di Stato, sezione sesta, n. 391/93 e 392/1993 del 26 marzo 1993 in tema di validità della suddetta circolare ministeriale³⁷ e con la sentenza del 6 aprile 2010, n. 1911 della Sesta Sezione del Consiglio di Stato che in sede giurisdizionale ha stabilito che "nella deliberazione del Consiglio di Istituto, con cui viene autorizzata la visita pastorale dell'Ordinario diocesano alle comunità scolastiche, non può riconoscersi un effetto discriminatorio nei confronti dei non appartenenti alla religione cattolica, dal momento che (...) la visita programmata non può essere definita attività di culto, né diretta alla cura delle anime secondo la definizione contenuta nell'articolo 16 della legge n. 222 del 1985, ma assume piuttosto il valore di testimonianza culturale, tesa ad evidenziare i contenuti della religione cattolica sotto il profilo della opportuna conoscenza, così come sarebbe nel caso di audizione di un esponente di un diverso credo religioso o spirituale".

La delibera, tuttavia, pur avendo suscitato le obiezioni di chi, ritenendo di essere in presenza di attività di culto e non di attività culturali, negava la possibilità che tali forme di manifestazioni si potessero svolgere, a salvaguardia della laicità e dell'aconfessionalità delle istituzioni, nei locali della scuola pubblica, veniva confermata dall'autorità scolastica.

Così, alcuni genitori, docenti ed il Comitato Scuola e Costituzione Bolognese proponevano ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia Romagna

³⁶ Tale Circolare Ministeriale permetteva all'articolo 5 di far "rientrare la partecipazione a riti e cerimonie religiose tra le manifestazioni o attività extrascolastiche".

³⁷ Circolare ministeriale che, però, era stata sanzionata dalla sentenza numero 250 del 17 giugno 1993 dal Tar Emilia Romagna che dava una diversa interpretazione dell'art. 6, secondo comma lett. d) ed f) del D.P.R. 31 maggio 1974 n. 416, "rilevando che la norma si riferiva ad attività extrascolastiche, facendo specifico e sostanzialmente escludente riferimento ai corsi di recupero e di sostegno, alle libere attività complementari, alle visite guidate e ai viaggi d'istruzione, nonché alle attività culturali, sportive e ricreative, riconosciute di particolare interesse educativo dalla scuola pubblica. Tuttavia, consapevole dell'illegittimità dello svolgimento delle attività rituali richieste durante l'orario scolastico, il Consiglio di Istituto disponeva che "la benedizione pasquale dovrà avvenire in orario extra scolastico", ritenendo in tal modo di aggirare il divieto alla celebrazione di attività rituali". Così, G. CIMBALO, *Riti religiosi e benedizione pasquale nelle scuole pubbliche*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2016, pp. 105-121, *ivi* p. 106. Sul tema *cf.* anche N. FIORITA, *Scuola pubblica e religioni*, Tricase, Libellula, 2012, pp. 137 ss.; L. ZANNOTTI, *Le cerimonie religiose nella scuola pubblica*, in *Dir. eccl.*, 1993, II, pp. 215 ss.

assumendo non solo l'incompetenza del Consiglio di Istituto³⁸ e che "in quanto rito o atto di culto religioso, la benedizione pasquale cattolica non rientrerebbe né nelle varie forme di attività scolastica (artt. 7 e 10 del d.lgs. n. 297/1994) né nelle iniziative "complementari" ed "integrative" previste dal d.P.R. n. 567 del 1996, sicché esulerebbe il suo svolgimento dalle competenze dell'istituzione scolastica, chiamata ad occuparsi delle sole attività suscettibili di far parte dell'offerta formativa affidata alle sue cure" ma anche che lo svolgimento di tale pratica religiosa nei locali scolastici, sia pure al di fuori dell'orario scolastico, "pur apparentemente salvaguardando la libertà religiosa dei componenti della comunità scolastica" avrebbe avuto comunque "l'effetto di accostare l'istituzione al cattolicesimo e di lederne di conseguenza l'imparzialità, la neutralità, la laicità e la aconfessionalità, oltre a condizionare in modo significativo soggetti deboli come gli studenti, senza tenere conto della necessità di evitare qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione (art. 43 d.lgs. n. 286/1998; art. 2 d.lgs. n. 216/2003) e di tutelare diritti fondamentali quali quello alla non discriminazione (artt. 2 e 3 Cost), alla libertà religiosa (art. 19 Cost.) e di pensiero (art. 21 Cost.)".

All'obiezione effettuata dai ricorrenti circa l'impossibilità di far rientrare, per evidente contrasto sia con il principio di laicità dello Stato che con le norme in materia di insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche la celebrazione di atti di culto o riti religiosi tra iniziative parascolastiche rilevando, tra l'altro, che quale patrimonio culturale «l'insegnamento della religione è cultura religiosa (e soltanto esso lo è), altrettanto certamente gli atti di culto, le celebrazioni di riti e le pratiche religiose non sono "cultura religiosa", ma fanno parte di quel colloquio rituale che il credente ha con la propria divinità: un fatto di fede individuale, dunque, e non un fatto culturale»³⁹, l'Avvocatura dello Stato di Bologna rispondeva affermando non solo la legittimità della decisione del Collegio Docenti e la sua competenza a decidere così come la legittima concessione dei locali per un evento collocato in orario extrascolastico⁴⁰ ma

³⁸ Per i ricorrenti, infatti, se anche si ammettesse che un atto di culto possa costituire attività didattica/culturale, la questione sarebbe in ogni caso riconducibile alle attribuzioni del Collegio dei docenti (art. 7 d.lgs. n. 297/1994). Ove, invece, si trattasse di attività ascrivibile alle iniziative "complementari" o "integrative", sarebbe stato comunque necessario acquisire l'avviso del Collegio dei docenti (art. 4 d.P.R. n. 567/1996).

³⁹ Così, G. CIMBALO, *Riti religiosi e benedizione pasquale nelle scuole pubbliche*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2016, pp. 105-121, *ivi* p. 108

⁴⁰ Circa l'impossibilità che la celebrazione del rito religioso o il compimento dell'atto di culto possano avvenire durante le normali ore di lezione si muovono il TAR dell'Emilia Romagna nella sentenza 250/93 ed il Tar Veneto con sentenza n. 2478/99. In particolare, la sentenza n 250 del

anche che, trattandosi «nel caso di atto di gestione dell'edificio scolastico e non di atto di cui la scuola assume, direttamente o anche solo indirettamente, la paternità» era possibile, nell'ottica del pluralismo religioso, la concessione ad altre confessioni religiose di locali scolastici per svolgere analoghi riti senza che ciò possa ingenerare una "gestione divina" della scuola o la «sua permanente dedizione a uno specifico culto, che fa assumere a locali pubblici una funzione sostanzialmente privata»⁴¹.

La questione viene risolta nel merito dal Tar di Bologna che, precisando che "l'oggetto del contendere sia proprio la qualificazione giuridica degli atti impugnati e l'attitudine delle relative determinazioni ad interferire con la libertà religiosa di quanti operano nell'ambito scolastico", nel febbraio 2016 dichiarava, sul presupposto della contrarietà al principio di laicità, l'illegittimità della delibera del Consiglio d'Istituto.

Il Tar di Bologna, in particolare, ricordando che "il principio costituzionale della laicità o non-confessionalità dello Stato, secondo una costante lettura della Corte costituzionale, non significa indifferenza di fronte all'esperienza religiosa ma comporta piuttosto equidistanza e imparzialità rispetto a tutte le confessioni religiose" e che, quindi, "la tutela della libertà religiosa non si risolve nell'esclusione totale dalle istituzioni scolastiche di tutto ciò che riguarda il credo confessionale della popolazione, purché l'attività formativa degli studenti si giovi della conoscenza di simili fenomeni se e in quanto fatti culturali portatori di valori non in contrasto con i principi fondanti del nostro ordinamento e non incoerenti con le comuni regole del vivere civile", stabilisce che l'Istituto scolastico non può essere coinvolto nella celebrazione di riti religiosi che sono essi sì attinenti unicamente alla sfera individuale di ciascuno e che si rivelano dunque estranei a un ambito pubblico che deve di per sé evitare discriminazioni.

All'Amministrazione scolastica che, dunque, invocava "le previsioni di cui all'art. 96, comma 4 ("Gli edifici e le attrezzature scolastiche possono essere utilizzati fuori dell'orario del servizio scolastico per attività che realizzino la funzione della scuola come centro di promozione culturale, sociale e civile ...") e comma 6 ("Nell'ambito delle strutture scolastiche, in orari non dedicati all'attività istituzionale, o nel periodo estivo, possono essere attuate, a norma dell'art. 1

17 giugno 1993, basandosi sul letterale della assenza dell'elemento religioso nel disposto di cui all'art. 6 del D.P.R. n. 416/1974 e sul fatto di aver collocato queste attività all'interno del normale orario scolastico, dichiarò l'illegittimità di deliberazioni che avevano autorizzato lo svolgimento di benedizioni pasquali.

⁴¹ Così, G. CIMBALO, *Riti religiosi e benedizione pasquale nelle scuole pubbliche*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2016, pp. 105-121, *ivi* p. 111.

della legge 19 luglio 1991, n. 216, iniziative volte a tutelare e favorire la crescita, la maturazione individuale e la socializzazione della persona di età minore al fine di fronteggiare il rischio di coinvolgimento dei minori in attività criminose”) del d.lgs. n. 297 del 1994” i giudici amministrativi rispondono che nel caso di specie era stato autorizzato un vero e proprio rito religioso da compiersi nei locali della scuola e alla presenza della comunità scolastica, sì che non poteva ricorrere l’ipotesi di cui all’art. 96, comma 4, del d.lgs. n. 297 del 1994 e neppure quella di cui al successivo comma 6, riferito al ben diverso ambito delle iniziative di socializzazione e stimolo della maturazione degli studenti per “fronteggiare il rischio di coinvolgimento dei minori in attività criminose”⁴².

Inoltre, circa la possibilità per l’Amministrazione scolastica di “rinvenire nella disposizione di cui all’art. 1, comma 1, del d.P.R. n. 567 del 1996⁴³ un valido fondamento normativo per la delibera adottata, il Tar di Bologna, interpretando il principio di laicità come limite assoluto e invalicabile alla libertà religiosa e alla stessa autonomia scolastica, esclude dal novero delle attività miranti all’integrazione sociale e culturale della scuola i “riti religiosi - riservati per loro natura alla sfera individuale dei consociati -, mentre ben possono esservi occasioni di incontro che su temi anche religiosi consentano confronti e riflessioni in ordine a questioni di rilevanza sociale, culturale e civile, idonei a favorire lo sviluppo delle capacità intellettuali e morali della popolazione, soprattutto scolastica, senza al contempo sacrificare la libertà religiosa o comprimere le

⁴² In quest’ottica, dunque, non v’è spazio per riti religiosi, riservati per loro natura alla sfera individuale dei consociati, mentre ben possono esservi occasioni di incontro, anche su temi religiosi che consentano confronti e riflessioni in ordine a questioni di rilevanza sociale, culturale e civile. Secondo questa interpretazione, del resto, che la linea di confine sia costituita dalla circostanza che si tratti o meno di un rito religioso si evince anche da un’altra pronuncia del giudice amministrativo che, chiamato a stabilire se dovesse riconoscersi alla visita pastorale dell’Ordinario diocesano presso le comunità scolastiche un effetto discriminatorio nei confronti dei non appartenenti alla religione cattolica, ha rilevato come, alla luce della definizione contenuta nell’art. 16 della legge n. 222 del 1985, non si trattasse di attività di culto o di cura delle anime ma piuttosto di testimonianza culturale tesa ad evidenziare i contenuti della religione cattolica in vista di una corretta conoscenza della stessa, così come sarebbe stato nel caso di audizione di un esponente di un diverso credo religioso o spirituale (Cons. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2010 n. 1911).

⁴³ Secondo il quale «le istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado, nell’ambito della propria autonomia, anche mediante accordi di rete ai sensi dell’articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 275, definiscono, promuovono e valutano, in relazione all’età e alla maturità degli studenti, iniziative complementari e integrative dell’iter formativo degli studenti, la creazione di occasioni e spazi di incontro da riservare loro, le modalità di apertura della scuola in relazione alle domande di tipo educativo e culturale provenienti dal territorio, in coerenza con le finalità formative istituzionali».

relative scelte⁴⁴.

Secondo questa impostazione, dunque, "le attività di culto religioso attengono alle pratiche di esercizio del credo confessionale di ciascun individuo e restano confinate nella sfera intima dei singoli, mentre una rilevanza culturale, non lesiva della libertà religiosa e non incompatibile con il principio di laicità dello Stato - quindi non escludente quanti professano una fede religiosa diversa o sono atei -, hanno tutte le attività che, nel diffondere elementi di conoscenza e approfondimento circa le religioni, la loro storia e le relazioni nel tempo intessute con la comunità, contribuiscono ad arricchire il sapere dei cittadini e ad assecondare in tal modo il progresso della società".

Così, è proprio *il contenuto* e la *natura* dell'atto di culto⁴⁵ a segnare "un'invalicabile linea di confine"⁴⁶ per la scuola pubblica la cui autonomia non può in nessun caso scindere "il nesso con le attribuzioni dell'istituzione che ha in uso i locali, ancorandone la destinazione al raggiungimento di obiettivi che sottintendono la piena partecipazione della comunità scolastica, oltre che della collettività in generale, in funzione di una crescita complessiva improntata all'arricchimento del loro patrimonio culturale, civile e sociale".

4. Attività di culto, libertà religiosa e scuola laica nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato

La decisione del Tar di Bologna è stata, come accade per tutte le questioni riguardanti la laicità dello Stato e il diritto di libertà religiosa, oggetto di un vivace

⁴⁴ La sentenza in rassegna, del resto, ricorda anche che il principio costituzionale della laicità o non-confessionalità dello Stato, secondo una costante lettura della Corte costituzionale, non significa indifferenza di fronte all'esperienza religiosa, ma comporta piuttosto equidistanza e imparzialità rispetto a tutte le confessioni religiose. Ciò fa sì che anche la tutela della libertà religiosa non si risolve nell'esclusione totale dalle istituzioni scolastiche di tutto ciò che riguarda il credo confessionale della popolazione, purché l'attività formativa degli studenti si giovi della conoscenza di simili fenomeni se ed in quanto fatti culturali portatori di valori non in contrasto con i principi fondanti del nostro ordinamento e non incoerenti con le comuni regole del vivere civile, non potendo invece la scuola essere coinvolta nella celebrazione di riti religiosi che sono essi sì attinenti unicamente alla sfera individuale di ciascuno – secondo scelte private di natura incompressibile – e si rivelano quindi estranei ad un ambito pubblico che deve di per sé evitare discriminazioni.

⁴⁵ G. CIMBALO, *Riti religiosi e benedizione pasquale nelle scuole pubbliche*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2016, pp. 105-121, *ivi* p. 110.

⁴⁶ Così P. CAVANA, *Libertà religiosa e scuola pubblica. La piccola querelle delle benedizioni pasquali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 2/2017, 23 gennaio 2007 che, però, contesta fortemente la ricostruzione offerta dal Tar di Bologna.

dibattito dottrinale⁴⁷ che, lungi dall'essere limitato a questioni di carattere meramente teorico, assume un'evidente rilevanza pratica ed applicativa.

In dottrina, infatti, vi è chi ha sottolineato come quella del Tar di Bologna sia stata una sentenza equilibrata e di buon senso⁴⁸ «di profonda e rispettosa conoscenza della Costituzione, delle leggi, dei Patti con la Chiesa cattolica e con le altre confessioni, dell'art. 21 della Costituzione sulla libertà di pensiero, dell'art. 19 e degli artt. 3 e 8 della Costituzione che impongono il rispetto del principio di uguaglianza tra chi crede e chi non crede e quindi del principio di laicità»⁴⁹; poiché se è vero che «la tutela della libertà religiosa non si risolve nell'esclusione totale dalle istituzioni scolastiche di tutto ciò che riguarda il credo confessionale della popolazione, purché l'attività formativa degli studenti si giovi della conoscenza di simili fenomeni se ed in quanto fatti culturali»⁵⁰, è anche vero che la scuola non può essere la sede per la celebrazioni di riti religiosi che attengono unicamente alla sfera individuale di ciascuno e che quindi sono estranei ad un ambito pubblico.

In questa prospettiva, dunque, le attività di culto religioso che attengono alle pratiche di esercizio del credo confessionale non sarebbero idonee a realizzare, secondo quanto disposto dall'articolo 96 del D. Lgs. n. 297/1994, la tipica

⁴⁷ *Ex plurimis*, P. CAVANA, *Benedizioni pasquali, libertà religiosa e scuola laica*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2016, 45, 2, pp. 501-517; P. CAVANA, *Libertà religiosa e scuola pubblica. La piccola querelle delle benedizioni pasquali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 2/2017, 23 gennaio 2007 che critica fortemente la ricostruzione offerta dal Tar di Bologna che focalizzandosi «sul principio di laicità ma inteso come limite assoluto e invalicabile alla libertà religiosa e alla stessa autonomia scolastica» fornisce una ricostruzione «fuorviante ed errata del nostro ordinamento e dei suoi principi ispiratori». Di diverso parere, G. CIMBALO, *Riti religiosi e benedizione pasquale nelle scuole pubbliche*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2016, pp. 105 - 121 per il quale la sentenza del Tar di Bologna è equilibrata poiché la benedizione pasquale costituirebbe «un atto devozionale, tipico e caratterizzante di una fede, che racchiude in sé un significato escludente e assoluto di devozione a uno specifico Dio mediante preghiere che ribadiscono e riaffermano l'esclusività del rapporto tra alcuni fedeli e una specifica divinità, di tale forza da estendere gli effetti dedicati e devozionali agli ambienti nei quali si svolge l'attività delle persone coinvolte nel rito. (...); essa ha il fine non solo di benedire i partecipanti al rito, ma di marcare religiosamente un immobile, incardinandolo a una religione, quella cattolica, e ponendolo sotto la protezione di una sola divinità».

⁴⁸ G. CIMBALO, *Riti religiosi e benedizione pasquale nelle scuole pubbliche*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2016, pp. 105-121; M. CROCE, *Il TAR Emilia Romagna boccia le benedizioni pasquali cattoliche nei plessi scolastici: Amministrazione e principio di laicità*, in *La rivista nel diritto*, maggio 2016, pp. 766-772.

⁴⁹ G. CIMBALO, *Riti religiosi e benedizione pasquale nelle scuole pubbliche*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2016, pp. 105-121, *ivi* p. 116.

⁵⁰ *Cfr.* Corte Costituzionale nella sentenza 203/89. *Cfr.* in dottrina S. LARICCIA, *La laicità della Repubblica italiana*, in A. PACE (a cura di), *Corte Costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 10.

“funzione della scuola come centro di promozione culturale, sociale e civile”. Linea di confine è, dunque, «tra conoscenza del fatto religioso e partecipazione al rito, ovvero tra un evento culturale ed uno culturale⁵¹, ovvero un atto devozionale che nelle intenzioni di chi lo compie intende rivolgersi a cattolici, ma anche a non cattolici, e intende porre un luogo sotto la protezione di un Dio, mediante atti conseguenti (la preghiera e gli atti rituali), finalizzati a intercedere per ottenere la protezione della divinità. La benedizione è dunque un atto di dedicazione di un luogo a un Dio, è atto di culto; esso appartiene ai “sacramentali” regolati dall’art. 1166 e seguenti del Codice Canonico»⁵².

E’ stato evidenziato, così, che la scuola deve essere luogo di cultura e di apertura al confronto tra le differenti appartenenze religiose e che il dialogo interreligioso, necessari per garantire la libertà e neutralità delle istituzioni pubbliche, si deve svolgere sul piano culturale e non attraverso l’esecuzione di uno specifico rito quale può essere la benedizione pasquale, atto liturgico ad «esecuzione univoca, unilaterale, indiscutibile di un atto devozionale che o si condivide o non si condivide» e che ha il suo profondo significato nella delimitazione «di uno spazio sotto la protezione del Dio dei cattolici»⁵³.

Anche se svolto al di fuori dell’orario ordinario delle lezioni con partecipazione volontaria⁵⁴, l’atto di culto o la pratica religiosa devozionale, naturalmente volta per la sua «natura di marcatore culturale»⁵⁵ ad affermare l’appartenenza e

⁵¹ Sull’argomentazione di natura “culturale” si rinvia a N. FIORITA, *Scuola pubblica e religioni, op. cit.*, p. 142 per il quale spesso appare “viziata da una illogicità di fondo e, per la verità, anche da una certa dose di slealtà intellettuale. Essa, infatti, neutralizza completamente il valore spirituale di simboli, cerimonie e atti che sono naturalmente, e direi necessariamente, religiosi. Una neutralizzazione che appare al contempo arbitraria e lesiva del principio costituzionale della separazione degli ordini, posto che viene realizzata da un organo appartenente ad un ordinamento diverso da quello confessionale, in cui questi atti nascono e assumono un senso, e che viene finalizzata all’utilizzazione da parte dell’ordinamento statale di quei simboli e di quelle cerimonie per il raggiungimento dei propri obiettivi”.

⁵² P. CAVANA, *Benedizioni pasquali, libertà religiosa e scuola laica*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2016, 45, 2, pp. 501-517, *ivi* p. 113.

⁵³ P. CAVANA, *Benedizioni pasquali, libertà religiosa e scuola laica*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2016, 45, 2, pp. 501-517, *ivi* p. 114.

⁵⁴ Sulla partecipazione volontaria a tali eventi vi è chi ha dubitato sia che bastasse a non ledere l'imparzialità, la neutralità e la laicità della scuola sia che ciò dell'eccezionalità e che può coinvolgere l'intera comunità scolastica potrebbe essere avvertita, specie dagli alunni di più giovane età, come un trauma, come una colpa» e che tendendo alla identificazione del “pubblico” con una sola confessione religiosa, ledano o meno l'imparzialità della scuola, la sua neutralità e la sua laicità. Cfr. N. FIORITA, *Scuola pubblica e religioni, op. cit.*, p. 139; N. COLAIANNI, *L'istruzione religiosa nelle scuole pubbliche*, in S. FERRARI (a cura di), *Musulmani in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 163.

⁵⁵ P. CAVANA, *Benedizioni pasquali, libertà religiosa e scuola laica*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2016, 45, 2, pp. 501-517, *ivi* p. 114.

l'identità del credente, non deve quindi, anche in ragione dell'articolo 9 del Concordato e di quanto sancito nelle intese con le diverse confessioni in tema di insegnamento della religione nella scuola, essere associato ad altre attività di natura «ludico-gastronomiche o evocative di antiche festività ed eventi legati all'avvicinarsi della primavera - assorbite dalla tradizione religiosa cattolica e già frutto di religioni precedenti - non assimilabili a un atto rituale come la benedizione, dotata di una programmazione rituale nel Diritto Canonico»⁵⁶ che prevede la solenne inaugurazione di un posto santo con un rito di dedicazione. A conclusioni differenti rispetto a quelle appena esposte è giunta, invece, altra parte della dottrina che ha evidenziato come la ricostruzione della fattispecie offerta dal Tar di Bologna, che sostanzialmente si fonda su una ricostruzione errata del principio di laicità inteso quale completa estromissione dalla scuola pubblica del fattore religioso quale fatto esclusivamente privato, sia stato ottenuto «assemblando passaggi di alcune sentenze della Corte Costituzionale riferentesi a fattispecie tra loro molto diverse»⁵⁷ quali, ad esempio, quelli che la Suprema Corte ha espresso in tema di censurabilità di alcune norme del codice penale che, ispirate ad un principio confessionista, erano fonte di disparità di trattamento sanzionatorio in ragione della religione professata⁵⁸. Del resto, alla laicità intesa come "equidistanza ed imparzialità" evocata dalla Corte costituzionale in tali settori, si contrappone la giurisprudenza che lo stesso organo di garanzia costituzionale ha affermato in relazione alla scuola. In questo particolare settore, infatti, si è sempre affermato che il principio di laicità, riflettendo "l'attitudine laica dello Stato-comunità" che "si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini" ed implicando "non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale"⁵⁹, ha una connotazione aperta ed inclusiva che ben si confà a quel luogo non divisivo ma di incontro ed inclusione sociale che è la scuola pubblica. Inoltre, in questa prospettiva, è stato anche sottolineato che il richiamo al principio di laicità, che pure avrebbe potuto avere un fondamento nell'ipotesi in cui il rito religioso in questione fosse stato svolto in orario scolastico, risulta, in

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ P. CAVANA, *Benedizioni pasquali, libertà religiosa e scuola laica*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2016, 45, 2, pp. 501-517, *ivi* p. 509.

⁵⁸ *Cfr.* Corte Cost., sentenza 28 luglio 1988 n. 925; Corte Cost., sentenza 14 novembre 1997 n. 329; Corte Cost., sentenza 20 novembre 2000, n. 508.

⁵⁹ *Cfr.* Corte Cost., sentenza 12 aprile 1989 n. 203.

questo caso, del tutto forviante poiché la collocazione della benedizione pasquale come attività da svolgersi (in conformità alla legislazione scolastica in tema di iniziative che si inseriscono nel solco della funzione della scuola pubblica)⁶⁰ in orario extrascolastico, così come la garanzia della libera partecipazione per alunni, famiglie e docenti, riconduce tale iniziativa tra le tipiche funzioni della scuola pubblica che, quale "luogo di promozione culturale, sociale e civile" aperto all'apporto di tutte le componenti della società, deve favorire la socializzazione, l'incontro ed il pluralismo delle idee (anche di natura religiosa). Così, la delibera impugnata davanti al TAR dell'Emilia Romagna sarebbe del tutto legittima non solo perché rispettosa dell'autonomia riconosciuta al Consiglio di Circolo dall'art. 6 del d.lgs n. 416/1974 (ora riprodotto dall'art. 10 del T. U. n. 297/1994) e, relativamente al carattere religioso dell'iniziativa, di quanto statuito dall'articolo 20 della Costituzione ma anche perché il principio di laicità, che tende a separare l'ambito proprio dello Stato da quello della Chiesa cattolica e delle altre confessioni religiose, non può essere interpretato in modo tale da impedire o pregiudicare l'esercizio di quel diritto alla libertà religiosa che l'articolo 19 della Costituzione riconosce a tutti, non solo nella sua dimensione negativa ma anche in quella positiva e, cioè, come facoltà, anche all'interno delle istituzioni pubbliche, di esercitare il culto purché ciò non sia «pregiudizievole o discriminatorio nei confronti di credenti di altre fedi religiose o dei non credenti»⁶¹.

Su questa vicenda, fiorirono non solo di reazioni da parte della Conferenza Episcopale Italiana e di alcune amministrazioni locali⁶² ma anche, come si è visto, di riflessioni dottrinali contrastanti e di numerose pronunce giurisprudenziali che sono giunte ad esiti diversi, si è pronunciato, da ultimo, il Consiglio di Stato al quale il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, rappresentato dall'Avvocatura generale dello Stato, proponeva ricorso per lesione del principio di laicità dello Stato da parte del Tar, con contestuale istanza di misura cautelare provvisoria *inaudita altera parte ex art. 56 c. p. a.* presentata immediatamente dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca⁶³.

⁶⁰ Cfr. Art. 96, commi 4-6, del D. Lgs 16 aprile 1994, n. 297 *Approvazione del testo unico*.

⁶¹ P. CAVANA, *Benedizioni pasquali, libertà religiosa e scuola laica*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2016, 45, 2, pp. 501-517, *ivi* p. 513.

⁶² F. MARCHESE RAGONA, *Basta con le solite lobby che censurano i cristiani*, in *Il Giornale*, 7 marzo 2015; B. PERSICHELLA, *Governo e Pd contro il Tar laico. Benedizioni, il Pd boccia il Tar Il ministero pronto a fare ricorso*, in *Corriere di Bologna*, 12/2/2016.

⁶³ Istanza accolta dal Cons. Stato, sez. VI, con il Decreto n. 763 del 2016. Tale Decreto ha disposto l'inibizione temporanea della sentenza appellata ritenendo esistente l'estrema gravità e urgenza di cui agli artt. 56 e 98 c. p. a.

Il Consiglio di Stato, dopo aver disposto l'inibizione temporanea della sentenza appellata per l'esistenza di un danno grave e irreparabile in caso di sua applicazione⁶⁴, si pronuncia il 23 marzo 2017 chiarendo in primo luogo che "l'interesse processuale delle parti ad ottenere una pronuncia del Consiglio di Stato nella controversia ha ormai carattere soltanto morale, dato che l'eventuale annullamento ora per allora degli atti qui impugnati non potrebbe avere altro risultato, se non quello implicito di costituire anche un precedente, non essendo stata presentata alcuna altra domanda accessoria oltre quella di annullamento". Nel merito il Consiglio di Stato, ricordando che "la benedizione pasquale è un rito religioso, rivolto all'incontro tra chi svolge il ministero pastorale e le famiglie o le altre comunità, nei luoghi in cui queste risiedono, caratterizzato dalla brevità e dalla semplicità, senza necessità di particolari preparativi" e che "il fine di tale rito, per chi ne condivide l'intimo significato e ne accetta la pratica, è anche quello di ricordare la presenza di Dio nei luoghi dove si vive o si lavora, sottolineandone la stretta correlazione con le persone che a tale titolo li frequentano", ha ritenuto che la benedizione pasquale non avrebbe alcun senso nei soli locali senza la presenza degli appartenenti alle relative comunità di credenti né avrebbe senso se avvenisse in altri luoghi.

Così, può ragionevolmente chiedersi che questo sia svolto "nelle scuole, alla presenza di chi vi acconsente e fuori dall'orario scolastico, senza che ciò possa minimamente ledere, neppure indirettamente, il pensiero o il sentimento, religioso o no, di chiunque altro che, pur appartenente alla medesima comunità, non condivida quel medesimo pensiero e che dunque, non partecipando all'evento, non possa in alcun senso sentirsi leso da esso".

Del resto, i giudici di Palazzo Spada, che si domandano «come sia possibile che un (minimo) impiego di tempo sottratto alle ordinarie attività scolastiche, sia del tutto legittimo o tollerabile se rivolto a consentire la partecipazione degli studenti ad attività "parascolastiche" diverse da quella di cui trattasi, ad esempio di natura culturale o sportiva, o anche semplicemente ricreativa, mentre si trasformi, invece, in un non consentito dispendio di tempo se relativo ad un evento di natura religiosa, oltretutto rigorosamente al di fuori dell'orario scolastico»,

⁶⁴ Si deve precisare che alla data dell'adozione del Decreto n. 763 del 2016 i provvedimenti impugnati innanzi al Tar di Bologna (autorizzazioni alla celebrazione delle benedizioni pasquali del marzo 2015), non essendo stati all'epoca sospesi, hanno avuto regolare esecuzione. Inoltre, la sentenza di annullamento ad opera del Tar di Bologna è stata sospesa dal Consiglio di Stato in via cautelare con il decreto presidenziale 7 marzo 2016 n.763. Ciò nonostante in occasione della successiva Pasqua del 2016 l'Amministrazione scolastica dell'Istituto comprensivo 20 di Bologna ha deliberato nel senso di non concedere i locali per lo svolgimento della benedizione.

precisano che, per un elementare principio di non discriminazione, non può attribuirsi alla natura religiosa di un'attività una valenza negativa tale da renderla vietata o intollerabile unicamente perché espressione di una fede religiosa, mentre, se non avesse tale carattere, sarebbe ritenuta ammissibile e legittima. Rigettando la distinzione avanzata fra atti di culto e attività culturali proposta dal Tar di Bologna, si chiarisce che la benedizione pasquale nelle scuole, che non può incidere sullo svolgimento della didattica e della vita scolastica proprio come tutte le altre attività parascolastiche, non potendo subire un trattamento peggiore rispetto ad altre diverse attività parascolastiche, giacché non vi è nell'ordinamento alcun divieto di autorizzare lo svolgimento nell'edificio scolastico (in orario extrascolastico e assicurando la libera partecipazione) attività di tipo religioso, può essere legittimamente programmata o autorizzata dai competenti organi di autonomia (che l'art.10 del D.Lgs. del 1994, n. 297 riconosce nel Consiglio di Circolo o di Istituto) delle singole scuole che, ex articolo 96, quarto comma, del D.Lgs. 16 aprile 1994, n. 297, possono utilizzare i loro locali fuori dall'orario del servizio scolastico per attività che realizzino la funzione della scuola come centro di promozione culturale, sociale e civile (tra le quali deve ricomprendersi anche quelle rivolte alla realizzazione di un culto religioso). Dunque, per il Consiglio di Stato, non risultando fondati i motivi attinenti all'incompetenza, alle denunciate violazioni di legge, al difetto di motivazione ed all'eccesso di potere, i provvedimenti impugnati dai ricorrenti di primo grado appaiono legittimi poiché, pur confermando il principio della laicità dello Stato, l'art. 20, nello stabilire che «il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto d'una associazione od istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative (...) per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività», pone un divieto di un trattamento peggiore, sotto ogni aspetto, delle manifestazioni religiose in quanto tali.

Tale articolo, strettamente connesso sia al principio di inviolabilità della persona nei suoi diritti fondamentali (art. 2 Cost.) sia al precetto disciplinato dall'art. 21 che riconosce a "tutti" di manifestare "liberamente" il proprio pensiero⁶⁵, acquista così, contemplando un'ulteriore garanzia di libertà, particolare rilievo e completa il quadro dell'ordinamento costituzionale dei rapporti tra Stato e Chiesa rispetto

⁶⁵ C. MAGNI, *Teoria del diritto ecclesiastico civile*, Padova, Cedam, 1952, pp. 92-93; A. C. JEMOLO, *Le libertà garantite dagli artt. 8, 19, 21 Cost.*, in *Il diritto ecclesiastico*, I, 1952, pp. 406 ss.; G. DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione*, Torino, Giappichelli, 1988, p. 120; G. LEZIROLI, *Aspetti della libertà religiosa nel quadro dell'attuale sistema tra Stato e confessioni religiose*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 228 ss.; P. G. CARON, *Libertà ed uguaglianza religiosa nell'art. 20 cost.*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, 1959, pp. 48 ss.

agli articoli 7, 8, 19. Se questi ultimi garantiscono la posizione della Chiesa Cattolica, delle altre confessioni religiose e la libertà religiosa di tutti in ogni forma, l'articolo 20, che rappresenterebbe «un evidente svolgimento dell'articolo 3 comma 1 per quanto riguarda le formazioni sociali», e che vuole garantire la facoltà dei singoli e delle confessioni religiose a dar vita ad enti, associazioni e a istituzioni aventi carattere ecclesiastico e fine di religione o di culto, mira a rafforzare, nello stesso tempo, la libertà religiosa e ad estendere il principio di uguaglianza garantendo, così, quegli aspetti della libertà religiosa e dell'uguaglianza giuridica che potrebbero non risultare protetti da un'interpretazione restrittiva degli articoli 3, 7, 8, 19 della Costituzione⁶⁶.

In questa prospettiva, dunque, il Consiglio di Stato, richiamando anche l'articolo 4 del D.P.R. 8 marzo 1999, n. 275 che dispone che le istituzioni scolastiche, nel rispetto della libertà di insegnamento, della libertà di scelta educativa delle famiglie e delle finalità generali del sistema (...), riconoscono e valorizzano le diversità, promuovono le potenzialità di ciascuno adottando tutte le iniziative utili al raggiungimento del successo formativo ed essendo negli atti impugnati garantita la libertà di partecipare all'evento in orario non scolastico, senz'alcuna forma di contrapposizione con altri credo religiosi o con qualsivoglia diversa ideologia⁶⁷, e ribadendo che "per un elementare principio di non discriminazione, non può attribuirsi alla natura religiosa di un'attività una valenza negativa tale da renderla vietata o intollerabile unicamente perché espressione di una fede

⁶⁶ F. FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 148 ss.; A. AMORTH, *Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 64; M. CONSOLI, *Studi in onore di Arturo Carlo Jemolo*, I, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 1263 ss.; F. FINOCCHIARO, *Commento all'articolo 20 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, Fondato da G. BRANCA, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, pp. 300-303; F. ONIDA, *L'art. 20 della Costituzione*, in *Rapporti fra Stato e confessioni religiose nella prospettiva di una revisione della Costituzione*, 1996, pp. 105-113; P. DI MARZIO, *Art. 20 della Costituzione, Interpretazione analitica e sistematica*, Giappichelli, Torino, 1999; M. Ricca, *Art. 20 della Costituzione. Anamnesi e prognosi di una norma non inutile*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, Padova, Cedam, 2002, pp. 1537-1559; A. BETTETINI, *Art. 20 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione* a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, Utet, 2006, p. 443; G. CATALANO, *Osservazioni sull'articolo 20 della Costituzione*, in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, II, Milano, Giuffrè, p. 354; R. D'ALESSIO, *Commento all'art. 20*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, p. 126; A. C. JEMOLO, *Le libertà garantite dagli artt. 8, 19, 20 Cost.*, in *Il diritto ecclesiastico*, I, 1952, p. 406; T. LANDOLFI, *L'art. 20 della Costituzione nel sistema degli enti ecclesiastici*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1969, p. 262; F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, introduzioni e note di P. CALAMANDREI, Firenze, La nuova Italia, 1975.

⁶⁷ Come del resto ha sottolineato la Corte Costituzionale, con la Sentenza n. 334 del 1996, che ha affermato come "in nessun caso il compimento di atti appartenenti, nella loro essenza, alla sfera della religione possa essere oggetto di prescrizioni obbligatorie derivanti dall'ordinamento giuridico dello Stato".

religiosa”, accoglie l’appello e, per l’effetto, rigetta il ricorso di primo grado.

5. Considerazioni conclusive.

La pronuncia del Consiglio di Stato che ha accolto il ricorso del Ministero dell’Istruzione dell’Università e della Ricerca, ribaltando la decisione del Tar Emilia Romagna la quale - attraverso una ricostruzione del principio di laicità inteso come equidistanza e imparzialità e, dunque, quale esclusione dalla sfera pubblica del fattore religioso - aveva annullato la delibera con cui un Consiglio di Istituto di Bologna aveva autorizzato la benedizione pasquale nei locali della scuola in orario extrascolastico, si fonda proprio sul presupposto che dal nostro ordinamento, così come dalla giurisprudenza ormai consolidata, emerge un principio di laicità che “implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale”⁶⁸.

E’ su tale concezione, inclusiva ed aperta, della laicità che, dunque, anche la scuola pubblica deve essere vista come luogo di incontro e inclusione sociale dove «educare gli alunni alla massima possibile indipendenza da ogni preconconcetto non dimostrato», abituando gli alunni ad un approccio critico e non dogmatico sostituendo «all’intolleranza settaria il rispetto di tutte le opinioni sinceramente professate»⁶⁹, in virtù anche del fatto che “l’attitudine laica dello Stato-comunità, che risponde non a postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato-persona o dei suoi gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo” deve porsi anche al “servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini”⁷⁰.

Pertanto, il richiamo ad un principio di laicità dello Stato, inteso come necessaria separazione tra le funzioni istituzionali, aperte a tutti, così come il *discrimen* tra un atto culturale ed uno cultuale, non possono ritenersi di natura tale da rappresentare un limite al diritto di libertà religiosa e da generare, così, effetti potenzialmente discriminanti e da determinare nuove forme di intolleranza religiosa.

Il Consiglio di Stato, con questa pronuncia, affrontando una delle questioni oggi più controverse quale è quella della rilevanza pubblica delle religioni, afferma chiaramente che la scuola pubblica deve essere luogo di promozione culturale,

⁶⁸ Corte Cost., sentenza 12 aprile 1989, n. 203.

⁶⁹ G. SALVEMINI, *Che cos’è la laicità* (1907), in ID., *Opere*, V, *Scritti sulla scuola*, a cura di L. BORGHI, B. FINOCCHIARO, Milano, Feltrinelli, 1966, pp. 881 ss.

⁷⁰ Corte Cost., sentenza 12 aprile 1989, n. 203.

sociale e civile aperto all'apporto di tutte le componenti della società e che spetta agli organi interni della scuola, nell'esercizio della loro autonomia, individuare legittimamente quelle attività che possano favorire il carattere pluralista della scuola⁷¹ e che non impediscano l'esercizio della libertà religiosa.

Rispondere, dunque, ad una legittima istanza di esercizio di libertà religiosa espressa dalle varie componenti della comunità scolastica, che nel caso di specie si concretizza nel compimento di una pratica religiosa senza effetti discriminatori per gli altri alunni, appare, secondo la ricostruzione offerta dal Consiglio di Stato, assolutamente legittimo poiché, al contrario, il divieto enunciato dal Tar emiliano di compiere all'interno della scuola pubblica qualsiasi rito religioso, anche in orario extrascolastico, porta con sé un'assolutizzazione ed una strumentalizzazione del principio di laicità che mortifica indebitamente la funzione della scuola come luogo di partecipazione e di integrazione e favorisce, inevitabilmente, una forma di pluralismo difettivo, antagonistico e privo di una necessaria componente relazionale.

Indubbiamente, oggi, la metamorfosi in senso multiculturale e multireligioso delle società contemporanea, così come la «perdita di coordinate di riferimento culturale e sovrapposizioni repentine di novità»⁷², favoriscono un clima di perenne rivendicazione del principio di laicità e del diritto di libertà di religione che rende particolarmente vulnerabili tutte le istituzioni pubbliche che faticano a dare risposte alle varie richieste identitarie, alimentando, così, le rivendicazioni di diversi e contrapposti paradigmi identitari/culturali⁷³.

La soluzione a questo *empasse* non può risiedere in una chiusura degli spazi pubblici alla religione, vista solo come "affare privato", in ragione di un principio di laicità inteso come limite assoluto e invalicabile alla libertà religiosa.

⁷¹ In tal senso si muove anche la nostra legislazione pattizia con le confessioni acattoliche. Cfr. Art. 10, legge n. 449 del 1984; Art. 12, legge n. 516 del 1988; ; art. 11, terzo comma, legge 8 marzo 1989, n. 101; art. 9, legge n. 116 del 1995; art. 10, secondo comma, legge 29 novembre 1995, n. 520; Art. 7, quarto comma, legge n. 126 del 2012; art. 12, terzo comma, legge n. 127 del 2012; art. 10, secondo comma, legge n. 128 del 2012; art. 6, secondo comma, legge 31 dicembre 2012, n. 245; ; art. 6, terzo comma, legge 31 dicembre 2012, n. 246.

⁷² M. RICCA, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2013, p. 195.

⁷³ Sul tema si rinvia a M. RICCA, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Palermo, Torri del Vento, 2012; M. RICCA, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2013; M. RICCA, *Il tradimento delle immagini tra Kirpan e transazioni interculturali. Cultura vs. competenza culturale nel mondo del diritto*, in «Rivista dell'Associazione italiana di studi semiotici: EC», www.wc-aiss.it (2013), pp. 1-31; M. RICCA, *Riace, il futuro è presente. Naturalizzare "il globale" tra immigrazione e sviluppo interculturale*, Bari, Dedalo, 2010. M. RICCA, *Oltre Babele, codici per una democrazia interculturale*, Bari, Dedalo, 2008; M. RICCA, *Dike meticcica. Rotte di diritto interculturale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008.

Una simile ricostruzione sarebbe assai poco lungimirante poiché escluderebbe di fatto all'interno della dimensione pubblica qualsiasi iniziativa di dialogo interreligioso. La risposta, piuttosto, deve passare sia per l'affermazione che la sfera pubblica va intesa come uno spazio nel quale vivono e si incontrano differenti identità e differenti appartenenze etniche, religiose e culturali e dove l'affermazione del diritto di libertà religiosa, quale diritto fondamentale costituzionalmente garantito ed assicurato anche all'interno delle istituzioni pubbliche, sia attraverso una sana lettura del principio di laicità, inteso non come limite ma come garanzia "per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale"⁷⁴, che permetta di intraprendere un percorso di reciproca conoscenza ed accettazione capace di comporre l'imperativo dell'uguaglianza con le istanze al rispetto della diversità.

Del resto, il fattore religioso è per sua natura anche un fatto di rilevanza pubblica⁷⁵ e la rivendicazione di una sua presenza nello spazio pubblico è perfettamente in linea con il diritto di libertà religiosa quale libertà di professare la fede, di farne propaganda, di esercitarla non solo in privato ma anche nella sfera pubblica.

Come giustamente ha affermato Benedetto XVI, «la libertà religiosa, come ogni libertà, pur muovendo dalla sfera personale, si realizza nella relazione con gli altri. Una libertà senza relazione non è libertà compiuta. Anche la libertà religiosa non si esaurisce nella sola dimensione individuale, ma si attua nella propria comunità e nella società, coerentemente con l'essere relazionale della persona e con la natura pubblica della religione»; dunque, «oscurare il ruolo pubblico della religione significa generare una società ingiusta, poiché non proporzionata alla vera natura della persona umana»⁷⁶.

Allora il principio di laicità, che come ha affermato la Corte Costituzionale consente di affermare che "la tutela della libertà religiosa non si risolve nell'esclusione totale dalle istituzioni scolastiche di tutto ciò che riguarda il credo confessionale della popolazione, purché l'attività formativa degli studenti si giovi della conoscenza di simili fenomeni se ed in quanto fatti culturali"⁷⁷, non può essere inteso, sulla base di una incerta e "scivolosa" distinzione tra conoscenza

⁷⁴ Corte cost., sentenza n. 203 del 1989.

⁷⁵ Cfr. *ex plurimis* J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, trad. it. di M. CARPITELLA, Roma-Bari, Laterza, 2006.

⁷⁶ BENEDETTO XVI, *Messaggio per la giornata della Pace 2011*, n. 6 consultabile sul sito internet: http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/messages/peace/documents/hf_ben-xvi_mes_20101208_xliv-world-day-peace_it.html

⁷⁷ Corte Cost., sentenza n. 203 del 1989

del fatto religioso e partecipazione al rito ovvero, tra un evento culturale e quello culturale, come limite capace, paradossalmente, di impedire che all'interno delle istituzioni pubbliche vi sia il legittimo esercizio da parte degli utenti, genitori ed alunni proprio di quella libertà fondamentale costituzionalmente garantita quale è il diritto alla libertà religiosa.

La laicità, «principio perennemente in crisi, se non altro perché perennemente alla ricerca della definizione più adeguata al proprio statuto»⁷⁸, inteso come «strategia in grado di integrare le proiezioni dell'esperienza religiosa nel lessico dell'uguaglianza giuridica»⁷⁹ e «come "attenzione" e "pari tutela" dello Stato nei confronti del fenomeno religioso»⁸⁰, diviene il collante tra le opposte tendenze, il denominatore comune valido e applicabile a tutti i gruppi.

La laicità riscopre, dunque, il suo valore e viene chiamata ad adempiere a una funzione di educazione alla convivenza quale «strumento e metodo insostituibile di governo di una società che vuole essere portatrice di valori di libertà e sceglie di non indulgere nella realizzazione di enclaves in nome di un malinteso diritto di libertà, del rispetto delle radici e dei valori culturali, delle credenze religiose di un'etnia o di un popolo»⁸¹. Lo Stato laico deve, quindi, porsi come punto di convergenza delle diverse ideologie, senza assumerne alcuna come propria. In questo senso esso è neutrale. Neutralità che, a sua volta, non deve essere intesa in senso negativo ma, piuttosto, in una dimensione positiva quale capacità continua di impedire la prevaricazione di determinate concezioni e il loro imporsi esclusivo su tutte le altre. Così, lo Stato può garantire che le scelte collettive, specialmente quelle che non appaiono come moralmente neutre, avvengano attraverso un procedimento di decisione pubblica e, dunque, in forma dialogica⁸². La laicità, in fondo, significa anche tolleranza e capacità di farsi portavoce di un

⁷⁸ F. D'AGOSTINO, *Il problema della laicità nell'esperienza contemporanea*, in J. GOTI ORDENANA, *Secularization y laicidad en la experiencia democrática moderna: jornada de estudio*, San Sebastian, Libreria Carmelo, 1996, p. 31; cfr. L. GUERZONI, *Il principio di laicità tra società civile e Stato*, in M. TEDESCHI, *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Catanzaro, Soveria Mannelli, 1996, p. 60; G. CASUSCELLI, *La laicità e le democrazie: la laicità della Repubblica democratica secondo la Costituzione italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechurch.it), ora in *Quad. dir. pol. Eccl.*, 2007, p. 172.

⁷⁹ M. RICCA, *Dike meticcias. Rotte di diritto interculturale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, p. 104.

⁸⁰ G. PINO, *Libertà religiosa e società multiculturale*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 157-188, *ivi* p. 158

⁸¹ G. CIMBALO, *Laicità come strumento di educazione alla convivenza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica, marzo 2007.

⁸² Cfr. F. RIMOLI, voce *Laicità*, in *Enc. Giur.*, Vol. XVIII, Roma, Treccani, 1990, pp. 3-5; F. RIMOLI, *Democrazia, pluralismo, laicità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

credo, consapevoli dell'esistenza legittima di altri⁸³. In questa prospettiva, assieme alla laicità⁸⁴, è normale anche una riproposizione del principio di tolleranza⁸⁵, da non intendersi come concessione del potere costituito o del gruppo dominante quanto, piuttosto, riacquistando «la sua valenza in quanto [...] paradigma di valutazione e controllo della regola democratica della convivenza pacifica»⁸⁶, come disponibilità⁸⁷ a mettere in discussione le proprie convinzioni e a non vedere nell'altro un nemico, ma un interlocutore.

⁸³ C. MAGRIS, *Laicità e religione*, in G. PRETEROSSO (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma- Bari, Laterza, 2005, pp. 109 ss.; L'uomo tollerante non è più il portatore di una verità assoluta, ha ormai raggiunto una visione "problematica della verità" che lo rende aperto e disponibile al dialogo. Così R. GATTI, voce *Tolleranza* in *Dizionario delle idee politiche*, a cura di E. BERTI, G. CAMPANINI, Roma, Ave, 1993, p. 917.

⁸⁴ La laicità diviene il collante tra le opposte tendenze, il denominatore comune valido e applicabile a tutti i gruppi. La laicità riscopre, dunque, il suo valore e viene chiamata ad adempiere a una funzione di educazione alla convivenza quale «strumento e metodo insostituibile di governo di una società che vuole essere portatrice di valori di libertà e sceglie di non indulgere nella realizzazione di enclaves in nome di un malinteso diritto di libertà, del rispetto delle radici e dei valori culturali, delle credenze religiose di un'etnia o di un popolo»: Così G. CIMBALO, *Laicità come strumento di educazione alla convivenza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, rivista telematica*, marzo 2007. Cfr. anche M. L. LANZILLO, *Tolleranza*, Bologna, Il Mulino, 2001; M. D'ARIENZO, *Attualità della tolleranza*, in *Dir. Eccl.*, 2004, I, p. 508.

⁸⁵ Per molto tempo l'Occidente ha messo da parte il concetto di tolleranza poiché, nelle società, le varie differenze ideologiche e culturali dei vari gruppi minoritari, essendo riconducibili comunque ad un complesso di principi e valori condivisi, non compromettevano gli equilibri sociali [Cfr. A. E. GALEOTTI, *La tolleranza. Una proposta pluralista*, Napoli, Liguori, 1994, p. 9]. L'avvento di gruppi alloctoni e portatori di un complesso valoriale in nessun modo ricollegabile a quello della comunità ospitante ha riportato in auge il concetto di tolleranza. Infatti «più le nostre società diventano multiculturali, più la tolleranza riacquista la sua funzione primaria di regolatrice delle frizioni interreligiose ed interculturali, estende i suoi campi d'applicazione e diviene non solo un criterio di ordine etico, ma un principio giuridico necessario ad assicurare un'armoniosa convivenza tra le culture diverse». Così S. FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, p. 41; cfr. anche il Preambolo alla Dichiarazione dei principi sulla tolleranza dell'Unesco del 1995.

⁸⁶ M. D'ARIENZO, *Attualità della tolleranza*, in *Dir. Eccl.*, I, 2004, p. 498 ss.; cfr. M. L. LANZILLO, *Tolleranza*, Bologna, Il Mulino, 2001.

⁸⁷ Il principio di ragionevolezza su cui si fonda la tolleranza necessita di reciproca disponibilità tra le parti che debbono essere, quantomeno, propense ad ascoltare le ragioni altrui. Cfr. K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Bologna, Il Mulino, 1972, p. 604.

La votazione alfanumerica tra discrezionalità tecnica, obbligo di motivazione e sindacato del GA.

*Di Luigi MONTARIELLO**

SOMMARIO: **1.** La problematica. **2.** Motivazione, discrezionalità tecnica e sindacato del GA. **3.** Gli orientamenti in materia. **3.1.1.** Tesi della sufficienza del punteggio numerico. **3.1.2.** Tesi della necessità della motivazione. **3.1.3.** Tesi della motivazione assoluta attraverso segni grafici o glosse *a latere*. **4.** Gli approdi giurisprudenziali più recenti. **4.1.** Le conferme del massimo plesso giurisdizionale amministrativo. **5.** Una soluzione veramente rassicurante?

1. La problematica.

Il Consiglio di Stato, nella sua composizione più autorevole, torna sulla *vexata quaestio* della sufficienza o meno delle votazioni alfanumeriche – apposte dalle commissioni d’esame sugli elaborati concorsuali – rispetto all’obbligo di motivazione *ex lege* imposto all’amministrazione¹.

Punctum dolens è la compatibilità di siffatta tecnica motivazionale con i requisiti di stretta legalità provvedimentale, con particolare riferimento, tanto al corollario della sussistenza – *an* della motivazione – quanto della consistenza, o meglio, dei requisiti sostanziali della completezza, logicità, coerenza e ragionevolezza – *ubi consistam* della motivazione stessa.

Pertanto, la tensione dialettica tra le plurime tesi concerne il se, a monte, la motivazione alfanumerica sia o meno adempimento dell’obbligo in questione, e, in caso di risposta affermativa, quali connotati debba presentare per dirsi soddisfatti i predicati sopra enunciati.

2. Motivazione, discrezionalità tecnica e sindacato del GA.

Ben si comprende, allora, come siffatta problematica investa aspetti applicativi di non poco momento, specie se si tengono nella dovuta considerazione le plurime funzioni assolte dalla motivazione provvedimentale, trattandosi di istituto principe del diritto amministrativo.

Per come concepita assolverebbe ad una funzione garantista di ampio respiro, non solo con riferimento al principio di conoscenza/conoscibilità da parte del

* Specializzato in professioni legali.

¹ Art. 3 L. 241/1990.

destinatario dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche sottese alle valutazioni di inidoneità afferenti al proprio elaborato concorsuale (essendo esternazione dell'*iter* logico-giuridico seguito dall'amministrazione per approdare a quelle valutazioni, in ossequio ai canoni di buona amministrazione *ex art.* 97 Cost. ormai positivizzati nella legge fondamentale con conseguente trapasso di molti vizi dall'alveo dell'eccesso di potere a quello della violazione di legge, stante la loro immediata precettività e perdita della mera valenza programmatica e di indirizzo), ma anche e con particolare riguardo, tanto al principio di accessibilità alle tutele giurisdizionali *ex art.* 24 Cost. (essendo il vizio di motivazione motivo di impugnazione su cui, peraltro, fondare le doglianze caducatorie) quanto, infine, alle garanzie *ex art.* 111 Cost. del giusto processo, *sub specie*, di pienezza ed effettività delle tutele in questione.

Per quanto concerne tale ultimo aspetto, si aggiunga che i corollari della pienezza ed effettività delle tutele giurisdizionali, essendo principi di derivazione eurounitaria, sarebbero caratterizzati da particolare *vis* espansiva promanante dal c.d. principio di primazia del diritto comunitario sul diritto interno. Pertanto, assumerebbero rilevanza sì preminente da far avvertire, in seno alla giurisprudenza amministrativa², il bisogno di un ripensamento del grado di incisività del sindacato esperibile dal GA sulle scelte tecnico-discrezionali effettuate dall'amministrazione.

Infatti, se da una parte il GA ha ormai pieno accesso al fatto, in virtù del copioso prontuario di strumenti cognitori predisposti dal c.p.a. – in perfetta armonia con il processo di trasmutazione del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto, con annessa centralità del giudizio di spettanza del bene della vita – allora, dall'altra, è ben possibile ipotizzare un sindacato nuovo e maggiormente

² A riguardo, specie in materia di sindacato sulla discrezionalità tecnica esercitata dalle *Authorities*, si è passati dal c.d. sindacato intrinseco debole in cui il «giudice può solo verificare la logicità, congruità, ragionevolezza ed adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione, ma non può anche sostituire le proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità» (Cons. St., VI, 1 ottobre 2002, n. 5156); giungendo al c.d. sindacato pieno ed effettivo. Infatti, non rilevarebbe l'accezione forte o debole del sindacato del GA, ma «l'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità delle controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere [nel caso trattato] in materia antitrust, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all'Autorità sia stato esercitato correttamente» Cons. St., VI, 27 gennaio 2004, n. 926).

pregnante sulla discrezionalità tecnica, *alias*, «forte, pieno ed effettivo» (Cons. St., VI, del 20 febbraio 2008, n. 597)³.

Trattasi, evidentemente, di attuazione fattiva e concreta delle garanzie costituzionali e comunitarie sopra citate, il cui limite, tuttavia, è pur sempre quello sistematico della non ingerenza del potere giurisdizionale nel c.d. merito amministrativo⁴, onde evitare una violazione dei c.d. limiti esterni della giurisdizione amministrativa sindacabile dalla Corte di Cassazione *ex art.* 111, comma 8 Cost.

In conclusione, i provvedimenti amministrativi espressivi di scelte tecnico-discrezionali sono sindacabili sotto il profilo dell'eccesso di potere, *sub specie*, per errore di fatto o travisamento di fatto e, per quel che maggiormente rileva in questa sede, per la non attendibilità delle valutazioni tecnico-discrezionali⁵ laddove discrasiche rispetto ai criteri ed alle scienze tecniche di riferimento. Queste ultime, seppure connotate da un certo grado di opinabilità, non univocità ed irripetibilità, comunque sarebbero criteri tecnici predeterminati implicanti per la stessa amministrazione l'accettazione di parametri determinati, tanto tecnicamente indiscussi, quanto a ridotto margine di opinabilità⁶, cui,

³ Sempre in materia di sindacato del GA sulle scelte tecnico-discrezionali delle *Authorities*, si è affermato che «con riferimento alle valutazioni tecniche, [omissis], la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione» (Cons. St., VI, 17 dicembre 2007, n. 6469).

⁴ Cass., S.U., 17 marzo 2008, n. 7063, infatti, ha affermato che «ciò che non è consentito al Consiglio di Stato è un controllo di tipo 'forte' sulle valutazioni tecniche opinabili, id est l'esercizio, da parte del giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza».

⁵ Non si sarebbe al cospetto di una insindacabilità assoluta della discrezionalità tecnica, infatti «il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, ma alla verifica diretta all'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo» (Cons. St., IV, 9 aprile 1999, n. 601).

⁶ Argomentazioni utilizzate delle Cass. S.U. penali della Corte di Cassazione per l'accertamento della falsità, rispettivamente, nei reati di falsa testimonianza in caso di subornazione del consulente tecnico del p.m. (Cass., S.U., 23 ottobre 2013, n. 43384) e di false comunicazioni sociali in materia di reati societari (Cass. S.U., 27 maggio 2016, n. 22474); stante, al pari della discrezionalità tecnica in seno al diritto amministrativo, l'esperimento di giudizi valutativi presupponenti l'applicazione di scienze tecniche-specialistiche. Pertanto è convincimento dello scrivente che la loro opinabilità, non univocità ed irripetibilità, sarebbero comunque accessibili dal giudice penale ed amministrativo al fine di accertare, rispettivamente, la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del reato o l'illegittimità del provvedimento amministrativo. Infatti, la falsità penalmente rilevante o l'illegittimità del provvedimento per il vizio di eccesso di potere rinverrebbero nell'inattendibilità

evidentemente, le valutazioni a valle ne sono mera attuazione. Per queste ragioni sarebbero accessibili e verificabili dal GA, ancorché per il tramite della CTU.

Da quanto brevemente evidenziato, senza alcuna pretesa di esaustività, è possibile rimarcare come la motivazione sia elemento imprescindibile del provvedimento, essendo elemento attraverso cui il GA, ove sollecitato dalle doglianze caducatorie del ricorrente, possa sindacare in via indiretta e mediata la correttezza delle valutazioni e dei giudizi tecnici effettuati dall'amministrazione. Ne conseguirebbe che l'illegittimità del provvedimento sarebbe desumibile in via inferenziale dalla motivazione insufficiente, incoerente, incongrua, illogica ed irragionevole.

Attraverso detti indici sintomatici, allora, sarebbe possibile desumere l'inattendibilità delle soluzioni tecniche adoperate dalla commissione esaminatrice, prestando particolare attenzione al raffronto tra i criteri tecnico-scientifici predisposti a monte dalla commissione stessa o dal bando di concorso e le loro concrete modalità attuative in sede di correzione degli elaborati.

In conclusione, alla commissione d'esame non sarebbe richiesta alcuna valutazione discrezionale amministrativa afferente alla ponderazione di più interessi configgenti tra loro cui debba seguire l'esercizio di un potere funzionale pubblicistico di ponderazione degli stessi e di scelta dell'assetto più adeguato al caso concreto, ma un accertamento, sulla base di criteri oggettivi e scientifici, del possesso di requisiti professionali ed attitudinali ai fini del giudizio di idoneità o meno dei partecipanti alla procedura concorsuale pubblicistica.

3. Gli orientamenti in materia.

La giurisprudenza amministrativa si è più volte confrontata con la tematica in questione dando vita ad un interessante *iter* evolutivo, che, in vero, già si era assestato su posizioni esegetiche stabili, ma che, evidentemente, non pare del tutto volto al termine; ne è dimostrazione la necessità di un intervento in materia, diremo, "rassicuratore" dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato costituito dalla sentenza n. 7 del 2017, oggetto di disamina nel presente contributo.

L'asserita inaccessibilità alle ragioni sottese ai giudizi di inidoneità degli elaborati, stante il mero dato alfanumerico della votazione, è problematica che, seppure

delle soluzioni adoperate e dei giudizi effettuati – a fronte delle scienze tecniche di riferimento – il medesimo fondamento.

investa trasversalmente tutte le ipotesi di valutazioni tecniche-discrezionali in seno alla generalità delle procedure selettive/concorsuali, ha in particolare modo interessato gli esami di abilitazione alla professione forense, il cui dato quantitativo ha elevato siffatta ipotesi applicativa a figura paradigmatica in cui si è maggiormente presentato e percepito un *deficit* motivazionale.

3.1.1. Tesi della sufficienza del punteggio numerico.

Una prima impostazione afferma la sufficienza del punteggio numerico, ancorando le proprie argomentazioni sul c.d. equivoco della discrezionalità tecnica; infatti, non sarebbe possibile ricondurre la stessa alla discrezionalità amministrativa *tout court*. Mentre quest'ultima sarebbe espressione di valutazioni di opportunità e convenienza di un determinato assetto di interessi tra i tanti astrattamente possibili ed equipollenti – manifestandosi come vera e propria scelta funzionalizzata all'individuazione, previa acquisizione di tutti gli interessi privati secondari e pubblici coinvolti, dell'assetto degli stesi in concreto più adeguato al miglior perseguimento e soddisfacimento dell'interesse pubblico alla cui cura l'amministrazione è stata *ex lege* preposta – invece, la discrezionalità tecnica sarebbe espressione di un vero e proprio giudizio di valore con applicazione di nozioni di carattere tecnico-scientifico.

Più precisamente, una volta che l'amministrazione ha individuato i criteri tecnici da adoperare, si autovincolerebbe nella successiva attività attuativa, motivo per cui l'operato delle commissioni d'esame si atteggierebbe come mero giudizio di valore, *alias*, vera e propria attività accertativa e ricognitiva⁷.

Ne conseguirebbe che l'apposizione di punteggi alfanumerici sarebbe *ex se* sufficiente e bastevole, tanto sotto il profilo dell'adempimento dell'obbligo motivazionale, quanto della necessaria consistenza che la motivazione deve presentare alla luce dei predicati di stretta legalità provvedimentale. Quindi, il voto numerico sarebbe implicitamente espressivo dei giudizi e delle valutazioni squisitamente tecniche effettuate dall'amministrazione in quanto mera esternazione e ricognizione di criteri tecnici prefissati⁸.

⁷ Cons. St., IV, 5 agosto 2005, n. 4165, «la motivazione, quale estrinsecazione delle ragioni che hanno condotto l'amministrazione ad operare una determinata scelta è una vicenda che trova applicazione in ogni caso in cui la PA deve decidere in base a discrezionalità amministrativa, mentre allorquando l'amministrazione esprime un giudizio di valore e si versa pertanto nell'ambito della c.d. discrezionalità tecnica, dovendosi attribuire un giudizio, frutto di valutazioni discendenti da criteri predefiniti, non vi è alcun bisogno di motivazione».

⁸ Cons. St. cit., «Detto altrimenti, nell'esercizio della discrezionalità tecnica l'amministrazione non sceglie tra più interessi quello prevalente, ma formula un giudizio di valore, in applicazione di nozioni di carattere tecnico; in tali ipotesi, pertanto, non grava sulla PA un vero e proprio obbligo

Inoltre – come si evidenzierà nel prosieguo della trattazione – si specifica che siffatti criteri debbano essere particolarmente stringenti e dettagliati per potersi dire adeguatamente assolto l'obbligo *ex art. 3 L. 241/1990* (Cons. St., VI, 4 luglio 2012, n. 5836).

3.1.2. Tesi della necessità della motivazione.

Una seconda impostazione afferma l'opportunità e la necessità di una motivazione che esponga i presupposti di fatto e le ragioni di diritto sottese alle valutazioni di inidoneità degli elaborati concorsuali.

Pertanto, sarebbe opportuno operare un distinguo tra il punteggio numerico e la motivazione, che rappresenterebbero, rispettivamente, la mera esternazione del risultato o dell'indice di apprezzamento da parte della commissione della prova concorsuale e l'esplicazione dell'iter logico seguito da quest'ultima in seno alla fase di correzione degli elaborati.

In conclusione, per questa impostazione particolarmente rigorosa, il ritenere sufficiente la votazione alfanumerica comporterebbe una *interpretatio abrogans* dell'art. 3 cit., con conseguente eliminazione dell'istituto della motivazione in tutte le procedure concorsuali pubblicistiche.

Onde evitare di rendere concretamente impossibile il sindacato giurisdizionale sulla ragionevolezza, coerenza e logicità delle valutazioni in questione, le commissioni d'esame, oltre a stabilire i criteri di valutazione delle prove concorsuali, devono anche motivare le scelte attuative effettuate in sede di correzione.

3.1.3. Tesi della motivazione assolta attraverso segni grafici o glosse a latere.

Una terza impostazione, preso atto, tanto dei principi di trasparenza, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, quanto della necessaria giustiziabilità delle scelte tecnico-discrezionali effettuate dalle commissioni d'esame, afferma l'opportunità di giustapporre al voto alfanumerico ulteriori segni grafici al fine di poter rinvenire *aliunde* o ricostruire *ab externo* le motivazioni del giudizio valutativo⁹.

Trattasi di attività ragionevolmente esigibile dalle commissioni, nonostante il consistente numero di elaborati da correggere; frutto di un equo

di motivazione, occorrendo al più dimostrare la correttezza del procedimento seguito e il rispetto delle regole preventivamente stabilite dalla *lex specialis*».

⁹ Soluzione suggerita, in motivazione, da Cons. St., 30 aprile 2003, n. 2331.

contemperamento e bilanciamento tra i principi di buona amministrazione poc'anzi citati.

Ne conseguirebbe che l'uso di sottolineature, glosse ed altri segni grafici sarebbe apposizione di elementi da cui poter desumere la motivazione sottesa alla votazione alfanumerica in calce all'elaborato; una sorta di sinergia tra le stesse, tali da consentire all'amministrazione di operare nei binari della legalità provvedimentale.

4. Gli approdi giurisprudenziali più recenti.

Da ultimo, si è affermata la sufficienza della votazione alfanumerica non essendo necessaria una motivazione esplicita in quanto *per relationem*. Infatti, i punteggi numerici si riferirebbero a criteri di valutazione predeterminati, che, una volta stabiliti con univocità e chiarezza, risulterebbero essere ancoraggio motivazionale dei primi con piena adempimento dell'obbligo ex art. 3 L. 241/1990¹⁰.

Nonostante l'eterogeneità delle soluzioni interpretative avallate dalle suddette impostazioni, è comunque da rimarcare la sussistenza di un minimo comun denominatore rinvenibile nel limite al sindacato del GA. Infatti, la discrezionalità tecnica sarebbe "non sindacabile in sede di legittimità, salvo che [il provvedimento] risulti manifestalmente viziato da illogicità, irragionevolezza, arbitrarietà o travisamento dei fatti>> (Cons. St., VI, 5 settembre 2013, n. 4457).

4.1. Le conferme del massimo plesso giurisdizionale amministrativo.

La questione di diritto approdata in Adunanza Plenaria trae origine da una sentenza del T.A.R. Sicilia, sezione distaccata di Catania, con cui veniva accolto il ricorso proposto da un concorrente dell'esame di abilitazione alla professione forense risultato inidoneo, con conseguente caducazione del provvedimento negativo per insufficienza della motivazione alfanumerica rispetto al paradigma legale dell'art. 3 L. 241/1990. A riguardo il Tribunale di primo grado affermava espressamente che le valutazioni alfanumeriche sarebbero *modus operandi* in conflitto con i principi e le disposizioni che impongono l'obbligo di motivazione¹¹.

¹⁰ Infatti, «l'onere della motivazione dei giudizi inerenti alle prove scritte ed orali è adempiuto con l'attribuzione di un punteggio numerico, configurandosi quest'ultimo come formula sintetica ma non per questo meno eloquente, di esternazione della valutazione tecnica compiuta dalla commissione esaminatrice» (Cons. St. IV, 30 aprile 2003, n. 2331).

¹¹ A riguardo il TAR Sicilia, sezione distaccata Catania – in Cons. St., A.P., 20 settembre 2017, n. 7 – afferma che: «la Commissione avrebbe dovuto espressamente indicare, quanto meno, i criteri

Detta sentenza veniva appellata dinanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, che, previo richiamo del quadro legislativo applicabile e degli orientamenti giurisprudenziali esistenti in materia, rimetteva la decisione all'organo nomofilattico della giustizia amministrativa ponendo il quesito: «se il voto numerico sia capace di esprimere e sintetizzare il giudizio tecnico-discrezionale della commissione senza ulteriori oneri motivazionali».

Con sentenza n. 7 del 2017 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ritenuto di dare continuità al costante orientamento giurisprudenziale in materia, stante, da una parte, la non ravvisabilità di elementi od argomentazioni tali da giustificare un *revirement*, e, dall'altra, la sussistenza di «numerosi argomenti [che] militano in favore della riaffermazione dell'indirizzo della sufficienza della espressione numerica del voto»¹².

Più precisamente, viene confermata la sufficienza della votazione alfanumerica rispetto all'obbligo motivazionale *ex lege* imposto all'amministrazione, prendendo spunto, tanto dal dato positivo che disciplina le modalità di svolgimento e di valutazione delle prove d'esame per l'accesso alla professione forense, quanto dai precedenti granitici della giurisprudenza amministrativa, quanto ancora dalle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale più volte sollecitata dai giudici rimettenti.

Con riferimento al primo aspetto, l'art. 49 l.247/2012 prevede una disciplina transitoria, secondo cui nei primi 5 anni¹³ dall'entrata in vigore della riforma continuano ad applicarsi, per quanto concerne le prove scritte e le prove orali, le disposizioni preesistenti. Si tratterebbe, in ossequio al principio *tempus regit actum*, di un rinvio puntuale ai Regi decreti legge 1578/1933 e 37/1934, che, in punto di modalità di valutazione degli elaborati, prevedono come l'assegnazione del punteggio agli elaborati scritti avvenga in forma numerica e che lo stesso sia attribuito da parte di ciascun commissario.

non ritenuti rispettati dall'elaborato corretto (ad esempio, esposizione, esauriente trattazione delle varie parti della traccia, capacità di soluzione di specifici problemi giuridici, dimostrazione della conoscenza dei fondamenti teorici degli istituti giuridici trattati, correttezza della forma grammaticale, etc), nonché, ove necessarie (in quanto non di per sé immediatamente evidenti), le sintetiche ragioni per le quali si era espresso il giudizio di insufficienza». Afferma anche che «in carenza di tali indicazioni la mera espressione del punteggio numerica debba ritenersi illegittima».

¹² Cons. St., A.P., 20 settembre 2017, n. 7.

¹³ Cons. St., A.P. cit., espressamente: «nessun elemento di novità può essere rinvenuto nella circostanza che nell'ambito della propria lata discrezionalità il legislatore abbia ritenuto di immutare la disciplina previgente, prevedendo nell'art. 46 comma 5 della L. 247/2012 che – allo spirare del periodo transitorio – la procedura di valutazione degli elaborati scritti sia esternata mediante il richiamo ad annotazioni (e non invece espressa semplicemente in termini numerici)».

Con riferimento agli orientamenti consolidati della giurisprudenza, l'Adunanza Plenaria rimarca la sufficienza di siffatta votazione alfanumerica rispetto all'obbligo ex art. 3 cit. non essendo necessario, né che la commissione giustapponga al dato numerico anche segni grafici, glosse o indicazioni di qualsiasi tipo¹⁴, né che venga accompagnata da una motivazione esplicita. Infatti, «i provvedimenti della commissione esaminatrice che rilevano l'inidoneità delle prove scritte e non ammettono all'esame orale il partecipante agli esami per l'abilitazione all'esame di avvocato – vanno di per sé considerati adeguatamente motivati, quando si fondano su voti numerici, attribuiti in base ai criteri da essa – o comunque dalla competente commissione istituito presso il Ministero della giustizia – predeterminati, senza necessità di ulteriori spiegazioni e chiarimenti e senza, dunque, che sia ipotizzabile la necessità della «predisposizione della griglia volta a chiarire il significato del voto attribuito in rapporto ai predeterminati criteri di valutazione»¹⁵.

Infine, in motivazione si procede analizzando il dato esegetico rinvenibile dalle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale sollecitata in due occasioni. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate concernevano l'asserito contrasto delle disposizioni normative sopra richiamate, una prima volta, con gli artt. 24, 111, 113 e 117, comma 1 Cost., ed, una seconda volta, con gli artt. 3, 4, 24, 41, 97 e 117 Cost. Sostanzialmente, veniva denunciata l'illegittimità del combinato disposto dei regi decreti legge nella parte in cui non prevedono l'obbligo di giustificare e/o motivare il voto verbalizzato in termini alfanumerici in occasione delle operazioni di valutazione delle prove scritte d'esame per l'abilitazione alla professione forense.

Il Giudice delle leggi ha dichiarato manifestamente infondate entrambe le questioni, nonostante la diversità dei parametri costituzionali di riferimento. Nel primo caso perché i parametri costituzionali presi in considerazione afferivano esclusivamente al piano processuale e non già sostanziale¹⁶. Nel secondo caso,

¹⁴ Cons. St., V, 2 febbraio 2010, n. 445: «in sede di valutazione degli elaborati scritti presentati dai candidati agli esami di abilitazione all'esercizio della professione di avvocato non è richiesta, da parte della competente commissione, l'apposizione di glosse, segni grafici o di indicazioni di qualsiasi tipo, sui verbali relativi alle operazioni di correzione, non avendo detti verbali la finalità di rendere edotti i candidati degli eventuali errori commessi, ma unicamente di dar conto del giudizio espresso con il punteggio numerico».

¹⁵ Cons. St., A.P. cit. fa proprie le argomentazioni di Cons. St., IV, 2544/2010.

¹⁶ Infatti, «gli artt. 24 e 113 Cost., enunciano il principio di effettività del diritto di difesa, [omissis]. Entrambi tali parametri sono volti a presidiare l'adeguatezza degli strumenti processuali posti a disposizione dall'ordinamento per la tutela in giudizio di diritti ed operano esclusivamente sul piano processuale. A sua volta, il principio del giusto processo, consacrato nell'art. 111 Cost., è finalizzato ad assicurare che gli strumenti processuali vigenti pongano accusa e difesa in una posizione di

con sentenza 7 giugno 2011, n. 175, perché ha ritenuto «non fondata [omissis] la q.l.c. degli artt. 17bis, comma 2, 23, comma 5, 25, comma 1 r.d. 37/1934 nella parte in cui essi, secondo il diritto vivente, consentano che i giudizi di non ammissione dei candidati che partecipano agli esami di abilitazione all'esercizio della professione forense possano essere motivati con l'attribuzione di un mero punteggio numerico. La graduazione del punteggio numerico, infatti, da un lato, consente alla commissione esaminatrice di esprimere, sia pure in modo sintetico, un giudizio complessivo dell'elaborato; dall'altro, risponde ad esigenze di buon andamento dell'azione amministrativa, che rendono non esigibile una dettagliata esposizione, da parte delle commissioni esaminatrici, delle ragioni che hanno condotto ad un giudizio di non idoneità, avuto riguardo sia ai tempi entro i quali le operazioni concorsuali o abilitative devono essere portate a compimento, sia al numero dei partecipanti alle prove».

Alla luce di siffatto inquadramento sistematico, l'organo nomofilattico della giustizia amministrativa "rassicura" che l'attribuzione di un voto alfanumerico agli elaborati concorsuali sarebbe espressione e sintesi del giudizio tecnico discrezionale della commissione in perfetta sintonia con i canoni di buona amministrazione, con particolare riferimento ai principi di trasparenza, efficienza, efficacia, economicità e giustiziabilità dell'azione amministrativa.

In sintesi, non sarebbero necessarie ulteriori motivazioni o spiegazioni che avvalorino il mero dato numerico in quanto la sufficienza e consistenza motivazionale sarebbe rinvenibile «nella prefissazione, da parte della stessa commissione esaminatrice, dei criteri di massima di valutazione che soprassedono all'attribuzione del voto, da cui desumere con evidenza, graduazione e l'omogeneità delle valutazioni effettuate mediante l'espressione della cifra del voto, con il solo limite della contraddizione manifesta tra specifici

parità ed offrano idonea tutela ai diritti sostanziali su cui si controverte nel processo, [omissis]. Anche in tal caso si tratta di garanzie di carattere esclusivamente processuale. [omissis]. Per converso, la denunciata illegittimità costituzionale della norma che, in base al diritto vivente, non impone alla commissione una specifica modalità di motivazione delle determinazioni da essa assunte in merito alle prove scritte ed orali, concerne un momento del procedimento amministrativo che disciplina lo svolgimento degli esami per l'abilitazione alla professione forense. Essa, quindi, riguarda un profilo sostanziale dei requisiti di validità del provvedimento di esclusione del candidato, conclusivo di detto procedimento. L'aspetto processuale degli strumenti predisposti dall'ordinamento per l'attuazione in giudizio dei diritti non è chiamato in gioco dalla norma, che non preclude il ricorso al giudice amministrativo. La disciplina censurata non è quindi idonea a interferire né con il diritto di difesa né con il principio del contraddittorio e si sottrae all'ambito di applicazione dei parametri indicati dal remittente» (Corte Cost. 20 gennaio 2009, n. 20).

elementi di fatto obiettivi, i criteri di massima prestabiliti e la conseguente attribuzione del voto»¹⁷, *ergo, per relationem*.

In conclusione, sino allo spirare dei 5 anni di transizione previsti dall'art. 49 della L. 247/2012, «i provvedimenti della commissione esaminatrice degli aspiranti avvocati, che rilevano l'inidoneità delle prove scritte e non li ammettono all'esame orale, vanno di per sé considerati adeguatamente motivati anche quando si fondano su voti numerici, attribuiti in base ai criteri da essa predeterminati, senza necessità di ulteriori spiegazioni e chiarimenti, valendo comunque il voto a garantire la trasparenza della valutazione»¹⁸. Successivamente alla decorrenza del suddetto termine, la procedura di valutazione degli elaborati scritti sarà disciplinata dall'art. 46, comma 5 L. cit. secondo cui le motivazioni sottese al giudizio di inidoneità saranno rafforzate dal richiamo ad annotazioni ulteriori, quindi, non più desumibili dal solo e semplice dato numerico.

5. Una soluzione veramente rassicurante?

Sebbene il caso sottoposto all'attenzione dell'Adunanza Plenaria riguardi una procedura selettiva indetta nell'anno 2015, regolata dalla non più attuale disciplina richiamata dalla norma transitoria *ex art. 49 cit.*, si tratta comunque di una pronuncia che desta alcune perplessità.

Con maggior sforzo esplicativo, anche se ad oggi la problematica afferente alla sufficienza o meno della votazione alfanumerica ha subito una dequotazione in ragione delle più garantiste modalità di esternazione dei giudizi tecnico-discrezionali di idoneità previsti dal neo art. 46, comma 5 cit., ad ogni modo le soluzioni interpretative adottate rispetto alle procedure concorsuali pregresse non colmerebbero del tutto il *deficit* motivazionale denunciato.

Ad oggi, ciò di cui si discute non è tanto il ricorso alla motivazione *per relationem*, emblema della semplificazione, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, quanto del grado di tassatività e determinatezza che debbano presentare i parametri tecnici con cui le valutazioni ed i giudizi, appunto, si relazionano.

L'attenzione, evidentemente, deve essere proiettata sulla maggiore o minore pregnanza degli autovincoli che la commissione centrale pone alle sottocommissioni. Pertanto, l'assolvimento dell'obbligo motivazionale e il

¹⁷ Cons. St., VI, 11 dicembre 2015, n. 5639 espressamente richiamata in motivazione da Cons. St., A.P., 20 settembre 2017, n. 7.

¹⁸ Principio di diritto affermato da Cons. St., A.P., 20 settembre 2017, n. 7.

soddisfacimento di tutti i corollari della legalità provvedimentale, con particolare riferimento all'elemento della motivazione, è direttamente correlato al rigore ed alla pertinenza dei criteri prefissati.

A parere dello scrivente, l'impianto argomentativo della giurisprudenza amministrativa con riferimento alla sufficienza della sola votazione alfanumerica sarebbe ineccepibile, tuttavia, rischia di essere disatteso laddove siffatti criteri fossero, in concreto, o privi di un *minimum* di pregnanza rispetto alle peculiarità ed alle tecniche del quesito giuridico oggetto delle tracce d'esame, o, anche se sussistenti, comunque connotati da tale vaghezza od ampiezza da divenire meri enunciati formali ed orientativi, con conseguente affievolimento per il concorrente delle garanzie di stretta legalità provvedimentale previste per legge. Il rischio di una de-tassativizzazione dei criteri non può non tradire gli sforzi ermeneutici profusi dalla giurisprudenza amministrativa nel suo *iter* evolutivo sopra descritto, trasformando le soluzioni cui si è giunti in meri enunciati svuotati di qualsiasi valore sostanziale, con conseguente eccessivo ampliamento della discrezionalità in capo alla commissione, che, nel suo operato, lambirebbe l'*arbitrium*.

Le Commissioni d'esame, secondo la prassi, redigono i criteri di correzione nella fase successiva allo svolgimento delle prove concorsuali, tuttavia pur sempre in un momento antecedente e prodromico alla fase della valutazione comparativa degli elaborati; ciò in ragione della non conoscibilità a priori, per esigenze di imparzialità e buon andamento, del contenuto delle tracce queste ai candidati. Peccato che, come sovente accade, gli stessi sono connotati da eccessiva vaghezza ed ovvietà, quasi una verità lapalissiana; basti richiamare i documenti pubblicati dalle Commissioni d'esame sui siti istituzionali, peraltro, identici tra loro anche se riferiti a procedure selettive indette in anni diversi¹⁹.

¹⁹ I criteri estrapolati dalla Commissione centrale presso il Ministero della Giustizia, che devono essere fatti propri dalle singole sottocommissioni presso le relative Corti d'Appello, sono gli stessi, tanto per la procedura selettiva indetta nel 2015, quanto per quella del 2016. Nello specifico: «Commissione centrale per l'Esame di Avvocato 2016, riunita il 1.12.2016, in applicazione della Legge 180/2003, ha elaborato i seguenti criteri finalizzati alla correzione delle prove scritte, che dovranno essere rispettati da tutte le Sottocommissioni: a) correttezza della forma grammaticale, sintattica ed ortografica e padronanza del lessico italiano e giuridico; b) chiarezza, pertinenza e completezza espositiva, capacità di sintesi, logicità e rigore metodologico delle argomentazioni giuridiche; c) dimostrazione di concreta capacità di risolvere problemi giuridici anche attraverso riferimenti alla dottrina e l'utilizzo di giurisprudenza; il richiamo a massime giurisprudenziali riportate nei codici annotati è consentito; tuttavia, i relativi riferimenti testuali vanno adeguatamente virgolettati o comunque deve esserne indicata la fonte giurisprudenziale; d) dimostrazione della conoscenza dei fondamenti teorici degli istituti giuridici trattati pertinenti al quesito da risolvere; e) dimostrazione della capacità di cogliere eventuali profili di interdisciplinarietà; f) coerenza dell'elaborato con la traccia assegnata ed esauriente indagine

Evidentemente, individuare come dirimente ai fini dell' idoneità la correttezza della forma grammaticale, chiarezza, pertinenza e completezza espositiva, la capacità di sintesi, logicità e rigore metodologico delle argomentazioni ed intuizione giuridica, la dimostrazione della conoscenza dei fondamenti teorici degli istituti trattati, la dimostrazione della capacità di cogliere eventuali profili di interdisciplinarietà, la coerenza dell'elaborato con la traccia assegnata, la capacità di argomentare adeguatamente le conclusioni tratte, la dimostrazione della padronanza delle scelte difensive e delle tecniche di persuasione, non sembrerebbe scelta sostanziale chiara, precisa e pregnante.

Simili criteri, quindi, non avrebbero una portata tale da autovincolare in modo consistente la commissione in sede di correzione, essendo ostativi al giudizio in concreto di idoneità e di attitudine specifica alla professione forense (od a qualsiasi altra professione cui si acceda mediante pubblico concorso). Sarebbe, allora, più opportuna l'individuazione di criteri tecnici afferenti alle peculiarità e specificità del caso concreto, tenendo in particolare considerazione i quesiti di diritto posti dalle tracce concorsuali effettivamente assegnate, quindi, incentrando i criteri di valutazione sugli aspetti precipui che teoricamente si sarebbero dovuti affrontare nell'elaborato, specificandone, se del caso, anche le modalità più opportune di trattazione o le alternative validamente percorribili.

Emblema della concretizzazione del rischio di un'attuazione meramente formale dei principi di diritto sostanziale estrapolati dalla giurisprudenza amministrativa – nel tentativo di un recupero al principio di legalità provvedimento delle votazioni alfanumeriche – è la collocazione degli anelati criteri specifici, tagliati ed afferenti alle peculiarità del caso concreto nelle famigerate "griglie di correzione". Queste ultime, se da una parte sono strumento fondamentale adoperato dalle Commissioni nella fase di correzione degli elaborati perché contenenti i "veri" criteri di selezione, in assenza dei quali la stessa non sarebbe fattivamente e concretamente possibile, dall'altra, purtroppo, sono e restano di esclusiva conoscenza e fruibilità delle commissioni d'esame, non vedendo mai la luce del sole, restando del tutto ignoti ai candidati.

Dette valutazioni critiche sono riferibili, come anticipato, alle sole procedure selettive di accesso alla professione forense indette *ante* 2017 (e più in generale

dell'impianto normativo relativo agli istituti giuridici di riferimento; g) capacità di argomentare adeguatamente le conclusioni trattate, anche se difformi dal prevalente indirizzo giurisprudenziale e/o dottrinario; h) dimostrazione della padronanza delle scelte difensive e delle tecniche di persuasione, per ciò che concerne – specificamente – l'atto giudiziario. I sopra indicati criteri dovranno essere fatti propri dalle Sottocommissioni e degli stessi dovrà esserne data lettura ai candidati in sede di esame».

alle procedure concorsuali di accesso alle dipendenze dell'amministrazione). Infatti, stante la mera valenza 'formale' dei criteri pubblicati dalla commissione d'esame – da cui non sarebbe possibile individuare il vero *discrimen* tra gli elaborati sufficienti e quelli inidonei – il legislatore ha specificamente superato l'*empasse*, prevedendo, per le procedure selettive a venire, la giustapposizione al voto alfanumerico di annotazioni e segni grafici. Trattasi di specifici appunti che servono ad evidenziare gli aspetti tecnici errati o gli elementi valutati negativamente dalla sottocommissione nel singolo elaborato.

Siffatte annotazioni obbligatorie, oltre ad essere un giusto temperamento tra le contrapposte esigenze di celerità, buon andamento, economicità, da un lato, e di trasparenza, efficacia, effettività e giustiziabilità dell'azione amministrativa, dall'altro, sono, anche, esternazione indiretta dei presupposti di fatto e delle ragioni tecnico-giuridiche che hanno comportato il giudizio di inidoneità dell'elaborato. Si sarebbe, allora, al cospetto di un capovolgimento di prospettiva in quanto dalle glosse a margine e dalle annotazioni sugli elaborati è possibile comprendere in via mediata ed indiretta, seppure *in parte qua*, le specificazioni e le precisazioni tecniche, *rectius*, le griglie di correzione che riempiono di contenuto i criteri meramente formali e le direttive generiche o di ampio respiro individuati dalla Commissione centrale presso il Ministero della Giustizia.

In conclusione, tanto l'intervento del legislatore in materia, quanto la decorrenza del quinquennio di transizione, se da una parte comporteranno il progressivo esaurimento della tematica in questione, dall'altra, invece, non permetterebbero di dare sempre per scontate e "rassicuranti" le soluzioni esegetiche costantemente avallate dalla giurisprudenza, ad oggi confermate dall'A.P.

Pertanto, la sufficienza o meno della votazione alfanumerica dipenderebbe, rispettivamente, dalla sussistenza o meno di criteri tecnici "veramente" precisi, chiari e dettagliati. Evidentemente, il GA dovrebbe sempre e comunque effettuare, a riguardo, una valutazione caso per caso ed in concreto; ciò al fine di accertarne l'effettiva sussistenza e consistenza e poter rigettare od accogliere le istanze caducatorie apportate dal candidato ricorrente²⁰.

²⁰ T.A.R. Campania-Salerno 20 settembre 2013, n. 1039, espressamente: «la ricostruzione dell'iter logico-giuridico seguito nella concreta attribuzione del punteggio richiede che tali criteri siano puntuali, specifici e non generici, nonché espressamente modulati con riferimento al peso che la loro osservanza ed applicazione assume ai fini dell'attribuzione del punteggio numerico e della misura dello stesso, in modo tale da poter desumere agevolmente, dalla comparata lettura degli elaborati e dei criteri così predefiniti e specificati, le ragioni concrete del punteggio assegnato mediante un intellegibile collegamento tra quest'ultimo ed i criteri stessi; solo in tal modo potendosi garantire una effettiva possibilità di verifica sullo svolgimento dell'azione amministrativa».

Informativa antimafia, analisi delle svolte giurisprudenziali alla luce delle modifiche normative.

di Valentina FERRARA*

SOMMARIO: **1.** Analisi normativa della informativa antimafia: fonti, *ratio* e disciplina. **2.** Modifiche dell'istituto. **3.** La delimitazione dell'ambito discrezionale della P.A.: i poteri della Prefettura. **3.1.** Segue. I doveri della Stazione Appaltante. **4.** Profili processuali: giurisdizione, competenza e rischio di contrasto tra giudicati. **4.1.** Recesso dal contratto a seguito di informativa antimafia ed applicabilità o meno della riduzione a metà dei termini. **5.** Conclusioni.

1. Analisi normativa della informativa antimafia: fonti, *ratio* e disciplina.

La lotta alle organizzazioni criminali trova un utile strumento nell'istituto della informativa antimafia¹: una delle principali misure volte a contrastare il coinvolgimento di associazioni di stampo mafioso nell'ambito dei rapporti economici tra Pubblica Amministrazione e privati.

Detta informativa, difatti, consente al Prefetto territorialmente competente² di escludere un imprenditore dai rapporti contrattuali con le Amministrazioni

* Avvocato, Dottoranda di Ricerca in Diritto e Mercato Globale presso l'Università degli Studi di Salerno.

¹ La fonte normativa dell'istituto oggetto del presente contributo si rinviene nel c.d. Codice antimafia e delle misure di prevenzione, d.lgs. n. 159 del 2011 agli artt. 84, comma 4, e 91, comma 6, come modificato ed integrato dai decreti legislativi 15 novembre 2012, n. 218 e 13 ottobre 2014, n. 153. Originariamente l'istituto fu introdotto nell'ordinamento dalla legge n. 575 del 1965, poi rafforzata dalla legge Rognoni-La Torre, che predispose il meccanismo delle comunicazioni antimafia. La svolta del sistema fu data dalla legge delega n. 136 del 2010 (*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*), di cui è promanazione il Codice delle leggi antimafia.

² La documentazione antimafia (sia la comunicazione, che l'informativa) viene rilasciata dal Prefetto della Provincia in cui le persone fisiche, le imprese, le associazioni, le società o i consorzi risiedono o hanno sede legale ovvero dal Prefetto della Provincia in cui è stabilita una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato per le società costituite all'estero. Se le società costituite all'estero non hanno una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato, la richiesta è rilasciata dal Prefetto della Provincia in cui hanno sede gli Enti pubblici indicati nell'art 83 del d. lgs. n. 159/2011. Sul tema si v. F. CARINGELLA, *La normativa antimafia*, in R. De Nictolis (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Esecuzione e contenzioso*, Milano, 2007, 67 ss.; P. CARBONE, *Normativa antimafia e contratti pubblici*, in Riv. trim. app., 2/2012; G. CORSO, *La normativa antimafia*, nel Trattato sui contratti pubblici, V, diretto da Sandulli - De Nictolis - Garofoli, Giuffrè, 2008, V.

Pubbliche, a seguito di indagini che portano a ritenere immeritevole di "fiducia" il soggetto privato a causa di legami con la criminalità organizzata, pur essendo dotato di adeguati mezzi economici e di una adeguata organizzazione³.

L'autorità prefettizia, attraverso la misura dell'informativa, esprime un giudizio motivato (trattandosi in ogni caso di un provvedimento amministrativo e dunque necessitante di tutti gli elementi costitutivi dello stesso⁴) in chiave preventiva sul rischio di una possibile infiltrazione mafiosa all'interno dell'impresa privata, interdicensi l'inizio o la prosecuzione di rapporti contrattuali con la Pubblica Amministrazione o l'acquisizione di sussidi, sovvenzioni *et similia*.

La *ratio* della figura in esame sta nella salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese ed il buon andamento dell'Amministrazione⁵, difatti il c.d. Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione ha appositamente introdotto tale istituto di carattere preventivo, il quale trova fondamento negli accertamenti effettuati dagli organi di Polizia, poi sottoposti alla valutazione dal Prefetto territorialmente competente⁶.

Avendo una natura preventiva, la finalità dell'informativa si sostanzia nell'anticipazione della soglia di difesa sociale, in modo tale da garantire una forma di tutela avanzata contro le attività della criminalità organizzata⁷. Da ciò ne consegue, *in primis*, che l'indagine che sta alla base dell'informativa non deve necessariamente avere ad oggetto accertamenti di carattere definitivo in sede penale circa la sussistenza della contiguità dell'impresa privata con organizzazioni criminali, ma può anche basarsi su fattori indiziari, sintomatici, da cui si possono ricavare elementi sufficienti a far emergere il pericolo di un tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale di associazioni a delinquere⁸. L'ottica del legislatore delle leggi c.dd. antimafia si pone anche in una visuale di bilanciamento: se da un lato deve garantirsi la difesa e la tutela dell'ordine e

³ Così viene definito l'istituto in esame dal Cons. St., sez. III, nella sentenza del 3 maggio 2016, n. 1743.

⁴ Sugli elementi del provvedimento amministrativo e sulla disciplina in generale dello stesso la letteratura è vasta, in particolare si v. P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968.

⁵ Sul punto cfr. ancora Cons. St., sez. III, sent. n. 1743 del 2016, ma anche Cons. St., sez. III, 31 dicembre 2014, n. 6465.

⁶ Sulla valutazione effettuata dal Prefetto in ambito di informativa antimafia ci si soffermerà nel proseguito, trattandosi di un delicato passaggio vista l'ampia discrezionalità vigente in materia.

⁷ La giurisprudenza è pacifica in tal senso, recentemente tale orientamento è stato ribadito dal Cons. St., sent. del 21 aprile 2017, n. 1866.

⁸ Sul punto, *ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, sent. 23 febbraio 2015, n. 898, si v. anche P. PIRRUCCIO, *L'informativa antimafia prescinde dall'accertamento di fatti penalmente rilevanti (Nota a T.a.r. Lazio, sez. III, 31 luglio 2008, n. 7786, Soc. Alfa marmi c. Min. sviluppo economico)*, in *Giur. merito*, 1/2009.

della sicurezza pubblica, dall'altro lato è fortemente sentita anche l'esigenza di incentivare e coinvolgere l'iniziativa economica di soggetti privati. Si tratta di due poli opposti, aventi entrambi una matrice costituzionale ed un fondamento normativo anche sul versante delle fonti eurounitarie, tra cui spunta oltremodo la necessità di prevenire i tentativi di infiltrazione mafiosa tesi ad inquinare sia le scelte dell'Amministrazione (corrompendone il buon andamento, l'imparzialità, l'efficacia ed ogni principio ispiratore del campo), sia l'andamento stesso del mercato, lo svolgersi della leale concorrenza e del corretto utilizzo delle risorse pubbliche.

Ciò ha condotto la giurisprudenza amministrativa a ritenere che ai fini dell'adozione della informativa antimafia, avente carattere interdittivo con conseguente esclusione del soggetto privato dal rapporto contrattuale con la Pubblica Amministrazione, non risulta così indispensabile il carattere dell'assoluta certezza dell'infiltrazione criminale. È sufficiente anche un mero giudizio di possibilità sul fatto che l'attività di impresa privata possa agevolare l'attività di personaggi legati a traffici o commerci di stampo malavitoso: un *favor* o un vantaggio, anche indiretto, nei confronti di attività criminali rappresenta una valida base per l'emanazione della misura interdittiva.

In tal senso, difatti, è stato ritenuto che l'intervenuta prescrizione del reato posto a fondamento dell'informativa non è di per sé elemento interpretabile come mancanza di attualità della connessione tra il soggetto e l'attività criminosa, poiché l'istituto della prescrizione non esclude la responsabilità del soggetto interessato⁹: gli elementi su cui si basa l'informativa possono anche non essere oggetto di separato procedimento in sede penale, o possono essere stati colpiti dalla intervenuta prescrizione (dunque non più perseguibili)¹⁰.

È lo stesso carattere "preventivo" della misura dell'informativa che consente di interdire il soggetto privato non in base ad una prova certa, ma con la sola presenza di uno specifico quadro indiziario che paventa il rischio di infiltrazioni

⁹ Così [Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 2 novembre 2016 n. 2069](#), ma si veda anche Tar Campania, Napoli, sez. I, 27 maggio 2016, n. 2756; Cons. Stato, sez. III, 29 settembre 2016, n. 4030; id., 31 agosto 2016, 3754; id., 24 luglio 2015, n. 3653.

¹⁰ Può verificarsi, e non risulta così raro, il caso in cui lo stesso soggetto concluda un procedimento penale a suo carico con esito a lui favorevole ed allo stesso tempo venga colpito da misura interdittiva, precludendogli qualsiasi rapporto con la Pubblica Amministrazione. Tale fattispecie è stata portata dinanzi al giudizio del Tar Calabria, Catanzaro, il quale con la già citata sentenza n. 2069 del 2016 ha precisato che la dichiarazione della estinzione del reato, per di più con formule non assolutorie nel merito (era il caso di intervenuta prescrizione), non fa in alcun modo presumere la mancanza di responsabilità penale, anzi apporta maggiore attualità al rischio di infiltrazioni della criminalità organizzata sulle scelte dell'impresa.

mafiose. Va da sé che la base indiziaria deve comunque rispettare determinati *standard*: la sussistenza di infiltrazioni o collegamenti deve innanzitutto risultare da una situazione concreta, da un quadro d'insieme logico, attendibile; i componenti sono considerati in una visione unitaria e devono condurre, univocamente, alla deduzione di un tentativo di ingerenza nell'attività del privato esercente da parte dell'organizzazione criminale: è necessario il carattere dell'oggettiva significatività degli elementi indiziari.

Orbene, al fine di agevolare l'attività delle Stazioni Appaltanti, l'emissione dell'informazione interdittiva antimafia a carico di una privata impresa comporta per la stessa anche l'impossibilità di iscrizione nella c.d. *white list*¹¹: trattasi di elenchi istituiti presso ogni Prefettura, di fornitori, prestatori di servizi, ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazioni mafiosa.

Dette liste sono state poste in essere per supportare gli operatori economici che svolgono attività ritenute *ope legis* maggiormente esposte al pericolo di infiltrazione criminale, che sono espressamente individuate dalla legge¹²: si impone alle Stazioni Appaltanti di acquisire la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria "obbligatoriamente" attraverso la consultazione, anche in via telematica, di tali elenchi. Inoltre, si noti come in presenza di una informativa antimafia, il diniego di iscrizione nella *white list* è un atto vincolato, con conseguente possibilità di applicare l'art. 21-*octies* della legge sul procedimento amministrativo da parte dell'Autorità giudiziaria.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione della figura in esame, l'art. 91 del Codice Antimafia fa riferimento a tutte le imprese, non operando alcuna distinzione in base alla forma organizzativa delle stesse, lasciando così aperto il campo a qualsiasi tipologia di impresa avente contatti con un ente pubblico.

Dunque, non è previsto dalla legge il requisito della "organizzazione complessa", né tantomeno vengono in rilievo differenze tra le imprese individuali o

¹¹ La normativa di riferimento è data dall'art. 1, commi 52-57, della legge n. 190 del 6 novembre 2012, come modificata dal d.l. 190/2014, e nel d.p.c.m. 18 aprile 2013, che ne detta le modalità operative.

¹² I settori considerati maggiormente a rischio vengono individuati dall'art. 53 della l. 6 novembre 2012, n. 190: «Sono definite come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa le seguenti attività: a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) noli a freddo di macchinari; f) fornitura di ferro lavorato; g) noli a caldo; h) autotrasporti per conto di terzi; i) guardiania dei cantieri».

strutturate, ciò in coerenza con la definizione data dall'art. 2082 c.c., la quale è identica sia per le imprese in forma societaria sia in forma individuale.

Il citato art. 91 opera un generico riferimento al soggetto "interessato": tale scelta trova una sua coerenza logica poiché la *ratio* della normativa sta nella generale finalità di prevenzione di fenomeni di infiltrazioni mafiose, dunque la forma organizzativa (sia sul versante patrimoniale che su quello personale) dell'impresa è del tutto irrilevante, anzi a ben vedere una diversa previsione avrebbe lasciato un, seppur minimo, spazio di manovra per poter aggirare la norma stessa¹³.

2. Modifiche dell'istituto.

Tradizionalmente le misure interdittive antimafia venivano distinte in "tipiche" ed "atipiche"¹⁴ in base alla coerenza degli effetti: mentre la forma tipica di interdittiva comportava l'obbligo (e tutt'ora il vincolo) per l'Amministrazione di recesso dal contratto, l'interdittiva atipica non vincolava la Stazione Appaltante al recesso dal contratto stipulato con l'impresa, ma lasciava ad una valutazione discrezionale l'opportunità di mantenerlo o meno¹⁵. Il *discrimen* tra le due tipologie di informativa non risiedeva nella pregnanza degli elementi posti a base della valutazione prefettizia, non veniva in rilievo la natura dei fatti indiziari che l'Autorità giudiziaria utilizzava ed esaminava al fine di emanare la misura interdittiva.

Dunque, a seguito di una informativa "atipica", l'Amministrazione aveva la possibilità di valutare, in base agli elementi della stessa ed in base alle circostanze fattuali del rapporto già intrapreso, se mantenere in vita il contratto di appalto od optare per il recesso. Nella tipologia atipica veniva a mancare l'elemento "interdittivo", e cioè l'effetto direttamente impeditivo di ulteriori rapporti negoziali con la Pubblica Amministrazione¹⁶, la quale poteva avvalersi

¹³ Sul punto si v. Cons. St., sez. III, sent. N. 4451 del 2017.

¹⁴ Le informative atipiche avevano fondamento normativo nel combinato disposto dell'art. 10, comma 9, del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, e dell'art. 1-septies, del d.l. 6 settembre 1982, n. 629, convertito dalla l. 12 ottobre 1982, n. 726. Tuttavia, a norma dell'art. 120, comma 2, lettera b), del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, come modificato dall'art. 9, comma 1, lettera b), del d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218, il citato d.P.R. n. 252/1998 è stato abrogato a decorrere dalla data indicata dall'art. 119, comma 1, dello stesso Codice Antimafia, cioè dal 13 febbraio 2013.

¹⁵ Cfr. V. DE GIOIA, *L'informativa prefettizia antimafia: per l'atipica l'effetto interdittivo non è automatico (Nota a C. Stato, sez. VI, 3 maggio 2007, n. 1948, Soc. igiene urbana c. Soc. serv. ambientali Italia)*, in Urb. e app., 2007.

¹⁶ Sull'aspetto discrezionale dell'attività amministrativa a seguito di una informativa antimafia atipica la giurisprudenza è vasta, si v. Cons. St., sez. III, 11 luglio 2014, n. 3606; Cons. St., sez. III, 31 dicembre 2014, n. 6465; Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2009, n. 7777.

degli ordinari strumenti di valutazione discrezionale in ordine alla "idoneità morale" dei soggetti privati.

Da ciò ne conseguiva il carattere non vincolante della misura atipica; la giurisprudenza amministrativa era conforme nel ritenere che detta tipologia lasciasse spazio alla valutazione dell'Amministrazione destinataria, la quale prendeva una decisione in base alla fattispecie concreta che si verificava al momento della emissione del provvedimento prefettizio, valutando dunque l'incidenza materiale dell'informativa nella specifica procedura di riferimento.

Anche se la tipologia di informativa atipica è stata soppressa dall'ordinamento, è utile analizzarne (seppur sommariamente) i caratteri al fine di comprendere al meglio l'evoluzione dell'istituto, specialmente sul versante dei poteri della Stazione Appaltante.

Si è visto che la giurisprudenza amministrativa riteneva assente il carattere della vincolatività nell'informativa atipica, la quale non dichiarava espressamente la presenza di elementi che ostavano alla stipulazione di un contratto d'appalto, o al proseguo del relativo rapporto, ma si limitava a segnalare le dubbie circostanze riscontrate, in modo da permettere all'Amministrazione di valutare i fatti e scegliere come orientare la propria condotta.

Con la riforma della normativa antimafia, la discrezionalità in capo alla Stazione Appaltante viene a cadere. La nuova normativa, infatti, statuisce che il procedimento dovrà terminare con un provvedimento che può essere solo di due tipi: liberatorio o interdittivo.

Una importante modifica del quadro normativo in cui si inserisce l'istituto in esame, riguarda il rapporto della misura della informativa con un'altra tipologia: la comunicazione antimafia. Lo scopo di quest'ultima sta nell'attestazione dell'assenza di misure di prevenzione penale o per alcuni gravi delitti, ed essa è autocertificabile dall'imprenditore stesso¹⁷.

Fino ad una recente pronuncia del Consiglio di Stato, era opinione comune che comunicazione ed informativa avevano un rapporto di alternatività, nel senso che la comunicazione veniva adottata nei casi i cui i contratti, le concessioni o le sovvenzioni pubbliche avevano un modesto valore, mentre l'informativa veniva adoperata come strumento interdittivo ogni qual volta fosse superata la soglia del modico valore.

Lo scenario ha subito una mutazione a partire dalla introduzione nel Codice antimafia dell'art. 89-*bis* (per il tramite del d.lgs. n. 153 del 2014), il quale prevede che il Prefetto può emanare una informativa antimafia in luogo della

¹⁷ Cfr. art. 67 del Codice antimafia.

comunicazione richiesta dall'impresa, qualora vengano accertati tentativi di infiltrazione mafiosa: ciò ha posto il quesito sul se possa ancora parlarsi di alternatività tra i due strumenti menzionati.

Un primo parere del Consiglio di Stato¹⁸, nel 2015, osservava che il rapporto tra comunicazione ed informativa resta quello dell'alternatività, poiché l'art. 89-*bis* costituisce una mera deroga al sistema.

Ciò ha mosso perplessità ed ha spinto il Tar Catania a sollevare la questione di legittimità alla Corte Costituzionale, per contrasto della citata norma antimafia con gli artt. 76, 77, comma 1, e 3 Cost., nella parte in cui stabilisce che l'informazione antimafia è adottata anche nei casi in cui è richiesta una mera comunicazione antimafia e produce gli effetti di questa, attribuendo al Prefetto un potere ulteriore rispetto a quello già previsto in precedenza dal Codice.

La più recente pronuncia del Consiglio di Stato ha ritenuto che tra le due tipologie di documentazione antimafia non vi è più un rapporto di alternatività¹⁹ e che, in realtà, la questione sollevata dal Tar Catania non è dirimente, in quanto il potere prefettizio conferito dall'art. 89-*bis* non è altro che una specificazione di un pregresso potere già insito nel Codice antimafia.

Inoltre, aggiungono i giudici di Palazzo Spada, se il potere prefettizio rimanesse relegato nell'ambito dei soli rapporti in senso stretto con la Pubblica Amministrazione, si creerebbero zone franche in determinati settori, in cui la criminalità organizzata potrebbe agire indisturbata.

Sul punto la Corte Costituzionale ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale, in quanto l'art. 89-*bis* prospetta situazioni di particolare pericolo di inquinamento dell'economia legale, tali da giustificare l'emanazione di una misura interdittiva ancor più stringente²⁰.

3. La delimitazione dell'ambito discrezionale della P.A.: i poteri della Prefettura.

Si è visto come la *ratio* delle informative risieda nella massima anticipazione della soglia di tutela, dell'azione di prevenzione in ordine ai pericoli di inquinamento mafioso; per tale ragione i poteri del Prefetto si sostanziano nell'analisi di una mera base indiziaria.

¹⁸ Cons.St., parere del 17 novembre 2015, n. 497.

¹⁹ Cons. St., sez. III, sent. dell'8 marzo 2017, n. 1109.

²⁰ Nello specifico, la Corte Costituzionale ha sostenuto che «il legislatore delegato ha facoltà di estendere gli effetti dell'informazione antimafia fino a precludere gli atti e i provvedimenti elencati nell'art. 67 del d.lgs. n. 159 del 2011, la circostanza che ciò sia stato disposto, o no, da tale decreto, e in quali casi, ricade interamente nella sfera di interpretazione della legge, di competenza del giudice comune», così sent. 18 gennaio 2018, n. 4.

La scelta prefettizia si basa sul ragionevole convincimento di un condizionamento mafioso e per ciò solo il provvedimento acquista legittimità²¹: l'astrattezza dei dati, le presunzioni, elementi indiziari, caratterizzano il provvedimento in esame, rendendolo facile bersaglio del sindacato giurisdizionale sulla presenza o meno della figura sintomatica dell'eccesso di potere²².

Sulla scorta di quanto visto finora, è semplice dedurre che l'attività del Prefetto fa leva su un margine di apprezzamento discrezionale molto ampio, quasi senza precedenti²³.

Essendo una misura di carattere preventivo, prescinde dall'accertamento di singole responsabilità penali nei confronti dei soggetti che hanno rapporti con la Pubblica Amministrazione nello svolgimento dell'attività imprenditoriale; ciò che rileva sono gli accertamenti compiuti dai diversi organi di polizia, poi valutati dal Prefetto territorialmente competente.

La misura interdittiva non deve necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e certi sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazioni malavitose, e quindi del condizionamento in atto dell'attività di impresa²⁴.

²¹ Il provvedimento ostativo a carattere antimafia è fondato sulla base di elementi sintomatici ed indiziari, come ad esempio una condanna penale non irrevocabile, la pregressa adozione di misure cautelari, coinvolgimenti in indagini penali, frequentazioni o parentele con soggetti notoriamente malavitosi, ecc. «In questo quadro di, per vero, manifesta e, peraltro dichiarata, labilità probatoria anche i legami di natura parentale assumono pregnante rilievo qualora emerga un intreccio di interessi economici e familiari, dai quali sia possibile desumere la sussistenza dell'oggettivo pericolo che rapporti di collaborazione intercorsi a vario titolo tra soggetti inseriti nello stesso contesto familiare abbiano a porsi come strumento atto a diluire e a travisare aspetti di infiltrazione mafiosa nell'impresa oggetto di attenzione prefettizia» così L. M. DELFINO, *L'eccesso di potere nelle interdittive antimafia*, Intervento tenuto il 16 dicembre 2015 presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria nel seminario di studio su *"Il controllo delle giurisdizioni sulla discrezionalità amministrativa"*, in Filodiritto (<https://www.filodiritto.com>).

²² La bibliografia in tema di eccesso di potere è vasta, tra le fonti più autorevoli: si v. V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2000; M. D'AMELIO e A. AZARA, *Novissimo Digesto Italiano, voce Eccesso di potere*, vol. VI, Torino, 1960; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993; R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

²³ Cfr. L. COSTANZO, *Il controllo del giudice amministrativo sull'informativa antimafia*, www.federalismi.it, 2017.

²⁴ Lo stesso legislatore ha elencato i c.dd. delitti-spia, dell'infiltrazione mafiosa, di cui all'art. 84, comma 1, lett. a), del d. lgs. n. 159 del 2011, cioè delitti indicativi di un approccio mafioso al settore dei pubblici appalti e di una "presunzione di mafiosità", poggiate sulla valutazione compiuta "a monte" dal legislatore. La norma citata difatti statuisce che «le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte:

a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli [articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale](#), dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del

Si è sostenuto in giurisprudenza che gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione²⁵.

La giurisprudenza amministrativa ha più volte sottolineato la necessità di un collegamento logico tra i vari elementi fattuali su cui si basa la misura interdittiva, tali da andare oltre quella che è la soglia del mero sospetto, per arrivare (seppur non raggiungendo la concretezza) ad un livello superiore a quello della ipotesi astratta della possibilità dell'infiltrazione mafiosa. Così i contatti, le frequentazioni, le conoscenze, i rapporti di colleganza, amicizia, con titolari, soci amministratori, dipendenti dell'impresa con soggetti raggiunti da provvedimenti di carattere penale o da misure di prevenzione antimafia, sono elementi che possono in astratto assumere rilevanza nel momento in cui non siano frutto di casualità. Se, da un lato è irrilevante un episodio isolato, stante la logica del "più probabile che non", non lo sono invece dall'altro i contatti che l'imprenditore intrattiene direttamente o a mezzo intermediario, con soggetti colpiti da provvedimenti antimafia.

Possono avere una valenza indiziaria o probatoria se del caso, le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa consistenti in fatti che lascino intravedere, nelle scelte aziendali, nelle strategie imprenditoriali, lampanti sintomi di influenza mafiosa, ovvero le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa, sia essa in forma individuale o collettiva²⁶.

Dunque, la discrezionalità esercitata in sede prefettizia dovrà rispettare i limiti imposti dai parametri di logicità, congruità e ragionevolezza a cui devono essere informati gli atti dell'Amministrazione.

L'eccesso di potere è il vizio principale intorno al quale graviterà la valutazione del giudice amministrativo, il quale dovrà operare un bilanciamento tra la necessità di assicurare il livello più alto di protezione nei confronti delle

codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356».

²⁵ Cons. St., sez. III, sentenza del 20 dicembre 2017, n. 12.

²⁶ In generale, assumono un ruolo rilevante nella valutazione del Prefetto, tutte le operazioni fraudolente a scopo manipolativo dell'impresa, come le scissioni o fusioni, affitti di rami d'azienda, acquisti di pacchetti azionari o di quote societarie da parte di soggetti, italiani o esteri, che sembrano all'apparenza completamente estranei all'ambiente mafioso; o ancora, gli incrementi di capitale sociale fatti allo scopo di garantire il controllo della società sempre da parte degli stessi soggetti. Dette operazioni sono qualificate come fraudolente se poste in essere al malcelato fine di nascondere la reale gestione dell'impresa.

organizzazioni criminali ed il controllo dell'attività discrezionale attribuito al Prefetto.

Tale "patologia" non presuppone la mancanza o l'erroneità di uno specifico requisito dell'atto, predeterminato dalla legge, bensì tale vizio si percepisce attraverso l'analisi della struttura del provvedimento, dall'insieme delle motivazioni, dal concreto operare dell'Amministrazione. Di tal guisa, il sindacato in sede giurisdizionale, a sua volta, non sarà di tipo "meccanico", ma sarà anch'esso più complesso, dovendo tener conto del quadro d'insieme.

Il vizio dell'eccesso di potere, pertanto, rappresenta l'unico strumento utile a vincolare l'attività del Prefetto: le conclusioni del procedimento prefettizio caratterizzato da una estrema discrezionalità, saranno sottoposte al controllo di legittimità sotto il profilo dell'adeguatezza dell'istruttoria, della corretta valutazione degli elementi indiziari, della ragionevolezza delle scelte e della proporzionalità delle conclusioni.

Ancora, a prova della estesa discrezionalità del Prefetto, si ricorda che in sede di istanza di aggiornamento del provvedimento interdittivo *ex art. 91, comma 5 del c.d. Codice antimafia*, il potere amministrativo non subisce limitazione alcuna. Il rinnovo dell'esercizio del potere prefettizio in occasione dell'istanza di aggiornamento non viene né delimitato con riferimento ai poteri di indagine (costituito dagli elementi sopravvenuti), né riguardo alla discrezionalità nella scelta finale del procedimento²⁷.

In questo passaggio è bene ricordare che l'informativa non ha ad oggetto solo ed esclusivamente la situazione in cui versano i soggetti titolari dell'impresa, ma è un provvedimento che viene emesso al termine di un'analisi *tout court* dei legami di essi. Emblematico e non pacifico è ancora il caso dei legami parentali: in particolare si discute sul se essi siano sempre e comunque sintomo di una infiltrazione mafiosa o se anche essi necessitano di concreti indizi o presunzioni basate su dati più consistenti che vanno oltre il mero vincolo di parentela.

La giurisprudenza²⁸ si è orientata verso il criterio del "più probabile che non" in tema di pericolo di condizionamento, la presenza di una parentela significativamente caratterizzata in senso criminale in determinate circostanze

²⁷ L'attività in oggetto si caratterizza per questa sua doppia valenza: la doverosità dell'azione da un lato, la discrezionalità valutativa dall'altro. In tal senso, si è sostenuto in giurisprudenza che la stessa annotazione nel casellario informatico delle interdittive antimafia costituisce un atto doveroso per l'Autorità, essendo prevista dall'art. 91, comma 7-*bis*, del d.lgs. n. 159/2011, così Consiglio di Stato, sez. III, sent. del 11 settembre 2017, n. 4286.

²⁸ La sentenza "manifesto" è la n. 1743/2016, emessa dalla III sezione del Consiglio di Stato, poi si v. anche n. 2774 del 2016 e 3889 del 2016, rese dalla medesima sezione.

rende alquanto logico, nonché altamente probabilistico, che l'ambiente familiare sia un elemento che in qualche modo condiziona l'agire dell'imprenditore gerente.

Ma la valutazione deve sempre essere compiuta tenendo conto delle circostanze concrete in cui si verifica la situazione di parentela, nonché della tipologia dell'attività dell'impresa, dell'organizzazione e della gestione complessiva²⁹.

Il legame parentale è tale da sostenere una misura interdittiva nel caso in cui il pericolo di infiltrazione sia suffragato da un quadro indiziario complesso, articolato, in presenza di dinamiche gestionali dell'impresa composite ed eterogenee: «Solo in tali casi può infatti ritenersi il pericolo dell'insinuazione mafiosa, la quale, a vario titolo e in relazione alle molteplici attività che l'organismo imprenditoriale pone in essere, interferisce e condiziona in modo subdolo e capillare l'attività stessa, traendone anche vantaggio pure indiretto»³⁰. Orbene, al di là delle ipotesi della presenza dei meri legami di parentela, la giurisprudenza è costante nel ritenere che la valutazione del Prefetto sia espressione di un'ampia discrezionalità, la quale viene assoggettata al sindacato di legittimità solo sotto il profilo della logicità della scelta finale in relazione alla rilevanza dei fatti accertati, nei limiti della verifica della sussistenza del vizio di eccesso di potere³¹.

²⁹ Sul punto cfr. sent. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, n. 1065 del 2016, poi confermata in Consiglio di Stato con la sent. n. 4451 del 2017; nel caso di specie i giudici amministrativi hanno annullato l'informativa antimafia nei confronti di una ditta individuale pur in presenza di legami parentali con esponenti della malavita organizzata, in ragione del fatto che la Prefettura non avrebbe fatto altro che descrivere detti legami, senza suffragare la tesi dell'infiltrazione mafiosa con ulteriori elementi che potessero far ipotizzare un controllo esterno da parte dei c.dd. parenti mafiosi. In particolare, ancora, l'impresa in questione rivestiva la forma di ditta individuale, dunque era assente il carattere della complessità della organizzazione aziendale, sicché il Tar ha statuito che «le interdittive hanno generalmente ad oggetto strutture imprenditoriali complesse ovvero attività imprenditoriali connotate da una seppur minima organizzazione; tal che, posto il rilevante quadro indiziario di "contiguità" con consorterie criminali (legami parentali, frequentazioni, vicende di penale rilevanza in cui sono implicati soggetti che a vario titolo partecipano all'impresa, legami significativi con imprese mafiose, anomalie nella gestione dell'azienda ecc.) è conseguenza automatica dedurre il pericolo di condizionamento, data la vasta gamma di atti e di operazioni che un'impresa strutturata pone in essere durante la sua esistenza giuridica e nei quali può inserirsi la "pressione" malavitosa». Dunque in presenza di una ditta individuale, che svolge una tipologia di attività che non richiede complessi rapporti aziendali o intricati aspetti gestionali (nel caso di specie si trattava di un servizio di taxi), il mero legame parentale non è sufficiente a sostenere la misura interdittiva, necessitando un ulteriore passaggio significativo del tentativo di infiltrazione.

³⁰ Sent. Tar Calabria, Reggio Calabria, cit.

³¹ Così *ex multis*, Cons. St., sez. VI, sent. del 26 settembre 2011, n. 5366, nonché Cons. St., sez. VI, sentenza dell'8 giugno 2009, n. 3491, con nota di G.F. NICODEMO, *Il contenuto minimo dell'informativa antimafia tipica*, in Urb. app., 2009, 1088; G. D'ANGELO, *La documentazione antimafia nel d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159: profili critici*, in Urb. app., 2013.

Una questione di profondo interesse riguarda le c.dd. informative a cascata, cioè misure interdittive la cui motivazione è data solo dalla presenza di legami associativi stabili tra l'impresa privata colpita dall'informativa ed un'altra impresa colpita da una interdittiva precedente, mancando ulteriori elementi a carico della prima impresa (il cui unico indizio è dato dal legame con la seconda impresa)³². Il tema rientra sempre nel campo di azione della Prefettura, dei suoi limiti e dei suoi poteri. Nella fattispecie, ci si è interrogati sul se possa l'Amministrazione emanare una informativa antimafia nei confronti di una impresa per il solo fatto che essa intrattenga rapporti con altra impresa già colpita dalla interdittiva. Pur essendo la *ratio* dell'istituto l'anticipazione della soglia di tutela, non è pacifica la questione illustrata poiché in tale situazione la legittimità del provvedimento interdittivo (cautelare) si fonda su un mero sospetto, il cui unico indizio è dato dall'aver intrattenuto rapporti meramente commerciali con un'altra impresa.

L'argomento è stato affrontato dal Consiglio di Stato³³, il quale ha richiamato il precedente orientamento della Sezione secondo cui veniva escluso qualsiasi automatismo tra l'adozione della misura interdittiva e la sua conseguente estensione alle imprese legate da vincoli associativi a quella attinta dalla prima misura, ma si ravvisava un indice del tentativo di infiltrazione mafiosa nella instaurazione di rapporti commerciali tra un'impresa ed una società già ritenuta esposta al rischio di influenza criminale³⁴.

L'orientamento attuale dei Giudici di Palazzo Spada è nel senso di presumere (ragionevolmente) l'estensione del giudizio di pericolo di inquinamento mafioso alla sia nuova società, sia alla impresa originariamente colpita dalla informativa, nel caso in cui la natura, la consistenza ed i contenuti delle modalità di collaborazione tra le due siano idonei a rivelare il carattere illecito dei loro legami, non trattandosi di una collaborazione sporadica od occasionale.

Dunque, in presenza della situazione appena delineata, si ritiene estremamente probabile in base all'*id quod plerumque accidit* che il legame societario abbia alla base una sorta di sodalizio criminale.

Al contrario, nel caso in cui i legami tra le due imprese risultano avere un carattere episodico, inconsistente o remoto, si esclude l'automatica estensione della misura antimafia alla impresa che successivamente alla emanazione

³² Sulla questione si v. E. SCAFURI, *Sulla legittimità delle interdittive antimafia «a cascata», ovvero basate esclusivamente sui legami associativi tra imprese*, Gazzetta forense, 2016.

³³ Cfr. sent. Cons. St., sez. III, del 22 giugno 2016, n. 2774.

³⁴ In tal senso, cfr. *ex multis* Cons. St., sez. III, sent. del 26 maggio 2016, n. 2232.

dell'interdizione nei confronti della prima impresa, stringa legami commerciali con essa.

3.1. Segue. I doveri della Stazione Appaltante.

Se il Prefetto agisce *a monte*, la Stazione Appaltante agisce *a valle*, quindi ben poco residua oltre il dovere di adeguarsi alla decisione ed agire di conseguenza. Dall'abrogazione delle misure interdittive atipiche, si ritiene che in materia sia stato eliminato qualsiasi potere discrezionale in capo alla Stazione Appaltante, la quale ad oggi in caso di ricezione di informativa ha il mero potere vincolato di interrompere il rapporto con l'impresa colpita dalla misura antimafia.

Si ritiene che la Stazione Appaltante non abbia nemmeno il dovere di invitare a partecipare al procedimento il soggetto destinatario della informativa antimafia: ci troviamo in presenza di un potere vincolato, la partecipazione dell'impresa al procedimento che si svolge in seno all'Amministrazione con cui ha stipulato un contratto d'appalto (o è in procinto di stipularlo) non potrebbe certamente mutare l'esito del procedimento stesso, prestabilito dalla legge.

Non è quella la sede in cui il privato può far valere il proprio diritto alla partecipazione ed al contraddittorio; detto potere può essere legittimamente esercitato (con le dovute precauzioni del caso)³⁵ in sede prefettizia, nel corso del procedimento che termina con l'emanazione o meno del provvedimento interdittivo nei suoi confronti³⁶.

La discrezionalità in capo al Prefetto, si è visto, comporta un vasto raggio d'azione ed in tale contesto la partecipazione del privato potrebbe essere utile

³⁵ La partecipazione dell'impresa nei confronti della quale si svolge il procedimento prefettizio deve essere in ogni caso "dosata", poiché si corre il rischio di inquinare il percorso di indagine. Anche in questa fase il bilanciamento tra difesa, contraddittorio ed il dovere di difesa sociale veste un ruolo di importanza fondamentale, difatti la contrazione delle garanzie di difesa trova una sua giustificazione nella elevata esigenza di salvaguardia dei rapporti commerciali pubblici. In tal senso, ha sostenuto la giurisprudenza amministrativa che «la delicatezza di tale ponderazione intesa a contrastare in via preventiva la minaccia insidiosa ed esiziale delle organizzazioni mafiose, richiesta all'autorità amministrativa, può comportare anche un'attenuazione, se non una eliminazione, del contraddittorio procedimentale, che del resto non è un valore assoluto, slegato dal doveroso contemperamento di esso con interessi di pari se non superiore rango costituzionale, né un bene in sé, o un fine supremo e ad ogni costo irrinunciabile, ma è un principio strumentale al buon andamento della pubblica amministrazione ([art. 97 Cost.](#)) e, in ultima analisi, al principio di legalità sostanziale ([art. 3, comma secondo, Cost.](#)), vero e più profondo fondamento del moderno diritto amministrativo», così Cons. St., sent. n. 565/2017.

³⁶ L'art. [93, comma 7](#), del [d.lgs. n. 159 del 2011](#) stabilisce che «il prefetto competente al rilascio dell'informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile».

sia sotto il profilo della garanzia del diritto alla difesa costituzionalmente tutelato, sia sotto il profilo dell'efficacia dell'azione amministrativa, poiché contribuirebbe attivamente al procedimento stesso³⁷.

4. Profili processuali: giurisdizione, competenza e rischio di contrasto tra giudicati.

Gli aspetti processuali che meritano attenzione nella vicenda delle informative antimafia sono principalmente tre: in primo luogo, si è dibattuto sul se tali misure e gli atti conseguenti siano suscettibili di impugnazione; in caso positivo, la seconda questione attiene al giudice avente giurisdizione sul caso, se ordinario o amministrativo; infine, vista la scelta per quest'ultimo, ci si è chiesti quale fosse il criterio al fine di individuare il Tar territorialmente competente (onde evitare il rischio del contrasto tra giudicati).

Sulla possibilità di impugnare la misura interdittiva emanata dal Prefetto, il criterio che ha guidato la giurisprudenza è sicuramente la lesività dell'atto. Ciò ha consentito di superare la tesi secondo cui la misura avente carattere general-preventivo è un atto endoprocedimentale, di per sé non direttamente lesivo e, quindi, privo dei presupposti per l'autonoma impugnazione.

Ma visto che l'informativa prefettizia produce un danno nella sfera giuridica del soggetto destinatario, tale atto è suscettibile di impugnazione poiché da esso ne discende l'interruzione del rapporto di commessa tra l'impresa e l'Amministrazione.

Ciò che ha suscitato alcune perplessità è stata la possibilità di impugnazione del recesso dal contratto dell'Amministrazione a seguito della emissione del provvedimento antimafia, ciò perché si tratta di un atto a cui la Stazione Appaltante è vincolata.

Fin quando vigeva la distinzione tra informativa tipica ed atipica, il relativo recesso della Stazione Appaltante era dovuto nel primo caso e discrezionale nel secondo, ma ad oggi il doppio binario è venuto a cadere e, pertanto, l'attività della P.A. è del tutto vincolata. In tale quadro normativo, l'impugnazione del recesso è legittima, poiché viene considerato un atto consequenziale alla emanazione dell'informativa, anch'essa ovviamente impugnabile.

Per quanto attiene alla giurisdizione, è ormai pacifico che essa ricada nella sfera giurisdizionale del giudice amministrativo³⁸. Il dibattito ha avuto origine poiché in caso di misura interdittiva antimafia, la Stazione Appaltante era (ed è, data

³⁷ In tal senso cfr. Cons. St., sez. III, Sent. del 20 dicembre 2017, n. 5978.

³⁸ Sulla questione della giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie aventi ad oggetto il recesso della Stazione Appaltante a seguito della informativa antimafia si v. Cass., Sez. Un., sent. del 17 dicembre 2003, n. 29425; Cass., Sez. Un., sent. del 28 novembre 2008, n. 28345; Cons. St., sez. III, sent. del 6 settembre 2011, n. 5014.

l'abrogazione delle informative atipiche) vincolata al recesso dal contratto di appalto stipulato con l'impresa destinataria del provvedimento. Ciò comportava un giudizio che subentrava spesso nella fase di esecuzione dell'opera o della prestazione del servizio; implicava una sorta di deroga al tradizionale orientamento secondo cui la giurisdizione del g.a. si ha in tutta la fase concorsuale, mentre quella ordinaria subentra nel momento in cui la gara è conclusa, non vi è più spendita del potere pubblico della Stazione Appaltante, la quale agisce come un privato committente (date sempre le eccezioni del caso) nella esecuzione di un rapporto contrattuale.

Lo stesso giudice ordinario³⁹ ha riconosciuto il proprio difetto di giurisdizione in favore di quella amministrativa, in base alla ragione per cui la deliberazione di recedere dal contratto di appalto non è altro che un atto consequenziale alla emanazione della informativa antimafia, resa ex art. 10 del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, ora ex art. 92, comma 4, del d. lgs. n. 159 del 2011.

Il recesso della Stazione Appaltante è un atto estraneo alla sfera del diritto privato, ancorché formalmente negoziale, esso è la trasposizione sul piano contrattuale di un effetto che ha origine nel provvedimento amministrativo del Prefetto; è espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi della impresa privata contraente, di tal guisa la relativa controversia ricade nella giurisdizione amministrativa.

La deliberazione dell'Amministrazione mediante la quale si attua il recesso, esige un potere di valutazione di natura pubblicistica al fine di scongiurare il rischio di intrattenere rapporti contrattuali con imprese legate alla criminalità organizzata. Ciò avvalorava la circostanza per cui è prevalente l'interesse pubblicistico e non trovano applicazione le regole del diritto privato.

Infine, il criterio da seguire per individuare il giudice avente giurisdizione e competenza in ordine alla legittimità della informativa antimafia ed i suoi conseguenti atti applicativi, è quello territoriale: sarà competente in primo grado il Tar in cui ha sede la Prefettura che ha adottato l'informativa stessa⁴⁰.

La questione attinente alla competenza territoriale del giudice amministrativo è stata oggetto di varie sedute in Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Il rischio di contrasti di giudicato è stato paventato più volte, e difatti non era insolita la situazione in cui la stessa impresa, colpita da informativa antimafia, aveva però allo stesso tempo contratti con più Amministrazioni in diverse

³⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., sent. del 18 novembre 2016, n. 23468.

⁴⁰ Sulla questione si v. Consiglio di Stato, ordinanza in seduta plenaria, n. 17 del 31 luglio 2014. Si v. anche A. PINCINI, *Il giudice competente nel caso di contestuale impugnazione dell'informativa antimafia e degli atti applicativi (Nota a C. Stato, ad. plen., ord. 31 luglio 2014, n. 26)*, in Riv. Nel diritto, 2015.

Regioni, vedesse accolto il proprio ricorso avverso la misura interdittiva, con conseguente annullamento del recesso della P.A. e prosecuzione dell'opera pubblica, mentre in altri era soccombente in sede giurisdizionale, dovendo quindi interrompere i rapporti con la Stazione Appaltante.

Il contrasto tra giudicati si viene a creare poiché la regola generale del processo amministrativo vede risiedere la competenza territoriale nel Tar avente giurisdizione nel luogo in cui ha sede l'Amministrazione che ha emanato l'atto impugnato. Orbene, non è raro che l'informativa venga emanata dalla Prefettura del luogo in cui ha sede legale l'impresa destinataria, ma la stessa impresa abbia intrattenuto rapporti con Stazioni appaltanti di diverse Regioni, dunque vengono a cadere i contratti d'appalto con amministrazioni aventi sedi diverse da quella della Prefettura⁴¹.

Una prima Plenaria del 2012, n. 33, nel caso di contestuale impugnativa della informativa e degli atti applicativi della Stazione Appaltante, ha ritenuto che l'informativa esplicasse i propri effetti solo con riferimento al territorio ove ha sede la Stazione Appaltante⁴².

La questione è stata poi ripresa dalla Plenaria nel 2014.

Sul punto, si rammenta che la normativa vigente in materia impone a tutte le pubbliche amministrazioni che ricevano l'informativa, l'obbligo di revocare le autorizzazioni e le concessioni oppure recedere dal contratto (d.lgs. n. 159 del 2011, art. 91) ed inoltre l'interdittiva antimafia esplica effetti ultraregionali.

Al tempo stesso, il codice del processo amministrativo, all'art. 13, comma 4-*bis* prevede che «la competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento, tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza». Per i giudici dell'Adunanza Plenaria va accolta positivamente la questione secondo la quale il Tar del luogo in cui ha sede la Prefettura è competente anche a conoscere il ricorso mediante il quale si impugnano con motivi aggiunti i successivi atti applicativi adottati dalla Stazione Appaltante. Si realizza, così una

⁴¹ Sul tema si v. A. CERRETO, *Recesso della pubblica amministrazione da un contratto di appalto di lavori pubblici per effetto di informativa antimafia e riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo, con osservazioni alla sentenza Cass., s.u., 29 agosto 2008, n. 21928 e spiragli di razionalizzazione del sistema di riparto sulla sorte del contratto*, in *Giust. amm.*, 3/2008.

⁴² In tema di giurisdizione e competenza, alla luce della Plenaria del 2012, si v. R. ROLLI e V. ZICARO, *Brevi note sui problemi recenti di competenza territoriale del giudice amministrativo in tema di informative prefettizie*, in *www.giustamm.it*, 2013; nonché S. SCOCA, *Riflessioni critiche sui criteri di individuazione del giudice competente nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4/2013.

particolare forma di connessione per accessorialità per cui il ricorso principale avverso la misura interdittiva attrae a sé quello accessorio avente ad oggetto l'impugnazione degli atti applicativi della informativa (il recesso), senza ostacolare le norme sulla competenza funzionale.

4.1. Recesso dal contratto a seguito di informativa antimafia ed applicabilità o meno della riduzione a metà dei termini.

Accertata la vincolatività del comportamento dell'Amministrazione nel dover recedere dal contratto a seguito di informativa interdittiva antimafia, si è posta la questione se in sede processuale dovesse applicarsi la regola del dimezzamento dei termini prevista per il rito degli appalti.

La giurisprudenza amministrativa, invertendo il precedente orientamento, ha recentemente affermato⁴³ che il dimezzamento dei termini non opera nella fattispecie in esame, ciò in quanto mediante l'impugnazione del recesso non vengono impugnati anche gli atti propri della gara di cui all'art. 119, comma 1, lett. a) c.p.a., per i quali vige la regola del rito speciale con conseguente riduzione della tempistica processuale.

Con la stipulazione del contratto si esaurisce la fase di affidamento e trovano applicazione le regole del rito ordinario non potendo estendersi all'impugnazione dell'informativa la *ratio* della disciplina acceleratoria di cui all'art. 120 c.p.a.

Al contrario, in base al precedente orientamento della giurisprudenza amministrativa, si riteneva che il recesso rientrasse nella nozione di «provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture» di cui all'art. 119 c.p.a.

Ancora, un altro argomento che farebbe venir meno l'applicazione del dimezzamento è il ruolo della potestà amministrativa in questa particolare fase procedimentale: in sede di esecuzione si è ben oltre la fase selettiva che si conclude con la sottoscrizione del contratto. Il recesso contrattuale presuppone la circostanza per cui ci si trova già nella fase di esecuzione dell'opera e tale potestà (a seguito della emanazione della informativa antimafia interdittiva) ha origine non nella normativa sui contratti pubblici, né deriva dal potere di scegliere il miglior contraente, ma trova fondamento nel Codice antimafia, all'art. 92, comma 4.

⁴³ Cfr. Cons. St., sez. III, sent. del 26 gennaio 2017, n. 319; mentre per il precedente orientamento *ex multis* Cons. St., sez. IV, sent. del 20 luglio 2016, n. 3247.

5. Conclusioni

In conclusione, la *ratio* e la disciplina della informativa antimafia fanno di essa uno strumento prezioso per l'amministrazione, nella lotta alla criminalità organizzata; l'anticipazione della soglia di difesa sociale, la natura preventiva, consentono di garantire una tutela maggiore dell'equilibrio della economia pubblica.

Il carattere preventivo e la non indispensabilità dell'assoluta certezza della infiltrazione criminale, ha condotto la giurisprudenza amministrativa (ed anche costituzionale, come si è avuto modo di vedere) a sostenere che sia sufficiente il mero giudizio di possibilità al fine di interdire il soggetto colpito dalla misura in esame dal rapporto contrattuale con la Pubblica Amministrazione.

Inoltre, la natura di *atto amministrativo* delle misure di tipo interdittivo emanate dall'autorità prefettizia, consente anche al privato colpito dalla informativa una tutela giurisdizionale piena dinanzi al giudice amministrativo. Ciò opera una sorta di bilanciamento, tra l'esigenza di massima tutela della *res publica* a fronte dei tentativi di infiltrazione mafiosa e la libera iniziativa economica del privato, la leale concorrenza all'interno del mercato, nonché la trasparenza delle procedure di affidamento.

Nonostante il continuo lavoro giurisprudenziale, *de iure condendo* è auspicabile un nuovo intervento da parte del legislatore che possa chiarire alcuni punti rimasti ancora piuttosto oscuri all'interno della disciplina degli strumenti amministrativi per il contrasto alle attività criminali.

Il pignoramento di stipendi e pensioni.

di **Alessandro AULETTA***

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** L'impignorabilità assoluta. **3.** L'impignorabilità relativa. **4.** La compensazione e il cumulo con la cessione del quinto. **5.** Il pignoramento delle pensioni. **6.** La riforma del 2015: codificazione del "minimo vitale" e rilievo officioso dell'inefficacia del pignoramento. **6.1.** (segue) Il pignoramento di stipendi o pensioni confluiti sul conto corrente.

1. Introduzione.

L'art. 545 c.p.c. costituisce la norma cardine in materia di pignoramento di stipendi e pensioni¹.

Detta norma effettua una distinzione tra regimi di:

- impignorabilità assoluta;
- impignorabilità relativa (o come è stato detto parziale);
- crediti *in parte assolutamente ed in parte relativamente* impignorabili previsti dai commi 7 e 8 dell'art. 545 c.p.c..

Va specificato che i regimi sopra elencati sono da intendere come eccezionali, ed insuscettibili di interpretazione analogica, in ragion del fatto che costituiscono una eccezione al principio generale dettato dall'art. 2740 c.c..

Invero, l'ambito di applicazione dell'istituto ha subito una forte estensione a livello di diritto vivente; in particolare, la giurisprudenza si è preoccupata di precisare che i limiti di impignorabilità previsti dall'art. 545 c.p.c., in virtù del fatto che sono posti a tutela di esigenze preminenti di varia natura, si applicano:

- all'istituto della sostituzione del creditore ai sensi dell'art. 511 c.p.c.²;

* Giudice dell'esecuzione presso il Tribunale di Napoli Nord.

¹ Che si svolge nella forma dell'espropriazione forzata di crediti. Su tale argomento v. almeno: P. CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, X ed., Milano, 2006, 500; V. CORSARO – S. BOZZI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, III ed., Milano, 1996, 274; G. TARZIA, *L'oggetto del processo d'espropriazione*, Milano, 1961, 99; Tota, *Sub art. 545*, in P. COMOGLIO – C. CONSOLO – B. SASSANI – R. VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, VI ed., Torino, 2013, 779; A. TRAVI, *Espropriazione presso terzi*, in *Novissimo Dig. it.*, VI ed., Torino, 1964, 959; R. VACCARELLA, *Espropriazione presso terzi*, in *Digesto civ.*, VIII ed., Torino, 1992, 98.

² Trib. Cassino, 4 ottobre 1991.

- al provvedimento con cui viene ordinato al terzo il pagamento diretto di quota dei redditi percepiti dal debitore a favore di chi sostenga il mantenimento della prole ex art. 316-*bis* c.c.³;
- al sequestro conservativo sui beni dell'imputato o del responsabile civile, atteso che l'art. 316, comma 1, c.p.p. prevede che lo stesso possa avvenire "nei limiti in cui la legge ne consente il pignoramento"⁴.

Infine, una disposizione rilevante è dettata anche al comma 6 dell'art. 545 c.p.c., per cui "restano ferme le altre limitazioni contenute in speciali disposizioni di legge".

Per assicurare la migliore comprensione dell'attuale assetto del sistema risulta rilevante lo studio delle numerose pronunce della Corte Costituzionale che hanno avuto origine dal confronto con le normative speciali.

2. L'impignorabilità assoluta.

L'art. 545, comma 2, c.p.c., ispirato dalla *ratio* connessa alla funzione vitale assunta da determinati crediti diretti a soddisfare situazioni di bisogno maggiormente pregnanti rispetto a quelle di natura alimentare (disciplinate dal comma 1), stabilisce che sono da considerare impignorabili in modo assoluto "i crediti aventi per oggetto sussidi di grazia o sostentamento a persone comprese nell'elenco dei poveri, oppure sussidi dovuti per maternità, malattie o funerali da casse di assicurazione, da enti di assistenza o da istituti di beneficenza".

Da tale regime sono stati esclusi dalla giurisprudenza i sussidi dovuti a titolo di contributo per la ricostruzione di zone colpite dagli eventi sismici del 1980 e 1981⁵.

Invece, l'art. 545, comma 7, c.p.c. contempla relativamente al "minimo vitale" un regime assimilabile, ma solo in relazione ad una parte del credito di cui si tratta. A tal proposito, si parla di crediti *in parte assolutamente impignorabili*.

3. L'impignorabilità relativa.

Nell'ambito dei crediti impignorabili in modo relativo, vanno distinti due differenti regimi:

- quello "più rigoroso" dei crediti alimentari (art. 545, comma 1, c.p.c.);

³ Trib. Torino, 9 marzo 2012.

⁴ Cass. pen., 4 febbraio 2011, n. 16618.

⁵ Cass. civ., 15 maggio 2014, n. 10642.

- quello "meno incisivo" in materia di stipendi, salari e altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego⁶.

La dottrina⁷ ha avuto cura di chiarire che i "crediti alimentari" e quelli "per cause di alimenti" devono essere assimilati.

Si discute in relazione alla possibilità di qualificare come alimentare un credito corrispettivo ad un obbligo di mantenimento in capo al coniuge separato o divorziato.

Il credito in questione nel caso in cui sia volto a soddisfare le esigenze basilari del beneficiario sarà pignorabile nella misura della quota caratterizzata da detta finalità, solo per cause di alimenti (e dunque nel rispetto dell'art. 545, comma 1, c.p.c.). In caso contrario, sarà pignorabile senza alcun limite⁸.

Va data contezza, però, dell'esistenza di pronunce di merito che fanno proprio un diverso orientamento. In dette pronunce si evidenzia l'impossibilità, collegata alla natura unitaria della prestazione, di scindere quest'ultima in due parti, la prima a carattere alimentare e la seconda priva di tale carattere⁹.

L'autorizzazione presidenziale è richiesta come condizione di efficacia del pignoramento nell'ambito dell'espropriazione di crediti di natura alimentare (per cause di alimenti), la cui mancanza va fatta valere con l'opposizione all'esecuzione; rimedio esperibile anche quando il debitore lamenti la eccessività della misura per la quale sia accordata l'autorizzazione.

Invece, il rimedio accordato al creditore avverso il provvedimento pronunciato sulla istanza di autorizzazione è rappresentato dall'opposizione agli atti esecutivi¹⁰.

L'autorizzazione deve indicare la misura entro la quale può avvenire il pignoramento del credito alimentare e tale elemento deve risultare *clare* dall'atto di pignoramento.

Il regime "meno incisivo" interessa i crediti di lavoro ovvero, più precisamente, "le somme dovute dai privati a titolo di stipendio, di salario o di altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego comprese quelle dovute a causa di licenziamento".

⁶ G. FINOCCHIARO, *Sub art. 545*, in Arieta-De Santis-Didone, *Codice commentato delle esecuzioni civili*, Torino, 2016.

⁷ A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, V ed., Padova, 2016, 975.

⁸ A. TATANGELO, *Questioni attuali in tema di espropriazione presso terzi, con specifico riferimento all'espropriazione dei crediti della pubblica amministrazione*, in *Riv. esec. forz.*, 2003, 445.

⁹ Corte App. Napoli, 18 gennaio 2011; Trib. Nocera Inferiore, 15 dicembre 2011.

¹⁰ A.M. SOLDI, *Manuale*, cit..

In relazione a questi crediti, si prevedeva una disciplina differente a seconda che il rapporto di lavoro fosse di diritto privato (art. 545 c.p.c.) o di diritto pubblico (d.p.r. n. 180 del 1950).

Alla erosione della specialità della disciplina dettata in relazione al pubblico impiego si è giunti attraverso una copiosa attività della Corte Costituzionale, seguita dall'intervento del legislatore, per cui sono ritenute applicabili in via generale le norme del d.p.r. n. 180 del 1950, nella attuale formulazione, unitamente alle previsioni di cui all'art. 545, commi 3, 4 e 5, c.p.c.¹¹.

Non manca chi sottolinea che il riferimento contenuto nell'art. 1 del citato provvedimento normativo alla "azienda privata" non riguardi i crediti di lavoro derivanti da attività estranee all'esercizio di una attività imprenditoriale, basti pensare all'attività di collaborazione familiare o a quella di chi presti la propria attività alle dipendenze di un libero professionista¹².

Ripercorrendo brevemente le tappe di questa evoluzione, va segnalato:

A) che l'art. 1, d.p.r. n. 180 del 1950 sottoponeva ad impignorabilità gli stipendi e le pensioni percepite dai dipendenti di pubbliche amministrazioni o soggetti equiparati (a questi fini) e che all'art. 2, d.p.r. n. 180 del 1950 erano previste delle eccezioni a detto divieto, e segnatamente:

- i) pignorabilità fino ad un terzo per i crediti alimentari;
- ii) pignorabilità fino a un quinto per debiti verso lo Stato o per tributi (da cui risulta evidente il carattere deteriore della disciplina dettata dall'art. 545 c.p.c. che prevede il limite del quinto – fatta eccezione per i crediti alimentari – quale che sia la natura del credito azionato);
- iii) in caso di concorso simultaneo delle cause di cui al comma 1, nn. 2 e 3 [lett. ii)] il pignoramento non poteva colpire una quota superiore al quinto e una quota superiore alla metà in caso di concorso anche delle cause di cui al comma 1, n. 1 [lett. i)];
- iv) era fatta salva una diversa disciplina in caso di concorso di vincoli per cessioni e delegazioni;

¹¹ G. FINOCCHIARO, cit.

¹² A. CRIVELLI, *Il pignoramento di crediti da retribuzioni e pensioni versati su conto corrente bancario o postale*, in www.ilprocessocivile.com.

- B) che inizialmente la Corte Costituzionale aveva escluso che lo speciale regime dettato per i crediti di lavoro pubblico fosse contrario ai principi costituzionali¹³. In tali risalenti pronunce, la Corte ha osservato:
- i) che il diverso regime della pignorabilità *“può ritenersi adeguato alle differenze che concorrono tra i due tipi di rapporto”*, specificando che la retribuzione dei pubblici dipendenti è individuata prendendo in considerazione anche i limiti delle finanze dell’Ente pubblico, limitazioni compensate dalla stabilità dell’impiego;
 - ii) che *“il legislatore, più che alla natura del rapporto, ha avuto riguardo al carattere pubblico (o, comunque, di interesse generale) della funzione o del servizio espliciti attraverso il medesimo preoccupandosi di escludere, salvo talune eccezioni tassativamente previste, la possibilità di sottrazione o di distrazione, anche legittima, della retribuzione dovuta ai dipendenti, nell’intento che ciò valga ad assicurare il regolare svolgimento della loro attività nell’espletamento dell’ufficio o del servizio cui sono preposti”*¹⁴; tale esigenza di tutela non sussiste, evidentemente, per il lavoro privato;
- C) che la giurisprudenza costituzionale ha mutato orientamento dichiarando la incostituzionalità:
- i) dell’art. 2, comma 1, n. 3 cit. nella parte in cui non prevede la pignorabilità e la sequestrabilità degli stipendi corrisposti da soggetti diversi da quelli indicati dall’art. 1, d.p.r. fino a concorrenza di un quinto per ogni credito vantato nei confronti del personale¹⁵. In tale pronuncia – ove il terzo pignorato era un soggetto diverso dallo Stato, sebbene ricompreso nell’elenco di cui all’art. 1, d.p.r. n. 180 del 1950 – si legge: *“nessuna distinzione ontologica residua, a seguito del progressivo costante dilatarsi del settore pubblico, per oggetto dell’attività di imprenditori e oggetto delle prestazioni dei dipendenti tra imprese private ed enti, aziende ed imprese di cui al ripetuto art. 1”*.

¹³ Corte cost., 25 maggio 1963, n. 88; Corte cost., 9 marzo 1976, n. 49; Corte cost., 13 dicembre 1985, n. 337.

¹⁴ Corte cost., 9 marzo 1976, n. 49

¹⁵ Corte cost., 31 marzo 1987, n. 89.

- Corte cost., 26 luglio 1988, n. 878 ha risolto nel medesimo senso la questione questa volta con riferimento al caso in cui l'emolumento sia dovuto dallo Stato;
- ii) dell'art. 2, comma 1, n. 3 cit. nella parte in cui esclude per i dipendenti dei soggetti di cui al comma 1 la pignorabilità nei limiti di cui all'art. 545, comma 4, c.p.c. con riguardo alle indennità di fine rapporto¹⁶;
 - iii) degli artt. 1 e 2, cit. nella parte in cui escludono la pignorabilità per ogni credito dell'intero ammontare di pensioni e indennità erogate ai dipendenti dai soggetti di cui all'art. 1, e non prevedono, invece, l'impignorabilità, con le eccezioni previste dalla legge per crediti qualificati, della sola parte delle pensioni, indennità o altri assegni necessaria ad assicurare al beneficiario mezzi adeguati di vita, con pignorabilità del quinto della somma residua¹⁷.

Inoltre, con riferimento ad altre tipologie di emolumento, è stata dichiarata la incostituzionalità:

- iv) dell'art. 1, comma 3, l. n. 324 del 1959 nella parte in cui la pignorabilità dell'indennità integrativa speciale istituita al primo comma dell'articolo fino alla concorrenza di un quinto non è prevista per ogni credito vantato nei confronti del personale¹⁸. La Corte evidenzia che l'impignorabilità della indennità integrativa speciale era omogenea alla impignorabilità dello stipendio dei lavoratori pubblici; venuta meno quest'ultima, la norma in questione comporterebbe una condizione di privilegio difficilmente giustificabile;
- v) dell'art. 4 l. n. 424 del 1966 e dell'art. 21 d.p.r. n. 1032 del 1973 nella parte in cui prevedono per i dipendenti civili e militari dello Stato la pignorabilità delle indennità di fine rapporto anche per i crediti da danno erariale, senza osservare i limiti stabiliti dall'art. 545, comma 4, c.p.c.¹⁹;
- vi) dell'art. 4, l. n. 424 del 1966 nella parte in cui prevede per i dipendenti di enti pubblici diversi dallo Stato la pignorabilità di

¹⁶ Corte cost., 19 marzo 1993, n. 99.

¹⁷ Corte cost., 4 dicembre 2002, n. 506.

¹⁸ Corte cost., 27 settembre 1990, n. 115.

¹⁹ Corte cost., 4 luglio 1997, n. 225

indennità di fine rapporto per i crediti da danno erariale senza l'osservanza dei limiti di cui all'art. 545, comma 4, c.p.c.²⁰;

- D) che il legislatore mediante l'art. 1, comma 137 della l. n. 311 del 2004 e l'art. 13-*bis*, d.l. n. 35 del 2005 ha fatto venir meno ogni differenza di regime giuridico in relazione alla pignorabilità dei crediti di lavoro, non solo tra quelli derivanti da rapporti di pubblico impiego o di lavoro privato, ma anche all'interno dei due ambiti considerati;

In definitiva, oggi il regime di impignorabilità relativa risulta essere il medesimo quale che sia la natura (pubblicistica o privatistica) del rapporto di lavoro.

In passato, la disciplina di cui all'art. 545, commi 3, 4 e 5 c.p.c. risultava applicabile solo alle somme dovute al debitore dal datore di lavoro, non anche a quelle transitate su di un conto corrente bancario o postale di cui il debitore stesso avesse la disponibilità, caso per il quale il legislatore, "sollecitato" dalla giurisprudenza costituzionale ha previsto un regime peculiare, per cui v. art. 545, comma 8, c.p.c. (su cui v. *infra*).

La disciplina di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 545 c.p.c. è così sintetizzabile:

- i crediti di lavoro possono essere pignorati per crediti alimentari nella misura autorizzata dal Presidente del Tribunale. A tal proposito, va precisato:
 - a) che solo quando il creditore intenda pignorare la retribuzione in misura superiore al quinto è necessaria l'autorizzazione giudiziale²¹;
 - b) che i crediti di lavoro, anche per la soddisfazione di crediti alimentari, possono essere pignorati al massimo fino alla metà e, nell'ipotesi in cui il medesimo credito sia già assoggettato ad esecuzione forzata, è pignorabile al massimo nella misura pari alla differenza tra la metà del credito di lavoro e quanto già assoggettato al precedente pignoramento (o ai precedenti pignoramenti);
 - c) che il predetto limite – come osserva tra l'altro la giurisprudenza di merito – vale anche in caso di concorrenza tra il pignoramento dello stipendio e la decurtazione di esso per versamento diretto dell'assegno di mantenimento in favore della moglie separata e del figlio affidato²²;
- nella misura di un quinto per i tributi dovuti allo Stato, alle province e ai comuni ed in egual misura per ogni altro credito;

²⁰ Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 438.

²¹ Cass 10 luglio 2007, n. 15374.

²² Trib. Pescara, 8 luglio 2003.

- in caso di simultaneo concorso delle cause indicate dianzi il pignoramento non può estendersi oltre alla metà dell'ammontare delle predette somme. Va precisato che, trattandosi di limiti inderogabili previsti dal legislatore, si ritiene che il Giudice dell'esecuzione non possa effettuare una valutazione in concreto delle esigenze di vita del debitore esecutato.

4. La compensazione e il cumulo con la cessione del quinto.

I crediti retributivi non possono essere compensati se non nei limiti del quinto. Detta regola non trova applicazione nel caso in cui il controcredito vantato dal datore di lavoro derivi da fatto illecito del prestatore di lavoro²³.

Qualora, invece, il controcredito vantato dal datore di lavoro abbia la propria origine da un diverso rapporto, la Cassazione ha specificato che nell'individuazione della misura della retribuzione pignorabile bisogna tener conto della ritenuta mensile finalizzata al pagamento di un mutuo accordato dal datore di lavoro effettuata a titolo di compensazione legale²⁴.

La somma dovuta a titolo di TFR non può essere compensata se non nei limiti di cui al comb. disp. degli artt. 1246, n. 3, c.c. e 545 c.p.c., data la sua natura alimentare²⁵.

In relazione al cumulo tra pignoramenti e cessioni volontarie dei crediti di lavoro (ad es. cessione volontaria del quinto) va sottolineato che il regime previsto per i lavoratori pubblici e quello previsto per i lavoratori privati sono stati equiparati, dapprima, per effetto di pronunce della Corte Costituzionale²⁶, e, poi, in forza dell'intervento del legislatore.

La fattispecie trova la propria disciplina nel comb. disp. artt. 545, comma 4, c.p.c. e artt. 2 e 68, comma 2, d.p.r. n. 180 del 1950.

Nel caso in cui il pignoramento sia successivo ad una precedente cessione (opponibile al precedente), questo è possibile solo nei limiti della differenza tra la metà dello stipendio e la quota ceduta.

²³ Cass. civ., 17 aprile 2004, n. 7337; Corte cost., 4 luglio 2006, n. 259, che ha dichiarato non fondata la q.l.c. dell'art. 1246, comma 1, n. 3, c.c. e dell'art. 545, comma 4, c.p.c., nella parte in cui, secondo il diritto vivente, non prevedono che la compensazione dei crediti del lavoratore per stipendio o altre indennità collegate al rapporto di lavoro debba avvenire nei limiti della misura del quinto anche quando il credito opposto in compensazione abbia origine dal medesimo rapporto di lavoro

²⁴ Cass. civ., 24 maggio 1995, n. 5692.

²⁵ Trib. Roma, 20 luglio 1999.

²⁶ Corte cost., 24 maggio 1991, n. 220; Corte cost., 6 aprile 1998, n. 102; Corte cost., 6 luglio 2000, n. 258; Corte cost., 27 ottobre 2000, n. 494.

La giurisprudenza ha precisato che "il 'simultaneo concorso delle cause' previsto dal comma 2 dell'art. 2 d.P.R. n. 180 del 1950 sta ad indicare la coesistenza, nello stesso tempo, di più crediti verso il debitore esecutato, derivanti da diverse cause tra quelle previste dal comma 1 dell'art. 2"... "Ne consegue che la disposizione in questione disciplina il limite di pignorabilità della retribuzione del debitore nell'ipotesi della simultanea esistenza di più crediti nei suoi confronti"²⁷.

5. Il pignoramento delle pensioni.

In relazione ai crediti pensionistici si è verificata una evoluzione assimilabile a quella sopra descritta relativamente agli stipendi.

Per i dipendenti privati la materia trovava la sua disciplina agli artt. 128 r.d.l. n. 1827 del 1935 e 69 l. n. 153 del 1969. Tali norme prevedevano che le pensioni, gli assegni e le altre indennità in favore dei lavoratori privati potevano essere ceduti, sequestrati e pignorati nei limiti di un quinto del loro ammontare per debiti verso l'INPS derivanti da indebite prestazioni percepite a carico di forme di previdenza gestite dall'Istituto stesso o da omissioni contributive.

La Corte Costituzionale è intervenuta con una serie di pronunce volte ad erodere la specialità del regime previsto per i lavoratori del settore pubblico, ed in particolare:

- ha dichiarato la illegittimità costituzionale degli artt. 128 e 69 cit. nella parte in cui non consentono, entro i limiti previsti dall'art. 2, comma 1, n. 1 cit., la pignorabilità per crediti alimentari delle pensioni corrisposte dall'INPS²⁸;
- ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 128 cit. nella parte in cui non consente, nei limiti previsti dall'art. 2, comma 1, n. 3 cit., la pignorabilità per crediti tributari delle pensioni²⁹;
- ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 128 cit. nella parte in cui esclude la pignorabilità per ogni credito dell'intero ammontare di pensioni erogate dall'INPS, e non prevede l'impignorabilità, con le eccezioni previste dalla legge per i crediti qualificati, della sola parte di pensione necessaria ad assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita (c.d. minimo vitale) con pignorabilità della restante parte, nei limiti del quinto³⁰.

²⁷ Cass. civ., 23 aprile 2003, n. 6432.

²⁸ Corte cost., 30 novembre 1988, n. 1041.

²⁹ Corte cost., 22 novembre 2002, n. 468.

³⁰ Corte cost., 4 dicembre 2002, n. 506.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia ha assunto l'art. 2, d.p.r. n. 180 del 1950 come "norma di carattere generale".

Se nell'ambito del pignoramento degli stipendi la Corte Costituzionale ha individuato come *tertium comparationis* il rapporto di lavoro privato, in materia di pensioni il modello pubblicistico è stato assunto come *tertium comparationis*. Dunque, la pensione restava aggredibile soltanto da creditori qualificati (appunto perché si trattava dei diritti di credito menzionati dall'art. 2, cit.).

Prendendo le mosse dalle esigenze di solidarietà sociale sottese all'art. 38 Cost., la Corte ha argomentato che, se da tale interesse discende una compressione del diritto dei terzi a soddisfare le proprie pretese sulla pensione del proprio debitore, ciò nondimeno tale compressione non può essere totale ed indiscriminata, ma deve rispettare criteri di ragionevolezza tali da garantire mezzi adeguati alle esigenze di vita del pensionato e da non comportare ai terzi un sacrificio eccessivo per i loro crediti. Pertanto, a tal fine, è sufficiente prevedere la impignorabilità di una parte della pensione, mentre la parte eccedente rispetto a quella diretta a garantire le basilari esigenze di vita del debitore è pignorabile nei limiti di cui all'art. 545 c.p.c..

È necessario segnalare anche alcune pronunce relative a pensioni erogate da altre casse previdenziali, nelle quali la Corte Costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità laddove si prevedeva l'impignorabilità assoluta della pensione erogata dalla Cassa anziché prevedere l'impignorabilità, con le eccezioni previste dalla legge per crediti qualificati, della sola parte di pensione necessaria ad assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita e la pignorabilità nei limiti del quinto della residua parte, ed in particolare:

- Cassa nazionale del notariato³¹;
- Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani "Giovanni Amendola"³²;
- ENASARCO³³.

Anche per le pensioni INAIL è stata dichiarata la incostituzionalità dell'art. 110, d.p.r. n. 1124 del 1965 nella parte in cui non consente la pignorabilità per crediti alimentari delle rendite erogate da tale ente previdenziale, nei limiti di cui all'art. 2, comma 1, n. 1, d.p.r. n. 180 del 1950³⁴.

³¹ Art. 12, r.d.l. n. 1324 del 1923, dichiarato incostituzionale da Corte cost., 30 novembre 2005, n. 444.

³² Art. 1, l. n. 1122 del 1955, dichiarato incostituzionale da Corte cost., 4 luglio 2006, n. 256

³³ Art. 28, comma 1, l. n. 12 del 1973 dichiarato incostituzionale da Corte cost., 26 giugno 2009, n. 183

³⁴ Corte cost., 22 dicembre 1989, n. 572.

Dunque, si riteneva che le pensioni fossero impignorabili solo per la parte destinata a garantire al pensionato i basilari mezzi di sussistenza, mentre la parte eccedente il minimo vitale risultava essere relativamente pignorabile.

Per quanto riguarda la individuazione del "minimo vitale", la giurisprudenza ha sostenuto che il giudice dell'esecuzione può individuare l'importo maggiormente adeguato a garantire mezzi adeguati di vita al pensionato tenendo conto degli elementi concreti del caso³⁵.

In merito al TFR, la giurisprudenza ha chiarito che "non sono impignorabili i fondi accantonati da un ente pubblico per il trattamento di fine rapporto dei propri dipendenti, non essendo l'indisponibilità degli stessi prevista da alcuna norma"³⁶. Invece, per quanto riguarda i fondi previdenziali di cui all'art. 2117 c.c., si è ritenuto che "essi rimangono strettamente vincolati agli scopi per cui sono stati istituiti, non potendo essere distratti, ai sensi dell'art. 2117 c.c., dal fine cui risultano destinati, al quale viene definitivamente subordinata la loro disponibilità; né tali fondi possono formare oggetto di esecuzione da parte dei creditori dell'imprenditore o del prestatore di lavoro, trattandosi di somme che, non facendo più parte del patrimonio di coloro che le hanno versate, non possono essere considerate a garanzia delle obbligazioni da essi eventualmente assunte"³⁷.

6. La riforma del 2015: codificazione del "minimo vitale" e rilievo officioso dell'inefficacia del pignoramento.

Il concetto di minimo vitale è stato "codificato" dal legislatore con la riforma del 2015 prevedendo la impignorabilità delle pensioni per un ammontare corrispondente all'importo dell'assegno sociale aumentato della metà, mentre la parte residua è pignorabile nei limiti del quinto.

Dalla violazione dei limiti e dei divieti stabiliti dai commi sopra esaminati discende la inefficacia (parziale) del pignoramento, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 545 c.p.c.. Tale disposizione ha, inoltre, il pregio di colmare anche un lacuna del previgente art. 545 c.p.c. laddove riconosce in capo al G.E. il potere di rilievo officioso di tale inefficacia.

Invero, una parte della dottrina aveva riconosciuto la titolarità di un potere di rilievo officioso in capo al G.E.³⁸.

³⁵ Cass. civ., 25 marzo 2014, n. 18225; Cass. 18 novembre 2014, n. 24536.

³⁶ Cass. civ., 20 febbraio 2007, n. 3964.

³⁷ Cass. civ., 9 ottobre 2012, n. 17178.

³⁸ S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1965, 316.

Tuttavia, altra parte della dottrina riteneva che, trovandosi nell'ambito delle eccezioni al principio di cui all'art. 2740 c.c., fondate su una valutazione di prevalenza dell'interesse del debitore, fosse necessaria l'opposizione (all'esecuzione) del debitore³⁹.

Anche la giurisprudenza meno recente seguiva questa impostazione⁴⁰.

Recentemente, è, però, prevalso l'indirizzo contrario⁴¹.

In relazione al comma 9 dell'art. 545 c.p.c., va, inoltre, notato che dalla previsione della inefficacia del pignoramento effettuato oltre i limiti del consentito discende una considerevole incidenza pratica, dal momento che rispetto alle ulteriori somme non scaturiscono, in capo al terzo, gli obblighi di custodia.

In questo modo, però, la esclusiva responsabilità di errori nell'applicazione delle norme in materia di impignorabilità grava sul terzo, a differenza di altre ipotesi di inefficacia in cui tale responsabilità grava sul creditore (in caso di tardiva iscrizione a ruolo ex art. 543 c.p.c. il creditore deve tempestivamente notificare al terzo la dichiarazione di sopravvenuta inefficacia del pignoramento)⁴².

6.1. (segue) Il pignoramento di stipendi o pensioni confluiti sul conto corrente.

Al fine di completare l'analisi della riforma del 2015, bisogna analizzare la previsione dei commi 7 e 8 dell'art. 545 c.p.c., introdotti dal d.l. n. 83 del 2015, e applicabili ai procedimenti esecutivi instaurati successivamente all'entrata in vigore della riforma⁴³.

Detta disciplina ha origine da una pronuncia della Corte Costituzionale che aveva individuato un *vulnus* nella tutela del percettore di redditi da lavoro o pensionistici.

³⁹ Circa tale qualificazione, v. Cass. 23 agosto 2011, n. 17524; Cass. 27 gennaio 2009, n. 1949; Cass. 23 novembre 2007, n. 387; Cass. 20 febbraio 2006, n. 3655; Cass. 9 febbraio 2000, n. 1452; qualificazione da cui si faceva discendere la negazione che il rimedio potesse essere azionato dal *debitor debitoris*: Cass. 23 febbraio 2007, n. 4212; Cass. 21 gennaio 2000, n. 687; Cass. 15 novembre 1994, n. 9623; Trib. Torre Annunziata, 19 luglio 2013; Trib. Nocera Inferiore, 9 settembre 2010; Corte App. Potenza, 29 luglio 2008; Corte App. Napoli, 11 luglio 2008; Corte App. Roma, 10 dicembre 2007; Corte App. Napoli, 6 luglio 2006

⁴⁰ Cass. S.U., 17 giugno 1988, n. 4136; Cass. S.U., 23 aprile 1987, n. 3932.

⁴¹ Cass. 22 marzo 2011, n. 6548; Cass. 11 giugno 1999, n. 5761; Corte App. L'Aquila 14 maggio 2002.

⁴² Sul punto v. V. COLESANTI, *L'infelice situazione del terzo debitore (anche dopo le recenti riforme)*, in *Rass. dir. proc.*, 2015, 1327.

⁴³ Sulla riforma del 2015 in generale sia consentito rinviare – anche per altri riferimenti – al mio Auletta, *La riforma del processo esecutivo (ovvero un'applicazione della legge di Washlesky)*, in *Gazzetta forense*, 5/2015, 191 e ss.

In particolare, la q.l.c. atteneva all'art. 12, comma 2, d.l. n. 201 del 2011, che ha inserito il comma 4-*ter*, lett. c), nell'art. 2 d.l. n. 138 del 2011, censurato per violazione degli artt. 3 e 38, comma 2, Cost., nella parte in cui, imponendo che il pagamento dei redditi da lavoro o da pensione superiori all'importo mensile di mille euro avvenisse esclusivamente con accredito su conti correnti bancari o postali, libretti di deposito, carte prepagate, carte istituzionali, non prevedeva la salvezza delle limitazioni in materia di pignoramento di cui all'art. 545 c.p.c..

Come conseguenza del "monito" formulato dalla Corte Costituzionale, il legislatore è intervenuto a normare espressamente in ordine alle suesposte questioni, attraverso la previsione di due regimi differenti in relazione al pignoramento dei crediti di lavoro e pensionistici accreditati su conto corrente, a seconda che il pignoramento intervenga successivamente o anteriormente all'accredito:

- 1) le somme accreditate *prima* del pignoramento sono pignorabili per l'importo (da ritenersi mensile, malgrado una autorevole voce in senso contrario⁴⁴) eccedente il triplo dell'assegno sociale;
- 2) quelle accreditate *dopo* il pignoramento sono sottoposte alle ordinarie regole in materia di pignoramento di crediti di lavoro o pensionistici fatti *presso il datore di lavoro o l'ente previdenziale*.

Gli obblighi del terzo variano in relazione al momento in cui interviene l'accredito. In particolare, se l'accredito è stato effettuato precedentemente rispetto al pignoramento, gli obblighi del terzo pignorato non sussistono; nel caso in cui, invece, l'accredito sia stato effettuato alla data del pignoramento, o successivamente ad esso, gli obblighi del terzo pignorato intervengono nei limiti previsti dall'art. 545 c.p.c. e dalle speciali disposizioni di legge.

Come è stato condivisibilmente osservato, il legislatore, nel disciplinare in modo difforme l'ipotesi del pignoramento sulle somme già presenti sul conto e quella del vincolo sugli accrediti successivi, "da un lato non ha affatto smentito l'assunto tradizionale secondo cui il credito è verso il banchiere ed è un credito derivante dal contratto di conto corrente bancario o postale, dall'altro ha voluto contemperare tale principio con l'esigenza di tutela dei bisogni primari, che passa attraverso l'impignorabilità di tali somme benché confluite nel conto"⁴⁵.

⁴⁴ A. SALETTI, *Le recenti novità in materia di espropriazione presso terzi*, relazione per la Scuola Superiore della magistratura, nell'ambito del Corso "Il pignoramento presso terzi e l'esecuzione esattoriale"

⁴⁵ A. CRIVELLI, cit..

Le conseguenze del "Jobs Act" sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo e la ricerca di un nuovo equilibrio tra tutela del lavoratore e interesse dell'impresa.

di Valentina CLEMENTE*

SOMMARIO: **1.** La riforma del diritto del lavoro e le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 23 del 2015 in tema di licenziamento individuale; **2.** L'influenza del nuovo regime sanzionatorio sulla nozione di giustificato motivo oggettivo: la sentenza n. 25201 del 07 dicembre 2016 della Corte di Cassazione. **2.1.** L'esigenza di riaprire il dibattito sulla nozione di giustificato motivo oggettivo; **2.2.** Le due tesi a confronto e il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione; **2.3.** Le motivazioni della sentenza: profili critici e spunti di riflessione; **3.** La necessità di un nuovo equilibrio tra tutela del lavoratore e tutela dell'impresa; **4.** La nuova funzione dell'obbligo di *repechage*.

1. La riforma del diritto del lavoro e le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 23 del 2015 in tema di licenziamento individuale.

Il d.lgs. n. 23 del 04.03.2015, attuativo della legge delega comunemente definita "Jobs Act", ha introdotto, a partire dalla sua entrata in vigore (07.03.2015), una nuova disciplina del regime di tutela nel caso di licenziamento individuale illegittimo per i lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Restano quindi esclusi i dirigenti.

In particolare, la normativa disciplina le conseguenze sanzionatorie in caso di:

- licenziamento discriminatorio a norma dell'articolo 15 della l. n. 300 del 1970, licenziamento riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, licenziamento inefficace poiché intimato in forma orale e licenziamento in cui vi è difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore (art. 2);
- licenziamento illegittimo poiché non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa (art. 3, co. 1);

* Avvocato del foro di Cassino, Specializzata in professioni legali.

- licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore (art. 3, co. 2);

- licenziamento comminato con vizi formali o procedurali, per violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della l. n. 300 del 1970 (art. 4).

La normativa ricalca la formulazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori - già interamente riscritto dall'art. 1, co. 42, l. 28 giugno 2012, n. 92, cd. Legge Fornero, che ha sostituito i commi dal primo al sesto con gli attuali commi dal primo al decimo - e disegna un modello regolatorio composito e complesso, anche in ragione della contemporanea vigenza dell'art. 18 stesso.

La riforma del diritto del lavoro ha tracciato una netta differenza tra passato e presente in tema di licenziamento individuale. Mentre in passato il discrimine dei quindici dipendenti segnava il confine tra due tutele contrapposte, reale e obbligatoria, la Legge Fornero prima e il Jobs Act poi hanno scardinato questa contrapposizione. Essa scompare, in particolare, in presenza di licenziamento per giustificato motivo oggettivo dichiarato illegittimo.

Si ha licenziamento economico o per giustificato motivo oggettivo, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966, quando la cessazione unilaterale del rapporto di lavoro da parte del datore è determinata «da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa».

Se il fatto produttivo o organizzativo posto a fondamento del licenziamento è insussistente il licenziamento è illegittimo e si applicano le sanzioni contenute nell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015.

Come accennato la disciplina varia a seconda che il licenziamento sia stato comminato prima o dopo il 07.03.2015, poiché il decreto legislativo citato, pur non abrogando l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, afferma: «Nel caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, integri il requisito occupazionale di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, il licenziamento dei lavoratori, anche se assunti precedentemente a tale data, è disciplinato dalle disposizioni del presente decreto.»

Per i licenziamenti comminati prima del 07.03.2015, la sanzione prevista dalla legge è diversa sia in base al requisito dimensionale dell'azienda sia in base alla insussistenza manifesta o meno del motivo oggettivo.

Nelle ipotesi in cui il datore di lavoro occupi alle sue dipendenze più di quindici lavoratori, l'art. 18 St. Lav. distingue tra due ipotesi¹:

- la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo;
- le altre ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo oggettivo.

Nel primo caso, ai sensi del comma 4, il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi del terzo comma dell'art. 18 stesso.²

Nel secondo caso, ai sensi del comma 5, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo³.

Nelle ipotesi in cui l'azienda abbia meno di quindici dipendenti, ai sensi dell'art. 8 della l. n. 604 del 1966, quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi

¹ Si riporta la normativa con il tempo presente, poiché non abrogata dal d.lgs. n. 23 del 2017 e quindi ancora in vigore nel nostro ordinamento per i licenziamenti comminati prima dell'entrata in vigore del decreto.

² In tali ipotesi si parla di tutela reale attenuata, per cui il licenziamento illegittimo non interrompe né il rapporto di lavoro né quello assicurativo, mentre il risarcimento del danno è limitato dal legislatore.

³ Tale forma di risarcimento, introdotta dalla Legge Fornero è denominata tutela obbligatoria attenuata/ridotta o tutela risarcitoria forte, poiché prevede il solo risarcimento dei danni, seppur in misura consistente.

del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti.⁴

In caso di licenziamento di un dipendente assunto dopo il 7 marzo 2015, la disciplina applicabile è quella contenuta appunto nel d.lgs. n. 23 del 2015, che ha introdotto un nuovo regime di tutela per le ipotesi di licenziamento illegittimo, destinato dapprima ad affiancare e quindi a sostituire il sistema di tutele previsto dall'art. 18 della l. 300/1970⁵ e dall'art. 8 della l. n. 604/1966.

La normativa distingue a seconda delle dimensioni dell'azienda:

- l'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2017 afferma che, qualora non ricorrano gli estremi del giustificato motivo oggettivo, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 4 e non superiore a 24 mensilità⁶;
- l'art. 9 del d.lgs. n. 23 del 2017 afferma che l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'articolo 3, comma 1, è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità. Ove il datore di lavoro non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della l. n. 300 del 1970. Quindi, nelle aziende al di sotto della soglia dei quindici dipendenti, mancando gli estremi del giustificato motivo oggettivo, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a 1 mensilità

⁴ Si ha tutela obbligatoria quando il licenziamento, anche se illegittimo, determina la cessazione del rapporto di lavoro e assicurativo. Il Giudice, dopo aver accertato l'illegittimità del licenziamento, stabilirà un obbligo alternativo in capo al datore di lavoro, il quale può scegliere tra: riassumere il lavoratore entro tre giorni dalla pubblicazione della sentenza oppure pagare all'ex dipendente una indennità risarcitoria.

⁵ L'articolo 18 di fatto è stato quasi integralmente superato dal d.lgs. 23/2015, poiché rimarranno in vigore solo i commi 8 e 9, che definiscono il requisito dimensionale dei 15 dipendenti, al quale si aggancia il nuovo decreto per stabilire due diversi regimi risarcitori in caso di licenziamento illegittimo.

⁶ Si può parlare, come per il quinto comma dell'art. 18 St. Lav., di tutela risarcitoria forte.

dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 2 e non superiore a 6 mensilità.⁷

Si passa dal binomio tutela reale attenuata per le aziende con più di quindici dipendenti e tutela obbligatoria per le aziende con meno di quindici dipendenti a una tutela risarcitoria, forte o debole a seconda del requisito dimensionale, ma che esclude in ogni caso la prosecuzione del rapporto di lavoro.

L'eliminazione dell'obbligo di riassumere o reintegrare il lavoratore nelle ipotesi di licenziamento economico ha un forte impatto sul rapporto di lavoro: viene meno la necessità per il giudice di effettuare un bilanciamento tra le ragioni organizzative ed economiche del datore di lavoro, espressione della libertà d'impresa, e il diritto del dipendente allo sviluppo della propria personalità attraverso il lavoro. Sposta il sindacato dall'aspetto giuridico, focalizzato sui diritti fondamentali in gioco, all'aspetto economico, proprio della monetizzazione del risarcimento⁸.

La riforma ha, infatti, eliminato la reintegrazione e ha previsto un risarcimento economico, che si distingue, rispetto a quello disposto per i datori di lavoro con meno di quindici dipendenti, solo per l'entità superiore⁹.

Gli interventi del legislatore che si sono susseguiti dal 2012 ad oggi, seppur introducendo una disciplina diversa e frammentata, sono mirati ad un unico e chiaro obiettivo: eliminare o quanto meno ridurre il modello reintegratorio previsto dall'originario art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nell'esplicito intento di rendere più flessibili, in uscita, i rapporti di lavoro subordinati¹⁰.

⁷ Ipotesi peculiare e del tutto nuova che potrebbe essere definita tutela risarcitoria debole, in paragone a quella prevista dall'art. 3 del decreto.

⁸ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*. Anno XXXI Fascicolo 3-2012.

⁹ Il d.lgs. 23/2015 introduce un criterio oggettivo di determinazione del risarcimento, che viene correlato all'anzianità di servizio del lavoratore. Il giudice viene pertanto privato della facoltà di determinare il risarcimento tra un importo minimo e un importo massimo. La nuova disposizione dispone, infatti, che ogni anno di anzianità di servizio comporta la maturazione del diritto a 2 mensilità a titolo risarcitorio, con un minimo di 4 mensilità e un massimo di 24 mensilità (ridotte della metà se il datore di lavoro ha meno di 15 dipendenti). Si supera inoltre la quantificazione del risarcimento in relazione alla retribuzione globale di fatto e la si lega alla nozione di "ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto". Se dopo oltre 40 anni, prassi e giurisprudenza non si erano ancora perfettamente allineate nell'interpretazione del concetto di retribuzione globale di fatto, si auspica che la nuova definizione garantisca maggiore chiarezza applicativa, anche se eventuali contenziosi probabilmente si focalizzeranno sulla valutazione degli elementi retributivi da includere nella base di determinazione del TFR.

¹⁰ È quindi definitivo il passaggio dalla cd. *property rule* alla cd. *liability rule*, ossia ad un sistema imperniato sulla tutela obbligatoria, con un indennizzo quantificato utilizzando parametri predeterminati.

2. L'influenza del nuovo regime sanzionatorio sulla nozione di giustificato motivo oggettivo: la sentenza n. 25201 del 07.12.2016 della Corte di Cassazione.

2.1. L'esigenza di riaprire il dibattito sulla nozione di giustificato motivo oggettivo.

La portata delle riforme in tema di diritto del lavoro appare particolarmente dirimpante nelle ipotesi di licenziamento economico o per giustificato motivo oggettivo.

La *ratio* politico- economica che ha sorretto i vari interventi legislativi è collegata al lungo periodo di crisi che ha interessato le imprese italiane ed è sorretta da un chiaro fattore statistico: l'elevata mole di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo rispetto alle altre tipologie di licenziamento.

I licenziamenti economici, imputabili all'impresa, prima del 2012 costituivano la percentuale maggiore rispetto alle altre tipologie e soprattutto rispetto al licenziamento disciplinare, per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, imputabile invece al lavoratore¹¹.

Tali dati hanno spinto il legislatore ad introdurre un regime sanzionatorio dell'illegittimo licenziamento economico sempre meno protettivo per il lavoratore, con un'inversione di tendenza rispetto al passato che vede il legislatore, in tali ipotesi, dalla parte delle imprese in crisi¹².

Di conseguenza, diventa fondamentale oggi definire il giustificato motivo oggettivo e comprendere quando lo stesso sia invocato illegittimamente dal datore di lavoro.

¹¹ Solo per la regione Veneto: nel 2009 i licenziamenti per giusta causa sono stati 6.877, quelli per giustificato motivo soggettivo 1.096, mentre quelli per giustificato motivo oggettivo 21.916; nel 2010 i licenziamenti per giusta causa sono stati 1.229, quelli per giustificato motivo soggettivo 4.410, mentre quelli per giustificato motivo oggettivo 29.390. Dati del Portale di Veneto Lavoro, *Misure 36 - Licenziati e tasso di licenziamento. Evidenze statistiche*.

¹² La scelta del legislatore non era l'unica possibile ed è comunque opinabile. «*In verità, un'analisi in senso diacronico della flessibilizzazione dei rapporti di lavoro negli ultimi trenta anni mette in evidenza come l'obiettivo economico fondamentale perseguito sia stato quello di ridurre i costi diretti ed indiretti delle imprese, legati, come si è visto, sia alla dinamica salariale, sia alle discipline giuridiche che riducono le prerogative imprenditoriali nella gestione del fattore lavoro. Vi è stata, dunque, la scelta a favore di un modello di competitività puramente di costo, di scarsa efficienza in presenza di realtà economiche (Cina, India, Paesi orientali o dell'ex Est europeo) i cui costi produttivi e del lavoro sono enormemente inferiori e tali da rendere improponibile forme di concorrenza basate su tali elementi. E questo senza volere considerare i dirimpanti effetti di segmentazione del mercato del lavoro e di diffusa sensazione di incertezza nelle proprie aspettative di vita che ha radicalmente modificato il senso stesso del lavoro quale strumento di emancipazione sociale.*» cit. V. SPAZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 322/2017

Il legislatore ha modificato il solo regime sanzionatorio, mentre la definizione di giustificato motivo oggettivo resta invariata e sempre disciplinata dall'art. 3, seconda parte, della l. n. 604 del 1966.

Come accennato, la norma definisce il giustificato motivo oggettivo come le «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa».

Si tratta di una definizione molto ampia che negli ultimi cinquant'anni la giurisprudenza ha riempito di contenuti sempre più specifici, al fine di tutelare la posizione del soggetto più debole del rapporto contrattuale: il lavoratore¹³.

È quindi necessario verificare se e in che misura le modifiche introdotte dal legislatore in tema di regime sanzionatorio abbiano influito sul concetto stesso di giustificato motivo oggettivo, al fine di comprendere quale sia il nuovo rapporto tra tutela del lavoratore e interesse dell'impresa.

Sul punto è intervenuta la Sezione Lavoro della Corte di Cassazione con la sentenza n. 25201 del 7 dicembre 2016, che ha riaperto il dibattito sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo proprio alla luce della più globale riforma del diritto del lavoro.

Il caso esaminato dalla Suprema Corte ha ad oggetto il licenziamento intimato nel 2013 al direttore operativo di una società per azioni e motivato «dall'esigenza tecnica di rendere più snella la cd. catena di comando e quindi la gestione aziendale».

La Corte d'Appello di Firenze, riformando la sentenza di primo grado, aveva giudicato illegittimo il licenziamento per mancanza di prova dell'esigenza datoriale di «fare fronte a sfavorevoli e non meramente contingenti situazioni influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva ovvero per sostenere notevoli spese di carattere straordinario», precisando che il recesso non potesse essere motivato «soltanto dalla riduzione dei costi e, quindi, dal mero incremento del profitto». La Corte fiorentina ha ritenuto insufficiente a giustificare il licenziamento «la dimostrazione dell'effettività della riorganizzazione» ed assorbita ogni questione relativa all'obbligo di repechage.

La Suprema Corte ha cassato la sentenza della Corte d'appello di Firenze giudicando erronea, per violazione di legge, l'interpretazione dalla stessa

¹³ Integrano il licenziamento economico, ad esempio, le soppressioni di posti di lavoro a causa di innovazioni tecnologiche o a causa di riassetto organizzativi, come l'eliminazione del settore lavorativo o del reparto cui il dipendente era stato addetto oppure i licenziamenti dovuti alla necessità di contenere i costi aziendali o per porre rimedio ad un periodo di grave crisi. Da ultimo vedi: Cass. civ. sez. lav., del 20 ottobre 2017, n. 24882.

adottata e sposando, tra i due orientamenti interpretativi esistenti in materia, quello più incline a proteggere lo spazio della libera iniziativa economica privata.

2.2. Le due tesi a confronto e il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione.

Pur non avendone la competenza¹⁴, la Sezione Lavoro ha strutturato la sentenza come una pronuncia delle Sezioni Unite: delineati i due orientamenti contrapposti sull'argomento, si sceglie quello ritenuto corretto e viene data motivazione della scelta, indicando infine il principio di diritto.

La prima tesi trae origine dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 4146 del 1991, che in motivazione così statuiva «il giustificato motivo oggettivo di licenziamento di cui alla l. n. 604 del 1966, art. 3 può anche consistere nella esigenza sopravvenuta di una riorganizzazione del lavoro attraverso la sostituzione del lavoro del dipendente licenziato con quello personale, non retribuito, dello stesso imprenditore, e nella semplificazione del lavoro mediante l'impiego di una macchina elettronica, per un'apprezzabile riduzione dei costi di impresa; occorre peraltro che l'esigenza di tale riduzione sia imposta da una seria ragione di utile gestione dell'azienda e non di per sé per l'effetto dell'accrescimento del profitto (che da solo sarebbe un motivo personale del datore)». Nella stessa pronuncia si osserva che, stante «il principio della stabilità del rapporto di lavoro privato a tempo indeterminato», «non basta un generico programma di riduzione dei costi», ma occorrono «cause che col loro peso si impongano sull'esigenza della stabilità e, come tali, siano serie e non convenientemente eludibili», per cui «la persistenza... dello stato di floridità dell'impresa... potrebbe essere attendibile indice dell'inesistenza di un giustificato motivo obiettivo».

La necessità che il licenziamento per motivo oggettivo sia giustificato dal dover fare fronte «a sfavorevoli situazioni» e non sia «meramente strumentale ad un incremento del profitto» è affermazione che si trova poi reiterata nella successiva giurisprudenza¹⁵.

¹⁴ Il problema processuale è senz'altro superabile sia in nome del principio di certezza del diritto sia alla luce della delicatezza del tema dei licenziamenti.

¹⁵ *Ex plurimis*: Cass. civ. sez. lav., del 07 luglio 2004, n. 12514; Cass. civ. sez. lav., del 02 ottobre 2006, n. 21282; Cass. civ. sez. lav., del 25 marzo 2011, n. 7006; Cass. civ. sez. lav., del 26 settembre 2011, n. 19616; Cass. civ. sez. lav., del 24 febbraio 2012, n. 2874; Cass. civ. sez. lav., del 23 ottobre 2013, n. 24037; Cass. civ. sez. lav., del 16 marzo 2015, n. 5173, in motivazione; Cass. civ. sez. lav., del 24 giugno 2015, n. 13116.

Da tale indirizzo, rigorosamente applicato, scaturisce la conseguenza in base alla quale il presupposto fattuale della sfavorevole situazione economica in cui versa l'azienda, indipendentemente dalle ragioni addotte dall'imprenditore e dalla loro effettività, assurge a requisito di legittimità intrinseco al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che deve essere a sua volta provato dal datore di lavoro ed accertato dal giudice.

Per il secondo orientamento, invece, le ragioni inerenti l'attività produttiva di cui all'art. 3 della l. n. 604 del 1966 possono derivare anche «da riorganizzazioni o ristrutturazioni, quali ne siano le finalità e quindi comprese quelle dirette al risparmio dei costi o all'incremento dei profitti... opinare diversamente significherebbe affermare il principio, contrastante con quello sancito dall'art. 41 Cost., per il quale l'organizzazione aziendale, una volta delineata, costituisca un dato non modificabile se non in presenza di un andamento negativo e non anche ai fini di una più proficua configurazione dell'apparato produttivo, del quale il datore di lavoro ha il "naturale" interesse ad ottimizzare l'efficienza e la competitività»¹⁶.

Si ritiene quindi che le ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro «possono essere le più diverse» e non solo quelle che ne riconoscono la legittimità se «dirette a fronteggiare situazioni sfavorevole»¹⁷, non potendosi distinguere nelle ragioni economiche a sostegno della decisione imprenditoriale «tra quelle determinate da fattori esterni all'impresa, o di mercato, e quelle inerenti alla gestione dell'impresa, o volte ad una organizzazione più conveniente per un incremento del profitto»¹⁸.

Più di recente si è considerato «estraneo al controllo giudiziale il fine di arricchimento, o non impoverimento, perseguito dall'imprenditore, comunque suscettibile di determinare un incremento di utili a beneficio dell'impresa e, dunque, dell'intera comunità dei lavoratori»¹⁹.

La Corte di Cassazione, nella sentenza in analisi, sceglie la seconda tesi, enunciando il seguente principio di diritto: *«Ai fini della legittimità del licenziamento individuale intimato per giustificato motivo oggettivo ai sensi della l. n. 604 del 1966, art. 3, l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare ed il giudice accertare, essendo sufficiente che le*

¹⁶ Cass. civ. sez. lav., del 10 maggio 2007, n. 10672 e Cass. civ. sez. lav., del 24 maggio 2007, n. 12094.

¹⁷ Cass. civ. sez. lav., del 09 luglio 2001, n. 9310.

¹⁸ Cass. civ. sez. lav., del 11 aprile 2003, n. 5777.

¹⁹ Cass. civ. sez. lav., del 18 novembre 2015, n. 23620.

ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro, tra le quali non è possibile escludere quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell'impresa, determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa; ove però il licenziamento sia stato motivato richiamando l'esigenza di fare fronte a situazioni economiche sfavorevoli ovvero a spese notevoli di carattere straordinario ed in giudizio si accerti che la ragione indicata non sussiste, il recesso può risultare ingiustificato per una valutazione in concreto sulla mancanza di veridicità e sulla pretestuosità della causale addotta dall'imprenditore».

Analizzando il principio di diritto senza leggere la motivazione che lo sorregge, si corre il rischio di portare all'estremo la tesi della Cassazione e, facendo erroneamente coincidere ragione ed effetto, causa e conseguenza, giustificare la soppressione del posto di lavoro in sé, senza che il datore di lavoro debba dare alcuna motivazione, in nome della libertà d'impresa²⁰.

Escludendo l'obbligo per il datore di lavoro di provare l'andamento economico negativo dell'azienda, si rischia di identificare il mutamento dell'assetto organizzativo con la soppressione di una data posizione lavorativa, senza necessità di specificarne il perché, lasciando piena discrezionalità al datore di lavoro nel creare e nel sopprimere la posizione lavorativa.

Le motivazioni della sentenza quindi vanno analizzate con lo sguardo critico di chi non vuole compiere tale errore²¹.

²⁰ «Ciò significa che il licenziamento per GMO è legittimo quando la decisione del datore di lavoro che incide sull'organizzazione della produzione o del lavoro ha come effetto la soppressione di un posto di lavoro, essendo irrilevanti le motivazioni che hanno indotto il datore di lavoro a prendere tale decisione, in quanto – molto semplicemente – tali motivazioni non sono riconducibili alla fattispecie dell'art. 3, legge 604/1966 che autorizza il licenziamento per GMO. Non è, però, sufficiente per configurare il GMO evocare nella lettera di licenziamento la soppressione del posto di lavoro, ma occorre indicare la decisione organizzativa (oggettivamente verificabile) che a monte determina tale soppressione. La precisazione non è di poco conto, come dimostra la giurisprudenza.» cit. A. MARESCA, *Come cambia il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Anticipazione a IPSOA Quotidiano* dei temi del III FORUM TUTTOLAVORO- 16 FEBBRAIO 2017.

²¹ «Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento (GMO) dopo la sentenza della Cassazione 7 dicembre 2016, n. 25201 può essere identificato con riferimento ai diversi profili che, secondo le contrastanti opinioni, concorrono o meno a configurare la fattispecie di cui l'art. 3, legge 10 giugno 1966, n. 604. Tali profili possono essere accorpati in tre nuclei essenziali: a) quello centrale delle decisioni organizzative; b) quello che ne costituisce l'antecedente logico, cioè le motivazioni che inducono il datore di lavoro ad assumere tali decisioni; c) l'ultimo, relativo al nesso causale che lega la decisione organizzativa con il licenziamento.» cit. A. MARESCA, *Come cambia il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Anticipazione a IPSOA Quotidiano* dei temi del III FORUM TUTTOLAVORO- 16 FEBBRAIO 2017.

Si deve distinguere nettamente tra volontà del datore di lavoro di licenziare, intesa come motivazione interna; ragioni economiche e/o organizzative, che sono fattori esterni, e la loro conseguenza: la soppressione del posto di lavoro.

2.3. Le motivazioni della sentenza: profili critici e spunti di riflessione.

Nella motivazione della sentenza n. 25201 del 2016 si afferma che «l'interpretazione letterale della norma, da cui occorre necessariamente muovere, esclude che per ritenere giustificato il licenziamento per motivo oggettivo debba ricorrere, ai fini dell'integrazione della fattispecie astratta, un presupposto fattuale - che il datore di lavoro debba indefettibilmente provare ed il giudice conseguentemente accertare - identificabile nella sussistenza di "situazioni sfavorevoli" ovvero di "spese notevoli di carattere straordinario", cui sia necessario fare fronte».

Dal punto di vista dell'esegesi testuale della disposizione è sufficiente che il licenziamento sia determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, tra le quali non possono essere aprioristicamente o pregiudizialmente escluse quelle che attengono ad una migliore efficienza gestionale o produttiva ovvero anche quelle dirette ad un aumento della redditività d'impresa.

Se è vero che la norma non prevede la gravità o notevolezza delle ragioni del datore di lavoro – anche a differenza della nozione di giustificato motivo soggettivo in cui è richiesto un notevole inadempimento del lavoratore -, è altrettanto vero che l'art. 3 citato non lascia libera scelta al datore di lavoro nel sopprimere la posizione lavorativa e richiede inequivocabilmente la motivazione della scelta, subordinandola a fattori esterni, diversi dalla mera volontà o discrezionalità dell'imprenditore.

Di conseguenza, partendo correttamente dall'interpretazione letterale della norma non si può giungere ad interpretazioni estreme che non ne rispettino il dettato.

La Cassazione afferma poi che un'interpretazione più favorevole per il lavoratore non trova fondamento né nella normativa nazionale né in quella europea, ma trae origine nella tesi dottrinale della *extrema ratio* del licenziamento secondo cui la scelta che legittima l'uso del licenziamento dovrebbe essere "socialmente opportuna".

Correttamente si rileva che la Corte costituzionale non ha mai rinvenuto nell'art. 4 Cost. un diritto all'assunzione o al mantenimento del posto di lavoro. Di conseguenza, anche se l'indirizzo di progressiva garanzia del diritto del lavoro

previsto dall'art. 4 e dall'art. 35 Cost. ha portato nel tempo ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, tali garanzie sono affidate alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi attuazione, in rapporto alla situazione economica generale.

Prima della riforma del diritto del lavoro iniziata nel 2012 la tesi della *extrema ratio* del licenziamento era fondata sull'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori e sull'art. 2103 c.c.²², quindi sono stati dirimenti gli interventi del legislatore su tali norme e il venir meno dei riferimenti legislativi che giustificavano tale interpretazione.

In assenza di una specifica indicazione normativa, la tutela del lavoro garantita dalla Costituzione non consente di riempire di contenuto l'art. 3 della l. n. 604 del 1966, sino al punto di ritenere precettivamente imposto che, nel dilemma tra una migliore gestione aziendale e il recesso da un singolo rapporto di lavoro, l'imprenditore possa optare per la seconda soluzione solo a condizione che debba fare fronte a sfavorevoli e non contingenti situazioni di crisi.

Partendo dalla corretta interpretazione sistematica della Cassazione, non ci si può però spingere sino a far coincidere il giustificato motivo oggettivo con la mera soppressione del posto di lavoro, poiché è proprio l'art. 3 a richiedere una ragione a monte del licenziamento che il datore deve provare.

Stessa analisi critica va fatta alla motivazione della sentenza riguardo l'esegesi della normativa europea.

L'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sancisce che: «Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».

Se da un lato l'art. 30 cit. si limita a proclamare il diritto del lavoratore ad una tutela in caso di licenziamento ingiustificato, lasciando al legislatore comunitario ed a quello nazionale il compito di dare concretezza al contenuto e agli scopi del principio enunciato, dall'altro non si può non tener conto della Carta sociale europea che, all'art. 24, sancisce il diritto dei lavoratori a non essere licenziati senza un valido motivo e tra essi pone quello «basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa». Tale necessità non permette il licenziamento per ragioni di mera opportunità e richiede che il datore di lavoro provi ragioni di una certa consistenza che giustificano il licenziamento.

²² L'articolo 2103 c.c. è stato sostituito dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 15.06.2015, emanato sempre in attuazione del *Jobs Act*. Le disposizioni ivi contenute trovano applicazione per tutti i lavoratori, anche per quelli assunti prima del 7 marzo 2015.

Mentre una semplice lettura del principio di diritto prima enunciato può dare adito a confusioni, nelle motivazioni la Cassazione appare più chiara: se si invoca come motivazione la crisi, la stessa deve essere seria e non transitoria, se si invoca il cambio del modello organizzativo, lo stesso deve essere efficiente ed efficace.

Il giudice deve sempre effettuare una valutazione in concreto sulla mancanza di veridicità o sulla pretestuosità della ragione addotta dall'imprenditore e una verifica del nesso causale tra l'accertata ragione inerente l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro, come dichiarata dall'imprenditore, e l'intimato licenziamento in termini di riferibilità e di coerenza rispetto all'operata ristrutturazione. Ove il nesso manchi, anche al fine di individuare il lavoratore colpito dal recesso, si palesa l'uso distorto del potere datoriale, emergendo una dissonanza che smentisce l'effettività della ragione addotta a fondamento del licenziamento.

La combinazione di siffatti controlli e limiti, oltre le comuni tutele del lavoratore dagli atti illeciti o discriminatori del datore, esclude che il potere di questi di risolvere il rapporto per motivazioni economiche possa essere assimilato ad un recesso *ad nutum*, frutto di scelte autosufficienti e insindacabili dell'imprenditore. Solo dando tale interpretazione alla motivazione della sentenza, non si rinviene infine una contraddizione nell'affermazione: «non vi è effettiva soppressione del posto di lavoro nel caso in cui avvenga una mera sostituzione del dipendente licenziato con altro lavoratore assunto a minor costo, perché retribuito meno per lo svolgimento di identiche mansioni»²³.

Infatti, ritenendo qualunque giustificazione economica o organizzativa sufficiente a legittimare la soppressione del posto di lavoro, anche la scelta di sostituire il lavoratore con un altro più efficiente e/o meno costoso dovrebbe rientrare nella piena discrezionalità del datore di lavoro.

La sentenza n. 25201 del 2016 è quindi fondamentale per la comprensione dell'impatto delle riforme poste in essere negli ultimi anni, ma richiede un'analisi critica che impedisca contraddizioni e interpretazioni non rispettose del sistema giuridico lavoristico italiano, che, seppur rinnovato, poggia sempre sui medesimi solidi principi a tutela del diritto del lavoro²⁴.

²³ Cass. S.U. del 11 aprile 1994, n. 3353.

²⁴ Sono ancora attuali le considerazioni sull'argomento di Giuseppe Pera, contenute nel commento alla sentenza del Pretore di Firenze 22 gennaio 1969, intitolato *Giustificato motivo obiettivo del licenziamento e sindacato del giudice. Una sentenza lapiriana*, in *Il Diritto del Lavoro*, 1969, N. 1.

3. Necessità di un nuovo equilibrio tra tutela del lavoratore e tutela dell'impresa.

Le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori e in generale al diritto del lavoro hanno fatto venir meno la tutela del posto di lavoro e la visione del licenziamento come *extrema ratio* e hanno segnato la fine della stabilità del rapporto di lavoro privato a tempo indeterminato.

Non si tutela più il posto di lavoro del dipendente ma il suo diritto alla rioccupazione nel mondo del lavoro, anche introducendo nuove politiche attive, come gli ammortizzatori sociali e la riqualificazione del lavoratore finalizzata alla ricollocazione.

Alla luce di quanto sin qui detto, però, si può sicuramente affermare che tali innovazioni non hanno eliminato l'obbligo del datore di lavoro di indicare le ragioni del licenziamento e il dovere del giudice di verificare in modo rigido la loro veridicità.

Il punto di incontro tra le due esigenze di tutela del lavoratore e aiuto alle imprese in crisi può essere rinvenuto proprio nei tratti comuni ad entrambi gli orientamenti indicati dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 25201 del 2016. Non è mai stato messo in dubbio, infatti, il controllo giudiziale sull'effettività del ridimensionamento e sul nesso causale tra la ragione addotta e la soppressione del posto di lavoro del dipendente licenziato.

Parimenti costituisce limite al potere datoriale costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità quello identificato nella non pretestuosità della scelta organizzativa.

È così costante l'affermazione secondo cui: «il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, nel cui ambito rientra anche l'ipotesi di riassetto organizzativo attuato per la più economica gestione dell'impresa, è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, atteso che tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., mentre al giudice spetta il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore; ne consegue che non è sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato, sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato».

Quindi da un lato non vi deve essere una tutela automatica del lavoratore, che non ha o comunque non ha più il diritto al posto di lavoro, e dall'altro non si

deve lasciare piena discrezionalità al datore di lavoro nell'esercizio del potere di recesso.

Le corti di merito hanno immediatamente colto questa esigenza di equilibrio, applicando il principio di diritto della Corte di Cassazione senza cedere a facili estremismi.

I presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo sono costituiti: dall'effettività ed obiettività delle ragioni aziendali addotte a giustificazione del recesso; dalla necessità che dette ragioni siano funzionali a fronteggiare situazioni sfavorevoli sopravvenute e contingenti, che influiscano sulla normale attività produttiva e impongano la riduzione dei costi, sì da doversene escludere il carattere pretestuoso e occasionale; dall'esistenza del nesso causale tra tali ragioni e l'atto datoriale e dall'effettiva soppressione del posto di lavoro, conseguente alla scelta aziendale²⁵.

Tali ragioni dunque non coincidono con la decisione del datore di lavoro di sopprimere un certo posto di lavoro o di figura professionale: quest'ultima è soltanto l'effetto delle predette ragioni tecniche, organizzative e produttive, necessarie per dar luogo alla soppressione²⁶.

Infine, anche la migliore giurisprudenza della Corte di Cassazione ha correttamente individuato i contenuti della sentenza analizzata, nelle pronunce successive: «In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ai fini della legittimità dello stesso non è necessaria la sussistenza di un andamento economico negativo dell'azienda, ma sono sufficienti ragioni inerenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro, ivi comprese quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell'impresa, purché idonee a determinare un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo, ferma l'effettività della riorganizzazione adottata e la necessità che il recesso sia riferibile e coerente con l'operata ristrutturazione».²⁷

«Nella nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento è riconducibile anche l'ipotesi del riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa e deciso dall'imprenditore non semplicemente per un incremento del profitto, ma per far fronte a sfavorevoli situazioni, non meramente contingenti, influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva, imponendo un'effettiva necessità di riduzione dei costi».²⁸

²⁵ Trib. Milano, sez. lav., sent. del 26 maggio 2017.

²⁶ App. Potenza, sez. lav., sent. del 08 giugno 2017.

²⁷ Cass. civ. sez. lav., del 15 febbraio 2017, n. 4015.

²⁸ Cass. civ. sez. lav., Ord. del 15 giugno 2017, n. 14871.

4. La nuova funzione dell'obbligo di *repechage*.

La legittimità del giustificato motivo oggettivo deve essere verificata dal giudice escludendo la pretestuosità delle ragioni organizzative o economiche addotte dal datore di lavoro per motivare il licenziamento.

L'indagine sulla pretestuosità sfocia in una duplice analisi fattuale:

- la prima diretta, quando si palesano di fatto insussistenti le ragioni comunicate nella lettera di licenziamento o il loro carattere strutturale;
- la seconda indiretta, derivante dall'interruzione del nesso di causalità che si manifesta quando, pur a fronte della reale soppressione del posto di lavoro, sarebbe stato possibile il *repechage* del lavoratore.

Condividendo, per quanto sin qui detto, la tesi che trova il nuovo equilibrio tra tutela del lavoratore e tutela dell'impresa nella necessità di una concreta motivazione del licenziamento, che è altro dalla scelta di soppressione del posto di lavoro in sé, sono da fugare tutti i dubbi sulla persistenza dell'obbligo di *repechage* nell'attuale sistema normativo del diritto del lavoro.

Negli anni la giurisprudenza ha costruito il concetto di possibilità di reimpiego sulla teoria del licenziamento economico come *extrema ratio* e, di conseguenza, legittimo soltanto in assenza di un'alternativa al mantenimento del posto di lavoro²⁹.

Venuta meno tale tesi dottrinale a seguito dei recenti sviluppi legislativi che sostituiscono alla tutela dell'interesse alla conservazione del posto di lavoro quello ad una nuova occupazione nella quale reimpiegare utilmente il lavoratore, sono fondatamente sorti dubbi sulla attuale applicabilità dell'obbligo di *repechage*.

La difficoltà di verificare la non pretestuosità del licenziamento per giustificato motivo, d'altro canto, rende necessaria, come accennato, una controprova che può essere assolta continuando a ritenere sussistente tale obbligo in capo al datore di lavoro.

«In questa prospettiva il ripescaggio consentirebbe di verificare se la ragione organizzativa e la conseguente soppressione del posto di lavoro siano in concreto la causa efficiente, cioè effettiva e reale, del licenziamento del dipendente e ciò sarebbe escluso quando l'utilizzazione del lavoratore in un'altra mansione si

²⁹ Solo con tale *ratio* si spiega la dilatazione nella giurisprudenza passata del ripescaggio: prima circoscritto alle mansioni equivalenti, poi anche a quelle inferiori, quindi ad ogni posizione lavorativa dislocata all'interno dell'azienda, anche in rapporti di lavoro ad orario ridotto o, addirittura, in altre società appartenenti allo stesso gruppo.

prospetti come conseguente al fisiologico ed ordinario esercizio dei poteri organizzativi e direttivi così come in quel contesto aziendale sono di norma agiti dal datore di lavoro».³⁰

Il datore di lavoro ha quindi l'onere di provare l'esistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento; tale prova non può, peraltro, limitarsi alla causa in sé, come ad esempio la soppressione del posto di lavoro, ma deve abbracciare anche l'impossibilità di ricollocare il lavoratore in mansioni corrispondenti alla sua qualifica - non quindi necessariamente le stesse espletate al momento del licenziamento - con riferimento alle competenze acquisite in azienda³¹.

Il relativo onere negativo deve essere assolto di regola attraverso la dimostrazione dei correlativi fatti positivi, come ad esempio, la circostanza che tutti i posti fossero stabilmente occupati al momento del licenziamento o che dopo il recesso, e per un congruo periodo, non vi siano state nuove assunzioni³². È bene quindi ridefinire anche l'obbligo di *repechage* alla luce delle recenti riforme del lavoro.

L'obbligo di ripescaggio si ha quando il datore di lavoro, a fronte della soppressione di una posizione lavorativa per ragioni di organizzazione del lavoro e produttive, non può procedere automaticamente al licenziamento del lavoratore interessato, ma deve preventivamente verificare la sua ricollocabilità in altra mansione presente in azienda.

Il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. fa venir meno il concetto di equivalenza tra mansioni e bagaglio professionale del lavoratore, ampliando lo *ius variandi* del datore di lavoro alle mansioni, anche inferiori, riconducibili allo stesso livello di inquadramento acquisito, badando di fatto al mantenimento della retribuzione e

³⁰ Sul punto vedi A. MARESCA, *Come cambia il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Anticipazione a IPSOA Quotidiano* dei temi del III FORUM TUTTOLAVORO- 16 FEBBRAIO 2017.

³¹ Trib. Larino, sez. lav., sent. del 07 giugno 2017.

³² Sul corrispondente onere di allegazione del lavoratore, un consistente e sinora assestato filone giurisprudenziale assegnava al lavoratore l'onere di indicare al giudice nel ricorso le mansioni nelle quali riteneva di poter essere riutilizzato, circoscrivendo l'onere del datore alla prova dell'inutilizzabilità del lavoratore nelle mansioni da quest'ultimo indicate. Veniva così affermata l'esistenza di un dovere, in capo al lavoratore, di cooperazione processuale nell'accertamento di un possibile *repechage*, che rendesse praticabile l'onere probatorio del datore di lavoro. Con un recente filone giurisprudenziale, iniziato con la sentenza n. 5592 del 22.03.2016 della Cassazione, vi è stato un ritorno ad una rigida identificazione dell'onere probatorio, che esclude qualsiasi dovere od obbligo in capo al lavoratore che ne circoscriva l'esercizio. È al datore di lavoro che spetta provare tutti gli elementi costitutivi del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, inclusa l'impossibilità di un diverso utilizzo del lavoratore, senza che a quest'ultimo possa chiedersi in alcun modo di collaborare nel relativo accertamento, in attuazione del principio di vicinanza della prova. Vedi anche Cass. sez. lav., del 05 gennaio 2017, n. 160 e del 12 gennaio 2017, n. 618).

non alle mansioni effettivamente svolte. Fermo restando in ogni caso l'assolvimento dell'obbligo formativo.

Tale ampliamento del potere datoriale sembrerebbe non potersi trasformare in un ampliamento dell'obbligo di *repechage* in caso di licenziamento economico senza contraddire la *ratio* della riforma. Sia la normativa in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo che quella in tema di mutamento delle mansioni sono state modificate in attuazione del Jobs Act, con uno spostamento dell'attenzione del legislatore alle imprese in crisi³³.

Non appare possibile ricavare da una norma, modificata dal legislatore al fine di ampliare il potere direttivo e la discrezionalità del datore di lavoro, un obbligo, che, integrando la disciplina del giustificato motivo oggettivo, limiterebbe la discrezionalità del datore di lavoro nel disporre il licenziamento. Sia perché non si può imporre l'esercizio coattivo di un potere sia perché la riforma del licenziamento economico è volta a limitare le conseguenze negative in ipotesi di illegittimità dello stesso in capo al datore di lavoro.

Infatti, nella decisione di adibire eventualmente il lavoratore a mansioni inferiori, anche se inquadrate nello stesso livello del contratto collettivo, c'è una componente di discrezionalità organizzativa che compete solo al datore di lavoro, a cui il giudice non può sostituirsi³⁴.

Una limitazione dell'obbligo di ripescaggio alle sole mansioni equivalenti potrebbe quindi garantire il rispetto del fondamento della riforma del diritto del lavoro, maggiormente esplicitato proprio in tema di licenziamento economico, non più considerato come *extrema ratio*.

In realtà, nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, non collegato alla crisi ma alla riorganizzazione e all'aumento del profitto, dove la verifica della pretestuosità appare più labile, sarebbe utile applicare un

³³ «Non c'è dubbio, infatti, che mentre lo spostamento a mansioni appartenenti allo stesso livello di inquadramento (art. 2103, comma 1, c.c.) costituisce una modalità ordinaria di esercizio del potere direttivo in quanto non richiede alcuna giustificazione causale, nessuna forma né il rispetto di specifiche condizioni, lo spostamento a mansioni inferiori invece rappresenta, in un caso, una modalità di esercizio di tale potere connotata da evidenti tratti di specialità (art. 2103, comma 2) e, nell'altro, l'oggetto di una pattuizione da concludere in forme tipiche che ne segnalano la singolarità (art. 2103, comma 6).» cit. A. MARESCA, *Come cambia il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Anticipazione a IPSOA Quotidiano* dei temi del III FORUM TUTTOLAVORO- 16 FEBBRAIO 2017.

³⁴ Non mancano in ogni caso le sentenze che limitano tale potere discrezionale: nella sentenza n. 9467 del 10.05.2016, la Suprema Corte ha chiarito che, nonostante il consenso del dipendente al demansionamento (anche se preventivo), quest'ultimo è ammissibile solo con riferimento a compiti caratterizzati da una certa omogeneità con quelli originariamente svolti. L'obbligo del *repechage* verrebbe dunque meno in caso di insussistenza di mansioni inferiori, rientranti e/o compatibili con il bagaglio professionale del dipendente licenziato.

ampliamento dell'obbligo di *repechage* alle mansioni inferiori e la verifica dell'obbligo di formazione per superare le difficoltà nell'accertamento³⁵.

In tali ipotesi potrebbe essere richiesta la prova che il datore di lavoro abbia proposto al lavoratore di svolgere mansioni inferiori prima di procedere al licenziamento, tesi che appare preferibile anche alla luce del generale principio di correttezza e buona fede³⁶.

Concludendo, mentre non vi sono dubbi sull'esistenza dell'obbligo di *repechage* anche a seguito delle riforme e sulla sua utilizzabilità per meglio verificare la non pretestuosità del licenziamento economico, l'ampiezza del precetto è ancora dibattuta in dottrina e giurisprudenza.

Nel rispetto dei principi fin qui enunciati, sembrerebbe opportuna un'applicazione più estesa dell'obbligo di ripescaggio.

³⁵ In tal senso vedi Cass. civ. sez. lav., del 26 maggio 2017, n. 13379, che solo poche settimane fa, ha affermato con nettezza che, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo di un dipendente adibito a mansioni promiscue o quantomeno che abbia svolto anche mansioni inferiori lungo il suo percorso professionale, l'obbligo di *repechage* debba riferirsi anche a queste ultime pur se "dequalificanti" al fine di poter vagliare ogni possibilità di ricollocamento all'interno dell'organizzazione aziendale.

³⁶ In tal senso vedi Cass. civ. sez. lav., del 08 marzo 2016, n. 4509, ripresa da Cass. civ. sez. lav., del 09 novembre 2016, n. 22798 e Cass. civ. sez. lav., del 21 dicembre 2016, n. 26467.

La tutela del consumatore tra AGCM e AGCom: una partita chiusa?

di Carlo GIORDANO* e Andrea NAPOLITANO**

SOMMARIO: Premessa. **1.** L'Agcom. **2.** Composizione, nomina dei membri dell'Agcom. **3** Gli organi dell'Agcom **3.1.** La Commissione Infrastrutture e reti. **3.2.** La Commissione servizi e prodotti. **3.3.** Il Consiglio. **3.4.** Il Consiglio nazionale degli utenti. **4.** I Co.re.com. **5** Il rapporto tra Agcom e Ministero delle Comunicazioni e dello Sviluppo economico. **6.** I rapporti tra Agcom e Agcm. **7.** Il rapporto tra AGCom e AGCM con particolare riferimento alle pratiche commerciali scorrette. **7.1.** Inquadramento. **7.2.** La giurisprudenza amministrativa in materia di servizi finanziari e bancari. **7.3.** La giurisprudenza amministrativa in materia di comunicazioni elettroniche. **7.4.** L'intervento legislativo del 2012. **7.5.** La procedura di infrazione del 2013. **7.6.** Modifica al Codice del consumo nel 2014 e successiva giurisprudenza. **7.7.** Diritti contrattuali dei consumatori ex art. 66, 2 comma del Codice del consumo. **7.8.** La mancata conclusione della procedura di infrazione: precisazioni della Commissione. **7.9.** Le ordinanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

Premessa.

La libertà di manifestazione del pensiero riceve tutela costituzionale nell'articolo 21 della Carta Fondamentale, disposizione che definisce i singoli aspetti derivanti da tale prerogative, tra cui le modalità di finanziamento della stampa periodica stabilendo che «*la legge può stabilire con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica*».

Questo principio costituzionale ha però ricevuto attuazione solo con la legge sull'editoria, la 5 agosto del 1981 n.416 e con la legge di aggiornamento della stessa, del 25 febbraio 1987 n. 6, che hanno definito per la prima volta, in maniera dettagliata, le modalità di controllo delle imprese editrici¹.

Per la parte che rileva in questa sede, particolare attenzione deve essere assegnata all'articolo 8 della legge in esame, con cui si è istituito, il c.d. Garante

* Avvocato, specializzato in professioni legali e cultore della materia in Diritto dell'energia presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

** Dottore di ricerca in Diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo, presso L'università degli Studi "Parthenope".

¹ Per una più approfondita analisi si veda fra i tanti P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2011, 35

dell'editoria, organo di garanzia nominato d'intesa dai Presidenti delle assemblee parlamentari tra i magistrati appartenenti alle giurisdizioni superiori².

In seguito, il legislatore, tenendo conto dell'avanzamento tecnologico nel settore dell'informazione ha, con la c.d. Legge Mammi, previsto l'istituzione di un nuovo organo, il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, nominato con Decreto del Presidente della Repubblica, con proposta formulata dai Presidenti delle Assemblee parlamentari.

A differenza della precedente figura del Garante dell'editoria, quello previsto dalla legge del 1990 poteva essere composto non solo da ex giudici delle supreme magistrature, ma anche da professori ordinari in discipline giuridiche, economiche o aziendali, nonché da esperti di riconosciuta competenza nel settore della comunicazione di massa.

1. L'Agcom.

Lo sviluppo del processo di convergenza tecnologica in Italia e l'avanzamento inesorabile delle tecnologie nel settore ha spinto il legislatore all'approvazione della legge 31 luglio 1997 n. 249 con la quale è stata istituita la nuova Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni.

Si tratta di un primo e concreto intervento normativo "di sistema", volto a recepire la normativa europea in materia di telecomunicazioni sulla distinzione tra operatori di rete e fornitori di servizi, caratterizzato da un insieme di disposizioni generali da applicare ed integrare, attribuite ad una Autorità connotata da una forte discrezionalità³.

A differenza dei precedenti organi, ai cui erano state attribuiti poteri di vigilanza, controllo e repressione delle infrazioni, nella fattispecie in esame il legislatore ha riservato all'autorità una competenza più rispettosa delle norme di riferimento rendendola, al tempo stesso, attenta al mutamento delle condizioni di fatto e di esercizio di determinate attività con ripercussioni di non poco conto sugli equilibri del sistema.

² Cfr. sul punto C. GESSA G.VOTANO, *Il Garante per l'attuazione della legge sull'editoria: problemi e prospettive*, in *Nomos*, 3/, 1988; G. CORASANITI, *Il Garante per l'editoria, Volume XV (Tomo primo)*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova 1990; P. VIPIANA, *Il Garante dell'attuazione della legge per l'editoria ed il Garante per la radiodiffusione e l'editoria: due figure istituzionali a confronto*, in *"Il diritto dell'informazione e dell'informatica"*, 1991

³ Cfr. G. D'AMATO, *L'autorità di garanzia nel settore delle comunicazioni di massa*, Milano, 1997; O.GRANDINETTI, *La nuova disciplina della televisione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12,1997.

Al riguardo si evidenziano due elementi di innovazione rispetto alla precedente normativa, riscontrabili non solo nell'abbandono dell'impostazione monocratica in favore di quella collegiale ma anche e soprattutto nella volontà di sottrarre il sistema dell'informazione ad uno stringente controllo politico.

Per questo motivo, infatti, la regolazione del settore delle telecomunicazioni è stata affidata ad organismi indipendenti capaci di svolgere i propri compiti in maniera neutrale, in quanto chiamati a rispondere del proprio operato nei soli confronti del Parlamento, unico organo costituzionale proiezione della volontà popolare, chiamato a definirne i poteri, lo Statuto e la nomina dei componenti. Seguendo la precedente impostazione della legge 6 agosto 1990, n. 223 prevista per il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, all'autorità sono attribuiti ampi poteri di natura consultiva, di proposta, di regolazione, di controllo e di natura sanzionatoria in riferimento, soprattutto, al settore delle telecomunicazioni.

Nello specifico, l'autorità può proporre al Ministero competente i c.d. disciplinari per il rilascio delle concessioni in ambito televisivo ed avanzare proposte in merito a possibili interventi idonei a disciplinare l'ingresso di nuove tecnologie nel mondo della comunicazione.

In virtù dei poteri conferiti può inoltre definire misure di sicurezza, tariffe per l'accesso agli impianti di telecomunicazioni, stabilire criteri specifici in ordine alla regolazione dei servizi ed alla loro organizzazione e funzionamento, determinare l'organizzazione e la tenuta del registro degli operatori della comunicazione, ed, infine, contemplare modelli di risoluzione, in via stragiudiziale, delle controversie tra gli operatori ed utenti; si tratta di uno dei poteri paragiurisdizionali più rilevanti assegnati alla stessa.

Nello specifico, il procedimento si compone di un contraddittorio idoneo a conciliare le parti e di un provvedimento finale avente efficacia *erga omnes*, emesso dall'Agcom, avente natura amministrativa e, come tale, sindacabile dinanzi al giudice amministrativo nei casi di mancato accordo tra i contraenti. Nell'esercizio dei poteri attribuitigli dalla legge l'autorità può inoltre emanare sanzioni di natura pecuniaria commisurate alla violazione degli obblighi gravanti sugli operatori di mercato in caso di illecito da parte degli stessi, nonché adottare provvedimenti volti al ripristino della situazione *quo ante* nei casi di violazione dei limiti antitrust.

Grazie invece all'esercizio del potere organizzativo, l'Agcom ha potuto nel tempo evolvere la propria struttura interna in maniera dinamica al fine di rendere la propria attività più efficiente ed in linea con i continui cambiamenti tecnologici

che hanno interessato, ed in alcuni casi radicalmente modificato, il settore delle telecomunicazioni.

L'autorità, inoltre, in quanto organo di garanzia, è chiamata non solo ad assicurare la correttezza tra gli operatori nel mercato ma, soprattutto, tutelare i consumatori di servizi audiovisivi, dell'editoria e delle telecomunicazioni.

Si tratta di una funzione strettamente collegata al rispetto del c.d. pluralismo informativo radiotelevisivo di tipo interno composto sia dalla c.d. *par condicio* elettorale e della pubblicità, sia dagli obblighi di programmazione e di tutela dei minori e dei diritti fondamentali della persona.

Il legislatore ha affidato tale competenza all'autorità con la legge 22 febbraio 2000 n. 28, prevedendo, per la stessa, un potere di intervento nei confronti delle radio e delle emittenti radiotelevisive private e mantenendo, al tempo stesso, una riserva statale, attribuita alla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza del sistema radiotelevisivo, per il rispetto del pluralismo televisivo nel settore radiotelevisivo pubblico, inteso quale disponibilità, per l'utente, di poter consultare una pluralità di canali per la definizione di una propria opinione libera da ogni influenza politica⁴.

L'Agcom, nell'esercizio di tale funzione, è chiamata ad assicurare una tutela completa ed idonea a regolare l'utilizzo dei mezzi di comunicazione durante tutto l'anno e non solo nei periodi elettorali, garantendo, tra l'altro, «parità di condizioni nell'esposizione delle opinioni e posizioni politiche nelle tribune politiche, nei dibattiti, nelle tavole rotonde, nelle presentazioni in contraddittorio di programmi politici, nei confronti, nelle interviste e in ogni altra trasmissione nella quale assuma carattere rilevante l'esposizione delle opinioni e valutazioni politiche».

Ai fini dell'individuazione degli spazi dedicati alla comunicazione politica nei periodi elettorali, l'autorità emana un regolamento indirizzato a garantire pari condizioni di accesso alle trasmissioni politiche per tutti i soggetti politici, imparzialità, lealtà ed obiettività, prevedendo, al contempo, una specifica attività di controllo sulla corretta attuazione dello stesso da parte degli operatori del settore.

L'esercizio di tale prerogativa può essere espletata, ad esempio, attraverso la supervisione di programmi politici al fine di analizzare il numero di volte in cui

⁴ Cfr. sul punto N. LIPARI , E. BOCCHINI , S. STAMMATI , *Sistema radiotelevisivo ed autorità per le telecomunicazioni*, Padova, 2000; G. DI FIORE , *Autorità di garanzia e interesse pubblico nelle comunicazioni integrate*, Napoli, 2002.

un rappresentante politico interviene in una trasmissione televisiva, il tempo riservato allo stesso, il c.d. tempo di parola, o quello previsto per un singolo argomento, il c.d. tempo di argomento.

Qualora vengano riscontrati degli illeciti, l'autorità ha il potere di intervenire su istanza di parte o d'ufficio al fine di ristabilire l'equilibrio ed il ripristino della situazione quo ante.

La tutela del pluralismo interno può inoltre concretizzarsi tramite l'assistenza nei confronti di quelle categorie di utenti che, anche se in maniera involontaria, possono ritenersi lesi dalla varietà e della diversità degli argomenti trasmessi.

E' il caso, ad esempio, dei minori, a tutela dei quali sono state previste una varietà di norme volte a garantire una difesa dall'esposizione involontaria ai contenuti televisivi che potrebbero nuocere alla crescita fisica, psichica e morale dei minori, nei casi in cui vengano mostrate scene di violenze o immagini di natura pornografica.

Il legislatore, considerata l'importanza della materia, ha previsto, con la legge 3 maggio 2004 n. 112, che ha inoltre recepito il c.d. Codice di autoregolamentazione TV e minori, un importante ed incisivo rafforzamento del regime sanzionatorio e della libertà di scelta dei contenuti da parte degli utenti. E' quindi affidato all'Agcom, nello specifico alla Commissione per i servizi, il compito di impedire ai minori la visione di programmi che possano ledere la sfera psichica e morale degli stessi, attraverso l'utilizzo di provvedimenti di coregolamentazione con i quali prevedere l'utilizzo di particolari strumenti idonei a svolgere tale ruolo di vigilanza ed, in casi di inadempimento da parte degli operatori televisivi, irrogare sanzioni.

In riferimento invece al rispetto dei diritti fondamentali della persona nel settore della comunicazione si ricorda come la stessa sia chiamata a tutelare l'accesso alle diverse opinioni e tendenze politiche, sociali, culturali e religiose nonché a salvaguardare le diversità etniche e la dignità della persona.

Nell'esercizio di tali compiti, secondo quanto previsto dall'articolo 1 ter del Testo Unico in materia di trasmissioni transfrontaliere, è attribuita all'autorità la facoltà di sospendere, in via temporanea, la diffusione di programmi provenienti da Stati membri dell'Unione nei casi di trasmissioni caratterizzata dall'odio razziale e da discriminazione sessuale, di nazionalità o di religione.

Al tempo stesso, il c.d. Codice Media e Sport, basato, tra l'altro, sulla tutela dei valori dello sport nelle trasmissioni televisive attraverso la diffusione dei valori sani dello sport e la condanna di qualsiasi forma di razzismo ed incitamento all'odio, le attribuisce un potere di controllo sul rispetto di tali valori, prevedendo,

in caso di illeciti, la facoltà di irrogare sanzioni pecuniarie, o, nei casi più gravi, la sospensione alla trasmissione dell'evento per un periodo non superiore ai dieci giorni.

Oltre a vigilare sul rispetto del c.d. pluralismo interno, l'Agcom è inoltre chiamata ad assicurare la realizzazione del c.d. pluralismo esterno attraverso la regolazione del mondo degli operatori che compongono il sistema radiotelevisivo e la definizione di strumenti idonei ad eliminare i regimi oligopolistici e sostenere l'apertura del mercato a nuove realtà.

L'autorità è quindi incaricata di combattere tentativi di concentrazioni che potrebbero determinare posizioni dominanti e lesive del pluralismo nel settore delle comunicazioni.

Al riguardo, grazie alla delibera n. 646/06/CONS⁵ (ad oggetto la disciplina dei procedimenti in materia di autorizzazione ai trasferimenti di proprietà delle società radiotelevisive ed i casi di posizione dominante) sono stati previsti poteri ad hoc, quale è , ad esempio, il controllo dei mercati rilevanti volto alla rimozione delle posizioni rilevanti illegittime.

2. Composizione e nomina dei membri dell'Agcom.

Come già ricordato, la nomina dei membri dell'Agcom, di diretta derivazione parlamentare, permette alla stessa di operare in piena autonomia ed indipendenza di giudizio in considerazione dei compiti di tutela e garanzia in settori ritenuti oltremodo sensibili.

L'avvento del sistema elettorale maggioritario e la conseguente attribuzione alla maggioranza, nella prassi parlamentare, di entrambi i presidenti delle assemblee, ha indotto il legislatore ad adottare una nuova forma di investitura diversa da quella prevista, ad esempio, per la nomina del Garante dell'editoria, basata sulla scelta dei Presidenti di Camera e Senato, appartenenti a schieramenti di maggioranza ed opposizione. idonea ad esprimere una legittimazione inclusiva delle minoranze parlamentari.

Questo sistema, utilizzato per la prima volta nel 1996 per la nomina del Garante per la protezione dei dati personali e nel 1997 per la scelta dei membri

⁵ Per maggiori approfondimenti si veda https://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_2fsZcpGr12AO&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_2fsZcpGr12AO_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_2fsZcpGr12AO_assetEntryId=684400&_101_INSTANCE_2fsZcpGr12AO_type=document.

dell'Agcom, caratterizzato da un voto limitato avrebbe assicurato la rappresentanza paritaria della maggioranza e dell'opposizione.

In riferimento alla nomina dei commissari, la legge istitutiva ha stabilito la natura collegiale delle Commissioni ognuna costituita dal Presidente dell'autorità e da quattro commissari.

Come è noto tale previsione è stata però modificata dall'articolo 23 comma 2 del D.l. 6 dicembre 2011 n. 201 con cui è stata prevista la riduzione dei membri da otto a quattro commissari ad esclusione del Presidente.

Si tratta di una ridefinizione che anche se di carattere puramente numerico va ad incidere sui delicati equilibri rappresentativi esistenti, in quanto metterebbe a rischio il corretto espletamento delle procedure idonee alla composizione degli organi dell'autorità.

Prima dell'intervento del legislatore, infatti, Camera e Senato eleggevano quattro commissari ciascuno, attribuendo la facoltà a ciascun parlamentare di esprimere il proprio voto indicando due nominativi, uno per ogni commissione.

Le procedure di votazione si concludevano con l'individuazione dei due candidati più votati cercando di ripartire, in maniera omogenea, un numero di voti tra maggioranza ed opposizione al fine di favorire una rappresentanza equilibrata.

La variazione numerica ha senza dubbio alterato questo meccanismo precludendo, di fatto, l'effetto di bilanciamento tra le forze politiche in favore di un preminente ruolo svolto dalla maggioranza parlamentare che avrebbe potuto eleggere tutti e quattro i commissari comportando un concreto squilibrio all'indipendenza dell'autorità.

Queste perplessità sono state fortunatamente superate dal legislatore grazie all'adozione del Decreto legge 24 marzo 2012 n. 29 grazie al quale si è ripristinato l'equilibrio rappresentativo messo in discussione dalla riduzione del numero dei membri dell'organo⁶.

Nello specifico si è allineato il procedimento di nomina dei membri alle modifiche numeriche apportate attribuendo ad ogni parlamentare la facoltà di esprimere il proprio voto indicando un nominativo per l'intero Consiglio e non con riferimento alle singole Commissioni.

In riferimento invece ai requisiti personali idonei alla nomina quale membro dell'autorità, che avviene tramite Decreto del Presidente della Repubblica, nonché ai regimi di incompatibilità con la carica, il riferimento è ai principi stabiliti in via generale per le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità dalla

⁶ Cfr. sul punto D. CROCCO., *Le autorità amministrative indipendenti di regolazione e vigilanza del mercato*, Roma, 2012

legge 14 novembre 1995 n. 481, al cui articolo 2 comma 8 viene previsto che i componenti, la cui durata è di sette anni senza possibilità di rielezione, debbono essere scelti tra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore di proprio riferimento.

A pena di decadenza i componenti dell'autorità non possono esercitare, direttamente o indirettamente alcuna attività professionale o di consulenza, essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati, ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura e, soprattutto, avere interessi diretti o indiretti in imprese operanti nel settore di competenza dell'autorità.

Questo regime di incompatibilità prosegue per i quattro anni successivi alla cessazione dell'incarico, nei quali non possono essere intrattenuti direttamente o indirettamente rapporti di collaborazione, di consulenza o di impegno con imprese collegate all'ambito in cui operi l'organismo.

Come è noto la violazione di tali statuizioni viene punita con una sanzione pecuniaria che si rivolge non solo all'ex membro dell'autorità ma anche all'impresa coinvolta, al fine di evitare il fenomeno della c.d. *capture* realizzabile non solo con la co-dipendenza, vietata dall'incompatibilità in corso di carica, ma anche con il passaggio a servizio delle imprese da parte di soggetti chiamati ad assumere decisioni rilevanti nei confronti delle stesse.

In conclusione si evidenzia come il Consiglio di Stato abbia avuto modo di osservare come tale disposizione risponda all'esigenza di scongiurare «che l'esercizio della carica sia inquinato anche solo dal sospetto di future personali utilità» e che la peculiare esperienza e le relazioni maturate dai componenti delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità durante lo svolgimento dell'incarico, possano essere utilizzate dopo la cessazione dello stesso, da soggetti operanti nei rispettivi settori al fine di trarne utili e vantaggi incompatibili con la trasparenza e la parità della competizione del mercato⁷. ().

3. Gli organi dell'Agcom.

Esaminati i requisiti formali e sostanziali idonei alla nomina a membro dell'Agcom risulta necessaria l'analisi specifica delle funzioni attribuite ai singoli organi interni alla stessa.

Con maggiore sforzo esplicativo, l'articolo 1 comma della legge del 1997 stabilisce che l'Agcom è un organo collegiale composto, a sua volta, da quattro organi fondamentali: il Presidente, la Commissione per le infrastrutture e le reti, la Commissione per i servizi ed i prodotti, delle quali fanno parte,

⁷ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 14 gennaio 2004 n. 3314; Consiglio St., Sez. VI, 30 gennaio 2007 n. 341.

rispettivamente, il Presidente e due Commissari ed il Consiglio, di cui fanno parte il Presidente e quattro commissari. a cui si si aggiungono il Consiglio nazionale degli utenti ed i c.d. Co.re.com, due organi "funzionali" alla stessa autorità.

Il Presidente, la cui designazione è previamente sottoposta al parere delle commissioni parlamentari competenti, chiamate a pronunciarsi con la maggioranza qualificata dei due terzi, è nominato con Decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri d'intesa con il Ministro competente.

Tra i compiti che gli spettano, particolare rilevanza hanno quelli di rappresentanza dell'organismo, di convocazione delle riunioni degli organi collegiali, direzione dei lavori degli stessi, vigilanza sull'attuazione delle deliberazioni ed in casi di straordinaria necessità ed urgenza, di adozione di provvedimenti che devono essere portati all'attenzione del Consiglio entro i tre giorni successivi necessari per la convalida.

Nei casi di assenza o impedimento le funzioni presidenziali sono temporaneamente assunte, per questioni urgenti ed indifferibili, dal commissario più anziano per elezioni o per età presente negli organi interni all'autorità.

3.1. La Commissione per le infrastrutture e le reti.

La Commissione per le infrastrutture e le reti è un organo interno all'Agcom competente nella gestione delle misure di sicurezza delle comunicazioni, dei tetti per le radiofrequenze e nella risoluzione delle controversie tra utenti e gestori del servizio di comunicazione.

Nello specifico, in riferimento all'accesso alle infrastrutture in materia di telecomunicazione, la Commissione ha il compito di definire i criteri di non discriminazione per l'accesso ai servizi nonché verificare il corretto utilizzo da parte dei gestori che sono chiamati a svolgere la propria attività nel rispetto dei diritti degli altri operatori o di coloro che offrono servizi di telecomunicazioni.

In questo caso la stessa dovrà inoltre stabilire la compatibilità delle frequenze con la salute umana, condizione obbligatoria e necessaria per l'attribuzione di licenze e concessioni per apparati idonei a diffondere frequenze elettromagnetiche.

In riferimento invece al c.d. servizio universale, definito dal codice delle comunicazioni quale «insieme minimo di servizi di una qualità determinata accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche offerti ad un prezzo accessibile» la Commissione è chiamata ad individuare l'ambito soggettivo e soggettivo degli

obblighi di servizio universale e delle modalità attraverso le quali devono essere ripartiti costi ed eventuali cambiamenti.

Strettamente collegato a tale aspetto, si ricorda, inoltre, come in riferimento al piano di numerazione delle reti e dei servizi di telecomunicazione, la stessa potrà determinare, qualora i soggetti interessati ne facciano richiesta, le modalità di fornitura del servizio universale nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione, equità e tempestività.

3.2. Commissione servizi e prodotti.

La Commissione per i servizi e i prodotti è un organo interno dell'Agcom deputato ad un ruolo di vigilanza, attraverso anche l'emanazione di direttive ad oggetto i livelli generali di qualità dei servizi nel settore radiotelevisivo e le modalità di distribuzione dei prodotti all'interno del mercato delle telecomunicazioni secondo quanto previsto dalle disposizioni normative in materia.

La stessa è inoltre chiamata a garantire l'applicazione delle norme sulla c.d. *par condicio* non solo durante i periodi di campagne elettorali ed assicurare il rispetto delle previsioni legislative volte alla tutela dei minori, tenendo conto dei codici di autoregolamentazione relativi al rapporto tra televisione e minori e delle decisioni della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi.

In riferimento a questo ultimo aspetto si sottolinea come, grazie ad alcuni interventi del legislatore, siano stati attribuiti alla Commissione, in caso di gravi violazione delle norme poste a tutela dei minori, poteri di vigilanza e di natura sanzionatoria di carattere amministrativo.

La legge istitutiva dell'Agcom ha inoltre previsto come la stessa sia chiamata a vigilare sul rispetto della tutela delle minoranze linguistiche nel settore delle comunicazioni, nonché a verificare il corretto esercizio del diritto di rettifica in ambito radiotelevisivo e garantire un trattamento di parità nell'accesso alle trasmissioni politiche.

Nell'esercizio della propria attività di vigilanza è inoltre legittimata all'emanazione di regolamenti con i quali disciplinare la gestione delle relazioni tra gestori di reti fisse e mobili ed operatori del settore che realizzino attività di rivendita di servizi di telecomunicazione e carte di servizi con le quali stabilire gli standard minimi per ogni attività.

Infine si ricorda come, in ambito televisivo, la Commissione possa definire norme di dettaglio per i sondaggi di opinioni, sugli aspetti contenutistici della

programmazione e gli indici di ascolto e diffusione dei mezzi di comunicazione, favorendo l'integrazione delle tecnologie.

3.3 Il Consiglio.

L'ultimo organo collegiale dell'Agcom è il Consiglio, composto dal Presidente e da tutti e quattro i commissari la cui funzione principale può essere rinvenuta nel controllo dei parametri prestabiliti in materia nel settore radiotelevisivo ed in un'attività consultiva nell'ambito delle comunicazioni da cui deriva la di vero e proprio supervisore nell'ambito delle comunicazioni e delle nuove tecnologie.

Nello specifico, il Consiglio può proporre al Governo la definizione di interventi normativi che tengano conto delle innovazioni tecnologiche e dell'evoluzione del settore delle comunicazioni o la previsione di ricerche e studi idonei a promuovere il settore delle comunicazioni e dei servizi multimediali.

Nel settore radiotelevisivo può inoltre adottare regolamenti con i quali definire i criteri e le modalità per il rilascio delle concessioni e delle autorizzazioni ed esercitare un'attività volta alla verifica dei bilanci e dei dati delle operazioni realizzate da soggetti autorizzati o dai concessionari.

Sempre in ambito televisivo il Consiglio è chiamato a far rispettare i c.d. limiti antitrust e a garantire il corretto svolgimento dell'attività nel rispetto dei limiti concorrenziale anche attraverso la definizione di propri pareri da trasmettere al Ministero competente in merito allo schema del piano nazionale avente ad oggetto la ripartizione delle competenze e l'elaborazione di piani di assegnazioni delle competenze.

Infine allo stesso viene affidato il mantenimento del c.d. registro degli operatori di comunicazione⁸ grazie al quale stabilire i criteri di individuazione dei soggetti tenuti all'iscrizione e garantire la trasparenza e la pubblicità degli assetti proprietari secondo quanto previsto dalle legge istitutiva dell'Agcom che prevede, inoltre, una competenza esclusiva del Consiglio per la regolazione di tutte quelle materie non attribuite espressamente alle Commissioni.

3.4. Consiglio nazionale degli utenti

Il Consiglio nazionale degli utenti è un organo ausiliario dell'Agcom formato da undici esperti nominati dall'Autorità che svolgono il loro incarico per quattro anni e possono essere confermati non più di una volta e sono scelti dalle associazioni rappresentative delle diverse categorie di utenti dei servizi di telecomunicazione e radiotelevisione.

⁸ Si veda <https://www.agcom.it/registro-degli-operatori-di-comunicazione>.

La delibera dell'Agcom n. 54 del 99 attribuisce al Consiglio nazionale degli utenti lo scopo di «dare attuazione alle istanze democratiche di salvaguardia della dignità umana nell'ambito del sistema comunicativo, del pluralismo, della obiettività, completezza e imparzialità dell'attività formativa e di comunicazione, dell'apertura alle diverse opinioni, tendenze politiche, sociali, culturali e di religione».

Allo stesso modo è attribuito il compito di interlocutore di Parlamento e Governo nonché quello di svolgere un ruolo di intermediario tra gli utenti ed i diversi organismi pubblici e privati che abbiano competenza nel settore audiovisivo o svolgano attività in questi settori, nei casi in cui sorgano controversie concernenti la salvaguardia dei diritti e le legittime esigenze dei cittadini da intendersi quali soggetti attivi del processo comunicativo.

Infine si ricorda come ulteriore obiettivo prefissato dai membri dell'organo sia stata la definizione di una "Carta dei Servizi per il superamento delle barriere comunicative" al fine di permettere la facoltà agli utenti diversamente abili di usufruire di una maggiore possibilità di accesso ai numerosi servizi.

4. I Co.re. com

La legge istitutiva dell'Agcom attribuisce la qualifica di organo dell'autorità anche ai c.d. Co.re.com deputati a svolgere, per esigenze di decentramento sul territorio, funzioni di governo, garanzia e controllo in ambito di comunicazioni⁹. Il modello previsto ha sostituito i c.d. comitati regionali radiotelevisivi disciplinati dalla legge 14 aprile 1975 n.103 e dalla legge 6 agosto 1990 n. 223, grazie ai quali le regioni erano chiamate a disciplinare l'ordinamento radiotelevisivo in ambito regionale.

Tale organo ha inoltre assunto una particolare valenza dopo la riforma del Titolo V della Costituzione operata con la legge costituzionale 3 agosto 2003 n. 3 poichè la "nuova" formulazione l'articolo 117 co 3 della Costituzione ha previsto che l'ordinamento delle comunicazioni rientri nella materia di legislazione concorrente.

Per questo motivo al finanziamento dei Co.re.com provvedono le Regioni per l'esercizio dei compiti legati a specifiche esigenze regionali e l'Agcom nei casi di funzioni da essa delegate.

⁹ Per un'analisi più approfondita Cfr. A. CARDONE, *Il modello dell'amministrazione comune delle comunicazioni tra omogeneizzazione della legislazione regionale sulle funzioni proprie, funzioni delegate e garanzie di indipendenza dei Co.re.com*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 2007, 741 ss.

I membri dei Co.re.com, sono di norma cinque, compreso il presidente, la cui nomina viene effettuata da parte dei legislatori regionali e vede coinvolto il Consiglio regionale al fine di garantire un ruolo attivo alle forze di opposizione nella definizione delle procedure di selezione.

Tale fase deve inoltre essere svolta in conformità con gli indirizzi generali che l'Agcom è tenuta ed emanare anche in riferimento ai requisiti di competenza ed esperienza nel settore delle comunicazioni, nonché assoluta indipendenza dal potere politico e dagli interessi di settore che gli stessi componenti devono possedere.

Per individuare in maniera chiara e puntuale i compiti da attribuire ai Co.re.com è stato adottato uno specifico regolamento,¹⁰ grazie al quale si è previsto che la delega di funzioni debba avvenire mediante la stipula di apposite convenzioni grazie alle quali individuare anche le risorse previste per l'adempimento dei compiti assegnati.

In linea di principio tali accordi hanno ad oggetto ruoli di garanzia e controllo del sistema delle comunicazioni che abbiano rilevanza locale e non pregiudichino la responsabilità generale assegnata all'Agcom dalla legge istitutiva.

Dopo un primo accordo quadro stipulato ed un periodo sperimentale nella gestione delle deleghe, l'autorità è pervenuta ad nuovo accordo quadro¹¹ concordato con la Conferenza delle Regioni e delle Province e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, grazie al quale sono state attribuite nuove ed importanti funzioni di controllo e gestione, contribuendo a disegnare, inoltre, un avanzato livello di governo delle comunicazioni in sede locale nel rispetto della tutela dei consumatori e degli utenti e a presidio della salvaguardia del pluralismo e della libertà d'informazione.

¹⁰ Il riferimento è al Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera n. 173/07/CONS, così come modificato dalla Delibera n. 597/11/CONS recante *Modifiche al Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche e utenti di cui alla delibera n. 173/07/CONS*

¹¹ Il riferimento è all'intesa con la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome- Conferenza dei Presidenti dell'Assemblea dei Consigli regionali e delle Province autonome, stipulato il 25 giugno 2003 grazie alla quale è stato approvato e sottoscritto un Accordo quadro, sostituito da un successivo accordo sottoscritto il 4 dicembre 2008. In quest'ultimo documento si sono ribaditi i principi generali riguardanti l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, individuando le materie delegabili e i programmi di attività e le risorse finanziarie, rinviando, infine, a singole convenzioni per la disciplina dei rapporti tra l'Autorità e gli Organi locali competenti come individuati dalle leggi regionali.

Come è noto negli ultimi anni si è registrata un'intensa attività collaborativa tra Autorità e Regioni per il rinnovo dell'Accordo quadro che portato i Co.re.com a svolgere importanti funzioni sul territorio, quali la risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazione elettronica, la vigilanza sull'emittenza radiotelevisiva locale e la tenuta del Registro degli operatori di comunicazione. Al tempo stesso, gli stessi comitati sono inoltre chiamati ad esercitare la loro attività per la tutela dei minori, la verifica della disciplina in materia di sondaggio, il corretto esercizio del diritto di rettifica, la predisposizione delle graduatorie delle emittenti televisive locali ai fini dell'erogazione dei contributi statali e l'applicazione della normativa in materia di par condicio e pluralismo politico durante periodi elettorali.

I comitati regionali sono inoltre competenti ad esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione, interpretato dagli utenti quale onere aggiuntivo all'immediato ricorso dinanzi al giudice di pace, nell'ambito delle controversie tra utenti ed operatori anche grazie ad una delibera della stessa Agcom, con la quale si è definito un regolamento idoneo a disciplinare la risoluzione delle controversie insorte tra organismi di telecomunicazione ed utenti.

Si tratta di una previsione che è stata oggetto di critiche da parte della dottrina poichè tale ruolo non è stato attribuito a tutti i Comitati regionali presenti sul territorio nazionale creando, per questo motivo evidenti disparità di trattamento per alcuni consumatori (residenti in regioni in cui i Co.re.com non sono delegati ad esercitare tale funzioni) in quanto obbligati a sostenere costi aggiuntivi per esperire il ricorso dinnanzi le camera di commercio e non presso gli stessi Comitati.

In conclusione può quindi evidenziarsi come, nonostante le criticità sollevate, il modello di governo locale del settore delle comunicazioni si sia rilevato proficuo visto l'importante radicamento sul territorio e la proficua azione nei confronti degli utenti¹².

5. I rapporti tra Agcom e Ministero dello sviluppo economico.

La legge istitutiva dell'Agcom è senza dubbio alcuno un intervento dalla rilevante portata innovativa nel settore delle comunicazioni, anche se, al tempo stesso, deve sottolinearsi come la stessa abbia definito un fragile modello di coesione interna derivante dalla tripartizione delle competenze tra diversi organi: l'Agcom,

¹² Al riguardo si ricordano, ad esempio, la diffusa informatizzazione nonchè l'attivazione di sportelli dedicati e di altri strumenti quali pagine web e numeri verdi, deputati a facilitare l'accesso da parte degli utenti.

il Ministero dello sviluppo economico, e, in parte residuale, la Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza sui servizi radiotelevisivi¹³.

Come è noto, con la stessa si è stabilito che il Ministero (che all'epoca dell'entrata in vigore della legge era denominato Ministero delle Comunicazioni), avrebbe dovuto svolgere le funzioni attribuite alla neonata autorità fino alla sua "entrata in funzione", attraverso anche la definizione di due commissioni ministeriali di natura consultiva uno per il settore delle comunicazioni mobili e personali, l'altro in quello delle reti e servizi diversi¹⁴.

Nello specifico, inoltre, sono stati affidati alla struttura ministeriale specifici compiti, quali, ad esempio, l'assegnazione di frequenze ritenute non indispensabili, il rilascio di autorizzazioni per la diffusione via satellite e la definizione di alcuni aspetti riconducibili alle concessioni televisive in forma semplificata.

Il processo di trasferimento delle funzioni dal Ministero all'Agcom ha infine trovato esplicita definizione nell'accordo di collaborazione stipulato tra i due soggetti in data 2 luglio 1998, grazie al quale sono state precisate le funzioni trasferite e le modalità per attivare specifiche collaborazioni in riferimento alle attività istruttorie riguardanti le medesime funzioni e le materie di competenza esclusiva dell'autorità.

Si è quindi preferito operare un passaggio progressivo delle competenze tra Ministero ed Agcom in modo da assicurare un ordinato passaggio delle funzioni attraverso la predisposizione di meccanismi volti ad evitare possibili soluzioni di continuità nell'espletamento dei compiti connessi alla liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione ed all'ordinato svolgimento dei servizi di radiodiffusione. Nonostante l'istituzione dell'autorità abbia senza dubbio contribuito a ridefinire le competenze ministeriali, allo stesso continuano ad essere attribuite funzioni di regolazione, indirizzo e coordinamento nel settore che, per questo motivo, finiscono per essere esercitate da entrambi gli organismi.

In alcuni casi, quale è, ad esempio, l'ambito regolamentare in materia di comunicazioni elettroniche, l'Agcom svolge, insieme al Ministero, un'attività volta a garantire "i diritti inderogabili di libertà delle persone nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica, nonché il diritto di iniziativa economica ed il suo esercizio in regime di concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche".

¹³ Cfr. sul punto C. DIACO, *Agcom e Ministero delle Comunicazioni: ruoli e funzioni* in *Quaderni del DAE, Rivista di Diritto Amministrativo Elettronico*, Luglio, 2003.

¹⁴ Cfr. O.GRANDINETTI, *Il riparto di attribuzioni tra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Ministero nella gestione delle radiofrequenze* in www.costituzionalismo.it.

Inoltre, in seguito ad alcune modifiche legislative in materia di servizi media audiovisivi e comunicazioni elettroniche¹⁵, nonostante sia riconosciuto all'Agcom un ruolo di garanzia, il legislatore ha affidato al Ministero una serie di competenze che, in alcuni casi, tendono ad affiancarsi ed accavallarsi con quelle attribuite all'autorità, prevedendo in questo modo, una ripartizione di competenze che pur basandosi sul riconoscimento di funzioni di tipo prevalente regolamentare, si risolve in quadro complesso fatto di sovrapposizioni ed intrecci.

Tale ipotesi può inoltre riscontrarsi anche nel campo radiotelevisivo ed in quello delle comunicazioni elettroniche nei casi in cui si debbano definire le competenze del Ministero e dell'Agcom in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali¹⁶.

Al Ministero viene, infatti, attribuito il compito di elaborare il piano nazionale di ripartizione delle frequenze, ma al tempo stesso, la Commissione per le infrastrutture e le reti, organo interno all'Agcom è competente per l'assegnazione delle singole frequenze, attraverso la redazione del piano nazionale in ambito radiotelevisivo.

Questo "impasse" potrebbe trovare una concreta soluzione attraverso un intervento legislativo chiaro e puntuale grazie al quale poter definire in maniera precisa le competenze tra Ministero ed Agcom, ipotizzando di riservare alla struttura ministeriale la mera individuazione dell'indirizzo politico ed all'autorità la funzione di regolazione del settore delle comunicazioni.

6. I rapporti tra Agcom e Agcm.

Un altro aspetto che merita un preciso approfondimento è senza dubbio il rapporto tra l'Agcom e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.).

¹⁵ Il riferimento è al Decreto Legislativo 28 maggio 2012, n. 70, *Modifiche al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante codice delle comunicazioni elettroniche in attuazione delle direttive 2009/140/CE, in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, e 2009/136/CE in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata*

¹⁶ Il riferimento è, ad esempio all'articolo 7 del già ricordato D.lgs n° 70/12, il c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche che disciplina i rapporti tra Agcom e Ministero in tale ambito. Nello specifico la disposizione stabilisce che *Il Ministero, l'Autorità e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato adottano, nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, anche mediante specifiche intese, disposizioni sulle procedure di consultazione e di cooperazione reciproca nelle materie di interesse comune. Le disposizioni sono rese pubbliche sui rispettivi Bollettini ufficiali e siti Internet*"

Come già ricordato, all'autorità per le comunicazioni è assegnato prevalentemente il compito di garantire la concorrenza nel settore radiotelevisivo, la facoltà di irrogare sanzioni in caso di posizioni dominanti che possano risultare lesive della concorrenza, e tutelare il consumatore salvaguardandolo da pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie o pubblicità ingannevole.

Le stesse competenze sono altresì attribuite, dal Testo Unico in materia di servizi media-audiovisivi, all'autorità garante delle comunicazioni con una conseguente sovrapposizione delle funzioni tra le due, aspetto che, secondo parte della dottrina, altera la disciplina antitrust in quanto vengono previste regole che si allontanano dallo scopo primario previsto per l'Agcm.

Sul punto si ricorda inoltre come l'Agcom, attraverso alcuni provvedimenti, abbia sottolineato il carattere speciale della disciplina in esame, ritenendosi unico soggetto competente ad intervenire in materia prescindendo dai compiti affidati all'autorità antitrust evidenziando, inoltre, come il concetto di pluralismo possa rappresentare un obiettivo diverso e successivo rispetto a quello della concorrenza¹⁷.

Nell'avvalorare tale tesi, nella delibera n. 136/05/ CONS la stessa autorità ha definito «evidente la volontà del legislatore di intervenire nei confronti di qualsivoglia posizione di imprese operanti in ambito radiotelevisivo, sia essa di nuova formazione o consolidata nel tempo, che possa costituire una minaccia per il pluralismo dell'informazione, e questo indipendentemente dal fatto che tale posizione possa definirsi dominante in base al diritto della concorrenza¹⁸».

Come è noto, nel cercare di definire in maniera chiara il rapporto tra Agcom ed Agcm è intervenuto il Consiglio di Stato che, accogliendo quanto già sottolineato in dottrina, con l'Adunanza Plenaria 11 maggio 2012 n.12, ha negato la competenza dell'autorità antitrust sulla base dei riferimenti normativi che attribuiscono all'Agcom potere di regolamentazione e di sanzione in tale ambito, escludendo, quindi, visto il carattere di specialità, l'applicazione della disciplina generale, contenuta nel codice del consumo, con la quale si attribuiscono competenze all'Agcm in tale settore.

L'orientamento dei giudici di Palazzo Spada è stato successivo ripreso dal legislatore che, cercando di disciplinare i rapporti tra norme generale e speciali

¹⁷ Cfr. sul punto A. FRIGNANI *La concorrenza in La televisione digitale: temi e problemi: Commento al D.lgs. 177/05 T.U.della Radiotelevisione*, Milano, 2006.

¹⁸ Delibera 1 marzo 2005 n 136, *Interventi a tutela del pluralismo ai sensi della legge 3 maggio 2004 n°112*.

in materia di pratiche commerciali scorrette ha introdotto una disposizione, l'articolo 23 comma 12 quinquiesdecies del codice del consumo, grazie alla quale è stata prevista la competenza dell'autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di accertamento e successiva irrogazione della sanzione in caso di pratiche commerciali scorrette, stabilendo, al tempo stesso, l'esclusione dei settori disciplinati da norme di derivazione europea volte alla tutela del consumatore, che, come è noto, sono affidati ad un'altra autorità munita di poteri inibitori.

Lo stesso legislatore, inoltre, ha inteso applicare il principio di specialità, definito dall'Adunanza Plenaria con modalità diverse in quanto non è stata esclusa a priori la possibilità di applicare la norma generale, presupponendo la completezza e l'eshaustività della stessa, ma ha limitato l'applicazione dello stesso principio agli aspetti regolati.

Grazie ai successivi interventi della giurisprudenza, il principio di specialità è stato altresì esteso non solo nei confronti delle autorità di settore ma anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni aventi potere di regolazione e volti alla tutela degli utenti¹⁹.

I conflitti di competenza tra le due autorità e le presunte lacune applicative della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, oltre ad essere stato oggetto di importanti decisioni²⁰ hanno dato avvio ad una procedura di infrazione avviata dalla Commissione Europea nei confronti dello Stato italiano.

Al fine di evitare una possibile condanna da parte delle istituzioni europee, il legislatore nazionale è intervenuto introducendo un nuovo comma all'articolo 27 del codice del consumo grazie al quale si stabilisce che «anche nei settori regolati ai sensi dell'art. 19 comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolamentazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'autorità garante della concorrenza e del mercato che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'autorità di regolamentazione competente. Resta ferma la competenza delle autorità di

¹⁹ Cfr. G. NAVA, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, in *Quaderni di diritto Mercato Tecnologia*, 4, gennaio- marzo 2014.

²⁰ Cfr. tra tutte Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 febbraio 2016 n. 3, in *Foro amm*, 2016, 2, 274; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 febbraio 2016 n° 4, in *Foro amm*, 2016, 5, 154. In questa occasione, il Supremo Consesso, esaminando il tema del riparto di competenza in materia di tutela dei consumatori tra AGCM e autorità di regolamentazione ha stabilito che, in base al Codice del Consumo l'AGCM può sanzionare pratiche commerciali scorrette anche se tali condotte rientrano nelle competenze dell'Agcom.

regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolamentazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze²¹».

Al riguardo, quindi, nonostante parte della dottrina abbia interpretato questa disposizione quale strumento volto alla risoluzione definitiva dell'annosa problematica del riparto di competenze tra Autorità garante della concorrenza e del mercato e le altre autorità di regolamentazione settoriali, da un'attenta analisi della norma e dei suoi risvolti pratici si evidenzia come tale scopo non sia stato ancora del tutto raggiunto.

Per la parte che qui interessa, infatti, il rischio di contrasti tra Agcm e Agcom in merito ai possibili casi di bis in idem nei settori regolati viene confermato dall'applicazione della norma da parte dell'autorità garante delle comunicazioni che, in alcune decisioni, ha ricordato come l'insieme dei poteri di inibizione, regolazione e sanzionatori non siano intaccati dalla nuova disciplina e che non risultino necessari sia il preliminare coordinamento con l'autorità garante della concorrenza e del mercato sia l'analisi preventiva di possibili violazioni del codice del consumo²².

In quest'ultimo caso, infatti, la definizione di un procedimento sanzionatorio da parte dell'Agcm, secondo quanto previsto dalla nuova norma, andrebbe ad inibire l'azione sanzionatoria da parte delle autorità di settore.

Un altro effetto discriminatorio ed asimmetrico della norma possono inoltre essere riscontrato nell'ipotesi in cui un operatore del settore elettronico venga sottoposto ad un procedimento sanzionatorio da entrambe le autorità nei casi in cui l'azione esercitata dallo stesso venga considerata pratica commerciale scorretta.

In conclusione, vista l'estrema rilevanza della materia e le proprie ricadute non solo nell'ambito giuridico, ma soprattutto economico, si auspica un intervento legislativo incisivo e risolutivo grazie al quale eliminare gli effetti distorsivi dell'attuale disposizione e regolare in maniera certa, chiara e definitiva l'annoso rapporto tra le due autorità, in modo da assicurare una tutela piena ai

²¹Articolo 27, D.lgs. 6 settembre 2005 n° 206

²²Cfr. D. MESSINA, "Il pluralismo radiotelevisivo nel panorama della convergenza tecnologica: Il caso della web tv e della Over-the-Top Tv, in *Quaderni di diritto Mercato Tecnologia*, 4, ottobre-dicembre 2013.

consumatori ed il rispetto del principio costituzionalmente garantito di buon andamento della P.A.

7. Il rapporto tra AGCom e AGCM con particolare riferimento alle pratiche commerciali scorrette²³.

7.1. Inquadramento.

Nell'ultimo decennio l'annosa problematica del riparto di competenze tra Autorità amministrative indipendenti si è fortemente acuita con particolare riferimento alla linea di confine tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in materia di repressione delle pratiche commerciali scorrette nei settori regolati.

A far data dal 2008²⁴, infatti, si sono succedute una serie di altalenanti pronunce amministrative che hanno condotto il Tar Lazio a porre all'attenzione della Corte di Giustizia una serie di quesiti aventi ad oggetto il principio di specialità sussumibile nell'alveo applicativo dell'art. 3, paragrafo 4 della direttiva 2005/29/Ce²⁵.

In Italia la norma anzidetta è stata trasposta nell'art. 19, comma 3 del codice del Consumo andando così a palesare il ruolo primario che la protezione del consumatore assume non solo a livello nazionale ma soprattutto a livello euro-unitario.

Il legislatore europeo è infatti intervenuto in materia attraverso l'emanazione di plurime direttive di settore idonee ad assicurare, con diverso grado di intensità, la tutela dei consumatori.

Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle diverse direttive che hanno regolato il comparto energie elettrica e gas (c.d. pacchetto energetico²⁶) e, soprattutto, alle direttive in materia di telecomunicazioni (c.d. pacchetto telecomunicazioni²⁷). Giova inoltre precisare che il variegato quadro normativo

²³ Da qui in avanti si ripercorre, ancorchè in forma riepilogativa, quanto *expressis verbis* riportato in M. CAPPALÀ, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di Giustizia?*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc 3-4, 1 Agosto 2017, pag. 879 e ss.

²⁴ Cons. St., Sez. I, 3 dicembre 2008, n. 3999.

²⁵ «In caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici», in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005L0029&from=IT>.

²⁶ Il Pacchetto Energia si articola nelle direttive 2003/54/Ce; 2003/55/Ce; 2008/92/Ce; 2009/72/Ce; 2009/73/Ce; 2012/27/Ce in <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁷ Il pacchetto delle telecomunicazioni si articola nelle direttive: 2002/22/Ce; 2002/19/Ce; 2002/21/Ce; 2002/77/Ce, in <http://eur-lex.europa.eu>.

si relaziona al principio dell'indifferenza in base al quale gli Stati membri sono liberi di individuare il soggetto pubblico preposto ad attuare le norme europee purché idoneo a perseguire con elevato grado di effettività gli obiettivi prefissati²⁸ prestando particolare attenzione ad una materia, quella consumeristica, in cui convergono sia la normativa di settore con puntuali e peculiari obblighi comportamentali a carico degli operatori sia la normativa "generale" di tutela del consumatore²⁹.

7.2. La giurisprudenza amministrativa in materia di servizi finanziari e bancari.

Palesata la difficoltà ermeneutica in materia, l'Autorità Garante formulò a pochi mesi dall'entrata in vigore del Codice del Consumo una richiesta di parere finalizzata all'individuazione dell'Autorità Amministrativa indipendente competente ad applicare la disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel settore finanziario.

Il Supremo Consesso amministrativo³⁰ individuò così la Consob quale soggetto munito della competenza idonea a garantire la tutela del consumatore in ambito finanziario sulla scorta dell'argomentazione per la quale nei servizi finanziari era presente una complessa disciplina speciale in cui venivano individuati in maniera dettagliata gli obblighi degli operatori di settore con l'attribuzione alla Consob di una panoplia di poteri: vigilanza, regolazione, inibitori e sanzionatori³¹.

Appare dunque evidente che nel parere sopra esplicito i giudici del Consiglio di Stato hanno intrapreso la via ermeneutica della "specialità per settori" piuttosto che per "materie astratte" attraverso il riconoscimento di quelle norme settoriali che danno vita ad una sorta di ordinamento autonomo governato dagli ampi poteri in capo alle Autorità amministrative indipendenti ed idoneo a tutelare pienamente ed effettivamente il consumatore³².

²⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 15 dicembre 1972, International Fruiti II, C-51 a 54/71; Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana, C-33/90.

²⁹ Per una approfondita analisi si veda F. DI PORTO, *Protezione ed empowerment del consumatore: profili cognitivi della regolazione, Intervento al Seminario sul tema «Economia cognitiva e regolazione delle infrastrutture»*, Roma, 10 ottobre 2012, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2012.

³⁰ Cons. St., Sez. I, 3 dicembre 2008, n. 3999.

³¹ Per una più approfondita analisi si veda L. ARNAUDO, *Concorrenza tra autorità indipendenti. Notarelle bizzarre intorno ad un parere del Consiglio di Stato*, in *Giur. Comm.*, n. 6/2010, pp. 976 e ss.

³² Il principio di specialità, nel nostro ordinamento, rinviene le proprie origini non nel diritto amministrativo ma nelle complesse maglie del diritto penale. Il principio in esame, di cui all'art. 15 c.p. e riprodotto nell'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689, è stato definito dalla

Il principio di "specialità per settori" è stato applicato dalla giurisprudenza amministrativa anche in relazione alla tutela del consumatore nel settore creditizio. Con maggiore sforzo esplicativo, il Tar Lazio³³ prima e il Consiglio di Stato³⁴ poi hanno affermato nel settore in esame la competenza dell'AGCM e non della Banca d'Italia rilevando che la normativa di settore³⁵ avesse come scopo finale la tutela di interessi diversi da quelli consumeristici.

Nel corso di un successivo giudizio, riscontrata la difformità tra gli indirizzi ermeneutici, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria l'individuazione del soggetto competente alla tutela del consumatore nel settore bancario³⁶.

In particolare il giudice rimettente evidenziava la necessità di superare il criterio di "specialità per settori" a favore «di un'applicazione del criterio normativo della specialità [...] volta [...] a porre a raffronto le fattispecie astratte di illecito amministrativo rispettivamente delineate nella fattispecie generale a tutela del consumatore e da quella di settore»,

Il Consesso amministrativo, nella sua composizione Plenaria³⁷, ha così sottolineato che la disciplina di settore in rilievo mirasse a tutelare interessi diversi da quello consumeristico non ravvisando, di tal guisa, alcuna sovrapposizione, neppure potenziale, tra i plessi normativi (quello del consumatore e la normativa di settore) che al contrario agivano su piani separati. Il Consiglio di Stato ha così concluso per la competenza generale dell'AGCM in materia di tutela consumeristica in ambito bancario senza, di fatto, prender posizione in relazione alla questione posta dal giudice rimettente.

7.3. La giurisprudenza amministrativa in materia di comunicazioni elettroniche.

giurisprudenza come un «rapporto di continenza strutturale fra due norme, nel senso che le relative fattispecie possono iscriversi – come due cerchi concentrici aventi raggio diseguale – l'una nell'altra; una di esse contiene in sé tutti gli elementi presenti nell'altra e, allo stesso tempo, presenta uno o più elementi specializzanti, per specificazione o per aggiunta; la fattispecie speciale ha un'area di applicazione logicamente minore rispetto a quella della fattispecie generale». In tal senso Cass. Pen., Sez. VI, 15 gennaio 2008, n. 2168.

³³ T.A.R. Lazio, Sez. I, 19 maggio 2010, n. 12277.

³⁴ Cons. St., Sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3763.

³⁵ Artt. 122, 123, 124, 125 e 128 del d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 nonché della circolare C.I.C.R. del 4 marzo 2003.

³⁶ Cons. St., Sez. VI, ord. 13 dicembre 2011, n. 6522.

³⁷ Cons. St., Ad. Plen., 11 maggio 2012, n. 14.

Nella medesima seduta³⁸, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ha individuato l'autorità competente ad assicurare la tutela del consumatore in materia di comunicazioni elettroniche.

Nei giudizi in rilievo il Consiglio di Stato ha analizzato le richieste di alcuni operatori del settore che chiedevano l'annullamento dei provvedimenti dell'AGCM con cui l'autorità aveva accertato diverse fattispecie illecite tra cui, a titolo meramente esemplificativo, la restituzione del credito residuo sulle schede SIM dopo la disattivazione dell'utenza (Ad. Plen. n. 11) oppure le modalità di negoziazione di contratti a distanza per servizi di comunicazione elettronica con specifico riferimento al canale *teleselling* (Ad. Plen. n. 12).

I giudici amministrativi hanno così individuato la competenza dell'AGCom nel settore in esame sulla scorta di un ragionamento argomentativo di cui occorre ripercorrerne i profili essenziali.

Rileva, innanzitutto, la considerazione secondo cui dal combinato disposto dagli articoli del d.lgs. 259 del 2003 (c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche) e dalle pertinenti delibere dell'Autorità Regolatrice³⁹ emergerebbe in maniera dirompente che «l'attenzione del legislatore [...] [sia] quella di ricomprendere a pieno titolo nella disciplina in esame anche la tutela del consumatore/utente». Proseguendo poi nel ragionamento il Consiglio di Stato, appurata la coesistenza tra due plessi normativi (quello di settore e quello consumeristico) regolativi di condotte analoghe, i giudici amministrativi hanno evidenziato la portata generale del principio di specialità di cui all'art. 3 paragrafo 4 della direttiva 2005/29/Ce, trasfuso nell'art. 19 del codice del consumo, chiarendo che la disciplina generale consumeristica tutelerebbe i consumatori solo ove a livello sovranazionale non esista una disciplina di settore.

Il termine «contrasto» contenuto nella direttiva del 2005 e nella trasposizione interna non andrebbe inteso, quindi, come autonomia normativa tra disciplina generale e speciale bensì come semplice diversità di disciplina. Tanto premesso, il conflitto, ad avviso della giurisprudenza amministrativa in rilievo andrebbe risolto a favore della disciplina di settore vigente in materia di comunicazioni elettroniche di competenza dell'AGCom a condizione che il comportamento contestato all'operatore economico sia «interamente ed esaustivamente» disciplinato da norme di settore almeno in larga parte di derivazione comunitaria con poteri in capo alla medesima Autorità regolatrice di poteri inibitori e sanzionatori.

³⁸ Cons. St., Ad. Plen., 11 maggio 2012, n. 11, 12, 13, 15, 16.

³⁹ Si veda, ad esempio, la delibera AGCom 664/06/Cons.

Solo in assenza della suddetta disciplina speciale si avrebbe la riespansione della disciplina generale del Codice del Consumo.

Le Plenarie del 2012, differenziandosi dalla pronuncia del 2008, hanno sottolineato che nel mercato delle comunicazioni elettroniche il rischio di vuoti di tutela sarebbe superato a priori attraverso l'applicazione di clausole generali contemplate dalla disciplina di settore⁴⁰ che autorizzano l'AGCom a giovare di un «rinvio dinamico ad ogni altra disposizione di tutela del consumatore». Il Consiglio di Stato, inoltre, ha escluso che la diligenza professionale prevista dall'art. 20 del Codice del Consumo, potesse legittimare la competenza sussidiaria dell'AGCM per colmare eventuali vuoti di tutela.⁴¹

A chiosa del ragionamento prospettato, i giudici amministrativi hanno sottolineato che i rapporti tra AGCom e AGCM dovrebbero improntarsi sul principio di leale collaborazione e che la soluzione a cui si è giunti è quella più

⁴⁰ Si veda, a titolo esemplificativo, l'art. 70 comma 6 del codice delle comunicazioni elettroniche: Art. 70 Contratti

1. I consumatori, qualora si abbonano a servizi che forniscono la connessione o l'accesso alla rete telefonica pubblica, hanno diritto di stipulare contratti con una o più imprese che forniscono detti servizi. Il contratto indica almeno:

- a) la denominazione e l'indirizzo del fornitore del servizio;
- b) i servizi forniti, i livelli di qualità dei servizi offerti e il tempo necessario per l'allacciamento iniziale;
- c) i tipi di servizi di manutenzione offerti;
- d) il dettaglio dei prezzi e delle tariffe, nonché le modalità secondo le quali possono essere ottenute informazioni aggiornate in merito a tutte le tariffe applicabili e a tutti i costi di manutenzione;
- e) la durata del contratto, le condizioni di rinnovo e di cessazione dei servizi e del contratto;
- f) le disposizioni relative all'indennizzo e al rimborso applicabili qualora non sia raggiunto il livello di qualità del servizio previsto dal contratto;
- g) il modo in cui possono essere avviati i procedimenti di risoluzione delle controversie ai sensi dell'articolo 84.

2. L'Autorità vigila sull'applicazione di quanto disposto ai fini di cui al comma 1 e può estendere gli obblighi di cui al medesimo comma affinché sussistano anche nei confronti di altri utenti finali.

3. I contratti stipulati tra consumatori e fornitori di servizi di comunicazione elettronica diversi dai fornitori di connessione o accesso alla rete telefonica pubblica devono contenere le informazioni elencate nel comma 1. L'Autorità può estendere tale obbligo affinché sussista anche nei confronti di altri utenti finali.

4. Gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono informati con adeguato preavviso, non inferiore a un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati nel contempo del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni.

5. L'utente finale che utilizzi, o dia modo ad altri di utilizzare il servizio per effettuare comunicazioni o attività contro la morale o l'ordine pubblico o arrecare molestia o disturbo alla quiete privata, decade dal contratto di fornitura del servizio, fatta salva ogni altra responsabilità prevista dalle leggi vigenti.

6. Rimane ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori.

⁴¹ La tesi della competenza sussidiaria dell'AGCM era stata sostenuta in giurisprudenza da T.A.R. Lazio, Sez. I, 19 maggio 2010, n. 11321.

rispettosa del principio costituzionalmente garantito buon andamento della pubblica amministrazione perché evita di sottoporre gli operatori ad una duplicità di procedimenti per i medesimi fatti scongiurando, di tal guisa, il rischio di soluzioni difformi tra le Autorità inidonee ad indirizzare univocamente il mercato in esame.

Le Plenarie del 2012, tuttavia, non riuscirono a *chiudere la partita* sulla competenza relativa all'Autorità competente a tutelare i consumatori in materia di comunicazioni elettroniche.

A seguito delle stesse mentre l'AGCom salutava con favore quanto statuito rilevando l'esistenza nel settore regolato di un «vero e proprio ordinamento settoriale, con attribuzione in via esclusiva [ad essa] non solo dei poteri di vigilanza e di regolazione ma anche inibitori e sanzionatori⁴²», l'AGCOM continuava a sanzionare pratiche commerciali scorrette all'interno del settore delle comunicazioni elettroniche⁴³.

Il T.A.R. Lazio, tuttavia, applicando i principio statuiti nelle Plenarie del 2012 ha evidenziato in diverse pronunce l'incompetenza dell'AGCM nei provvedimenti sanzionatori dalla stessa adottati⁴⁴. *Quid iuris*, giova rimarcare che il giudice amministrativo di prime cure ha esteso quanto statuito nelle Plenarie anche a settori diversi da quello delle comunicazioni elettroniche. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla sentenza del T.A.R. Lazio del 25 giugno 2012, n. 6962 che ha riconosciuto la competenza del Ministero della Salute con riferimento alla regolazione e vigilanza delle modalità di commercializzazione degli integratori alimentari.

7.4. L'intervento legislativo del 2012.

Atteso il contrasto tra le diverse Autorità Indipendenti il legislatore è direttamente intervenuto in materia attraverso l'art. 23, comma 12 quinquiesdecies del d.l. 6 luglio 2012 n. 95 introdotto dalla legge di conversione 7 agosto 2012 n. 135 nella parte in cui dispone che « in materia di pratiche commerciali scorrette, la competenza ad accertare e sanzionare le quali è dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del

⁴² In www.agcom.com.

⁴³ Ex multis provv. 19 giugno 2012, n. 23675; 28 luglio 2012, n. 23743; 20 marzo 2013, n. 24282.

⁴⁴ Ex multis T.A.R. Lazio, Sez. I, 18 febbraio 2013, n. 1742; T.A.R. Lazio, Sez. I, 18 luglio 2013, n. 7273 e 7275.

consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati».

L'articolo in esame è stato interpretato in dottrina quale norma diretta a legiferare i principi statuiti dalle Adunanze Plenarie del 2012⁴⁵ seppur con un ordine invertito e, cioè, con la competenza generale dell'AGCM e speciale dell'AGCom allorché ricorrano determinati parametri.

Una parte della dottrina amministrativa ha tuttavia sottolineato che, ad una analisi maggiormente approfondita, l'intervento legislativo del 2012 avrebbe apportato delle modifiche ai principi statuiti dall'Adunanza Plenaria.

All'interno della suddetta impostazione sono riscontrabili tre diversi filoni ermeneutici.

Per una prima impostazione, solo una disciplina settoriale con copertura sovranazionale prevarrebbe su quella generale in materia consumeristica.⁴⁶

Una seconda impostazione dottrinale ha al contrario circoscritto la prevalenza della norma settoriale ai soli aspetti espressamente e puntualmente regolati al fine di evitare che le clausole generali contenute nella normativa di settore di rinvio Codice del Consumo escludessero senza una valutazione specifica la presenza di vuoti legislativi⁴⁷.

Un terzo filone interpretativo ha al contrario evidenziato che l'intervento legislativo avesse esteso il principio di specialità a tutte le amministrazioni e non solo alle autorità amministrative indipendenti in settori ove però fosse presente una regolamentazione di derivazione comunitaria finalizzata alla tutela del consumatore. L'intervento legislativo del 2012, inoltre, si discostava dall'indirizzo dell'Adunanza Plenaria poiché limitava l'applicazione del principio di specialità agli aspetti regolati senza escludere aprioristicamente l'applicazione della normativa generale⁴⁸.

La giurisprudenza amministrativa, nonostante la diversità tra le posizioni ermeneutiche e l'intervento legislativo ha interpretato l'art. 23, comma 12-

⁴⁵ Ex multis V. MOSCA, *Il riparto di competenza tra AGCM e AGCom in materia di tutela del consumatore a 18 mesi dall'Adunanza Plenaria: lo «stato dell'arte» e i possibili sviluppi*, in Quad. DIMT, n. 3/2013, p. 27.

⁴⁶ F. CINTIOLI, *La sovrapposizione di competenze delle autorità indipendenti nelle pratiche commerciali scorrette e le sue cause*, in www.giustamm.it, n. 2/2015.

⁴⁷ .A. CANDIDO, *Il conflitto tra Antitrust e regolazione nelle recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria*, in questa Rivista, n. 6/2012, pp. 1175 ss.

⁴⁸ G. NAVA, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, in Quad. DIMT, n. 1/2014, pp. 44 e ss.

quinquiesdecies quale norma di legificazione del criterio di riparto statuito dall'Adunanza Plenaria nel 2012 senza apportarvi alcun correttivo⁴⁹.

7.5. La procedura di infrazione del 2013.

La Commissione europea rilevò, tuttavia, che nel campo delle comunicazioni elettroniche, il criterio di specialità per "settori", così come delineato in precedenza, poteva dar luogo a vuoti di tutela danno dei consumatori tanto da render necessario l'avvio di una procedura di infrazione ex art. 258 e ss. TFUE contro l'Italia⁵⁰.

I Commissari europei, in particolare, rilevarono che la chiusura della giurisprudenza amministrativa alla clausole generali di rinvio contenute nella norma settoriale, avrebbe impedito alla direttiva 2005/29/Cedi operare come «una rete di sicurezza che garantisce il mantenimento di un elevato livello di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali a tutti i settori, "colmando le lacune" di altre specifiche normative settoriali»⁵¹.

È doveroso sottolineare innanzitutto che secondo la Commissione l'art. 23, comma 12-quinquiesdecies avrebbe semplicemente confermato quanto statuito dal Consiglio di Stato nel 2012 escludendo l'applicazione della direttiva generale per il solo fatto che nel settore regolati esista una normativa e, inoltre che l'esigenza di applicare effettivamente la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette era già stata anticipata dalla Commissione nella Comunicazione 139 del 14 marzo 2013 e nella relazione di accompagnamento laddove si rileva che l'esistenza di specifiche norme dell'Unione in un determinato settore non è sufficiente per escludere l'applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette.

7.6. Modifica al Codice del consumo nel 2014 e successiva giurisprudenza.

In sede di recepimento della direttiva sui diritti del consumatori⁵², al dichiarato fine di superare le criticità della procedura di infrazione del 2013 e del relativo

⁴⁹ Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. I, 22 luglio 2013, num. 7442.

⁵⁰ In <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=IT>, si veda l'Articolo 258 (ex articolo 226 del TCE) La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni.

Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea.

⁵¹ Procedura di infrazione n.2169 del 2013.

⁵² Direttiva 2011/83/CE, in <http://eur-lex.europa.eu>.

riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette, il Legislatore decise di intervenire attraverso il d.lgs. 21 febbraio 2014 n. 21 con cui venne inserito il comma 1-bis nell'art. 27 nel Codice del Consumo⁵³. La nuova norma di riparto prevede la competenza esclusiva dell'AGCM ad intervenire anche nei settori regolati per reprimere quelle pratiche commerciali scorrette dei professionisti. Restava ferma la competenza, in via residuale, dell'Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle fattispecie in cui non si riscontrassero violazioni della norma di settore sussumibili nell'alveo delle pratiche commerciali scorrette.

Nel medesimo decreto legislativo, all'art. 1 comma 7 venne inoltre abrogato l'art. 23, comma 12 quinquiesdecies che aveva trasposto quanto statuito dalla Plenaria del 2012.

L'intervento legislativo del 2014 è stato tuttavia foriero di ampi dibattiti in dottrina di cui giova darne atto.

Analizzando il tenore letterale della norma, la dottrina maggioritaria ha messo in risalto che l'intervento in esame dovesse esser letto quale cristallizzazione della competenza esclusiva dell'AGCM a reprimere le pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolati. Tale impostazione ermeneutica ha, tra l'altro, trovato riscontro nella prima giurisprudenza dopo l'intervento legislativo⁵⁴ del 2014.

Quanto appena esposto in relazione all'art. 27, comma 1-bis, ha però prestato il fianco ad alcuni profili di criticità.

Altra impostazione, maggiormente ampliativa, ha riscontrato che il nuovo criterio di riparto se da un lato rispondeva ad istanze di tutela consumeristiche, dall'altro pregiudicava altri preminenti valori garantiti dal diritto europeo tra cui la certezza del diritto, la tutela del legittimo affidamento e il divieto di *ne bis in idem*.

Rilevate tali criticità, autorevole dottrina, ha a tal guisa proposto di intendere l'inciso «fermo restando il rispetto della normativa vigente» quale richiamo dell'intera panopia di poteri in capo alle Autorità: di regolamentazione, di

⁵³ 1-bis. Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei

confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze, in www.codicedelconsumo.it

⁵⁴ Cons. St., Sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1104.

vigilanza, inibitori e sanzionatori di tal guisa determinando una «*translatio iudicii*» da AGCM all'Autorità di settore che renderebbe coerente con il dettato comunitario la norma in esame applicando il principio di specialità previsto dalla direttiva 2005/29/CE⁵⁵».

Riscontrata la diversità di lettura dell'intervento legislativo del 2014, i giudici del Consiglio di Stato, hanno rimesso la questione all'Adunanza Plenaria⁵⁶ proponendo una diversa interpretazione del novellato art. 27 del Codice del Consumo.

Con maggiore sforzo esplicativo, nell'ordinanza di rimessione, i giudici amministrativi hanno infatti evidenziato che «in caso di pratiche commerciali scorrette, l'applicabilità ovvero la cedevolezza della disciplina consumeristica generale — e dunque la competenza di AGCM ovvero [della competente Autorità settoriale] — dipendono dal grado di completezza e di esaustività della disciplina di settore: infatti in caso di assenza di lacune di tutela, la norma generale — non essendo chiamata ad esplicare alcun ruolo sussidiario — recede rispetto ad una norma speciale che offra elementi aggiuntivi e di specificazione rispetto al livello minimo essenziale di tutela», sulla scorta della motivazione secondo cui «la disciplina generale del Codice del consumo è applicabile in via esclusiva da parte dell'AGCM, anche nei settori regolati, solo quando la disciplina di settore non abbia previsto *ex ante* – in modo completo ed esaustivo – la regola comportamentale applicabile, individuando nell'Autorità di regolazione il soggetto competente a sanzionare la violazione delle disposizioni: in questo caso la lacuna di tutela troverebbe infatti copertura nella disciplina dettata dal Codice del consumo. Quando invece la disciplina di settore sia idonea a reprimere il comportamento contrario alla correttezza professionale — sia sotto il profilo della completezza e della esaustività, sia sotto quello dell'affidamento alla stessa Autorità di regolazione del compito di vigilare sull'attuazione delle disposizioni, di stabilirne le modalità attuative e di sanzionarne l'eventuale violazione — non sarebbe necessario il ricorso alla rete di sicurezza costituita dalla disciplina generale».

Il Supremo Consesso amministrativo, in sede Plenaria⁵⁷, ha seguito la lettura testuale del dato normativo in base alla quale l'AGCM è individuato quale

⁵⁵ S. LA PERGOLA, Commento all'articolo 1, commi 6 e 7, d.lgs. n. 21/2014. *Competenza esclusiva in materia di pratiche commerciali scorrette*, in A.M. GAMBINO - G. NAVA (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. 21/2014*, Torino, 2014, pp. 386 ss.

⁵⁶ Cons. St., Sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1104.

⁵⁷ Cons. St., Ad. Plen., 9 febbraio 2016, n. 3 e 4.

soggetto competente ad assicurare la tutela consumeristica avverso pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolati.

Il giudice del Consiglio di Stato ha così affermato che la fattispecie «speciale» della pratica commerciale in ogni caso aggressiva è strutturalmente composta dall'illecito delineato dalla norma regolatoria generale con l'elemento aggiuntivo specializzante dell'elevato livello di pressione che si esercita sul processo decisionale del consumatore.

Quanto esposto è il risultato di un iter argomentativo da cui è necessario prender le mosse delineandone, in questa sede, gli snodi problematici in rilievo.

Nei casi in esame, i provvedimenti dell'AGCM avevano ad oggetto la richiesta da parte dei professionisti del pagamento, restituzione o custodia di prodotti forniti al consumatore in assenza di qualsivoglia richiesta da parte del quest'ultimo.

La suddetta condotta era suscumbibile nelle «pratiche commerciali in ogni caso aggressive» ai sensi dell'art. 26 del Codice del consumo⁵⁸. Le pratiche

⁵⁸ In www.codicedelconsumo.it si veda ARTICOLO N.26 Pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive (1)

1. Sono considerate in ogni caso aggressive le seguenti pratiche commerciali:
a) creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto;

b) effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale;
c) effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale, fatti salvi l'articolo 58 e l'articolo 130 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196;
d) imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento del danno in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la fondatezza della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali;

e) salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati;
f) esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo quanto previsto dall'articolo 66- sexies, comma 2 (2);

g) informare esplicitamente il consumatore che, se non acquista il prodotto o il servizio saranno in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista;

h) lasciare intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore.

(1) Articolo rettificato in Gazz. Uff. 3 gennaio, n. 2 e sostituito dall'articolo 1 del D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146.

commerciali in esame si connotano per un *quid pluris* rispetto agli illeciti regolatori contenuti nella normativa di settore. Questo elemento aggiuntivo è da rinvenirsi nella condotta del professionista connotata da «molestie» e «coercizione», «compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento» tali da limitare considerevolmente la scelta da parte del consumatore.

Da quanto detto emergerebbe, con primaria evidenza, che nelle pratiche commerciali in ogni caso aggressive, si configurerebbe – adoperando una terminologia prettamente penalistica – una ipotesi di progressione illecita sussumibile nelle ipotesi di assorbimento-consunzione: la violazione degli obblighi informativi da parte del professionista sarebbe, infatti, qualificabile come elemento costitutivo della fattispecie ben più grave dell'illecito posto in violazione delle norme sulla concorrenza presidiato dalla normativa relativa all'AGCM.

Tanto premesso i giudici del Consiglio di Stato hanno così rilevato la competenza dell'AGCom ad irrogare le sanzioni per le pratiche commerciali in ogni caso aggressive.

Le conclusioni a cui sono giunte le Adunanze Plenarie hanno però lasciato "l'amaro in bocca" ai commentatori non chiarendo se le stesse dovessero essere circoscritte alle sole pratiche commerciali in ogni caso aggressive oppure potessero estendersi anche alle fattispecie disciplinate dagli artt. 18 e ss. del Codice del consumo nonché alle violazioni dei diritti contrattuali dei consumatori ex art. 66, comma 2 del Codice del consumo⁵⁹.

Quanto alle pratiche commerciali aggressive, non vi è alcun dubbio sulla estensione alle medesime delle conclusioni dell'Adunanza Plenaria del 2016 delineate in precedenza.

Con maggiore esplicazione, non assume alcun rilievo il fatto che nelle pratiche commerciali in ogni caso aggressive, diversamente dalle pratiche commerciali aggressive, l'AGCM sia sollevata dalla prova relativa alla «molestia» o alla «coercizione» ex art. 24 del Codice del Consumo con palese semplificazione dell'attività istruttoria che si manifesta nella sussunzione dei fatti oggetto d'esame nelle ipotesi espressamente descritte dalla legge⁶⁰.

(2) Lettera modificata dall' articolo 1, comma 3, del D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, con la decorrenza di cui all' articolo 2, comma 1, del D.Lgs. 21/2014.

⁵⁹ In www.codicedelconsumo.it, si veda l'art. 66, comma 2: 2. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, accerta le violazioni delle norme di cui alle Sezioni da I a IV del presente Capo nonché dell'articolo 141-sexies, commi 1, 2 e 3, ne inibisce la continuazione e ne elimina gli effetti.

⁶⁰ A. CATRICALA' – M.P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, p.53.

Maggiori problemi in dottrina si sono invece posti con riferimento alle pratiche commerciali ingannevoli ex art. 22-24 del cod. del consumo.

Una prima impostazione ermeneutica ha rilevato che anche per le pratiche in esame vi sarebbe sempre la competenza sanzionatoria dell'AGCM perché, rispetto agli illeciti regolatori caratterizzata dalla violazione di obblighi informativi, anche le pratiche commerciali ingannevoli presenterebbero un *quid iuris* analogo alle pratiche commerciali in ogni caso aggressive, rappresentato dall'attitudine del comportamento illecito del professionista a provocare una alterazione del processo decisionale da parte del consumatore rinvenibile nella falsa rappresentazione della realtà da parte del professionista⁶¹.

La linea di confine tra la competenza dell'AGCM e dell'AGCom rimessa alla demarcazione tra illecito consumeristico e regolatorio appare tuttavia eccessivamente sottile e di difficile accertamento.

A quanto esposto si è contrapposta una seconda chiave di lettura.

La clausola generale contenuta nel secondo comma dell'art. 20 del Codice del Consumo⁶², quale parametro aggiuntivo e costituente la spina dorsale di tutte le pratiche commerciali scorrette, è stata sovente utilizzata dall'AGCM in via autonoma in base alla argomentazione secondo cui pur senza integrare i canoni della «ingannevolezza» o «aggressività», il comportamento contestato al professionista fosse comunque scorretto, violativo della diligenza professionale ed idoneo ad alterare il processo decisionale del consumatore medio⁶³.

Tale impostazione è tuttavia criticabile nella parte in cui consente all'AGCM di sanzionare, all'interno dei mercati regolati, solo una delle tre fattispecie sussumibili nell'alveo dell'art. 18 e ss. del Codice del consumo spingendo l'Antitrust a qualificare come aggressive pratiche che invece sono configurabili come ingannevoli⁶⁴.

⁶¹ cfr. S. PERUGINI, *Le pratiche commerciali scorrette*, in L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, Torino, 2015, p. 179. Tali conclusioni sono state peraltro confermate dal T.A.R. Lazio, Sez. I, 17 maggio 2016, n. 5809 e a Cons. St., Sez. VI, 30 settembre 2016, n. 4048.,

⁶² In www.codicedelconsumo.it. Art. 20, comma 2: Una pratica commerciale e' scorretta se e' contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale e' diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori.

⁶³ Ex multis, PS8035 – Ticketone – biglietti non disponibili, provv. N. 26534 del 5 aprile 2017. Per maggiori approfondimenti si veda M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, n. 1/2009, pp. 73 e ss.

⁶⁴ Per un maggiore approfondimento si veda M. CAPPALÀ, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di Giustizia?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc 3-4, 1 Agosto 2017, pag. 879 e ss.

7.7. Diritti contrattuali dei consumatori ex art. 66, 2 comma del Codice del consumo.

Le conclusioni a cui sono giunte le Plenarie del 2016, delineate in precedenza, non sono estensibili alle fattispecie di *public enforcement* delineate nell'art. 66⁶⁵ del codice del consumo.

La lettera della norma, infatti, nella parte in cui prevede in capo all'Autorità garante della concorrenza il potere di accertare la violazione dei diritti contrattuali di cui sopra, di inibirne la continuazione e di eliminarne gli effetti, sembra aver dato origine ad una sorta di Terzo Pilastro dei poteri dell'Antitrust nelle fattispecie in esame, che va ad affiancarsi al potere di repressione delle pratiche commerciali scorrette ex art. 18 e ss. del Codice del consumo e a quello di accertamento della vessatorietà delle clausole ex art. 37 bis del Codice del consumo.

L'AGCM ha peraltro chiarito, nella relazione annuale presentata alle Camere il 31 marzo 2016, che « le violazioni dei diritti dei consumatori [...] e i relativi poteri in capo all'Autorità sono autonomi rispetto alle pratiche commerciali scorrette, sebbene le norme in materia di accertamento e sanzione amministrativa siano le stesse per entrambe le fattispecie »: diversamente da quanto avviene per le

⁶⁵ Articolo N.66 Tutela amministrativa e giurisdizionale (1)

1. Al fine di garantire il rispetto delle disposizioni contenute nelle Sezioni da I a IV del presente Capo da parte degli operatori, trovano applicazione le disposizioni di cui agli articoli 27, 139, 140, 140-bis, 141 e 144 del presente Codice.

2. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, accerta le violazioni delle norme di cui alle Sezioni da I a IV del presente Capo nonché dell'articolo 141-sexies, commi 1, 2 e 3, ne inibisce la continuazione e ne elimina gli effetti (2).

3. In materia di accertamento e sanzione delle violazioni, si applica l'articolo 27, commi da 2 a 15, del presente Codice.

4. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato svolge le funzioni di autorità competente ai sensi dell'articolo 3, lettera c), del regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, nelle materie di cui alle Sezioni da I a IV del presente Capo.

5. E' comunque fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario. E' altresì fatta salva la possibilità di promuovere la risoluzione extragiudiziale delle controversie inerenti al rapporto di consumo, nelle materie di cui alle sezioni da I a IV del presente capo, mediante il ricorso alle procedure di cui alla parte V, titolo II-bis, del presente codice (3).

(1) Articolo sostituito dall'articolo 1, comma 1, del D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, con la decorrenza di cui all'articolo 2, comma 1, del D.Lgs. 21/2014.

(2) Comma modificato dall'articolo 1, comma 6, del D.Lgs. 6 agosto 2015, n. 130. A norma dell'articolo 2, comma 1, del D.Lgs. 130/2015, le presenti disposizioni si applicano a decorrere dal 9 gennaio 2016.

(3) Comma sostituito dall'articolo 1, comma 7, del D.Lgs. 6 agosto 2015, n. 130. A norma dell'articolo 2, comma 1, del D.Lgs. 130/2015, le presenti disposizioni si applicano a decorrere dal 9 gennaio 2016.

pratiche commerciali scorrette, «l'esercizio dei relativi poteri non necessita di prove circa l'idoneità della condotta a falsare il comportamento economico dei consumatori⁶⁶».

Appare quindi cristallina la non applicabilità di quanto statuito nelle Plenarie 3 e 4 del 2016 alle violazioni dei diritti contrattuali dei consumatori in quanto prive di quel *quid pluris* sotteso alle pratiche commerciali in ogni caso aggressive.

Si tratterebbe, quella sussumibile nell'art. 66 del Codice del consumo, di una fattispecie piuttosto circostanziate che si risolverebbe in una semplice inosservanza delle regole di condotta.

7.8. La mancata conclusione della procedura di infrazione: precisazioni della Commissione.

Alla data in cui si scrive il presente contributo, come noto, la procedura di infrazione delineata in precedenza, non è ancora giunta a conclusione.

Bisogna tuttavia sottolineare che a seguito delle statuizioni dell'Adunanza Plenaria, la Commissione europea ha emanato un documento che cristallizza lo stato di avanzamento delle politiche euro-unitarie in materia di pratiche commerciali sleali, al dichiarato fine di armonizzare l'applicazione della direttiva 2005/29/ Ce da parte degli interpreti e delle autorità nazionali.

A tal guisa assumono preminente rilievo i chiarimenti con cui la Commissione ha individuato le caratteristiche del principio di specialità sotteso all'art. 3 paragrafo 4 della direttiva di cui sopra.

Con maggiore sforzo esplicativo, la Commissione ha rilevato che una norma può dirsi speciale allorché siano riscontrate cumulativamente le seguenti condizioni: i) «ha lo status di diritto dell'Unione»; ii) «disciplina un aspetto specifico delle pratiche commerciali»; iii) «è presente un conflitto tra le due disposizioni oppure il contenuto dell'altra disposizione del diritto dell'Unione si sovrappone al contenuto della disposizione pertinente della direttiva, per esempio disciplina il comportamento in questione in modo più dettagliato e/o è applicabile a un settore specifico».

Quanto esposto evidenzia l'abbandono del criterio di specialità per "settori" propugnato dalle Plenarie del 2012, a favore del criterio di specialità tra le fattispecie astratte.

La Commissione, inoltre, mette in evidenza che il termine «conflitto» di cui all'art. 3, paragrafo 4 della direttiva del 2005 non debba intendersi – come lo stesso

⁶⁶ in www.agcm.it

organo sovranazionale aveva proposto nel 2013 – quale vero e proprio contrasto tra «norme», bensì anche quale semplice sovrapposizione tra le stesse.

Si ravvisa, inoltre, quanto alle pratiche commerciali «aggressive» e «in ogni caso aggressive», una identità ermeneutica tra le conclusioni della Plenaria del 2016 e quelle della Commissione nella parte in cui la seconda afferma la competenza della direttiva alla valutazione di aspetti della pratica commerciale non sussumibili nelle disposizioni settoriali, quali il comportamento aggressivo del professionista⁶⁷

7.9. Le ordinanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

Alla fine del 2016, sulla scorta delle linee guida dettate dalla Commissione, l'AGCom e l'AGCM avevano sottoscritto un protocollo d'intesa che sembrava *emettere il triplice fischio finale* di una *partita* relativa al riparto di competenza tra le due Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette⁶⁸.

Il Consiglio di Stato⁶⁹, tuttavia, ha tuttavia ravvisato il possibile contrasto tra il diritto sovranazionale e il sistema delineatosi in Italia così disponendo il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia di plurimi quesiti interpretativi tra cui quelli relativi al considerando n. 10⁷⁰, l'art. 3 paragrafo 4 della stessa e la *ratio* sottesa alla direttiva 2005/29/Ce.

⁶⁷ Per maggiori approfondimenti Cfr. SWD(2016) 163 final del 25 maggio 2016, recante: «Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/ce relativa alle pratiche commerciali sleali», che accompagna la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni « Un approccio globale per stimolare il commercio elettronico transfrontaliero per i cittadini e le imprese in Europa ».

⁶⁸ Cfr. Comunicato stampa congiunto AGCom-AGCM del 13 gennaio 2017, ove si dà conto dell'avvenuta sottoscrizione, tra il 22 e il 23 dicembre 2016, del protocollo d'intesa integrativo del c.d. Protocollo quadro del 22 maggio 2013.

⁶⁹ Il Consiglio di Stato, Sez. VI, con le ordinanze d167 e 168 del 17 gennaio 2017, a cui era stata rimessa, a valle delle Adunanze plenarie del 2016, la definizione delle relative controversie, ha ritenuto di dover superare il « giudicato endoprocedurale » formatosi sull'*actio finium regundorum* (recte: sulla ritenuta sussistenza — secondo l'organo nomofilattico — dei requisiti per applicare la c.d. teoria dell'*acte clair*) e, per l'effetto, ha disposto ex art. 267 TFEU il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia di una serie di quesiti interpretativi concernenti (anche) l'art. 3, § 4 della direttiva n. 2005/29/Ce. In base ai più recenti sviluppi giurisprudenziali, l'art. 99, comma 3 c.p.a. deve subire infatti un temperamento nel caso in cui la Sezione alla quale venga rimessa la definizione della controversia dovesse ravvisare, come avvenuto nel caso di specie, un potenziale contrasto tra il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria e il diritto dell'Unione europea (secondo quanto statuito dalla Corte di giustizia, Grande Camera, nella sentenza 5 aprile 2016, Puligienica Facility Esco S.p.A. c. Airgest S.p.A. e a., C-689/13, §§ 40 e 41, nonché, successivamente, dallo stesso Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27 luglio 2016, n. 19).

⁷⁰ È necessario garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente, soprattutto per quanto concerne le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a settori specifici. La presente direttiva modifica pertanto la direttiva

Con maggiore sforzo argomentativo, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte di Giustizia quattro quesiti:

- 1) Se il principio di specialità, di cui all'art. 3, paragrafo 4 della direttiva del 2005, debba intendersi quale specialità per "settori", così come propugnato dalla giurisprudenza amministrativa precedentemente esaminata, di specialità tra «norme» (specialità per fattispecie astratte) oppure tra Autorità preposte alla regolazione e alla vigilanza dei rispettivi settori;
- 2) Se la «rete di sicurezza» dei consumatori a cui è finalizzata la direttiva di cui sopra possa essere pregiudicata dall'applicazione di una disciplina che ha le stesse caratteristiche di quella vigente in materia di comunicazioni elettroniche oppure sia subvalente rispetto a discipline a favore dei consumatori di carattere speciale;
- 3) Se il termine «contrasto» previsto dall'art. 3, paragrafo 4. Debba essere inteso quale totale «antinomia» oppure quale «disciplina difforme dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette in relazione alla specificità del settore»;
- 4) La portata della nozione di «norme comunitarie» e, cioè, se la stessa debba intendersi non solo riferita alle fonti euro-unitarie ma estesa anche alle disposizioni legislative o regolamentari che attuano i principi sovranazionali;
- 5) se le conclusioni a cui è giunta la Plenaria del 2016, così come esposte in precedenza, debbano estendersi a quelle fattispecie in cui sia presente una normativa di settore, a tutela del consumatore e fondata sul diritto unionale, che regoli in maniera piena ed effettiva le pratiche «aggressive», quelle «in ogni caso aggressive» o comunque quelle «scorrette».

Bisognerà quindi affidarsi al giudice sovranazionale il quale dovrà cercare di chiudere definitivamente la partita del riparto di competenze tra Autorità in ambito consumeristico.

84/450/CEE, la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza ⁽⁴⁾ la direttiva 98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 1998, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori ⁽⁵⁾ e la direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori ⁽⁶⁾. Di conseguenza, la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore e vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti. Ciò è particolarmente importante per prodotti complessi che comportano rischi elevati per i consumatori, come alcuni prodotti finanziari. La presente direttiva completa pertanto l'acquis comunitario applicabile alle pratiche commerciali lesive degli interessi economici dei consumatori., in [www. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005L0029&from=IT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005L0029&from=IT).

I *consumer rights* potranno quindi esser perseguiti attraverso una duplice via: differenziando la tutela in relazione alla tipologia di mercato in cui il professionista si trova a dover operare oppure attraverso l'applicazione trasversale ed indifferenziata della direttiva sulla tutela del consumatore.

Nella prima ipotesi, bisognerà quindi distinguere tra mercati non regolamentati, in cui si applicherà la disciplina generale della direttiva 2005/29/Ce e mercati che hanno ad oggetto le public utilities che, al contrario, verrebbero regolati da direttive settoriali⁷¹.

Nel secondo caso, invece, la direttiva troverebbe applicazione generalizzata, quale strumento complementare alle normative settoriali, con l'arduo compito di uniformare – il più possibile – la condotta dei professionisti che operano nel "mercato interno".

L'adesione all'uno o l'altro modello avrebbe come immediato precipitato quello di prendere – finalmente – posizione sulla tipologia di specialità: "per settori" oppure "per fattispecie astratte"⁷².

Una scelta, dunque, delicata ma al contempo necessaria per porre finalmente fine (forse) ad *una partita che va avanti da anni* e che ha visto scendere in campo diversi giocatori: AGCom, AGCM, Commissione europea, T.A.R., Consiglio di Stato e i consumatori destinatari delle disposizioni analizzate del corso del Presente lavoro che, ormai esausti e più di tutti, attendono *di sentire il triplice fischio finale*.

⁷¹ Per maggiori approfondimenti si veda G. NAPOLITANO, *Towards a european legal order for Services of General Economic Interest*, in *European Public Law*, Vol. 11/2005, Issue 4, pp. 565 ss.; A. RENZULLI, *Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario*, in *European Public Law*, Vol. 14/2008, Issue 3, pp. 399 ss.

⁷² Per un maggiore approfondimento si veda M. CAPPALÀ, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di Giustizia?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc 3-4, 1 Agosto 2017, pag. 879 e ss.

Imputabilità, vizio di mente e monomanie.

di Giada LIETO*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** Brevi cenni sulla nozione di imputabilità. **3.** Il concetto di infermità mentale comprende anche le c.d. infermità settoriali o monomanie? **4.** Quando l'abuso di alcol e stupefacenti integra una alterazione organica dell'individuo. **5.** Conclusioni.

1. Introduzione.

La rilevanza penale dello stato di infermità mentale nella commissione di fatti tipici di reato si riscontra in primis nell'art. 88 del vigente codice penale il quale testualmente prescrive che *"non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere"*.

La lettera della norma risulta essere particolarmente chiara, riconnettendo alla tematica dell'infermità mentale quella della imputabilità, una nozione che ha subito vari capovolgimenti dal punto di vista della sua definizione per opera, non soltanto dei *revirements* giurisprudenziali e delle speculazioni dottrinarie, ma anche – se non soprattutto – a causa dei sempre più frequenti progressi della scienza medica e, in ispecie, psichiatrica.

Il fatto che il nostro codice lasci spazio al tema dell'infermità mentale porta ad un generale ripensamento dell'intero sistema giuridico italiano che, seppur basato su di un codice di impronta fascista, è caratterizzato ugualmente da un'attenzione particolare verso l'indagine sulle origini della condotta azionata dal reo per la commissione del reato per il quale viene imputato¹.

Quello dell'infermità mentale, ad ogni modo, risulta attualmente ancora un tema caldo in dottrina quanto in giurisprudenza per l'incertezza della sua definizione. Difatti, l'inesistenza di validi riferimenti normativi per l'individuazione di criteri di determinazione del vizio di mente tale da invalidare la capacità di intendere e di volere dell'individuo che commette il fatto di reato crea problemi in ordine ai principi di tassatività e determinatezza della legge penale, la cui violazione esporrebbe la materia all'eccessiva discrezionalità del giudice.

* Avvocato, specializzata in professioni legali.

¹ G.M. PIERRO, Imputabilità e vizio di mente nella dottrina e nella giurisprudenza, Salerno, 1955.

Proprio la riflessione in ordine al ruolo del giudice nella determinazione di ciò che costituisce vizio di mente rilevante ai fini penali ha creato dibattito in dottrina ed in giurisprudenza, le quali hanno ravvisato la necessità di condurre l'accertamento processuale sulla base della valutazione empirica espletata caso per caso da parte dei periti psichiatrici².

In realtà, per arrivare a tale conclusione, è opportuno ripercorrere l'evoluzione che ha interessato tali concetti, non solo dal punto di vista contenutistico ma anche metodologico e che ha rappresentato il presupposto fondamentale per la risoluzione di spinose controversie sottoposte alla cognizione del giudice.

La presente trattazione, pertanto, dopo una breve disamina del concetto di imputabilità, si soffermerà sulla tematica della configurabilità di un vizio di mente rilevante ai fini dell'imputabilità in casi limite come quelli delle monomanie e delle sindromi connesse all'uso abituale e cronico di alcol.

2. Brevi cenni sulla nozione di imputabilità.

Poste le adeguate premesse, giova porre l'accento sul concetto che sta alla base della teoria dell'imputazione personale del reato: l'imputabilità.

Il codice, nella previsione dell'art. 85 c.p., dà una nozione piuttosto elementare di imputabilità, intendendosi per essa la capacità d'intendere e di volere.

Tale formula, pertanto, tende a sottolineare la contemporanea presenza di due elementi, uno a carattere intellettuale-rappresentativo, ed uno volitivo, con una struttura simile a quella del dolo, la cui sussistenza ne costituisce il paradigma esemplificativo in abito penale.

Tuttavia, se non ci sono grossi dubbi interpretativi sul modo d'intendere la capacità d'intendere e di volere, maggiori problemi si pongono per quanto riguarda il ruolo dell'imputabilità nell'ambito della teoria generale del reato. Nel senso che, sostanzialmente, una parte della dottrina³ ritiene che l'imputabilità appartenga più che altro a uno *status* generale del reo e, quindi, la considera come una sorta di capacità generale di diritto penale: in sostanza, l'imputabilità dovrebbe considerarsi come l'attitudine di un soggetto a essere destinatario di un precetto penale.

Tale tesi implicherebbe che il concetto in esame verrebbe ad essere riferito ad una qualità soggettiva che il reo, nel caso di mancanza di capacità di intendere e volere, non avrebbe.

² F. CARRIERI, Convegno sul tema Proscioglimento per vizio di mente e sociale pericolosità, Trani, 1986; Società italiana di criminologia: Sezione apulo-lucana.

³ M. T. COLLICA, Vizio di mente ed imputabilità: problematiche e prospettive, Messina, 2005.

Altra dottrina⁴, invece, sostiene che l'imputabilità altro non sia che il presupposto della punibilità, in quanto soltanto l'accertamento della capacità di intendere e volere permetterebbe l'irrogazione di una sanzione ritenuta, pertanto, giusta, in ossequio ad una visione quadripartita del reato⁵.

Altre posizioni⁶ ritengono, al contrario, che l'imputabilità non debba essere studiata come una qualità soggettiva, uno *status* del reo, né come un elemento costitutivo della punibilità, bensì come il presupposto della colpevolezza, così come sarebbe confermato dalla sistematica codicistica che pone l'art. 85 nella parte quarta (del reo) e non nella parte terza (del reato).

Tale tesi muove dall'assunto metodologico secondo cui la colpevolezza si compone dell'elemento psicologico del dolo, della colpa o della preterintenzione e, quindi, in generale essa si identifica con l'elemento psicologico del reato attraverso cui si coglie il collegamento fatto /autore del fatto. Tale collegamento risulta essere pienamente integrato solo laddove si concepisca il reo come imputabile e, quindi, come mentalmente partecipe dell'azione che compie.

Tale tesi, però, non risulta pacifica in dottrina in quanto si è fatto notare⁷ che essa reca in sé il rischio di una sovrapposizione di categorie differenti, quella della capacità di intendere e volere e quella dell'elemento psicologico del reato che sono sì comunicanti, ma non coincidenti. Una tale assimilazione porterebbe al paradosso di escludere l'esistenza di componenti psicologiche dolose o colpose in capo a soggetti incapaci di intendere e volere, assunto che è stato smentito da svariate pronunce giurisprudenziali⁸ laddove si tende a dare una lettura distonica ed indipendente delle due entità.

Si osserva, difatti, che gli stati psichici alla base del dolo e della colpa possano rintracciarsi anche nei soggetti minori e negli infermi di mente.

I sostenitori della teoria che intende l'imputabilità come presupposto della colpevolezza obiettano che in realtà le componenti psicologiche di cui all'art. 43 c.p. vanno inquadrare nell'ambito della colpevolezza stessa in quanto, se così non fosse, si correrebbe il rischio di considerare il dolo e la colpa nella loro dimensione meramente psicologica e non normativa.

⁴ M. AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005.

⁵ Secondo la teoria quadripartita, il reato si compone di quattro elementi fondamentali: tipicità; anti giuridicità; colpevolezza; punibilità.

⁶ FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, Zanichelli, settima edizione, 2015.

⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2016, pp. 450 ss.

⁸ Tribunale Milano, 04 ottobre 2003, in Riv.it. medicina legale (dal 2012 Riv.it. medicina legale e dir. sanitario) 2004, p. 467; Cass. pen., sez. III, 19 giugno 1967 n. 2300.

Pertanto, ad oggi, è quest'ultima la tesi prevalente nella giurisprudenza in quanto si ritiene che sia in grado di far coincidere le categorie dogmatiche della teoria generale del reato con l'esigenza di condurre un accertamento *case by case* dei fattori che limitano o escludono la capacità di intendere e volere ai fini sanzionatori, escludendo forme di presunzioni e congetture ancorate a schemi ormai obsoleti.

3. Il concetto di infermità mentale comprende anche le c.d. infermità settoriali o monomanie?

Il codice Rocco, nella sua formulazione, con il termine vizio totale di mente intendeva riferirsi a tutte quelle alterazioni funzionali del sistema nervoso centrale di natura organica, escludendo, pertanto, tutte quelle forme patologiche che incidono sul carattere e sulla personalità dell'individuo come, *ad exemplum*, gli stati depressivi o addirittura la schizofrenia⁹.

La concezione medico-nosografica prendeva, in particolare, le mosse dal concetto di "normalità", intendendo con questa la sintesi dell'equilibrio a carattere biologico e comportamentale che si risolve nella sostanziale assenza di disturbi mentali in grado di deviare le ordinarie funzionalità mentali.

Tale concezione medico-organicistica¹⁰ si esponeva, però, a forti critiche in quanto non prendeva in considerazione svariate patologie che, nonostante fossero carenti di una base organica, avessero dal canto loro la concreta possibilità di incidere fortemente sulla capacità di discernimento del soggetto.

Difatti, tale teoria¹¹ veniva, poi, soppiantata da un'altra mutuata dagli studi freudiani e basata su una valutazione psicologica forte, volta a porre l'accento su tutte quelle infermità capaci di creare "disarmonia" nell'ambito psichico. La tesi psicologica¹² si poneva in contrasto con quella medico-nosografica in quanto proponeva un metodo basato sull'analisi clinica dell'imputato, a prescindere dalle qualificazioni mediche approntate in astratto.

In realtà, anche tale concezione manifestava le sue limitazioni tanto che negli anni Sessanta fu privilegiata una forma di pensiero più elastica che valutava l'infermità non soltanto dal punto di vista organico-psicologico ma si poneva

⁹ M.BERTOLINO, La crisi del concetto di imputabilità, in *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 237.

¹⁰ D.PETRINI, il trattamento del delinquente sessuale, tra esigenze securitarie e controllo della recidiva, in

Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), fasc. 4, 2013, p. 1823.

¹¹ K. JASPERS, *Psicopatologia generale*, 1964, p. 606.

¹² T. BANDINI, B. GUALCO, *Imputabilità e misure di sicurezza. Riflessioni clinico-criminologiche*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), cit., p. 21.

come obiettivo anche quello di attuare un'indagine su quei condizionamenti esterni di natura sociale o familiare che avessero potuto intaccare fino addirittura a mutare lo stato mentale dell'individuo imputato di un reato.

Tale ultima concezione, ben lontana dal lombrosismo che riconnetteva la colpevolezza o comunque l'attitudine a delinquere a presupposti genetici ma soprattutto di ordine sociale, intendeva, al contrario, ampliare il concetto stesso di vizio di mente a tutte quelle alterazioni mentali che fossero derivate da esperienze particolarmente traumatiche tali da ingenerare il venir meno dei presupposti di intendere e volere un evento.

Attualmente, l'orientamento più accreditato ritiene che tali concezioni, in realtà, concorrono nella determinazione di ciò che costituisce infermità mentale in quanto il concetto comprende una *summa* di svariati fattori come il corredo genetico, le esperienze di vita nonché i rapporti sociali e familiari, *et cetera* (cd. paradigma integrato¹³).

La ratio di questi orientamenti dottrinari è evidentemente quello di porre l'accento sulla necessità di valutare in concreto l'imputabilità dell'individuo per riscontrarne i presupposti di corretta percezione della realtà e procedere eventualmente alla sottoposizione a sanzioni.

Difatti, una concezione eccessivamente restrittiva dell'infermità mentale potrebbe creare storture in ordine al rispetto del principio di colpevolezza nonché di personalità della responsabilità penale: sottoporre a sanzione un individuo che, per alterazioni mentali seppur non organiche, abbia commesso un reato crea svariati dubbi in quanto, *in primis*, presupposto della punibilità è la coscienza e volontà dell'offesa arrecata e, *in secundis*, si finirebbe per punire un soggetto che, a causa del vizio di mente, non può essere rieducato, andando ad invalidare la funzione specialpreventiva della pena.

Tale approccio risulta, infatti, inscrivibile nell'ormai pacifico rigetto delle ipotesi di responsabilità oggettiva (pura ed occulta) a seguito delle celeberrime sentenze della Corte Costituzionale n. 364/88 e n. 1085/1988 che hanno posto le basi per un ripensamento generale delle categorie penalistiche, tra cui, senza dubbio, rientrano i rapporti tra imputabilità e vizio di mente.

Attualmente, il filone dottrinario che estende il concetto di infermità mentale a tutti quegli stati in grado di inficiare le facoltà mentali dell'individuo trova

¹³ V. MASTRONARDI, L. M. DESIMONI, N. VENTURA, Imputabilità, coscienza morale e psicopatologia in: [http://www.rivistadipsichiatria.it/r.php?v=1140&a=12566&l=17574&f=allegati/01140_2012_04/fulltext/03.Mastronardi-De%20Simoni\(17-25\).pdf](http://www.rivistadipsichiatria.it/r.php?v=1140&a=12566&l=17574&f=allegati/01140_2012_04/fulltext/03.Mastronardi-De%20Simoni(17-25).pdf).

riscontro nella giurisprudenza della Cassazione¹⁴ che con varie pronunce ha configurato il vizio di mente rilevante ai fini dell'imputabilità anche ai disturbi della personalità a patto però che venga accertata la loro gravità e la loro incidenza sul discernimento del reo.

Al contrario, la giurisprudenza sembra voler escludere dal novero delle infermità mentali rilevanti ai fini dell'esclusione dell'imputabilità, gli stati emotivi, passionali e ansiosi-depressivi in quanto non adeguati ad incidere in via totale sulla capacità di intendere e di volere dell'individuo, così come anche statuito dall'art. 90 del vigente codice, nonché le cosiddette reazioni a "corto circuito" ovvero quei particolari stati di natura transeunte¹⁵ che sono originati da condizionamenti psichici ma non patologici anche se esistono sentenze della Cassazione in senso difforme.

Con riguardo, però, alla lettera dell'art. 90 c.p., parte della dottrina auspica un intervento del legislatore nel senso di una sua abrogazione in quanto anche gli stati emotivi e passionali possono, talvolta, essere tali da tradursi in una vera e propria infermità mentale seppur transeunte.

Ad oggi, proprio sulla scorta di tali riflessioni, si è affermata la possibilità di ricomprendere gli stati emotivi e passionali nel novero delle cause di esclusione di imputabilità quando concorrano due condizioni: che lo stato in questione incida su di un soggetto dalla personalità già particolarmente debole ed influenzabile e che, in concreto, il turbamento sia di consistente entità tale da inibire il discernimento e la volizione dell'agente.

Ad ogni modo, l'orientamento sposato dalla Cassazione risulta quello di attribuire al concetto di infermità un'estensione più ampia di quello di "malattia" ricomprendendo nella prima svariate manifestazioni psichiche che escludono completamente il discernimento del soggetto.

In tale scenario evolutivo, si comprende quindi come spesso processi morbosi come la depressione, il bipolarismo e la schizofrenia, ormai entrati a pieno titolo nel novero delle patologie studiate dalla scienza psichiatrica, siano stati riferiti a meri turbamenti psichici riconducibili agli stati emotivi e passionali di cui all'art. 90 c.p. La giurisprudenza tendeva, quindi, a dare una lettura particolarmente ristretta delle categorie che gravitano intorno al concetto di infermità mentale, obliterando quasi del tutto il fatto che il turbamento psichico tale far scemare o semplicemente diminuire la capacità di discernimento e di volizione del soggetto può essere ravvisato anche in situazioni cosiddette "borderline", caratterizzate

¹⁴ Cass., S.U., 25 gennaio 2005 – 8 marzo 2005 n. 9163.

¹⁵ Cass. pen., sez. VI, sentenza 26 giugno – 6 agosto 2013 n. 34089.

dall'impossibilità di una diagnosi che abbia riscontri in termini di alterazione organica o , quantomeno, strutturale.

Tale atteggiamento restrittivo della giurisprudenza, però, oggi si ritiene superato o quantomeno si profila come ormai recessivo atteso che la scienza medica, come si accennava poc'anzi, ha ravvisato alterazioni psichiche significative anche in capo a soggetti "clinicamente ritenuti sani".

In particolare, si fa riferimento ai soggetti affetti da disturbi della personalità, i quali possono raggiungere una rilevanza tale nell'ambito della vita e dello sviluppo psicologico del soggetto da privarlo di qualsiasi possibilità di comprendere a fondo la condotta tenuta.

Il riconoscimento della rilevanza penale dei disturbi della personalità in ordine al giudizio circa la sussistenza dell'imputabilità, è stato il viatico per intraprendere una discussione circa l'esistenza di forme di imputabilità "atipiche".

Evidentemente, il presupposto logico dal quale partire per ammettere tali forme di imputabilità¹⁶ risiede nella funzione rieducativa della pena che verrebbe resa vana qualora l'individuo non fosse in grado né di rendersi conto della condotta tenuta, né di comprendere la portata sanzionatoria della misura irrogatagli.

In particolare, l'attenzione dell'interprete si è posta con riguardo alle ipotesi di imputabilità cd. settoriale o monomanie, che mettono capo a situazioni nelle quali il soggetto presenta delle alterazioni psichiche che si rivolgono, però, solo a settori determinati, come quelli della cleptomania, della piromania e finanche della pedofilia.

Infatti, il soggetto affetto da monomania si presenta come clinicamente sano, nel senso ortodosso del termine, ma è caratterizzato da pulsioni irresistibili ed irrefrenabili verso un determinato oggetto o interesse, tale da escludere una cosciente e piena rappresentazione e volizione dell'azione posta in essere per il suo soddisfacimento.

Tale assunto pone una serie di problematiche, la prima delle quali è interrogarsi se il nostro ordinamento possa ammettere, come causa di esclusione della capacità di intendere e volere, anche patologie "settoriali", addivenendo ad una nozione estensiva di infermità mentale.

In subordine, resta da chiedersi se l'eventuale incapacità di intendere e volere riguardi solo la commissione di reati che rientrano nelle condotte oggetto di monomania o, al contrario, la non imputabilità debba essere considerata radicalmente esclusa tout court.

¹⁶ G. MORGANTE, *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*. Atti del Seminario (Pisa, 20-21 giugno 2014), pp. 110 ss.

Con riguardo al primo quesito, giova notare come la scienza psichiatrica effettua una vera e propria classificazione delle categorie di anormalità psichica tra cui le mere alterazioni che incidono su tratti della personalità come il carattere, l'umore e le modalità di azione e reazione e le cd. psicosi che mettono capo a situazioni di grave vizio mentale tale da comportare una "*disgregazione della personalità in modo globale e non meramente settoriale*"¹⁷.

Partendo da tale assunto, risulta di immediata percezione l'impossibilità di procedere ad una generalizzazione con riguardo alle malattie psichiatriche anche se alcuni punti fermi possono essere tracciati.

Difatti, con riguardo ai cd. psicopatici sessuali¹⁸, si è sostenuto che essi sono caratterizzati da un comportamento sessuale deviato che può assumere talvolta i tratti di una vera e propria patologia, mentre normalmente tali individui conservano la capacità di intendere il disvalore delle azioni poste in essere e devono essere considerati imputabili.

Tale assunto è stato recepito dalla giurisprudenza che, in svariate occasioni, ha statuito, ad esempio, che "*la pedofilia, se non accompagnata da un'accertata malattia mentale o da altri gravi disturbi della personalità, rappresenta una semplice devianza sessuale, senza influenza alcuna sulle capacità intellettive e volitive della persona*"¹⁹, sulla scorta del fatto che la devianza di tipo sessuale non costituisce necessariamente una forza irresistibile, ma è suscettibile di essere frenata.

La scienza psichiatrica, lungi dal creare un automatismo aprioristico basato sull'equazione "pedofilia = parafilia²⁰ = devianza del comportamento sessuale non incidente sulla capacità di intendere e volere, propone una classificazione del soggetto pedofilo distinguendo tra la tipologia compulsiva, la cui peculiarità è quella di tenere comportamenti sessuali nei confronti di bambini in maniera irrefrenabile ed incontenibile²¹; attuano in modo irrefrenabile comportamenti sessuali sui bambini in associazione ad un restringimento dello stato di coscienza, al di fuori del quale soffrono per tale comportamento; la tipologia

¹⁷ F. MANTOVANI, Il tipo criminologico d'autore della dottrina, in Riv.it. dir. e proc. pen., fasc.3, 2012, p. 753.

¹⁸ Affetti da monomia a sfondo sessuale.

¹⁹ Cass. pen., sez. III, 27 novembre 2014, n. 6818.

²⁰ Anormalità psichica nella ricerca del piacere e della soddisfazione degli istinti, specialmente sessuali.

²¹ Tale forma di pedofilia potrebbe essere considerata di gravità tale da ridurre la capacità di intendere e volere.

regressiva²², caratterizzata da immaturità e uno sviluppo psicosessuale infantile; quella perversa²³ dove il pedofilo concepisce l'infante come un mero mezzo di soddisfazione del proprio piacere sessuale.

Ad ogni modo, anche per esigenze che spesso esulano dal mero contesto della punibilità penale ²⁴, le patologie sessuali vengono fatte rientrare dalla giurisprudenza nell'ambito delle mere anomalie che non escludono l'imputabilità. C'è da dire, però, che alcune forme di monomanie sono state considerate di rilevanza tale da comportare una vera e propria disgregazione della personalità, per cui risulta arduo escludere automaticamente che esse non abbiano alcun riflesso sull'imputabilità del soggetto che ne è affetto.

In particolare, spesso la settorialità che caratterizza l'alterazione psichica assume i caratteri propri della psicosi che rientra a pieno titolo dal punto di vista psichiatrico nel catalogo delle "malattie mentali", come nel caso del soggetto affetto da paranoia e da mania di persecuzione che potrebbe essere indotto a delinquere attraverso l'impulso irrefrenabile di sottrarsi ai propri persecutori; oppure la madre affetta da psicosi puerperale²⁵ che commette l'omicidio del proprio figlio che identifica come l'unica via di scampo per ritrovare la propria serenità²⁶.

Anche in tali casi problematici, l'esame circa la sussistenza della capacità di intendere e volere non può basarsi su mere classificazioni asettiche ma è necessario che venga condotto attraverso modalità empiriche fondate sull'analisi del caso concreto e che tengano conto di determinati indici dettati dalla scienza psichiatrico-forense.

Con riguardo al giudizio di accertamento della capacità di intendere e volere, la giurisprudenza, analizzando il caso delle "madri assassine", tra cui il noto caso Franzoni²⁷ ha provveduto a puntualizzare che i disturbi d'ansia con episodi di

²² Tale forma di pedofilia va attentamente valutata perché si pone a metà strada tra la semplice devianza sessuale ed il vizio parziale di mente.

²³ Tale forma tendenzialmente non è tale da rendere il soggetto non imputabile.

²⁴ Spesso, determinati reati vengono puniti sulla scorta di un diritto penale emozionale, basato sull'opinione pubblica e sul forte allarme sociale derivante da fatti delittuosi che aggrediscono beni di particolare rilevanza costituzionale.

²⁵ Forma grave di depressione *post-partum*.

²⁶ Corte assise Milano 26/05/1987: "Non è imputabile, per mancanza di capacità di volere, la madre che, dopo aver completamente rimosso il suo stato di gravidanza nel periodo della gestazione, abbia, all'atto del parto, soppresso il neonato mediante una condotta non controllata dalle funzioni superiori dell'io; la "reazione a corto circuito" rileva in quanto innestata su di un pregresso stato patologico, evidenziato da un'estrema immaturità affettiva e dalla presenza di rigidissimi meccanismi di difesa diretti a negare la realtà, se contrastante col sistema di valori cui il soggetto fa riferimento".

²⁷ Cass. pen., sez. I, 29 luglio 2008 n. 31456.

isteria non rientrano, in quanto tali, nel novero delle alterazioni classificabili come vizio di mente.

Infatti, come sostenuto da autorevole giurisprudenza²⁸, i «disturbi della personalità» possono escludere o diminuire la capacità di intendere e volere quando essi siano di particolare consistenza, intensità, gravità e rilevanza ma non vanno confusi con gli stati emotivi e passionali che, a mente dell'art. 90 c.p., non sono in grado di elidere l'imputabilità in capo al soggetto agente.

Inoltre, in altra pronuncia²⁹ si legge che *«per stabilire la rilevanza sull'imputabilità del disturbo di personalità, sul quale si sia inserito un dis-controllo episodico (reazione a corto circuito, "acting out" o simili), è necessario anzitutto accertare se la sintomatologia riscontrata sia indicativa solo di particolari note del carattere o di semplici disturbi della sfera neurovegetativa, senza alcun apprezzabile riflesso sulla capacità intellettiva e volitiva del soggetto, ovvero se derivi da un'alterazione della psiche di carattere patologico, per quanto momentanea; inoltre, per affermare la sussistenza di uno scompenso patologico momentaneo, occorrono quanto meno due componenti: elementi clinici (ovviamente documentati) ed una comprensibilità psicologica dell'atto (nel senso di una non comprensibilità della condotta rispetto allo stile di vita del soggetto)»*.

La giurisprudenza richiamata risulta utile anche a dirimere un altro problema connesso all'esistenza di forme di non imputabilità settoriale.

Infatti, la sentenza richiamata afferma che è sempre necessario che venga ravvisato un nesso eziologico tra il disturbo mentale ed il reato commesso.

Tale inciso risulta di notevole importanza laddove permette di delineare una soluzione con riguardo al secondo quesito posto nella presente trattazione, vale a dire quello di comprendere se una patologia settoriale, una volta accertata la sua gravità che sia tale da escludere la capacità di intendere e volere, comporti una non imputabilità assoluta o circoscritta solo ai reati sussumibili nella mania del reo.

In altre parole, ci si chiede se ad esempio un cleptomane, ossessionato dall'idea del furto di cose mobili, che sia stato ritenuto non imputabile, possa essere considerato parimenti incapace di intendere e volere anche nel caso in cui commetta un reato diverso da quello previsto dall'art. 624 c.p., ma a questo finalizzato.

²⁸ Cass. S.U. del 25 gennaio 2005 n. 9163.

²⁹ Corte assise Reggio Emilia, 09 ottobre 1998 in Riv.it. medicina legale, 2000, p. 285.

In particolare sul caso della cleptomania, la II sezione della Cassazione penale³⁰ ha statuito che, sebbene i disturbi della personalità dotati di particolare gravità possono essere compresi nel concetto di infermità mentale, questi devono essere tali da incidere sulla specifica capacità di intendere e volere intesa quale capacità giuridica generale di diritto penale e devono influenzare dal punto di vista causale la commissione del reato.

Il disturbo mentale, quindi, deve essere la causa specifica dell'intento e dell'azione criminosa del reo.

Nel caso di un soggetto cleptomane che abbia commesso un reato diverso dal furto, quest'ultimo dovrà essere considerato ugualmente imputabile se, dalle circostanze del caso concreto, emerga che la patologia non sia stata l'antecedente causale della condotta e che, pertanto, la sua capacità di intendere e volere risultava essere intatta al momento della commissione della fattispecie delittuosa.

Pertanto, anche in tale ambito, può essere ravvisato un approccio metodologico orientato al caso concreto in quanto, in ossequio al principio costituzionale di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, è opportuno che l'accertamento dell'imputabilità ai fini sanzionatori sia, da un lato, scevro da presunzioni basate sull'assenza di alterazioni patologiche a carattere funzionale o anatomico, dall'altro sia orientato a comprendere quando un soggetto effettivamente sia capace di intendere e volere.

Un approccio che valorizzi solo i dati empirico-clinici risulta essere riduttivo e non aderente alla concreta dinamica dei comportamenti dei soggetti che, attualmente, viene studiata attentamente dalla scienza psichiatrica che mostra aperture verso nuove forme di *mental diseases*.

Tale approccio casistico permette, quindi, di risolvere casi problematici in cui il soggetto compia fattispecie di reato in stato di infermità mentale acclarata medicalmente ma in costanza di capacità di intendere e volere oppure di individui, clinicamente sani, che commettano reati in mancanza di imputabilità per infermità mentale transeunte derivata da uno shock improvviso.

Ciò risulta confermato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che nel 2005 precisava che «*non interessa tanto che la condizione del soggetto sia esattamente catalogabile nel novero delle malattie elencate nei trattati di medicina, quanto che il disturbo abbia in concreto l'attitudine a compromettere*

³⁰ Cass. pen., sez. II, 15 aprile 2013 n. 17086.

gravemente la capacità sia di percepire il disvalore del fatto commesso, sia di recepire il significato del trattamento punitivo»³¹.

Difatti, anche in tema di piromania, la dottrina psichiatrica ha notato come non è possibile escludere aprioristicamente che la monomania abbia effetti sulla imputabilità dell'individuo in quanto spesso la patologia a carattere settoriale si caratterizza per una scissione del piano rappresentativo e di quello volitivo, laddove il soggetto conserva la sua capacità di intendere la portata della propria condotta ma non riesce, dal punto di vista della volizione, a sottrarsi al compimento dell'azione.

Pertanto, nel caso di monomanie, ciò che mancherebbe è uno dei presupposti dell'imputabilità, cioè la capacità di volere, volontà intesa in termini di effettivo desiderio liberamente formato.

Spesso, infatti, tali disturbi psichici impattano sulla capacità di controllo degli impulsi, cosicché risulterebbe arbitrario ritenere sussistente l'imputabilità in situazioni caratterizzate da un certo grado di impossibilità al controllo inibitorio di una azione.

Ovviamente, risulta chiaro che tale indagine, rimessa all'attività peritale, risulta costellata di difficoltà notevoli che sono, però, in fase di superamento attraverso l'evoluzione della scienza medica che ha addirittura utilizzato talvolta strumenti diagnostici (tecnica VBM³²) per monitorare l'attività elettrica del cervello dell'infermo in relazione a determinati stimoli anche di natura emotiva³³.

4. Quando l'abuso di alcol integra una alterazione organica dell'individuo.

Le considerazioni svolte in precedenza risultano utili per affrontare un'altra delicata tematica che riguarda il rapporto tra l'imputabilità e l'abuso di alcol e stupefacenti.

Infatti, si è notato come il concetto di infermità mentale si sia evoluto negli ultimi decenni partendo da una situazione in cui l'incapacità di intendere e volere veniva ad essere desunta dalla sussistenza di substrati organici integranti la

³¹ Cass., S.U., 8 marzo 2005, n.9163.

³² Tecnica di analisi in *neuroimaging* che consiste nell'investigazione di differenze focali nell'anatomia del cervello, usando l'approccio statistico noto come mappatura statistica parametrica.

³³ Sentenza Albertani, Gip Como, 20.05.2011, in Guida al diritto, 30 agosto 2011, con nota di MACIOCCHI, Gip di Como: le neuroscienze entrano e vincono in tribunale. Per un commento della sentenza, v. anche CASASOLE, Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale, in Dir. pen. proc., 2012, p. 110 ss.

patologia mentale, fino ad approdare ad un'apertura verso forme di disturbi nevrotici, psicotici e della personalità.

Pertanto, il quadro attuale si avvale di un approccio integrato tra l'osservazione clinica e quella fenomenico-ambientale del soggetto che si trovi in condizioni di incapacità di intendere e volere.

Se questo è vero per i disturbi mentali, non può dirsi altrettanto per quei particolari stati di alterazione psichica occasionati dall'uso di sostanze alcoliche, stupefacenti o psicotrope *tout court* in quanto l'ordinamento penale, all'art. 92 c.p., prevede che l'imputabilità non è esclusa né diminuita nei casi di ubriachezza non provocata da caso fortuito o forza maggiore.

La previsione codicistica risulta essere piuttosto chiara e mostra anche il disfavore del legislatore verso il fenomeno dell'alcolismo al quale riconnette una "*fictio*" in quanto risulta piuttosto difficile sostenere che un soggetto in stato di ebbrezza conservi la capacità di discernimento e volizione delle proprie azioni. Per questa ragione, la dottrina³⁴ ha affermato che l'art.92 c.p. integrerebbe null'altro che un'ipotesi di responsabilità oggettiva sostenuta da ragioni di politica criminale volte ad evitare la fuga dalla sanzione in casi siffatti.

Ad ogni modo, tralasciando la ratio e la natura giuridica di tale norma, resta il dato che il disposto dell'art. 92 c.p. risulta attualmente di dubbia applicazione nei casi in cui l'uso di sostanze depressive (alcol, farmaci sedativi-ipnotici e oppiacei) sia di entità tale da aver arrecato seri danni all'individuo anche dal punto di vista organico, clinicamente accertabile.

Si tratta di ipotesi note sotto il nome di Sindrome di *Korsakoff*, una patologia caratterizzata da forte confusione, perdita della memoria e altri sintomi riscontrabili a livello del sistema nervoso centrale.

In particolare, è stato dimostrato che l'insorgenza di tale patologia è legata all'assunzione cronica di alcol che, comportando inappetenza, può comportare la perdita di complessi vitaminici fondamentali come quello della Vitamina B, la cui carenza è alla base anche di uno dei sintomi della malattia, ossia la confabulazione³⁵.

Pertanto, in casi siffatti che si pongono a metà strada tra l'infermità mentale e l'alcolismo vero e proprio, la sfida dell'interprete è quella di considerare quali norme applicare nei confronti del reo, tenendo conto, da un lato, delle

³⁴ A. MANNA, L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza, in Leg. pen., 2006, p.220.

³⁵ Difficoltà nella focalizzazione dei ricordi a breve e lungo termine e nell'apprendimento di nuove informazioni che conducono spesso il malato a compensare i vuoti di memoria mediante l'invenzione di eventi e ricordi.

disposizioni normative del codice penale, dall'altro, dei principi enucleati dalla giurisprudenza in tema di personalità della responsabilità penale.

Infatti, applicare aprioristicamente la lettera dell'art. 92 c.p. al caso dell'alcolista affetto da Sindrome di *Korsakoff* si porrebbe in aperto contrasto con il canone fondamentale della colpevolezza che deve informare l'addebito della responsabilità penale.

Ciò risulta maggiormente provato laddove si considerino le acquisizioni della giurisprudenza che, proprio per garantire il rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, hanno proposto un metodo di accertamento della sussistenza dell'imputabilità basato su dati clinici ed empirici, attraverso un approccio *case by case*, scevro da presunzioni ed automatismi.

Argomentando a contrario, se la giurisprudenza oggi ammette pacificamente l'esistenza di disturbi della personalità, non accertabili con metodi strettamente clinici, che possano far scemare o diminuire la capacità di intendere e volere, non si vede come sia possibile, invece, procedere ad un'applicazione cieca dell'art. 92 c.p. anche in quei casi in cui l'alcolismo abbia determinato una alterazione organica, diagnosticabile con strumenti medico-tecnici.

Ovviamente, mentre la compatibilità di patologie come la sindrome summenzionata ed il *delirium tremens* con il vizio totale o parziale di mente non viene messa in discussione nei casi di cronica intossicazione³⁶, è pur vero che, nella prassi, non può essere esclusa che anche la mera abitudine possa in concreto aver comportato alterazioni funzionali tale da impattare sulla capacità di intendere e volere.

Pertanto, nonostante la disposizione normativa dell'art. 95 c.p. operi una distinzione tra ubriachezza cronica ed abituale, la giurisprudenza ormai prevalente sostiene che è necessario procedere comunque ad un accertamento in concreto che consideri se la capacità di intendere e volere sia o meno stata compromessa e resa ormai ineliminabile dall'alcolismo del reo³⁷.

³⁶ Art. 95 c.p.

³⁷ Cass. pen. sez. I, 3 luglio 1992, n. 3191: «L'intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti di cui all'art. 95 c.p., in riferimento agli artt. 88 e 89 stesso codice, influisce sulla capacità di intendere e di volere se e in quanto, per il suo carattere ineliminabile e per l'impossibilità di guarigione, provoca alterazioni psicologiche permanenti, tali da far apparire indiscutibile che ci si trova di fronte ad una vera e propria malattia e che dal vizio di mente di cui agli artt. 88 e 89 c.p. debbono escludersi anomalie e forme di degenerazione del sentimento non conseguenti ad uno stato patologico»; Cass. pen., sez. VI, 26 settembre 1991, n. 10005: «Lo stato di cronica intossicazione da stupefacenti è ravvisabile solo quando l'assunzione di droga sia pervenuta a tale stato e grado da determinare nel soggetto un'autentica affezione cerebrale o una permanente alterazione psichica sì da far concludere che, in realtà, si tratti di vero e proprio malato di mente. (Nell'affermare il principio di cui in massima la Cassazione ha altresì precisato che la necessità di

5. Conclusioni.

Il quadro tracciato nella presente trattazione risulta utile per desumere un principio generale che informa, ormai, l'ordinamento penali moderno che consiste nel dare piena rilevanza alla personalità della responsabilità penale.

Infatti, le norme del codice penale che si occupano dell'imputabilità, opportunamente lette attraverso la lente della Carta Costituzionale, sono oggi il viatico per un diritto penale che guardi davvero alla persona del reo, superando le *fictiones* di capacità di intendere e volere del Codice del 1930.

La necessità che il reato sia riferibile al suo autore dal punto di vista oggettivo e soggettivo permette di porre l'accento su quelle situazioni che non sono state prese testualmente in considerazione dal legislatore ma che, in un'ottica evolutiva, hanno una rilevanza penale, anche alla luce dei progressi della scienza medica.

In quest'ambito, fondamentali risultano essere le sentenze della Corte Costituzionale n.364 e 1085 del 1988 che hanno gettato le basi per il superamento delle forme di responsabilità obiettiva e hanno permesso anche un'estensione della sensibilità verso il tema dell'incapacità di intendere e volere, la cui visione eccessivamente rigoristica e restrittiva rischiava di creare storture in ordine al principio di personalità della responsabilità penale.

Tale processo evolutivo, però, non importa un rinnovato indulgenzialismo verso forme di incapacità colpose o preordinate come nel caso dell'alcolismo ma semplicemente si pone come un invito affinché il giudice, per il tramite dell'ausilio delle perizie, possa essere realmente in grado di analizzare le circostanze del caso concreto, decidere oltre ogni ragionevole dubbio circa la riferibilità del reato al suo autore e applicare, eventualmente, una misura di sicurezza a fronte di un'acclarata pericolosità sociale.

disporre nel dibattimento una perizia psichiatrica finalizzata ad accertare se dalla cronica intossicazione sia derivata infermità mentale deve emergere da gravi e fondati indizi».

Il delitto di tortura: un nuovo reato...vecchio come il mondo.**di SIMONE DE MARTINO***

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** Basi normative internazionali. **3.** Le novità introdotte dalla legge n. 110/2017. **4.** Il reato "comune" di tortura: art. 613-bis, co. 1 c.p. **5.** Il reato di "tortura di Stato": art. 613-bis, co. 2 e 3 c.p. **6.** Le aggravanti: art. 613-bis, co. 4 e 5 c.p. **7.** Il reato di istigazione alla tortura: art. 613-ter c.p. **8.** Le ricadute processuali della riforma: art. 191 c.p.p. **9.** Le altre novità introdotte dalla legge. **10.** Il rapporto sulla situazione italiana: la relazione del C.A.T. dopo la legge n. 110/2017 e la condizione dei detenuti. **11.** Conclusioni.

1. Introduzione.

Sembra strano, eppure nell'ordinamento penalistico italiano - figlio della più moderna cultura giuridica liberale - soltanto con la legge 5 luglio 2017, n. 110, entrata in vigore il 18 luglio 2017, si è posto rimedio ad un ingiustificabile vuoto normativo che lasciava sprovviste di adeguata tipizzazione e conseguente stigmatizzazione sanzionatoria condotte delittuose in grado di determinare un così avanzato stato di aggressione alla libertà della persona umana. Citando un autore contemporaneo, colpito personalmente dall'abominevole esperienza nazifascista: *"Chi è stato torturato rimane torturato. Chi ha subito il tormento non potrà più ambientarsi nel mondo, l'abominio dell'annullamento non si estingue mai. La fiducia nell'umanità, già incrinata dal primo schiaffo sul viso, demolita poi dalla tortura, non si riacquista più."*¹

In uno Stato dalla consolidata tradizione liberale, legata a filo doppio alle più moderne istanze di tutela dell'individuo contro fatti di eccezionale gravità, le nette "frustate" scoccate della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo hanno compulsato il legislatore a destarsi da un inaccettabile stato di torpore politico e normativo ed a fare i conti con le emergenze della cronaca quotidiana.

Quando il moderno giurista pensa alla tortura ha la presunzione (o forse l'auspicio) di credere che, all'interno di uno Stato di diritto moderno, in cui la

* Magistrato ordinario.

¹ J. AMERY (pseudonimo di Hans Chaim Mayer), *Par delà le crime et le châtement*, 1966

tutela della persona umana è posta al centro degli obiettivi delle istituzioni pubbliche, condotte siffatte possano costituire esclusivamente antico retaggio dei tempi bui della storia dell'Umanità; vestigia di un passato remoto ed oscuro. Ebbene, la presunzione del giurista moderno è pericolosa illusione, rispetto alla quale vi è il rischio di trovarsi normativamente impreparati (come, infatti, è accaduto per l'Italia!).

Un così marcato disincanto è frutto di una ferma consapevolezza, plasticamente sintetizzata nel brocardo latino "*historia magistra vitae*"².

Ebbene, proprio la conoscenza delle nefandezze umane perpetrate nei secoli deve imporre, a chi si veda attribuito il potere di produrre norme giuridiche sottese al patto sociale, di mostrare consapevolezza e reattività rispetto alle potenziali derive criminali insite nell'*agere* umano.

L'auspicio è quello di considerare ormai passati i tempi del temibile inquisitore spagnolo Tomàs de Torquemada, che proprio della tortura fece amplissimo uso per estorcere la cd. "prova regina" rappresentata dalla confessione³.

Ricusando sin da subito il proposito di svolgere ulteriori argomentazioni in ordine alla evidente esecrabilità di tali forme di condotta, che rischierebbero di insistere, forse pleonasticamente, su aspetti, prima ancora che giuridici, di ordine eminentemente etico e morale, con il presente scritto s'intende passare in rassegna i molteplici profili di criticità (ma anche di condivisibilità) che l'introduzione della novella normativa ha determinato⁴.

2. Basi normative internazionali.

Le ragioni che hanno indotto le istituzioni nazionali ad integrare il codice penale con l'espressa previsione del reato di tortura hanno la loro causa prossima in due distinte pronunce della Corte EDU, rese nei casi *Cestaro c. Italia* e

² La locuzione latina è tratta da una frase più ampia nell'opera De Oratore di Cicerone. La frase completa è *Historia vero testis temporum, lux veritatis, vita memoriae, magistra vitae, nuntia vetustatis* (Cicerone, De Oratore, II, 9, 36), ovvero "La storia in verità è testimone dei tempi, luce della verità, vita della memoria, maestra di vita, messaggera dell'antichità". È una descrizione che Cicerone dà della storia, affermandone la fondamentale importanza per la sua funzione ammaestratrice.

³ Sull'interrogatorio svolto sotto tortura, particolarmente evocativa risulta l'immagine regalataci da Umberto Eco nella sua più famosa opera letteraria del 1980, "*Il nome della rosa*": "*Sotto tortura vivi come sotto l'impero di erbe che danno visioni. Tutto quello che hai sentito raccontare, tutto quello che hai letto, ti torna alla mente, come se tu fossi rapito, non verso il cielo, ma verso l'inferno. Sotto tortura dici non solo quello che vuole l'inquisitore, ma anche quello che immagini possa dargli piacere, perché si stabilisce un legame (questo sì, veramente diabolico) tra te e lui...*".

⁴ Si veda, tuttavia, il prosieguo della trattazione in ordine ad alcune argomentazioni che saranno svolte in ordine alle modifiche apportate all'art. 191 c.p.p.

*Bartesaghi, Gallo et al. c. Italia*⁵, che hanno fortemente stigmatizzato il colpevole vuoto normativo causato dall'inerzia dell'Italia, relativo agli obblighi di cui all'art. 3 CEDU.

Prima di passare al vaglio le summenzionate pronunce, è opportuno operare una ricognizione delle fonti di diritto internazionale che rappresentano il nucleo essenziale della disciplina contemporanea sulla tortura e che apprestano, al più solenne livello delle fonti del diritto, i principi fondamentali della materia.

Il fenomeno, infatti, lungi dall'essere alieno all'interno di alcuni degli Stati che compongono la Comunità Internazionale, ha rappresentato, nel recente passato, motivo di imbarazzo e sdegno anche per Paesi la cui tradizione democratica e libertaria non è mai stata in discussione

Se, forse, non stupisce come nella Corea Del Nord di Kim Jong-un, la tortura rappresenti ancora pratica comune all'interno dei *gulag*, nei confronti degli oppositori ivi segregati dal regime totalitario, fa specie rammentare come, nel 2003, furono portate agli onori della cronaca le torture inflitte dall'esercito degli Stati Uniti d'America all'interno della prigione di Abu Ghraib in Iraq o, ancora, i denunciati trattamenti, assimilabili alla tortura, applicati da specialisti americani in altri paesi alleati, oltre che nel carcere statunitense di Guantanamo, collocato all'interno della base militare posta in territorio cubano⁶. Anche in Italia, sino alla metà del XX secolo, erano comuni, all'interno delle carceri, alcune forme di punizione pacificamente ascrivibili al macrofenomeno della tortura; particolarmente diffusa, infatti, era la pratica del cd. letto di contenzione, quale mezzo di punizione dei carcerati⁷.

È opportuno, pertanto, prendere le mosse dall'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 che solennemente dispone: "*Nessuno potrà essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.*"

⁵ Si fa riferimento, rispettivamente, a C. Eur. Dir. Uomo, sez. IV, 7 aprile 2015 e 22 giugno 2017.

⁶ Tra queste sicuramente vi è la privazione del sonno, tecnica poi abbandonata in quanto le dichiarazioni estorte con essa si rivelarono estremamente inaffidabili, e l'esposizione al freddo, per ammissione delle autorità statunitensi.

⁷ Questi venivano legati, in costante trazione con cinghie alle spalle e ai piedi, a un tavolaccio con al centro un buco per gli scarichi fisiologici, ininterrottamente per il periodo di punizione, di solito quindici giorni o multipli; il malcapitato, che soffriva di continui crampi per la posizione in trazione, veniva imboccato da un altro detenuto per sopravvivere.

Altro documento di fondamentale importanza, che merita di essere citato fra le fonti di diritto internazionale (anch'esso pattizio) - se non altro per la forte incidenza che ha avuto nella recente produzione legislativa nazionale relativamente alla lotta contro la tortura - è la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle altre libertà fondamentali (C.E.D.U.).

La Convenzione, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia e portata ad esecuzione con l. 4 agosto 1955, n. 848, all'art. 3, solennemente afferma: *"Nessuno può essere sottoposto a torture né a pene o trattamenti inumani o degradanti"*.

Tale disposizione lascia l'interprete al cospetto di un solenne principio che, da questi, deve necessariamente essere "colorato" con gli strumenti dell'ordinamento interno, onde adeguarlo alle regole di determinatezza e tassatività che presidiano la disciplina della responsabilità penale.

In altri termini, all'affermazione ed accettazione solenne di un principio, deve seguire una concreta attività di produzione normativa in grado di portare correttamente ad esecuzione, alla stregua dei principi costituzionali vigenti, gli impulsi di produzione straordinari.

A corredo della summenzionata disposizione, inoltre, vi sono i successivi artt. 4 e 5 che, rispettivamente, sono ostativi a condotte mediatamente riconducibili alla tortura *stricto sensu* intesa: il divieto di schiavitù e di lavoro forzato (art. 4 CEDU) e il diritto alla libertà personale ed alla sicurezza (soprattutto in occasione di situazioni in cui la libertà individuale sia stata compressa per il legittimo intervento delle istituzioni, art. 5 CEDU).

L'articolo 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976 e ratificato dall'Italia il 15 settembre 1978, dispone: *«Nessuno può essere sottoposto a tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. In particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico.»*

Fondamentale, poi, ai fini della presente disamina, è la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti (*United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or*

Degrading Treatment or Punishment - CAT)⁸, fondamentale e solenne atto di diritto internazionale pattizio, approvato dall'Assemblea delle Nazioni Unite a New York il 10 dicembre 1984, ed è entrata in vigore il 26 giugno 1987. La Convenzione è stata sottoscritta dall'Italia nel 1985 e ratificata, con legge, il 12 gennaio 1989, entrando, così, a far parte dell'ordinamento giuridico nazionale ed acquisendo valore cogente. Essa rappresenta importante strumento volto a prestare, sotto l'egida dell'ONU, un'avanzata tutela e difesa dei diritti umani. Prevede una serie di obblighi per gli Stati aderenti, fra cui quello di consentire, agli ispettori Nazioni Unite e osservatori dei singoli Stati, visite a sorpresa nelle strutture carcerarie per verificare se ivi si verificano condotte contrarie alla dignità umana; stabilisce, inoltre, il diritto di asilo per le persone che, al ritorno in patria, potrebbero essere soggette a tortura.

L'art. 1 della Convenzione definisce in tali termini la tortura: "[...] *qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimorirla o di far pressione su di lei o di intimorire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate*"

Il comma 2 dell'art. 1 lascia, poi, impregiudicato ogni strumento internazionale e ogni legge nazionale che contiene o può contenere disposizioni di portata più ampia.

Nella Convenzione, dunque, la specificità del reato di tortura è ancorata alla partecipazione agli atti di violenza, nei confronti di quanti siano sottoposti a restrizioni di libertà, da parte di chi è titolare di una funzione

⁸ La Convenzione è stata ratificata da 145 Paesi. Il 26 giugno è la giornata internazionale di sostegno alle vittime della tortura.

pubblica. La tortura è ivi individuata come reato proprio del pubblico ufficiale che trova la sua specifica manifestazione nell'abuso di potere, quindi nell'esercizio arbitrario ed illegale di una forza legittima. Per quanto riguarda poi l'elemento soggettivo-psicologico del reato, sono richiesti al pubblico ufficiale due requisiti: il perseguimento di un particolare scopo, ossia ottenere dalla persona torturata (o da una terza persona) informazioni o una confessione ed il dolo nell'infliggere dolore e sofferenze (uso dell'avverbio intenzionalmente). In base alla Convenzione, questi ultimi elementi (di natura oggettiva) non debbono, tuttavia, essere di lieve entità: le condotte di violenza o di minaccia, per connotare il reato, devono aver prodotto sofferenze "forti" a livello fisico e psichico. L'ultima parte della definizione si prefigge l'obiettivo di escludere dalle azioni proibite quegli atti che derivano dall'applicazione di sanzioni legittime, quindi previste dalla legge.

In questo modo la Convenzione ha inteso scongiurare il rischio, per gli Stati, di venire condannati, a livello internazionale, per il normale funzionamento del proprio ordinamento giudiziario e carcerario⁹.

Il Comitato contro la tortura (C.A.T.), sorto proprio in seno alla Convenzione, è sicuramente l'organo la cui attività ha il maggiore grado di efficacia ed incisività; esso, tuttavia, può esercitare controlli solo se uno Stato contraente dichiara espressamente di accettarli¹⁰.

Proprio sulla base di tale presupposti assiologici ed in forza dei vincoli promananti dall'adesione alla Convenzione EDU, l'ordinamento italiano si è trovato a dover fare i conti con la propria inadeguatezza normativa, censurata in più occasioni dalla Corte di Strasburgo con le già citate pronunce, soprattutto nella parte in cui il complesso di norme del nostro sistema legale si è dimostrato carente rispetto a quelle condotte di cd. tortura giudiziaria, punitiva o discriminatoria¹¹.

Venendo alla pronuncia Cestaro, essa si pone a valle della drammatica concatenazione di eventi che, nel 2001, si svolsero nella città di Genova

⁹ cfr. http://www.camera.it/leg17/522?tema=reato_di_tortura;

¹⁰ Si rinvia al § 8 per l'analisi di una recentissima relazione redatta, proprio dal CAT, sullo stato dell'arte della lotta alla tortura e ad altri trattamenti inumani in Italia.

¹¹ vd. I. MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7-8/2017, pag. 158.

in occasione del G8 e che ebbe il proprio apice nella controversa morte del manifestante Carlo Giuliani.

Nell'ambito di tali eventi si collocano i fatti avvenuti nella scuola Diaz-Pertini, nella notte del 21 luglio, nei quali rimase, suo malgrado, coinvolto anche il ricorrente Arnaldo Cestaro.

In quella notte circa 500 agenti della Polizia di Stato, in tenuta antisommossa, sulla base di segnalazioni che denunciavano la presenza nella scuola dei cd. *Black Bloc*, facevano irruzione nell'edificio scolastico, legittimamente adibito a ricovero e centro multimediale da pacifici manifestanti, ivi ponendo in essere una serie di efferate ed ingiustificate condotte poi ritenute, dalla Suprema Corte di Cassazione, pronunciatasi nel 2012¹², integranti tortura.

Nella motivazione della sentenza (71 pagine su 186), la Corte osservò che – come constatato dalle decisioni di primo e secondo grado e come, peraltro, non sarebbe mai stato contestato – *«le violenze perpetrate dalla polizia nel corso dell'intervento presso la scuola Diaz-Pertini erano state di una gravità inusitata»*. L'«assoluta gravità» starebbe nel fatto che queste violenze generalizzate, commesse in tutti i locali della scuola, si erano scatenate contro persone all'evidenza disarmate, dormienti o sedute con le mani alzate; si sarebbe trattato dunque di *«violenza non giustificata e, come correttamente rilevato dal Procuratore generale, esercitata con finalità punitiva, vendicativa e diretta all'umiliazione ed alla sofferenza fisica e mentale delle vittime»*. Per la Corte di cassazione queste violenze potevano definirsi «tortura» secondo la Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti oppure dei *«trattamenti inumani o degradanti»* ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione¹³.

Tuttavia, l'estrema distanza temporale tra il *tempus commissi delicti* e la pronuncia della Suprema Corte di legittimità, costrinse quest'ultima a dover dichiarare la prescrizione di tutti i reati contestati (minacce, lesioni gravissime ed alcuni reati di falso).

¹² Sentenza n. 38085/12 del 5 luglio 2012, depositata il 2 ottobre 2012.

¹³ C. Eur. Dir. Uomo, sez. IV, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, Punto 77,

È, infatti, importante precisare - ed è questo, forse, il profilo di maggiore problematicità della disciplina italiana - che i Giudici di Piazza Cavour rilevarono che, mancando uno specifico reato incriminante la tortura nell'ordinamento giuridico italiano, le condotte contestate erano state perseguite come lesioni personali semplici o aggravate in relazione alle quali, in applicazione dell'articolo 157 c.p., era intervenuta la prescrizione nel corso del procedimento.

Il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione sollevò l'eccezione di incostituzionalità, denunciando la contraddizione tra la regolamentazione della prescrizione dei reati prevista dal citato art. 157 e l'art. 3 CEDU, nella misura in cui la norma interna non includerebbe, fra i delitti imprescrittibili, i maltrattamenti di cui alla norma pattizia che, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte EDU, comporterebbe l'obbligo di sanzionare adeguatamente gli stessi e che sarebbe, dunque, di ostacolo alla loro adeguata stigmatizzazione o all'esercizio dell'azione penale in materia.

La Corte di Cassazione ritenne, tuttavia, che un cambiamento delle regole della prescrizione, come proposto dal Procuratore Generale, si poneva al di fuori dei poteri della Corte Costituzionale, in quanto, ai sensi dell'articolo 25 Cost., soltanto il legislatore poteva stabilire i reati e le sanzioni penali¹⁴.

Fu così presentato ricorso innanzi alla Corte EDU che, pronunciatisi nel 2015, tenuto conto di quanto detto e dopo aver ricostruito in maniera minuziosa le circostanze di fatto poste alla base delle vicende della scuola Diaz, concluse: *"le tensioni che, come afferma il Governo, avrebbero caratterizzato l'irruzione della polizia nella scuola Diaz-Pertini, si possono spiegare non tanto con ragioni obiettive, quanto piuttosto con la decisione di procedere ad arresti mediatizzati e con l'adozione di modalità operative non conformi alle esigenze della tutela dei valori derivanti dall'articolo 3*

¹⁴ Tale approccio - garantista e conforme alla legalità penale, che include la disciplina della prescrizione tra le norme penali di natura sostanziale - è stato ribadito dalla Corte Costituzionale a valle della recentissima querelle sorta attorno al caso *Taricco* (avente ad oggetto la disciplina penalistica dei reati tributari), che ha trovato pieno accoglimento nella pronuncia cd. *Taricco-2*, resa dalla CGUE in data 5 dicembre 2017 a seguito di rinvio pregiudiziale operato, ai sensi dell'art. 267 TFUE, con ordinanza di rimessione al giudice dell'Unione del 23 novembre 2016.

della Convenzione e dal diritto internazionale pertinente. In conclusione, considerate nel complesso le circostanze sopra esposte, la Corte ritiene che i maltrattamenti subiti dal ricorrente durante l'irruzione della polizia nella scuola Diaz-Pertini debbano essere qualificati come «tortura» nel senso dell'articolo 3 della Convenzione.¹⁵ Mosse, altresì, una severissima critica alla disciplina italiana sulla prescrizione, che aveva consentito agli autori degli illeciti di restare sostanzialmente impuniti al termine del procedimento penale.

Pertanto, la Corte, tenuto conto della gravità dei fatti, ritenne non adeguata la reazione delle autorità e, di conseguenza, incompatibile la stessa con gli obblighi derivanti dall'art. 3 CEDU; concluse ritenendone la violazione "a causa dei maltrattamenti subiti dal ricorrente che devono essere qualificati «tortura» ai sensi di questa disposizione" sia sotto il profilo sostanziale che procedurale¹⁶, condannando il Governo italiano ad un risarcimento del ricorrente (che già aveva ottenuto € 35.000) pari ad € 45.000 per il danno subito.

La sentenza resa, invece, nel caso Bartesaghi, Gallo e a. c. Italia¹⁷, del 22 giugno 2017, vedeva ricorrere al Giudice di Strasburgo 42 cittadini di varia nazionalità, anch'essi coinvolti nei deprecabili fatti avvenuti nel contesto del G8 svoltosi a Genova nel 2001 e, nello specifico nelle scuole Diaz-Pertini e Diaz-Pascoli. In totale simmetria con il proprio precedente del 2015, la Corte EDU concluse per la condanna dell'Italia e per il risarcimento del danno in favore dei ricorrenti.

3. Le novità introdotte dalla legge n. 110/2017

Così esposto il quadro normativo e giurisprudenziale internazionale, sarà più semplice comprendere le evidenti ragioni di opportunità poste alla base della novella legislativa che ha introdotto, in via formale ed espressa, il reato di tortura nel codice penale.

Va preliminarmente precisato che la legge, promulgata il 14 luglio 2017, avente n. 110 ed entrata in vigore il 18 luglio, rappresenta l'esito di un

¹⁵ C. Eur. Dir. Uomo, sez. IV, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, punti 189 e 190

¹⁶ C. Eur. Dir. Uomo, sez. IV, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, punto 236.

¹⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 22 giugno 2017 - Ricorsi nn. 12131/13 e 43390/13 – *Bartesaghi, Gallo e altri c. Italia*.

lungo *iter* legislativo¹⁸ avviato proprio in seguito alla conclusione del processo penale avente ad oggetto i fatti della scuola Diaz di Genova. Essa, oltre ad introdurre le nuove incriminazioni (art. 1), che nel prosieguo della trattazione verranno analizzate, apporta talune modifiche aventi ad oggetto il codice di procedura penale (art. 2), il testo unico dell'immigrazione (art. 3), l'immunità diplomatica e le regole sull'estradizione (art. 4).

4. Il reato "comune" di tortura: art. 613-*bis*, co. 1 c.p.

L'art. 1, co. 1 prima parte, della l. 110 del 2017, introduce, nel corpo del Codice penale, nel Libro II, titolo XII, capo III, sezione III, l'art. 613-*bis* rubricandolo "Tortura". Il reato è strutturato dal legislatore come una disposizione a più fattispecie a condotta vincolata: il primo comma individua, infatti, una condotta comune (significativo è l'utilizzo del termine "chiunque" per descrivere l'autore del reato), realizzata tuttavia da chi si ponga, rispetto alla vittima del reato, in una posizione peculiare; il secondo comma, invece, tipizza quella che sin da subito è stata definita "*tortura di Stato*"¹⁹, cioè quella perpetrata tramite condotte realizzate da soggetti appartenenti alle istituzioni pubbliche.

Il co. 1 della nuova norma incriminatrice recita: "Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona."

Si tratta di un reato di evento (*sub specie* di reato di danno), posto a presidio della incolumità individuale nonché della dignità della persona, eventualmente (ma non necessariamente) abituale; appare, infatti, evidente, da una prima lettura della disposizione, che utilizza la congiunzione alternativa "ovvero", che il reato possa venire ad integrarsi, non solo se il fatto venga perpetrato tramite la realizzazione di più condotte teleologicamente orientate a cagionare l'evento, ma anche qualora sia posto in essere un "trattamento inumano e degradante per la dignità" anche realizzantesi *uno actu*.

¹⁸ cfr. Senato AS. 10 e abb.; Camera, AC. 2168.

¹⁹ I. MARCHI, *Il delitto di tortura*, cit., pag. 157.

Orbene, se dal punto di vista del senso comune non appare arduo immaginare a quali condotte il legislatore intenda far riferimento, dal punto di vista tecnico-giuridico è facile obiettare come si sia prestato il fianco a possibili censure di incostituzionalità sul versante della tassatività e sufficiente determinatezza. Sarà compito della giurisprudenza perimetrare l'ambito applicativo e semantico della nuova norma incriminatrice e specificare cosa debba intendersi per "trattamento" ovvero cosa possa oggettivamente ritenersi "degradante".

Trattasi, poi, certamente di reato a condotta vincolata, in quanto il legislatore, in ossequio al principio di frammentarietà del diritto penale, si premura di descrivere minuziosamente le modalità attraverso le quali il soggetto agente deve determinare il verificarsi dell'evento di danno ("con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà"), affinché soltanto talune condotte possano rientrare nell'ambito di operatività della nuova fattispecie incriminatrice.

Proprio in relazione alla tecnica di tipizzazione adottata dal legislatore nazionale, operando un raffronto con il disposto dell'art. 1 della Convenzione ONU del 1984, che prevede una condotta a forma libera, la nuova norma assume profili di indubbia eccentricità; in particolare, la necessità della pluralità delle condotte (violenze o minacce gravi) non sembra consentire di contestare il reato di tortura in presenza di un solo atto di violenza o minaccia. Tuttavia, come già detto, dalla formulazione del testo, è possibile ipotizzare il reato ove si sia determinato un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona; in tale ultima ipotesi, per la contestazione del reato, si potrebbe prescindere dalla pluralità delle condotte.

L'evento del reato è rappresentato dalla causazione di "acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico"; tale formulazione, leggermente diversa da quella licenziata dal Senato, che non faceva riferimento alla cd. verificabilità del trauma psichico, desta alcune perplessità. La scelta della Camera, adottata in ultima lettura, è evidentemente finalizzata a restringere il campo del penalmente rilevante, preoccupandosi di non criminalizzare condotte che abbiano determinato, nella sfera psichica del soggetto passivo, effetti empiricamente non comprovabili. Tale scelta, tuttavia, appare eccentrica se raffrontata a quanto la giurisprudenza ha statuito in tema di prova dello stato d'ansia o di paura quale evento (per la verità uno degli eventi tipizzati) del reato di atti persecutori (art. 612-

bis c.p.). Infatti, ai fini della prova di tale turbamento, il giudice - pur dovendo ricercare elementi oggettivi aventi sufficiente efficacia euristica - non deve necessariamente fare ricorso ad una perizia medica, potendo argomentare la sussistenza degli effetti destabilizzanti della condotta dell'agente sull'equilibrio psichico della persona offesa, anche sulla base di massime di esperienza²⁰. Tale delitto condivide indubbiamente con quello di tortura il verificarsi di un evento interno alla sfera interiore della vittima (quando la tortura non si risolve in evidenti sofferenze fisiche); ebbene, il richiamo alla verificabilità del trauma psichico patito, sembra introdurre una non condivisibile diversificazione in tema di onere probatorio; parrebbe che, diversamente da quanto accade per il reato di *stalking*, per pervenire ad una declaratoria di penale responsabilità, per condotte di tortura che abbiano cagionato sofferenze psichiche, sia necessario, sempre e comunque, ricorrere ad un accertamento medico-scientifico²¹. Anche in questo caso, dunque, dovrà essere la giurisprudenza di legittimità a fornire agli operatori del diritto un canone ermeneutico comune.

Come, inoltre, già anticipato, a dispetto dell'utilizzo del termine "chiunque", non pare possa revocarsi in dubbio che la nuova fattispecie introduca un reato proprio, sia dal punto di vista del soggetto attivo che dal punto di vista del soggetto passivo.

Soggetto attivo del reato, infatti, è colui che, per le più disparate ragioni, abbia, nei confronti del soggetto passivo, doveri di cura, vigilanza, custodia, controllo o assistenza; un soggetto che, dunque, si collochi in un rapporto qualificato con la vittima.

Di contro il soggetto passivo deve rivestire la posizione di individuo privato della libertà personale ovvero deve versare in condizioni di minorata difesa; nel primo caso è evidente il riferimento al soggetto sottoposto a limitazioni di libertà in

²⁰ *ex multis* Cass. Pen., Sez. V, 19 febbraio 2014, n. 18999.

²¹ in tema di prova dell'evento tipico dello *stalking* di cui all'art. 612-*bis* c.p. si vd. Cass. Pen., sez. III, 22 marzo 2016, n. 12208 secondo cui "*la prova dell'evento del delitto, in riferimento alla causazione nella persona offesa di un grave e perdurante stato di ansia o di paura, deve essere ancorata ad elementi sintomatici di tale turbamento psicologico ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente ed anche da quest'ultima, considerando tanto la sua astratta idoneità a causare l'evento, quanto il suo profilo concreto in riferimento alle effettive condizioni di luogo e di tempo cui è stata consumata*".

forza di provvedimenti giurisdizionali; nel secondo caso, il riferimento alla "minorata difesa" appare, anche a parere dei primi commentatori, un'irragionevole aggiunta, quasi a suggerire che atti di tortura, perpetrati ai danni di un soggetto nel pieno delle proprie forze fisiche e psichiche, possa ricevere una diversa qualificazione giuridica. La previsione normativa, in tale parte, appare francamente incomprensibile, soprattutto ove si consideri che le condotte di tortura hanno, quale esito finale, proprio quello di porre il soggetto passivo del reato in un totale stato di prostrazione fisica e psicologica. Pertanto sarebbe, forse, stato più opportuno prevedere la "minorata difesa" quale elemento integrante l'evento principale del reato e non quale tratto qualificante il soggetto passivo dello stesso.

Proseguendo nell'analisi della disposizione, emerge come la formulazione della norma, in disparte i profili di sovrapposizione con la fattispecie di cui al co. 2 (che verranno nel prosieguo analizzati), sembri suggerire che, ricorrendone la concreta possibilità, possa ritenersi ammissibile un concorso formale con altre fattispecie delittuose come il sequestro di persona (art. 605 c.p., anche a fini estorsivi ex art. 630 c.p.) e gli atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.) che, per la loro integrazione, non presuppongono, necessariamente atti integranti tortura.

Difficile, invece, immaginare un concorso con il reato di maltrattamenti in famiglia, di cui all'art. 572 c.p., vista soprattutto l'identità della tecnica legislativa utilizzata ed il confronto strutturale fra le norme, a poco rilevando la diversità e specificità del bene giuridico tutelato da tale ultima disposizione²². Pertanto, laddove dovessero ravvisarsi le condizioni per l'applicabilità del reato di tortura all'interno del contesto familiare, dovrebbe considerarsi applicabile esclusivamente la fattispecie di cui all'art. 613-*bis* c.p.

Dal punto di vista dell'elemento soggettivo richiesto, è d'uopo dare atto, al lettore, della sussistenza di un profondo iato tra il testo legislativo licenziato dal Senato e quello approvato in via definitiva dalla Camera dei Deputati. Mentre infatti la versione della norma incriminatrice promanante dall'aula di Palazzo Madama proponeva un reato a dolo specifico, legando la penale rilevanza della condotta al perseguimento dell'ulteriore scopo perseguito dal soggetto agente, consistente nel fine di "*ottenere informazioni o dichiarazioni o di infliggere una punizione o vincere una resistenza*" o in un fine variamente discriminatorio

²² Secondo la giurisprudenza prevalente, per comprendere se fra due norme vi sia concorso reale o apparente, è necessario operare il cd. confronto strutturale; la teoria, pur seguita da una certa dottrina, che, invece, traccia la linea di discriminazione tra concorso reale ed apparente di norme, sulla base del bene giuridico tutelato è minoritaria.

(*“ovvero in ragione dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale o delle opinioni politiche e religiose”*), il testo definitivo, promulgato dal Presidente della Repubblica, consegna al codice sostanziale un reato a dolo generico, per la cui integrazione è sufficiente la coscienza e volontà di produrre l'evento principale già descritto²³.

Tale diversificazione certamente comporta un ampliamento dell'area di rilevanza penale nonché un alleggerimento dell'onere probatorio posto in capo alla Pubblica Accusa, che non avrà più il compito di scandagliare le specifiche (ed ulteriori) ragioni che hanno indotto il reo a porre in essere la condotta afflittiva nei confronti della persona offesa.

Tale modifica va certamente salutata con favore, rappresentando un aspetto finalizzato ad includere, nell'area del penalmente rilevante, un numero di condotte potenzialmente maggiore.

5. Il reato di “tortura di Stato”: art. 613-bis, co. 2 e 3 c.p.

I successivi commi 2 e 3 dell'art. 613-bis c.p., invece, prevedono il caso in cui il soggetto attivo del reato sia un pubblico ufficiale (art. 357 c.p.) ovvero un incaricato di pubblico servizio (art. 358 c.p.).

Recita la norma: «[...] Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni (co. 2). Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative dei diritti di diritti (co. 3)».

Dal punto di vista della condotta materiale e dell'elemento psicologico vale quanto detto nel precedente paragrafo, posto che il capoverso, relativamente a tali aspetti, fa rinvio al precedente comma.

La più alta pena prevista, sia nel suo limite edittale inferiore che in quello superiore, viene giustificata inevitabilmente dalla maggiore rilevanza delittuosa che, nelle ipotesi descritte, la condotta assume. Si tratta, infatti,

²³ Va specificato che il testo licenziato dal Senato e divenuto legge dello Stato, ha espunto, altresì, dal nuovo reato l'avverbio “intenzionalmente”, presente invece nell'art. 1 della Convenzione contro la Tortura, ritenendo che fosse un elemento di eccessiva tipizzazione che rischiava di restringere inutilmente il campo applicativo dell'ipotesi delittuosa. Sul punto si veda A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 luglio 2014, p. 40.

di un atto connotato da estremo disvalore sociale, in quanto posto in essere da soggetti istituzionalmente preposti all'esercizio di un peculiare dovere di cura e custodia.

La *ratio* della nuova disposizione ha il chiaro intento di stigmatizzare, con una più severa risposta sanzionatoria, tutte le condotte realizzate, ad esempio, in esecuzione di trattamenti sanitari ovvero di misure limitative della libertà personale ovvero, ancora, in occasione dell'attività di polizia. Vanno, tuttavia, svolte alcune considerazioni sulla (forse infelice) tecnica normativa adottata.

Un attento raffronto strutturale²⁴ tra norme dovrebbe condurre l'interprete a ritenere, quella descritta dal secondo comma, fattispecie autonoma rispetto a quella generale e non già meramente circostanziale. Com'è noto, stabilire se una disposizione abbia natura di fattispecie autonoma di reato ovvero natura meramente circostanziale, reca con sé conseguenze applicative di non poco momento²⁵, in termini di calcolo della pena, della prescrizione, di specie e durata di misure cautelari applicabili, di applicabilità di istituti premiali, di applicazione del principio di territorialità nonché in tema di concorso di persone.

Nel caso specifico, se nessuna conseguenza ha la risoluzione della questione della natura giuridica ai fini della problematica legata alle misure cautelari (in ogni caso è astrattamente consentita la misura della carcerazione preventiva così come identici sono i termini di fase), *ex adverso*, essa rileva ai fini del calcolo della pena e della prescrizione.

Per quanto attiene al primo aspetto, ove si attribuisse all'ipotesi di cui al comma 2 la natura di fattispecie autonoma, la si sottrarrebbe all'eventuale giudizio di bilanciamento tra circostanze di cui all'art. 69 c.p.; ciò eviterebbe il rischio di abbattimento dell'entità pena all'esito di una valutazione di equivalenza ovvero prevalenza di eventuali circostanze

²⁴ Vd. Cass., S.U. 10 luglio 2002, n. 26351, che abbandona la teoria del cd. bene giuridico tutelato, virando decisamente sul criterio del raffronto strutturale. Va precisato che la giurisprudenza di legittimità pronunciata successivamente alle Sezioni Unite ha assunto posizioni diverse (anche rievocando la tesi dell'interesse protetto). Ad oggi non esiste un orientamento univoco.

²⁵ Cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, Roma, Nel Diritto Editore, 2013, pp. 1068 e ss.

attenuanti (anche generiche) sussistenti; la pena, infatti, non andrebbe calcolata sulla base del meno rigoroso precetto del comma 1.

Relativamente al tema della prescrizione, la fattispecie di cui al comma 2 richiederebbe un termine più lungo (12 anni in luogo dei 10 previsti dal comma 1); ove fosse, invece, considerata ipotesi come circostanziata, essendo l'aumento di pena previsto dal comma 2 inferiore al terzo (dunque non rilevante ai sensi dell'art. 157, co. 2 c.p.), essa avrebbe un più breve termine prescrizione di 10 anni.

Orbene, le ragioni che inducono a ritenere, l'ipotesi di cui al comma 2, fattispecie autonoma sono plurime. In primo luogo le caratteristiche soggettive peculiari del soggetto agente generano una percezione di maggiore disvalore della condotta posta in essere, in quanto perpetrata proprio da soggetti abilitati dall'ordinamento a svolgere i propri compiti a difesa ed a protezione del cittadino.

In secondo luogo si scorge un ulteriore elemento descrittivo: aver realizzato la condotta "*con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio*". Anche tale elemento (strutturale) ha la capacità, a parere dello scrivente, di caricare la condotta di ulteriori e differenti profili di illiceità.

A tali dati strutturali deve aggiungersi che un'interpretazione siffatta, orientata a conferire, rispetto a condotte poste in essere da soggetti istituzionali, un coefficiente di maggiore riprovevolezza, intercetta la *mens legis* soggettiva ed oggettiva sottesa alla novella. In altri termini è evidente - anche tenendo in conto la normativa internazionale di settore - come lo scopo perseguito dal legislatore nazionale sia stato quello di non lasciare impunte derive criminali generantisi in seno alle istituzioni pubbliche e contrastare proprio la deplorable condotta della cd. "Tortura di Stato".

Altro persuasivo indice, che milita in favore del riconoscimento della natura autonoma della fattispecie di cui al comma 2, è dato dalla successiva previsione delle aggravanti descritte nei commi 4 e 5 (vedi successivo paragrafo), che fanno rinvio proprio alle condotte dei commi precedenti. Come ha acutamente

osservato un'attenta dottrina, si finirebbe per dover ammettere "un'improbabile aggravante di aggravante"²⁶.

La specificazione delle modalità di estrinsecazione della condotta ("con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio"), inoltre, va letta in combinato disposto con la formulazione del comma 3, che sostanzialmente impedisce di ritenere integrata la fattispecie di tortura quante volte la sofferenza ovvero il patimento della persona offesa derivi inevitabilmente e fisiologicamente dalla legittima applicazione di misure legalmente date finalizzate a limitare la libertà (es. misure precautelari e misure cautelari personali custodiali) ovvero altri diritti dell'individuo (es. misure patrimoniali). Tale causa di giustificazione altro non sembra che una specificazione di quella generale prevista dall'art. 51 c.p. ed avente ad oggetto l'ipotesi dell'adempimento del dovere da parte di chi riceva un ordine legittimo dall'Autorità.

È, dunque, evidente che, laddove la condotta tipica sia posta in essere da soggetto qualificato ed in maniera deviata, non potrà mai ritenersi integrata la fattispecie scriminante del comma 3; per tale ragione l'ultima parte di tale capoverso rappresenta, forse, una superfetazione normativa, determinata da una volontà sovrabbondante di tipizzazione; laddove questi avesse omesso la disposizione finale del comma 3, l'applicazione concreta della norma sarebbe stata la medesima.

6. Le aggravanti: art. 613-bis, co. 4 e 5 c.p.

La nuova disposizione, opportunamente prevede, ai commi 4 e 5 alcune circostanze aggravanti in grado di determinare effetti di non poco momento in ordine alla dosimetria della pena.

Il comma 4 recita: «*Se dai fatti di cui al comma uno (ma deve necessariamente ritenersi anche dal comma 2, che proprio ai fatti del comma precedente fa rinvio quoad factum, ndr) deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate; se ne deriva una lesione personale grave sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà*».

Dunque, il legislatore - facendo chiaro richiamo alle ipotesi in cui la condotta di tortura produca anche l'evento descritto dagli artt. 582-583 c.p. in tema di lesioni personali - intende stigmatizzare ulteriormente e con maggiore rigore, nel primo

²⁶ F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la camera dei deputati*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 25 settembre 2014, p. 5.

caso con un aggravante comune (che determina, pertanto, un aggravamento della pena non superiore al terzo), nel secondo con una ad effetto speciale, una condotta di per sé già severamente punita.

Va qui soltanto specificato che, almeno in quei casi in cui alla condotta conseguano lesioni gravissime, il termine di prescrizione del reato viene sensibilmente ad allungarsi (ai sensi del disposto dell'art. 157, co. 2 c.p.).

Il comma 5, invece, dispone: «*Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo*».

Orbene, tale disposizione richiede alcune opportune specificazioni.

Per quanto attiene alla prima parte del capoverso, è evidente come il Legislatore abbia inteso introdurre una nuova ipotesi di fattispecie preterintenzionale, che va ad aggiungersi alle altre previste dall'ordinamento giuridico, connotate dalla stessa peculiare componente psicologica²⁷: l'omicidio preterintenzionale, di cui all'art. 584 c.p., la morte come conseguenza di altro delitto, di cui all'art. 586 c.p. e il cd. aborto preterintenzionale, previsto dall'art. 18 co. 2, legge n. 194/1978.

Facendo rinvio a quanti, su questa Rivista, hanno più diffusamente discettato in tema di reato contravvenzionale, basta qui evidenziare come, l'eventuale evento-morte, sia in grado di determinare un rilevantissimo aumento di pena della cui legittimità è lecito dubitare, atteso che, in questo modo, il Legislatore ha imposto al Giudice l'irrogazione di una pena fissa.

Tale circostanza appare certamente eccentrica, nell'ambito di un sistema codicistico che, per adeguarsi al principio della giusta personalizzazione della sanzione nel momento della valutazione sulla cd. dosimetria della pena, fornisce quasi sempre al Giudice una cornice editale entro cui muoversi.

Una scelta siffatta - certamente giustificata dall'intento di stigmatizzare con il massimo rigore una condotta che, di per sé, va considerata esecrabile, alla quale viene ad aggiungersi il più grave degli esiti che la condotta umana può determinare - confligge con la suddetta regola generale; del resto, una sanzione penale prevista in misura fissa non consente di adeguare la pena alla concreta gravità del fatto storico.

²⁷ A norma degli articoli 42, comma 2 e 43 comma 1 c.p. il delitto è "preterintenzionale o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente": elemento costitutivo della preterintenzione è dunque la volontà dolosa del fatto meno grave, cui faccia seguito, sul piano causale rispetto alla condotta criminosa, la realizzazione di un evento più grave di quello perseguito.

Non sfugge come, tuttavia, vi siano casi di pene detentive comminate in misura fissa (es. si pensi alla previsione in tema di sequestro di persona di cui art. 630 comma 2 c.p.). Trattasi, in ogni caso, di ipotesi eccezionali, strumentali ad amplificare l'effetto intimidativo di prevenzione generale della pena, precludendo al giudice la possibilità di opzioni a favore del limite edittale minimo nella commisurazione.

Le pene stabilite in misura fissa destano forti perplessità di legittimità costituzionale. Come detto, la pena fissa impedisce la graduazione della sanzione in rapporto alla gravità concreta del fatto e viene così a parificare irragionevolmente situazioni diverse contrastando con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione²⁸

In maniera non dissimile quanto alla tecnica legislativa utilizzata, l'ultima parte del comma V, introduce sostanzialmente un'ipotesi omicidiaria speciale, in cui le condotte di tortura assurgono al rango di antecedente penalmente rilevante e comportante la pena della carcerazione a vita. Anche in questo caso è evidente la simmetria con il reato di sequestro di persona a scopo estorsivo, che al comma 3 adotta una tecnica di normazione identica.

Orbene, non sfugge come tale previsione - apprezzabile dal punto di vista della volontà del Legislatore di stigmatizzare, con la misura di massimo rigore, condotte la cui nefandezza non è revocabile in dubbio - conduca a nutrire le

²⁸ La Corte Costituzionale si è pronunciata più volte sulla questione, modificando anche il proprio orientamento: in una prima fase ammise la conciliabilità delle pene fisse con i principi fondamentali del sistema penale; successivamente ha ritenuto tendenzialmente incostituzionali tali pene fisse, salva la possibilità di dimostrare che il reato previsto sia tale (es. per l'estrema gravità) da escludere l'eventualità di una sua concreta manifestazione al di sotto della soglia di gravità espressa dalla misura della pena fissa (cfr. su tutte Corte Cost. sent. 14 aprile 1980, n. 50). Di estrema importanza il passaggio motivazionale del Giudice delle leggi: "[...] *Già nella precedente sentenza n. 67 del 1963 la Corte ha riconosciuto costituzionalmente legittima altra disposizione comminante una pena fissa, pur rilevando che in linea di principio sia da preferire la mobilità della pena, e cioè la predeterminazione della medesima fra un massimo ed un minimo onde consentire al giudice di tener conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi; e ciò in aderenza al principio di eguaglianza ed a quello di legalità della pena il quale, il collegamento con l'art. 27 comma 1 e 3 cost., postula il sistema nel quale l'attuazione della giustizia distributiva esige la differenziazione, più che l'uniformità. Va ribadita l'esigenza di una articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l'adeguamento individualizzato e proporzionale delle pene inflitte, sicché in generale previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in armonia con il "volto costituzionale" del sistema penale che pone limiti alla potestà punitiva in funzione di tutela individuale e di giustizia proporzionale. Il dubbio di costituzionalità, tuttavia, può essere superato nel singolo caso a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato, e per la misura della sanzione prevista, questa appaia ragionevolmente "proporzionata" all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato [...]*".

medesime perplessità destate dalla lettura dell'ipotesi delittuosa precedentemente analizzata.

7. Il reato di istigazione alla tortura: art. 613-ter c.p.

L'art. 1 della L. 110 del 2017, infine, introduce, nel corpo del codice penale anche l'art. 613-*ter* con il quale viene incriminata specificamente la condotta di istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura. La nuova disposizione così recita: «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni». Il testo, come definitivamente approvato, appare sensibilmente diverso da quello licenziato dalla Camera dei Deputati che così disponeva: *"Fuori dai casi previsti dall'art. 414, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da uno a sei anni"*.

Evidenti e, per certi versi fortemente censurabili, appaiono le differenze.

In primo luogo vi è un considerevole iato in punto di cornice edittale minima e massima: l'attuale previsione, infatti, reca sanzioni dimezzate rispetto a quelle previste nella versione redatta dalla Camera.

In secondo luogo scompare la natura sussidiaria della norma rispetto al generico reato di istigazione a delinquere di cui all'art. 414 c.p., di cui non viene più fatta menzione.

Procedendo con ordine, appare davvero irragionevole la scelta di comminare una sanzione certamente più blanda (da sei mesi a tre anni di reclusione) rispetto a quella prevista per il comune reato di istigazione a delinquere (da uno a cinque anni di reclusione) laddove la condotta istigativa abbia ad oggetto un reato che, guardando le pene previste dal legislatore, appare certamente tra i più gravi tra quelli previsti dal sistema penalistico.

È paradossale, infatti, che, chi istighi a commettere un reato contro il patrimonio (es. ricettazione ex art. 648 c.p.), tendenzialmente meno riprovevole rispetto alla maggior parte dei reati contro la persona, possa essere punito con una pena più severa (fino a cinque anni) di quella in astratto comminabile a chi istighi altri a commettere il reato di tortura (fino a tre anni).

Tale previsione, inoltre, stabilendo un massimo edittale così blando, impedisce l'applicazione di alcuna delle misure cautelari coercitive (cfr. art. 280 c.p.p.), proprio nei confronti del soggetto che possa aver impartito l'ordine criminoso a chi, poi, non vi abbia dato seguito ovvero non sia riuscito a realizzare il delitto. Va anche evidenziato come la nuova ipotesi delittuosa si ponga in rapporto di specialità, ai sensi dell'art. 15 c.p., proprio con la comune fattispecie di cui all'art. 414 c.p.; ricorrendone dunque i presupposti, l'art. 613-ter c.p. sarà l'unica disposizione applicabile.

Infine, il testo definitivo (contrariamente a quello licenziato dalla Camera) individua le modalità dell'istigazione, prevedendo che essa debba avvenire in modo concretamente idoneo a commettere il delitto di tortura. Le ragioni di tale scelta sono da ravvisarsi, a parere di chi scrive, nella necessità, percepita dal Legislatore, di tener fuori dal campo applicativo della nuova previsione incriminatrice, tutte quelle condotte non in grado di compulsare effettivamente il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, evitando, così, di dilatare, forse eccessivamente, l'area del penalmente rilevante.

La norma, indubbiamente, non brilla per chiarezza, almeno rispetto a tale ultimo aspetto, pertanto si auspica che la giurisprudenza e la dottrina contribuiscano ad elaborare un'interpretazione comune e soddisfacente, che colmi la pericolosa zona grigia che la tecnica legislativa adottata sembra aver prodotto.

8. Le ricadute processuali della riforma: art. 191 c.p.p.

La legge n. 110 del 2017 introduce una disposizione procedurale che - novellando il codice di rito - stabilisce l'inutilizzabilità, nel processo penale, delle dichiarazioni eventualmente ottenute per effetto di tortura. La norma fa eccezione a tale principio solo nel caso in cui tali dichiarazioni vengano utilizzate contro l'autore del fatto e solo al fine di provarne la responsabilità penale.

Viene, in tal modo, attribuito un peso specifico, in un'ipotesi peculiare, alle possibili dichiarazioni della persona offesa dal reato a cui la norma di legge decide di fornire un considerevole peso probatorio in conformità, del resto, a quanto la Suprema Corte, con consolidato e granitico orientamento, ha statuito in relazione al contributo che la persona offesa può fornire ai fini della ricerca della verità nell'ambito del processo penale. Va osservato, tuttavia, che, proprio alla stregua del consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, la precisazione contenuta

nell'ultima parte della disposizione, se da un lato appare congrua allo spirito che pervade la novella legislativa, dall'altro può apparire pleonastica o, quanto meno enfatica, atteso che sarebbe eccentrico ritenere che, proprio nei procedimenti a carico dei presunti colpevoli di tortura, la persona offesa non possa fornire, con la propria narrazione, un contributo decisivo ai fini della prova del fatto.

È evidente, dunque, che le ragioni di siffatta precisazione devono rinvenirsi nell'avvertita necessità, da parte del legislatore, di fugare ogni dubbio in ordine al valore da ascrivere alle dichiarazioni del "torturato" ed evitare, così, ipotizzabili aporie logiche.

Sarà, piuttosto, compito del giudice operare una severa valutazione in ordine all'attendibilità ed alla genuinità delle dichiarazioni provenienti dalla persona offesa, soprattutto nel caso in cui, costituendosi parte civile nel processo penale, vi introduca un interesse "egoistico" al conseguimento di un risarcimento economico.

9. Le altre novità introdotte dalla legge.

La riforma, infine, si fa carico di coordinare i principi introdotti, con l'art. 19 del testo unico immigrazione²⁹ (art. 4).

Aggiunge, infatti, nel corpo della summenzionata disposizione, il comma 1-*bis*, a norma del quale viene introdotto un espresso divieto di espulsione, respingimento ed estradizione (principio del *non refoulement*) ogni volta che sussistano fondati motivi di ritenere che, nei rispettivi Paesi di origine, nei confronti dei quali queste misure amministrative dovrebbero produrre i loro effetti, la persona rischi di essere sottoposta a tortura. La disposizione - che ricalca il disposto dell'art. 3 della Convenzione ONU - precisa che tale delibazione debba tener conto di pregresse "violazioni sistematiche e gravi" dei diritti umani.

L'articolo 5 della legge n. 110 del 2017 esclude il riconoscimento di ogni "forma di immunità" per gli stranieri che siano indagati o siano stati condannati per il delitto di tortura in altro Stato o da un tribunale internazionale (comma 1). Tale norma si rivolge a soggetti passivi di alto rango internazionale, attesa la circostanza per cui, nel nostro ordinamento

²⁹ D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

l'immunità diplomatica riguarda in via principale i Capi di Stato o di governo stranieri quando si trovino in Italia nonché il personale diplomatico-consolare eventualmente da accreditare presso l'Italia da parte di uno Stato estero.

Viene, altresì, introdotta una peculiare regola riguardante l'istituto dell'estradizione passiva (in cui, cioè sia l'Italia ad essere oggetto di una richiesta di estradizione), che introduce l'obbligo di estradizione verso lo Stato richiedente dello straniero indagato o condannato per il reato di tortura; qualora, poi, il procedimento penda innanzi ad un tribunale internazionale, lo straniero è estradato verso il Paese individuato ai sensi dello statuto del medesimo tribunale, solitamente redatto in ossequio alle norme del diritto internazionale pattizio.

10. Il rapporto sulla situazione italiana: la relazione del C.A.T. dopo la legge n. 110/2017 e la condizione dei detenuti.

Il comitato contro la tortura ha esaminato la quinta e la sesta relazione periodica dell'Italia³⁰ alle sue riunioni 1582 e 1585, tenutesi il 14 e 15 novembre 2017³¹, e ha adottato le seguenti osservazioni conclusive nelle sue sedute 1605 e 1606, tenutesi il 29 e il 30 novembre 2017³².

Il documento - che prende in considerazione numerosi aspetti concernenti la tutela, ad ampio raggio, dei diritti umani nel nostro Paese (fra i quali non manca quello della violenza di genere quello della lotta alla tratta di esseri umani nonché quello della condizione e della tutela dei migranti/richiedenti asilo) - si sofferma ampiamente sul tema della tutela contro la tortura, muovendo una serie di contestazioni alle istituzioni nazionali.

In estrema sintesi, pur prendendo atto dell'adozione della legge n. 110 del 14 luglio 2017 che, come abbiamo visto, ha introdotto, all'interno del codice sostanziale, il reato di tortura come reato specifico, il Comitato ha ritenuto, in maniera del tutto congrua alle primissime opinioni critiche di alcuni interpreti nazionali, che la definizione di cui al nuovo articolo 613-

³⁰ CAT / C / ITA / 5-6.

³¹ CAT / C / SR.1582 e 1585.

³² CAT / C / SR.1605 e 1606.

bis c.p. sia incompleta, in quanto non menziona lo scopo dell'atto in questione, contrariamente a quanto prescritto dalla Convenzione. Inoltre, il reato di base non include indicazioni specifiche relative all'autore, cioè il riferimento all'atto commesso da, su istigazione di, o con il consenso o l'acquiescenza di un pubblico ufficiale o altra persona che agisce in veste ufficiale.

Sebbene la delegazione italiana abbia sin da subito chiarito il carattere non cumulativo della pluralità di elementi menzionati nell'articolo 613-*bis* c.p., il Comitato ha ritenuto non pienamente soddisfacente la novella legislativa, chiarendo come l'opera di tipizzazione normativa sia stata significativamente più stretta di quella contenuta nella Convenzione, stabilendo una soglia più elevata per il reato di tortura, aggiungendo elementi ulteriori oltre a quelli menzionati nel suo articolo 1, comportando così un restringimento dell'area del penalmente rilevante.

A parere della Commissione, l'Italia dovrebbe riallineare il contenuto dispositivo dell'articolo 613-*bis* c.p. a quello dell'articolo 1 della Convenzione, espungendo dallo stesso tutti gli elementi superflui e identificando l'autore e i fattori motivanti o le ragioni per l'uso della tortura (cioè ottenere informazioni o una confessione, punire la vittima, intimidire o costringere la vittima o una terza persona e qualsiasi motivo basato su discriminazioni di qualsiasi tipo).

Il rischio, prosegue il Comitato, è che gravi discrepanze tra la definizione di tortura data dalla Convenzione e quella fornita dalla norma nazionale, creino scappatoie reali o potenziali per l'impunità.

È, poi, interessante rilevare come il Comitato, nel suo rapporto, affronti un tema che, sebbene non oggetto specifico della presente disamina, reca, con il tema della tortura, profili di intuibile ed indubitabile affinità; Viene, infatti, operata una ricognizione sul tema delle condizioni di detenzione nelle carceri nazionali.

Il Comitato, se da un lato dimostra di apprezzare le misure legislative adottate dallo Stato membro per ridurre le condizioni di disagio determinate dal sovraffollamento carcerario nonché quelle finalizzate a contenere, per quanto possibile, il ricorso alla custodia cautelare in stato di detenzione, tuttavia registra che, secondo le informazioni acquisite, a

settembre-ottobre 2017 la popolazione carceraria si attestava a 57.551 contro una capacità totale di 50.920, con un numero di carceri ben oltre la capacità massima e il 35% dei detenuti in attesa di detenzione, compresi i condannati in attesa di appello.

Il Comitato, pur riconoscendo i progressi compiuti in seguito alla nota sentenza dell'8 gennaio 2013 della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Torreggiani e a. c. Italia*, resta preoccupato per le condizioni di detenzione in alcuni casi di detenzione in strutture non adeguate.

Aspetti positivi evidenziati sono:

- a) l'esistenza di unità speciali riservate a detenute con figli;
- b) l'istituzione di unità sanitarie specializzate all'interno di istituti penitenziari esistenti.

Rileva, inoltre, che, per il personale medico della prigione, vi è l'obbligo di documentare e segnalare qualsiasi prova di maltrattamento osservata durante l'esame medico iniziale dei detenuti. Si rammarica, tuttavia, che lo Stato membro non abbia indicato il numero di casi segnalati come potenziali casi di tortura o maltrattamenti da parte del personale sanitario durante il periodo in esame. Conclude affermando che *"sarebbe opportuno: (a) continuare a migliorare le condizioni di detenzione e alleviare il sovraffollamento delle istituzioni penitenziarie e di altre strutture di detenzione, anche attraverso l'applicazione di misure non detentive; (b) adottare misure urgenti per porre rimedio ad eventuali carenze relative alle condizioni di vita generali, comprese quelle relative alla luce, ai servizi igienico-sanitari e all'accesso all'aria aperta e all'esercizio fisico, nelle strutture di detenzione della polizia; (c) garantire, nella legge e nella pratica, che la detenzione preventiva non sia eccessivamente prolungata; (d) garantire che le procedure di ricerca carceraria non siano degradanti per i detenuti o per i visitatori; (e) fornire informazioni sul numero di casi segnalati dal personale medico della prigione come possibili casi di tortura o maltrattamenti"*.

Un particolare passaggio della relazione, inoltre, viene svolto sul regime speciale di detenzione di cui all'art. 41 bis ord. pen. (cd. Carcere duro). Il

tema, certamente di estrema attualità³³, appare assolutamente pertinente al tema della tortura ovvero a quello di altre pratiche inumane o degradanti. Non vi è dubbio, infatti, tralasciando qualsiasi valutazione di opportunità che certamente non spetta allo scrivente, che il carcere duro, di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., rappresenti una modalità di espiazione della pena, prevista per i detenuti condannati per reati di massima gravità ed allarme sociale e particolarmente pericolosi, dagli effetti fortemente spersonalizzanti se non anche alienanti, la cui compatibilità con il principio costituzionale della funzione rieducativa della pena (art. 27 Cost.) è stata da sempre messa in dubbio.

Pur prendendo atto della decisione della Corte costituzionale n. 143 del 17 giugno 2013 sull'accesso ai consulenti della difesa, il Comitato, nondimeno, ritiene che tale regime carcerario continui a imporre restrizioni eccessivamente severe in termini di socializzazione con altri detenuti e di contatto con il mondo esterno, in particolare con i parenti; inoltre la sottoposizione di codesti detenuti sotto la costante sorveglianza video nelle loro celle è un altro motivo di preoccupazione.

A parere del Comitato, sarebbe opportuno rivedere il regime detentivo di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. onde allinearlo alle norme internazionali sui diritti umani (come le cd. Regole Nelson Mandela). La videosorveglianza nelle strutture di custodia non dovrebbe interferire con la *privacy* dei detenuti o violare il loro diritto alla comunicazione confidenziale con il proprio avvocato o medico. Lo Stato parte dovrebbe anche rafforzare e accelerare la revisione giudiziaria degli ordini che impongono o estendono tale forma di detenzione.

³³ Può essere utile rammentare il clamore mediatico cagionato dal caso Riina; Salvatore Riina, boss indiscusso di *Cosa Nostra* negli anni '90 del secolo scorso, attinto da una pluralità di condanne al carcere a vita, si trovava ristretto, proprio in regime di 41-*bis*, presso il carcere di Parma. Nel 2017, gli avvocati di Riina avanzavano richiesta al Tribunale di sorveglianza di Bologna per il differimento della pena e per l'accesso alla detenzione domiciliare, sottoponendo, come motivazione, lo stato precario di salute dello stesso Riina. Il 19 luglio 2017 il Tribunale si pronunciava negativamente su questa istanza, spiegando che Riina "non potrebbe ricevere cure e assistenza migliori in altro reparto ospedaliero, ossia nel luogo in cui ha chiesto di fruire della detenzione domiciliare". Dopo essere entrato in coma in seguito all'aggravarsi delle condizioni di salute, Salvatore Riina è morto alle ore 3:37 del 17 novembre 2017, il giorno successivo al suo ottantasettesimo compleanno, nel reparto detenuti dell'ospedale Maggiore di Parma.

11. Conclusioni.

Le conclusioni che possono rassegnarsi all'esito della disamina operata - che, beninteso, non aspira alla esaustività, quanto piuttosto alla realizzazione di uno breve libello in grado di cogliere i profili più rilevanti del *novum* legislativo, soprattutto in relazione alle coordinate normative di diritto internazionale - conducono a salutare complessivamente con favore le disposizioni introdotte nell'ordinamento italiano, pur dovendo, per onestà intellettuale, evidenziarne i profili di indubbia criticità che, tuttavia, com'è noto, accompagnano ogni innesto normativo.

L'iniziativa del Legislatore è meritoria, perché persegue il fine di evitare gli errori ed orrori del passato (purtroppo anche recente) e creare una piattaforma normativa adeguata alla costruzione di un futuro giuridico in cui i diritti umani siano sempre al centro dell'azione delle Istituzioni pubbliche.

Si consenta, a chi scrive, un commiato dal lettore che possa regalargli uno spunto di riflessione ulteriore e che mutua le parole di un grande pensatore del secolo scorso: «*La tortura non è nulla di inumano, è soltanto un crimine ignobile e lurido, commesso da uomini contro altri uomini, e che altri uomini ancora possono e debbono reprimere. L'inumano non esiste, se non negli incubi generati dalla paura. Basta il calmo coraggio di una vittima, la sua modestia, la sua lucidità, per liberarci dalla mistificazione*»³⁴.

³⁴ J.P. SARTRE, Prefazione a *La tortura di Henri Alleg*, 1958.

Il delitto di autoriciclaggio, tra esigenze di contrasto alla criminalità economica e conseguente compressione di diritti costituzionali: i problemi di raccordo della nuova fattispecie con i delitti tributari.

di Antonio SCOTTO ROSATO*

SOMMARIO: **1.** Premessa: l'evoluzione del costrutto antiriciclaggio come strumento di contrasto all'inquinamento dell'economia legale. **2.** L'art. 3 L. 186/2014, l'addio definitivo al "privilegio dell'autoriciclaggio": tra esigenze di repressione dei fenomeni di criminalità economica e tutela del "*ne bis in idem sostanziale*" e "*nemo tenetur se detegere*". **3.** La necessaria plurioffensività dell'autoriciclaggio, uno sguardo ai reati di cui agli artt. 648 *bis* e *ter* c.p. **4.** Le condotte di impiego, sostituzione e trasferimento, nonché la destinazione nelle attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative: classificazione pleonastica o rispetto del principio di determinatezza della fattispecie? **5.** L'elemento soggettivo del delitto di autoriciclaggio: il dolo di profitto come elemento direzionale della fattispecie. **6.** La causa di non punibilità per il mero utilizzo ovvero per il godimento personale del bene: delimitazione in negativo della condotta o strumento interpretativo del primo comma? **7.** Autoriciclaggio e reati tributari: l'ammissibilità del reimpiego per equivalente di profitti pari al valore del risparmio di imposta. **7.1.** Le ricadute sostanziali derivanti dall'innalzamento delle soglie di punibilità ad opera del D. Lgs. 158/15 rispetto alle successive condotte di reimpiego dei proventi. **8.** Conclusioni: le preannunciate sofferenze e l'esigenza di un'interpretazione costituzionalmente orientata.

1. Premessa: l'evoluzione del costrutto antiriciclaggio come strumento di contrasto all'inquinamento dell'economia legale.

Da sempre, l'economia italiana si è contraddistinta nel mercato globale per i grandi numeri prodotti dal proprio alter ego sommerso, un groviglio di ricchezze illecite prodotte trasversalmente in ogni settore dell'economia.

Dai redditi non dichiarati frutto di attività lecite, ma accumulate attraverso l'inosservanza degli obblighi principalmente di natura fiscale, sino ai proventi di imprese criminali *tout court*: un sistema economico in continua ascesa che

* Avvocato penalista del foro di Napoli.

raggiunge cifre da capogiro, capaci di condizionare irrimediabilmente il mercato nazionale e la reputazione che questi gode nell'economia globale.

Qualche dato basterà per dare contezza del fenomeno: secondo il Rapporto sull'evasione fiscale 2015 pubblicato dal Ministero dell'Economia basato su dati Istat per il triennio 2012-2015, l'entità del sommerso nazionale risultava pari a 208 miliardi di euro, cifre rappresentanti in percentuale il 12,6% del PIL.

Accanto a questo dato, di per sé preoccupante, relativo ai guadagni prodotti mediante attività lecite in violazione delle normative fiscali, tributarie e previdenziali, si aggiungano i capitali integralmente illeciti, tutti reimmessi nel circuito economico legale per essere "ripuliti" ed utilizzati per finanziare qualsivoglia attività, con un'incidenza sul PIL nazionale oscillante tra il 7% e 8%. Il rapporto annuale della Guardia di Finanza del 2013, stimava in 170 miliardi di euro l'entità della ricchezza proveniente da reato che veniva reimmessa nel circuito economico, a fronte di sole 86 mila segnalazioni dall'UIF alla Banca di Italia.

Queste stime, tutt'altro che rassicuranti, hanno segnato irrimediabilmente la crescita economica italiana, inquinandone il tessuto commerciale ed economico ed inibendo qualsivoglia tipologia di investimento sano, specialmente se estero. Così, in mancanza di capitali nuovi e leciti, in un momento storico di grave contrazione economica, lo spettro della criminalità e degli ingenti capitali a disposizione, assume le vesti di specchio per le allodole per migliaia di attività. Si crea così un sistema diabolico di domanda ed offerta in costante crescita, da un lato imprese sane strozzate dalla crisi e della pressione fiscale, dall'altro soggetti in possesso di grandi capitali illeciti, intenzionati ad investire nel circuito legale affinché si completi il ciclo economico di ripulitura degli stessi.

La raccomandazione del 16 febbraio 2012 FATF-GAFI sul contrasto al fenomeno internazionale del riciclaggio, evidenziava la gravità del fenomeno e la capacità di coinvolgere trasversalmente tutti gli stati membri, incidendo tra il 2% ed il 5% sul PIL mondiale, agevolato, altresì, dal ricorso a tecniche avanzatissime di *cyber laundering*, ancora difficilmente identificabili e contrastabili.

Assume, pertanto, un ruolo tutt'altro che secondario l'attenzione che l'Unione Europea sta dedicando alla salvaguardia dell'integrità del sistema finanziario comunitario, attivandosi fattivamente affinché tutti gli stati membri siano dotati di sistemi coerenti e sempre aggiornati antiriciclaggio, in ossequio, altresì, ai numerosi atti di *soft law* emanati dagli organi specializzati, quali GAFI e FATF.

In Italia, benché il riciclaggio sia previsto come reato da oltre quarant'anni, la piena consapevolezza della necessità di prevedere un sistema di repressione dei

fenomeni di riciclaggio di proventi illeciti si è raggiunta con la ratifica della direttiva 2005/60/CE in tema di contrasto al terrorismo ed al riciclaggio, ad opera del decreto legislativo 231/2007, il quale rappresenta, senza dubbio, il perno centrale sul quale si erge l'intera struttura nazionale antiriciclaggio.

Attraverso questo canale di repressione si è potuto stimare, nel 2010, un fatturato delle mafie pari a 138 miliardi di euro, equivalente a circa 8,7% del PIL nazionale, con un'attività di riciclaggio di tali capitali pari a circa il 12% del PIL, nel periodo compreso tra il 1981 e il 2001.

Lo strumento polimorfo antiriciclaggio, diviso tra disposizioni amministrative del D. Lgs. 231/07 e le fattispecie di reato di cui agli artt. 648 *bis* e *ter* c.p. è stato, però, ritenuto monco proprio per l'omessa previsione di una fattispecie di reato *ad hoc* che sanzionasse l'autoriciclaggio, così come specularmente già previsto in sede amministrativa.

Sul punto, numerose sono state le sollecitazioni internazionali affinché gli stati membri adottassero una normativa antiriciclaggio trasversalmente uniforme, idonea a reprimere un fenomeno la cui dinamicità consente di infettare come un cancro i tessuti economici dei singoli paesi.

I primi passi verso l'incriminazione dell'autoriciclaggio pervengono dalla Convenzione di Strasburgo del 1990 "*sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato*", nella quale, appositamente, nel tipizzare le condotte di riciclaggio, espressamente si evita alcun riferimento alla qualifiche soggettive del reo, attribuendo ai singoli stati la facoltà di non incriminare l'autore del reato presupposto.

In termini ancora più espliciti, si esprime la Convenzione Penale di Strasburgo del 1999 sulla corruzione¹ la quale, nel sollecitare gli stati membri ad adottare misure legislative per introdurre e contrastare gli illeciti, quali: *«la conversione o il trasferimento di valori patrimoniali, sapendo che essi sono proventi, allo scopo di occultare o dissimulare l'illecita provenienza dei valori patrimoniali stessi o aiutare persone coinvolte nella commissione del reato principale a sottrarsi alle conseguenze giuridiche dei loro atti; l'occultamento o la dissimulazione della natura, dell'origine, dell'ubicazione, di atti di disposizione o del movimento di valori patrimoniali, nonché dei diritti di proprietà e degli altri diritti ad essi relativi, sapendo che detti valori patrimoniali sono proventi²»*, prevede, espressamente,

¹ Convenzione di Strasburgo sulla Corruzione del 27.01.1999, ratificata in Italia con la L. 120/2012.

² La Convenzione di Strasburgo sulla Corruzione richiama l'art. 6 lett. a) e b) della Convenzione di Strasburgo del 1990.

la possibilità degli stessi di dare attuazione alla Convenzione escludendo la punibilità dell'autore del reato presupposto³.

Analoga previsione viene prevista nell'art. 6 della convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale, adottata dall'Assemblea generale il 15.11.2000 e ratificata in Italia dalla legge n. 146 del 2006.

Orbene la scelta, esplicitata in tutte le Convenzioni internazionali richiamate, di prevedere espressamente la sola facoltà degli stati membri di non punire l'autoriciclaggio, sembrerebbe, *ex adverso*, delineare la regola generale dell'incriminazione delle condotte di reimpiego da parte dell'autore del reato presupposto.

Ed infatti, coerentemente con questa regola generale, le raccomandazioni del Fondo monetario internazionale del 2005, quelle della *Financial Action Task Force* (FATF), il rapporto OCSE sull'Italia del 2011 nonché le raccomandazioni della GAFI, hanno esplicitato a chiare lettere come tale *vulnus* rappresentasse, di fatto, un indebolimento nel sistema repressivo antiriciclaggio, sollecitando l'Italia ed altri stati membri ad uniformare le proprie discipline interne mediante l'introduzione di fattispecie di reato *ad hoc*.

L'introduzione dell'art. 648 *ter*.1 c.p. rappresenta, quindi, una piena presa di coscienza da parte dell'Italia rispetto ad un fenomeno che, ben oltre i principi costituzionali garantiti del cosiddetto "*privilegio dell'autoriciclaggio*", richiedeva maggior sensibilizzazione ed aggiornamento per dare nuova linfa all'attività di repressione del fenomeno.

Gli effetti dirompenti della fattispecie di nuovo conio non sono tardati ad arrivare, difatti già nei primi 6 mesi del 2015, si sono registrate 28 indagini per autoriciclaggio, che hanno portato a 14 arresti ed un numero elevato di misure cautelari reali, dati che dimostrano l'assoluta vivacità ed attualità di un fenomeno economico criminale in continua ascesa.

2. L'art. 3 L. 186/2014, l'addio definitivo al "privilegio dell'autoriciclaggio": tra esigenze di repressione dei fenomeni di criminalità economica e tutela del "ne bis in idem sostanziale" e "nemo tenetur se detegere".

Il terzo comma dell'art. 3 L. 186/2014 introduce, nel complesso sistema antiriciclaggio nazionale, l'art. 648 *ter*.1 c.p. ed erge, di fatto, l'ultimo baluardo

³ Convenzione di Strasburgo del 1990, art. 6 comma 2 lett.b) "*può prevedersi che i reati di cui al predetto paragrafo non si applicano alle persone che hanno commesso il reato principale*".

nel sistema amministrativo/penale nazionale per il contrasto ai fenomeni di criminalità economica.

L'iter legislativo ha dimostrato, tuttavia, come la norma non potesse essere frutto del mero automatismo di ratifica di Convenzioni sovranazionali, ma dovesse necessariamente tener conto di evidenti bilanciamenti tra le esigenze di repressione di fenomeni criminosi e la tutela di principi di matrice costituzionale. L'autoriciclaggio è, infatti, la norma di rottura: attraverso l'introduzione di tale delitto, si smembra il complesso sistema di garanzie racchiuse nella clausola "fuori dai casi di concorso".

Con l'esclusione della clausola di riserva ed il riconoscimento dell'autonomia del disvalore penale del reimpiego, tramonta definitivamente la tesi del *post factum* non punibile e dell'esaurimento dell'intero disvalore del fatto nella sola punibilità del reato presupposto, con le ovvie ricadute sul sistema di garanzie proprie del reo.

Ne emerge, pertanto, un chiaro spaccato: esigenze di tutela dei principi inviolabili del *ne bis in idem* sostanziale e *nemo tenetur se detegere*, da un lato; necessità di repressione dei fenomeni di criminalità economica e, quindi, di tutela degli interessi sovranazionali dell'economia globale, dall'altro.

Per un primo aspetto, quindi, parte della dottrina identificava il "privilegio dell'autoriciclaggio", come strumento di tutela del *ne bis in idem* sostanziale e, pertanto, l'eventuale successivo reimpiego del profitto, doveva ritenersi esclusivamente mero *post factum* non punibile, il cui disvalore penale doveva intendersi integralmente racchiuso nel reato presupposto.

A chiarirne il pensiero, autorevole dottrina, affermava che: «punire il successivo comportamento di utilizzo significherebbe punire due volte lo stesso fatto, il cui disvalore penale è già assorbito dalla prima fattispecie, in quanto l'utilizzo dei beni di provenienza delittuosa è logicamente configurabile come parte della condotta dello stesso reato presupposto. Questo è il motivo per cui, fino ad oggi, le condotte successive di utilizzo del profitto da parte dell'autore del reato presupposto sono sempre state valutate come *post factum* non punibile non avente autonomo disvalore penale e quindi da ritenersi assorbito nella fattispecie del reato presupposto»⁴.

La stessa Commissione di studio sull'autoriciclaggio istituita dal Ministero della Giustizia e presieduta dal Dott. Greco, nel focalizzarsi sulle intrinseche criticità sottese all'introduzione della nuova fattispecie, evidenziava che: «una prima difficoltà discende dalla constatazione che le ulteriori operazioni poste in essere

⁴ A. SIMBARI; in senso conforme anche F. MUCCIARELLI, F. SGUBBI.

dall'autore del reato presupposto per ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni e del denaro rappresenterebbero la naturale prosecuzione degli stessi reati presupposto. In quanto tali, esse darebbero pertanto luogo soltanto ad un mero post factum non avente autonomo disvalore e quindi assorbito nella fattispecie del reato presupposto. Oppure sarebbero configurabili come parti della condotta dello stesso reato presupposto, quindi non punibili in ossequio al principio del ne bis in idem sostanziale, per cui nessuno può essere punito due volte per lo stesso fatto».⁵

Altresì, nella proposta di legge n. 2247 a firma del deputato Causi, si poneva centralità alle medesime problematiche, esplicitando testualmente che: *«l'eliminazione della clausola di non punibilità, come peraltro evidenziato anche dal Procuratore nazionale antimafia nel corso delle audizioni presso la Commissione giustizia, rischia di moltiplicare le comminatorie di pena per ciascun delitto suscettibile di generare proventi riciclabili, indotto dalla pressoché inevitabile commissione da parte dell'agente, una volta conseguito il provento del reato-presupposto, di una delle condotte tipizzate dall'attuale formulazione dell'articolo 648-bis; l'aumento del rischio penale, inoltre, finirebbe per investire la criminalità comune, lasciando sostanzialmente inalterato quello gravante sulla criminalità organizzata, che costituisce il vero e esclusivo obiettivo del delitto di riciclaggio; occorre osservare come la categoria del post-fatto non punibile si basi sulla considerazione che gli ulteriori atti di disposizione (materiali o giuridici) dell'autore del reato-presupposto altro non sarebbero che la sua naturale prosecuzione, sicché la loro punizione darebbe luogo ad un bis in idem; in particolare, mentre nel reato di riciclaggio l'autore del reato-presupposto si affida, per finalità di profitto, ad un « favoreggiatore esperto », anch'esso mosso da finalità di profitto, gli atti di godimento e di disposizione del provento da parte del solo autore del reato-presupposto costituiscono la prosecuzione della sua iniziale attività antiggiuridica; ne consegue che la deroga al ne bis in idem sostanziale potrebbe giustificarsi solo in presenza di atti che non si traducano nel mero godimento o nella trasparente disposizione del provento, che integrano la naturale prosecuzione del reato-presupposto; quindi, devono essere punibili solo i comportamenti che consistono in condotte artificiali, non « naturali » ma concretamente frappositive: idonee a recare ostacolo all'identificazione del provento illecito; l'autoriciclaggio non si caratterizza sempre per quella « professionalità » nel crimine che connota, invece, il riciclaggio; pertanto, la sua incriminazione non può che apparire funzionale ad impedire il consolidarsi di una*

⁵ Commissione GRECO, relazione per lo studio sull'autoriciclaggio, istituita il 23.04.2013.

precedente situazione di illiceità, nonché allo svolgimento delle indagini sulla provenienza delittuosa dei beni, a cui si associa lo scopo di impedire la circolazione di denaro o di beni di provenienza illecita; così ricostruita l'oggettività giuridica del nuovo reato (secondo una dimensione in cui si è detto in sede di audizione prevale la tutela dell'amministrazione della giustizia) non possono corrispondono ad essa le condotte che si incentrano sul mero trasferimento o nella semplice sostituzione del denaro o di altra utilità».

Sul fronte diametralmente opposto, invece, la giurisprudenza maggioritaria, attraverso un orientamento granitico, nel ribadire l'assoluta invalicabilità della clausola di riserva prevista negli artt. 648 *bis* e *ter* c.p., ha progressivamente reciso il *file rouge* tra il reato presupposto ed il successivo reimpiego nell'ottica del *post factum* non punibile, valorizzando a pieno l'autonomia e ben più grave lesione di ulteriori beni giuridici afferenti la sfera dell'economia, sino ad imprimere in una pronuncia a Sezioni Unite del 2014 l'importante principio, secondo cui: «*lo scopo perseguito dalla norma che prevede il reato meno grave è assorbito da quello concernente il reato più grave. La punizione del reato antecedente esaurisce il valore complessivo e la condotta successiva rappresenta un normale sviluppo della precedente. È soltanto in questi limiti che non è ammessa una duplicazione di tutela e sanzione. Di conseguenza l'eterogeneità dei beni giuridici tutelari rispettivamente dal delitto presupposto e da quelli di riciclaggio e reimpiego impedisce di ritenere che la punizione per il reato presupposto possa assorbire il disvalore dei reati previsti dagli artt. 648 bis e 648 ter*».⁶

Orbene, se per un verso, la presa di coscienza circa il disvalore penale autonomo del reinvestimento rispetto al delitto presupposto, ha rappresentato la logica conseguenza della progressiva affermazione della centralità dell'economia pubblica e dell'esigenza di tutela dei beni giuridici ad esso connessi, per altro verso, maggiori e ben più insormontabili criticità si sono registrate nei tentativi di bilanciamento tra il principio del *nemo tenetur se detegere* e le condotte tipizzate nell'art. 648 *ter.1* c.p.

Anche in tal caso la Commissione di studio Greco, aveva attribuito il dovuto risalto alla problematica, sottolineando che: «*la punibilità dell'autoriciclaggio costringerebbe l'autore del reato presupposto ad astenersi dal compiere operazioni volte ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni esponendolo per questa via ad un maggior rischio di essere scoperto. La fattispecie di autoriciclaggio risulterebbe, pertanto, in contrasto con il principio*

⁶ Cass. Pen. SS. UU. n. 25191 del 2014.

generale per cui nemo tenetur se detegere, in virtù del quale nessuno può essere tenuto ad autoincriminarsi⁷».

Il compromesso necessario tra esigenze repressive e tutela del diritto a non autoincriminarsi, certamente poteva modellarsi attraverso la previsione di un espresso spazio di garanzia dedicato alle condotte prodromiche all'utilizzo del bene da parte del reo, delineando un'area di irrilevanza penale, nei casi in cui *"la sostituzione e trasferimento di beni potrebbero, infatti, avvenire non solo per ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa, ma anche per rispondere a immediate esigenze di consumo, come nel caso di chi sostituisca del denaro con il bene acquistato o trasferisca un bene all'estero"⁸.*

Punto di vista assolutamente condiviso, altresì, dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Fiandaca, nei cui lavori preparatori si affermava che: *«le ragioni di tale problematicità affondano le radici nel fatto che, a prescindere dal singolo e specifico ordinamento preso in considerazione, la punibilità dell'autoriciclaggio prospetta noti problemi di fondo comuni sotto una triplice angolazione prospettica: a) evitare ingiustificati aggravati sanzionatori; b) verificare la persistente tenuta del principio nemo tenetur se detegere; c) tener conto del principio – pur non incontrovertito – del ne bis in idem sostanziale»⁹.*

La nuova fattispecie è, pertanto, da ritenersi assolutamente nuova e di rottura rispetto all'impianto tradizionalistico giuridico, la cui struttura è frutto di ardui tentativi di bilanciamento tra le garanzie dell'autore del reato presupposto e le esigenze di repressione dei fenomeni riciclativi, attribuendo, in tal senso, un ruolo determinante al fenomeno del reimpiego nel circuito economico legale.

Pertanto, recidendo il cordone ombelicale che legava il delitto presupposto al successivo utilizzo del bene, la nuova fattispecie si determina come strumento di repressione e tutela verso condotte dotate di autonoma carica decettiva, lesiva di ulteriori beni giuridici *"non solo e non tanto per il bene patrimonio quanto piuttosto per il corretto e ordinato svolgimento delle attività economiche e finanziarie, nonché per l'amministrazione della giustizia"*.

3. La necessaria plurioffensività dell'autoriciclaggio: uno sguardo ai reati di cui agli artt. 648 bis e ter c.p.

⁷ Commissione GRECO, relazione per lo studio sull'autoriciclaggio, istituita il 23.04.2013.

⁸ Commissione GRECO, relazione per lo studio sull'autoriciclaggio, istituita il 23.04.2013.

⁹ Commissione FIANDACA, relazione per lo studio sull'autoriciclaggio, istituita il 10.06.2013, pag. 5).

Per comprendere appieno l'afflato della nuova fattispecie, è necessario rivolgere lo sguardo verso i beni giuridici che il Legislatore ha inteso tutelare mediante la struttura multiforme dell'art. 648 *ter.1* c.p.

Non vi è dubbio, infatti, che l'art. 648 *ter.1* c.p., rappresenti un ibrido concepito mediante la fusione di elementi tipici del delitto di riciclaggio e di impiego di beni, dai quali mutua, altresì, le finalità di tutela dell'economia pubblica e dell'amministrazione della giustizia.

Nello specifico, come evidenziato da autorevole dottrina, «*l'idea di fondo, che sembra giustificare l'incriminazione dell'autoriciclaggio, riposa sulla considerazione di congelare il profitto, in mano al soggetto che ha commesso il reato presupposto in modo da impedirne la sua utilizzazione maggiormente offensiva, quella che espone a pericolo o addirittura lede l'ordine economico. In questa prospettiva viene meno anche la già di per se discutibile categoria del post factum non punibile [...] in tutte quelle ipotesi nelle quali alle disponibilità di provenienza illecita viene impressa una destinazione che ne implica la re immissione nel circuito economico è infatti ben difficile congetturare che il disvalore si sia esaurito nella commissione del reato presupposto, manifesta essendo l'ulteriore o addirittura le ulteriori offese via via realizzate attraverso le nuove condotte poste in essere, caratterizzate da autonomo disvalore*»¹⁰.

È evidente, quindi, che attraverso l'affermazione di indipendenza della condotta di reimpiego rispetto al delitto presupposto, si debba necessariamente ritenere tali fattispecie come reati a progressione criminosa, laddove dall'aggressione individuale si giunga fino alla tutela dell'ordine economico¹¹.

Si è, pertanto, affermata la necessaria plurioffensività dei baluardi antiriciclaggio, posti come strumenti repressivi delle condotte lesive del patrimonio e dell'ordine economico, il cui *trait d'union* è dato dal bene giuridico "strumentale" dell'amministrazione della giustizia¹², offeso attraverso condotte idonee ad ostacolare l'identificazione del bene reimpiegato.

In questa struttura teorica e condivisa, l'autoriciclaggio sembrerebbe, quindi, imporre preliminarmente una lesione concreta al bene giuridico dell'amministrazione della giustizia – introdotta attraverso l'inciso "*in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa*" –

¹⁰ F. MUCCIARELLI, Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2015.

¹¹ In tal senso A. CADOPPI, S. CANESTRARI.

¹² A. MANNA, *il bene giuridico tutelato nei delitti di riciclaggio e reimpiego*, Torino, 2000.

mentre, in seconda battuta, risulterebbe sufficiente la sola esposizione a pericolo dei beni giuridici "finali" dell'economia pubblica e dei suoi corollari¹³.

D'altronde, le stesse Commissioni di studio avevano ritenuto che il cuore pulsante del nuovo reato, condividendo il pensiero di parte della dottrina, dovesse individuarsi nell'ordine economico e nel complesso di regole pubblicistiche poste a tutela della libera concorrenza e del risparmio/investimento¹⁴, purché le condotte di reimpiego fossero caratterizzate da operazioni particolarmente decettive.

Con riferimento, preliminarmente, alla lesione dell'amministrazione della giustizia, l'introduzione dell'avverbio "concretamente", differenziandosi così dall'art. 648 *bis* c.p., fungerebbe da rafforzativo del dato normativo, impermeabilizzandolo alle erosioni giurisprudenziali ed ispirando un controllo ben più rigoroso sull'effettiva modalità della condotta.

Diversamente, invece, rispetto ai beni "finali", la tutela del patrimonio abbandona l'accezione tradizionalistica per rimodularsi in senso dinamico e pubblicistico, rivolto, cioè, alla tutela della libera concorrenza e delle regole di mercato, in altri termini: nella correttezza dei rapporti commerciali.

In definitiva, può opportunamente rimandarsi alle considerazioni in tema di riciclaggio, che individuavano in fasi distinte la tutela dei beni giuridici: interesse strumentale e concreto all'identificabilità della provenienza delittuosa e del conseguente buon andamento della giustizia, dapprima; interesse conclusivo all'economia pubblica ed al corretto svolgimento dei rapporti di mercato¹⁵, sul finale.

Ed infatti, come già rappresentato, precipua trattazione ed attenzione aveva posto la Commissione Greco sul punto, laddove riteneva necessaria l'introduzione di tale reato *"non solo e non tanto per il bene patrimonio quanto piuttosto per il corretto e ordinato svolgimento delle attività economiche e finanziarie, nonché per l'amministrazione della giustizia"*.

Un obiettivo ritenuto di primaria importanza, da tutelarsi mediante l'introduzione di precise cautele e schemi ben definiti, quali: *«sotto il profilo materiale della condotta, la natura essenzialmente finanziaria e la connotazione intrinsecamente fraudolenta delle operazioni [...] iii) che attribuisca centralità, sotto il profilo teleologico della condotta, non tanto e non solo la finalità di ostacolare*

¹³ A. MANNA, *il bene giuridico tutelato nei delitti di riciclaggio e reimpiego*, Torino, 2000.

¹⁴ C. PEDRAZZI, *Mercati finanziari*.

¹⁵ A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale parte speciale, Delitti contro il patrimonio*, Utet, 2011.

l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni quanto soprattutto a quella del loro investimento in attività economiche e finanziarie, essendo il vero disvalore della condotta rappresentato dalla "concorrenza sleale" derivante dall'impiego di capitali illeciti; iv) che escluda, conseguentemente, la punibilità degli autori del reato presupposto per i comportamenti diretti a consentire loro il godimento dei relativi proventi riducendo entro limiti ragionevoli il rischio di essere scoperto».

Viene in rilievo, quindi, l'importanza della finalità ultima dell'utilizzo dei proventi più che il mero sfondo economico, purché poste in essere attraverso condotte "intrinsecamente fraudolente", tenendo fuori dall'alveo del penalmente rilevante "comportamenti diretti a consentire loro il godimento dei relativi proventi riducendo entro limiti ragionevoli il rischio di essere scoperto".

In conclusione, ai fini della corretta interpretazione della norma, preliminarmente giocherà ruolo essenziale la concreta volontà di ostacolare l'identificazione della provenienza del bene rispetto alle modalità precipue di investimento poste in essere, attuate mediante modalità non giustificabili rispetto al traguardo da raggiungere; saranno in quel caso denotate del necessario *quid pluris* per poterle qualificare come penalmente rilevanti, viceversa, qualora la reimmissione nel circuito economico avvenga linearmente, la condotta non assurgerà al livello minimo per integrare la fattispecie delittuosa.

Sul punto, però, il rischio maggiore è che la giurisprudenza sviscagli il dato lessicale introdotto ed applichi pedissequamente i canoni già delineati in tema di riciclaggio, avverando, in tal senso, le preoccupazioni evidenziate da parte della dottrina, secondo cui "la questione merita tuttavia attenzione, soprattutto se la si considera in relazione agli esiti giurisprudenziali sperimentati in materia di riciclaggio, ove la condotta di ostacolo è stata in sostanza assimilata a qualsiasi modalità capace di generare anche soltanto un ritardo nella identificazione".¹⁶

La questione è tutt'altro che di mera lana caprina: discutere della portata differenziale dell'avverbio "concretamente" e della capacità di intridere negativamente la condotta e la destinazione finale del provento, significa valorizzare il rigoroso livello di indagine imposto, soprattutto in sede giudiziale, mirato ad escludere, come sapientemente evidenziato in dottrina, il rischio di un'applicazione pedissequa dei canoni giurisprudenziali già tracciati in tema di riciclaggio, secondo i quali qualsiasi condotta che comporti mero ritardo nell'identificazione¹⁷, seppur posta in essere mediante operazioni tracciabili e

¹⁶ F. MUCCIARELLI, op. cit.

¹⁷ F. MUCCIARELLI, op. cit., in riferimento a Cass. Pen. Sez. II n. 9026 del 2014.

trasparenti, quali deposito di somme presso istituti bancari o meri trasferimenti tra conti correnti, sia da ritenersi idonea ad integrare l'ipotesi delittuosa¹⁸.

4. Le condotte di impiego, sostituzione e trasferimento, nonché la destinazione nelle attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative: classificazione pleonastica o rispetto del principio di determinatezza della fattispecie?

L'introduzione di una fattispecie di reato *ex novo*, in luogo della mera eliminazione della clausola di riserva, ha imposto, durante l'iter legislativo, maggiore attenzione per armonizzare la fattispecie rispetto al sistema antiriciclaggio già esistente.

In tal senso, infatti, già la Commissione di studio Fiandaca aveva ritenuto *"preferibile rinunciare all'unificazione normativa, non ultimo in base al rilievo che l'impatto offensivo delle due diverse forme di condotta ha per oggetto beni giuridici diversi rispettivamente individuabili nell'amministrazione della giustizia e nell'ordine economico"*¹⁹.

In quest'ottica, tuttavia, il Legislatore ha preferito non discostarsi troppo dalle fattispecie genitrici, richiamando nella struttura tipica dell'art. 648 *ter*.1 c.p., sia le condotte di sostituzione e trasferimento proprie del delitto di riciclaggio, sia la condotta di impiego, peculiare dell'art. 648 *ter* c.p., tutte accomunate dalla "modalità di ostacolo"²⁰.

Tuttavia, la scelta di mutuare da altre fattispecie le condotte tipiche, ripropone, in sostanza, le medesime criticità interpretative che già si erano registrate con riferimento alle fattispecie di riciclaggio e di impiego di beni, al quale certamente non giovano le ontologiche divergenze che sussistono tra le norme in comparazione.

Se, infatti, con riferimento alle estrinsecazioni naturali del riciclaggio, l'eccessiva indeterminatezza dei termini "sostituzione" e "trasferimento", nonché la dilatazione interpretativa del formante giurisprudenziale, mal si concilia con le finalità di investimento tipizzate nell'art. 648 *ter*.1 c.p., certamente le maggiori perplessità desta il richiamo al concetto di impiego.

¹⁸ Cass. Pen. Sez. II n. 35763 del 2010, riportata da S. CAVALLINI e L. TROYER, *Sul nuovo delitto di autoriciclaggio*, www.penalecontemporaneo.it, 2015.

¹⁹ Commissione FIANDACA, relazione per lo studio sull'autoriciclaggio, istituita il 10.06.2013, pag. 6).

²⁰ In questo senso A. LANZI, *Considerazioni e osservazioni di carattere penalistico in relazione al Disegno di Legge 1642 in tema di rientro di capitali e autoriciclaggio del 20.11.2014*, www.senato.it.

Il termine "impiego", mutuato dall'art. 648 *ter* c.p., rappresenta senza dubbio una condotta di ampio respiro che richiama, *ex se*, ogni forma di reimmissione nel circuito economico legale, sicché tale portata, pressoché onnicomprensiva, risulterebbe capace di assorbire al suo interno anche ipotesi di sostituzione e trasferimento, purché destinate all'introduzione dei beni nell'economia pubblica. Pertanto, nell'encomiabile tentativo di raggiungere un elevato grado di specificità e tassatività delle condotte, il Legislatore pare aver provocato l'effetto opposto, esponendo la norma ad ulteriori incertezze interpretative.

Sul punto, appare certamente condivisibile quanto affermato da parte della dottrina, secondo cui: *«vale ad evidenziare la natura meramente apparente dell'innalzamento del livello di tassatività della fattispecie rispetto alle progenitrici[...] l'aggettivazione con cui sono connotate le attività cui si riferiscono le condotte di impiego/sostituzione/trasferimento (economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative) riecheggia – arricchendolo pleonasticamente – il lessico dell'art. 648 ter c.p. e conferma l'intenzione del legislatore di appuntare il disvalore della fattispecie sulle potenzialità inquinanti dell'autoriciclaggio nei confronti dell'economia legale. Tale vocazione tipizzante tuttavia non trova riscontro nell'esegesi complessiva della fattispecie, che sembra attrarre nel cono della punibilità anche condotte che non interferiscano minimamente con le dinamiche concorrenziali, che siano cioè prive di quell'idoneità che sola giustifica la punizione dell'autoriciclaggio»²¹.*

In questi termini, ancora una volta, lo spartiacque rispetto alle fattispecie di cui agli artt. 648 *bis* e *ter* c.p., è da individuarsi nell'avverbio "concretamente", idoneo ad imprimere alle operazioni di autoriciclaggio una pregnante carica decettiva, da identificarsi: *«attraverso la connotazione in termini di idoneità concreta all'ostacolo, la determinazione delle condotte punibili viene circoscritta a quei comportamenti che, seppur non necessariamente artificiosi in sé, esprimano un contenuto decettivo, capace cioè di rendere obiettivamente difficoltosa la identificazione della provenienza delittuosa del bene»²².*

Pertanto, attribuendo centralità alla modalità "in concreto idonea" ad ostacolare l'identificazione del bene, dovrebbe derivarne che, non ogni impiego, sostituzione o trasferimento debbano intendersi come penalmente rilevanti, ma solo quelle operazioni caricate intrinsecamente di idoneità dissimulatrice.

²¹ S. CLINICA, *l'incriminazione dell'autoriciclaggio tra tutela dell'ordine economico e garanzie fondamentali*, 3.5.2016.

²² F. MUCCIARELLI, *op. cit.*

Nella medesima direzione deve inserirsi, altresì, l'ulteriore catalogazione delle finalità economicamente orientate delle operazioni di investimento, previste quale ulteriore filtro delle condotte penalmente rilevanti.

Anche in tal caso, valgono le medesime considerazioni già proposte: la parcellizzazione degli sbocchi economici nel quale le condotte tipiche devono incidere, si è tradotta in una elencazione che, nell'ossessionata ricerca di completezza, risulta invece ridondante e ripetitiva, con un concreto rischio, in fase applicativa, di notevoli confusioni interpretative.

L'errore di fondo, nell'estrema catalogazione della direzione finalistica delle condotte verso l'economia pubblica, risulta essere proprio la previsione delle "attività economiche", macro-area capace di inglobare al suo interno anche le attività finanziarie, imprenditoriali e speculative²³.

Difatti, il concetto di attività economica, ricavato dal combinato disposto degli art. 2082, 2135 e 2195 c.c., si estende, non solo alle attività produttive in senso stretto, ma anche quelle di scambio e distribuzione dei beni, motivo per il quale qualsivoglia attività produttiva di effetti economici/giuridici, quale anche la più semplice compravendita, potrebbe, in astratto, sussumersi nelle condotte tipizzate nell'art. 648 *ter*.1 c.p.

La ricercata tassatività delle attività richiamate produrrebbe, quindi, l'effetto diametralmente opposto, tacciandosi di indeterminatezza per la potenziale riferibilità a qualsiasi attività idonea a produrre utile.

In tal senso, se ad una nozione già *ex se* onnicomprensiva si affiancano le "attività finanziarie", macro-area all'interno della quale vi rientra ogni tipologia di mezzi di pagamento, strumenti finanziari, nonché ogni altra attività economica riconducibile agli stessi, certamente non si contribuisce alla perimetrazione della portata della norma.

La giurisprudenza, chiamata ad esprimersi sul punto, ha, però, fornito una prima interpretazione restrittiva delle "attività finanziarie", circoscrivendo, almeno per il momento, l'area del penalmente rilevante; affermando testualmente che: *«la nozione di attività finanziaria di rilievo per la punibilità ai sensi della citata norma di cui all'art. 648 ter.1 c.p., può ricavarsi dal Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (art. 106), che individua quali attività tipiche attività finanziarie l'assunzione di partecipazioni (acquisizione e gestione di titoli su capitale di imprese), la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, la prestazione di servizi di pagamento (incasso e trasferimento di fondi, esecuzione*

²³ In tal senso S. CLINICA, *l'incriminazione dell'autoriciclaggio tra tutela dell'ordine economico e garanzie fondamentali*, 3.5.2016.

di ordini di pagamento, emissione di carte di credito o debito) l'attività di cambio valute»²⁴.

La sentenza in menzione, seppur pregevole nel tentativo di delimitare la portata della nozione alle sole attività riconducibili all'art. 106 TUB, non è certamente immune da censure e, nell'eventuale cambio di rotta giurisprudenziale, potrebbe essere travolta da una lettura onnicomprensiva del termine, semplicemente richiamando la nozione fornita dalla CONSOB, secondo la quale nella nozione deve ricomprendersi: *«qualsiasi rapporto contrattuale nel quale le prestazioni delle parti sono di norma definite in moneta (in taluni contratti la controprestazione può essere costituita dalla consegna di un bene fisico, per es. per taluni future su merci) e si possono realizzare tipicamente in tempi diversi (obbligazioni, mutuo bancario ecc.), ma possono anche realizzarsi in tempi coincidenti (contratti di swap su tassi d'interesse ecc.), ovvero al verificarsi di certe condizioni/eventi (nel caso di credit default swap) o all'esercizio di una facoltà (contratti di opzione ecc.)»²⁵.*

In questi termini, anche solo un mero contratto di deposito di somme su conto corrente, acceso da parte dell'autore del delitto presupposto, se idoneo a produrre un seppur minimo tasso di interesse, potrebbe rientrare nella direzione finalistica dell'investimento finanziario rappresentato dall'art. 648 *ter*.1 c.p.

In conclusione, quindi, appare davvero difficile ipotizzare condotte di utilizzo di proventi illeciti che non transitino sui binari dell'economia legale, anche qualora la finalità del soggetto agente sia di poterne godere personalmente.

In questo senso, come già affermato, gli unici elementi idonei ad operare un compiuto discrimine risulteranno essere la finalità – ed il dolo – dell'investimento, fattori in grado di discernere tra condotte volte all'investimento per fini di profitto, rispetto ad operazioni di investimento strumentali per il godimento del provento illecito.

5. L'elemento soggettivo del delitto di autoriciclaggio: il dolo di profitto come elemento direzionale della fattispecie.

Utile, per la miglior comprensione dell'assetto psicologico tracciato nella nuova norma, sarà approfondire, ancora una volta, i lavori della Commissione di studio Greco, senza dubbio, primario strumento interpretativo della nuova fattispecie e del perimetro applicativo segnato dal Legislatore.

²⁴ Cass. Pen. Sez. II n. 33074 del 2016.

²⁵ <http://www.consob.it/web/investor-education/i-titoli-di-credito>.

Si è già detto, infatti, della funzione della norma come strumento di repressione dei fenomeni di alterazione delle regole della concorrenza, nonché con riguardo alla tutela dell'amministrazione della giustizia.

In quest'ottica, la stessa Commissione di studio, aveva ritenuto fondamentale attribuire, «*sotto il profilo materiale della condotta, la natura essenzialmente finanziaria e la connotazione intrinsecamente fraudolenta delle operazioni [...] iii) che attribuisca centralità, sotto il profilo teleologico della condotta, non tanto e non solo la finalità di ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni quanto soprattutto a quella del loro investimento in attività economiche e finanziarie, essendo il vero disvalore della condotta rappresentato dalla "concorrenza sleale" derivante dall'impiego di capitali illeciti; iv) che escluda, conseguentemente, la punibilità degli autori del reato presupposto per i comportamenti diretti a consentire loro il godimento dei relativi proventi riducendo entro limiti ragionevoli il rischio di essere scoperto*»²⁶.

Già nelle fasi prodromiche all'introduzione della nuova fattispecie, quindi, si evidenziava la necessità di parametrare la portata del reato alle sole condotte a sfondo essenzialmente finanziario, purché poste in essere con modalità intrinsecamente fraudolente.

Al contempo, se ne delineava un limite esterno della fattispecie, escludendo dall'alveo del penalmente rilevante quelle condotte che, seppur intrinsecamente fraudolente, rappresentavano strumento diretto per il godimento dei proventi, purché poste in essere nei limiti ragionevoli per evitare rischi di essere scoperti. La Commissione di studio, nel bilanciare la norma tra la tutela del principio del *nemo tenetur se detegere* e l'eventuale lesione del bene giuridico dell'amministrazione della giustizia, poneva l'accento su due elementi identificativi delle condotte penalmente rilevanti: il dolo e, secondariamente, la destinazione ultima dei beni.

Sul fronte dell'elemento soggettivo, in considerazione della struttura articolata della norma, si impone una prima riflessione: se l'oggetto del dolo è rappresentato dal fatto tipico, l'indagine dovrà necessariamente condursi per gradi, dapprima con riguardo alle modalità intrinsecamente fraudolente e, solo successivamente, ampliando lo spettro di indagine verso l'intenzionalità delle operazioni, inscindibilmente connessa alla finalità economica raggiunta per il tramite della reimmersione dei proventi.

In altri termini, sarà opportuno un approfondimento che non si fossilizzi sulla singola condotta posta in essere, bensì tenga in conto la destinazione ultima dei

²⁶ Commissione GRECO, relazione per lo studio sull'autoriciclaggio, istituita il 23.04.2013.

beni, valorizzando, ben oltre la fraudolenza delle operazioni, l'eventuale finalità di investimento o di godimento personale, concreto elemento specializzante. Chiave di lettura nell'interpretazione del fuoco della volontà saranno gli schemi del dolo intenzionale: lo sforzo investigativo dovrà andar oltre l'accertamento della coscienza e volontà di porre in essere operazioni idonee ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa, meri passaggi strumentali, spingendosi, pertanto, verso la ricerca dell'intenzionalità del reinvestimento in attività economiche per il conseguimento di un profitto.

In questo senso, il dolo generico consistente nella mera volontà di sostituire o trasferire il denaro di provenienza delittuosa nel circuito dell'economia pubblica, sembrerebbe non essere sufficiente; infatti, il richiamo della norma a finalità di reintroduzione del provento in attività finanziarie, sembrerebbe imprimere un *quid pluris* rappresentato dalla volontà di conseguire un profitto o un lucro, quale potrebbe essere la necessità di porsi sul mercato a condizioni più vantaggiose dei propri competitors.

Quindi, sia la destinazione tipica dell'investimento in attività imprenditoriali che le modalità di ostacolo all'identificazione del bene, vengono in rilievo come elementi caratterizzanti la precipua finalità di lucro del soggetto agente.

Ad analoghe conclusioni potrebbe giungersi ponendo, per un attimo, lo sguardo verso la causa di non punibilità tipizzata nel quarto comma: se in tale comma si tipizza la non punibilità dell'agente, qualora il fine è rivolto all'utilizzo o godimento personale del provento in assenza di qualsivoglia volontà di profitto, *ex adverso*, nei casi di investimento punibile, dovrà necessariamente ritenersi sussistente il dolo di lucro.

Di certo, la struttura più complessa della norma rispetto ai reati *ex art. 648 bis e ter c.p.*, sembra non lasciar dubbi sulla necessità di un dolo rafforzato, ontologicamente incompatibile con le forme del dolo eventuale.

In conclusione, nella chiave di lettura fornita della Commissione di studio, posto che *"la sostituzione e il trasferimento di beni o denaro potrebbero, infatti, avvenire non solo per ostacolarne l'identificazione della provenienza delittuosa, ma anche per rispondere ad immediate esigenze di consumo, come nel caso di chi sostituisca del denaro con il bene acquistato o trasferisca un bene all'estero"*, l'accertamento del profilo psicologico, quale elemento determinante nell'identificazione delle condotte penalmente rilevanti, dovrà tener in debito conto sia la natura essenzialmente finanziaria, che la connotazione intrinsecamente fraudolenta della condotta²⁷.

²⁷ Commissione GRECO, relazione per lo studio sull'autoriciclaggio, istituita il 23.04.2013.

Così, solo le condotte prodromiche al reinvestimento avrebbero rilevanza per la propria intrinseca finalità di profitto, estromettendo quelle condotte – quali di mera sostituzione e trasferimento - la cui finalità sia pura estrinsecazione del principio del *nemo tenetur se detegere*²⁸.

6. La causa di non punibilità per il mero utilizzo ovvero per il godimento personale del bene: delimitazione in negativo della condotta o strumento interpretativo del primo comma?

Sin dai lavori preparatori, la difficoltà maggiore si è registrata proprio nel tentativo di evitare che la nuova fattispecie delittuosa si determinasse come una indebita persecuzione dell'autore del delitto presupposto, mediante un'intollerabile incremento sanzionatorio a suo carico.

La stessa Commissione Fiandaca, evidenziava sul punto, che: «*la punibilità dell'autoriciclaggio prospetta noti problemi di fondo comuni sotto una triplice angolazione prospettica: a) evitare ingiustificati aggravati sanzionatori; b) verificare la persistente tenuta del principio nemo tenetur se detegere; c) tener conto del principio – pur non incontrovertito – del ne bis in idem sostanziale*»²⁹, tant'è che si parlava di «*introduzione di una causa di non punibilità, che era stata proposta da alcuni commissari a favore di chi ha realizzato le condotte di ostacolo al solo fine di conseguire per sé l'impunità per il delitto da cui derivano i proventi. Ciò avrebbe consentito di far salvo il generale principio del nemno tenuto se detegere, bilanciando la limitazione della punibilità con la prevenzione della confisca obbligatoria dei proventi e del loro prodotto*».³⁰

Nei medesimi termini si esprimeva, altresì, la Commissione Greco, laddove riteneva che la nuova fattispecie dovesse escludere «*conseguentemente, la punibilità degli autori del reato presupposto per i comportamenti diretti a consentire loro il godimento dei relativi proventi del reato presupposto riducendo entro limiti ragionevoli il rischio di essere scoperto*»³¹.

Tuttavia, nonostante i buoni propositi, in concreto la norma non ha soddisfatto le aspettative: l'estrinsecazione della tutela del *nemo tenetur se detegere*,

²⁸ S. CLINICA, *l'incriminazione dell'autoriciclaggio tra tutela dell'ordine economico e garanzie fondamentali*, 2016.

²⁹ Commissione FIANDACA, relazione per lo studio sull'autoriciclaggio, istituita il 10.06.2013, pag. 5).

³⁰ Commissione FIANDACA, relazione per lo studio sull'autoriciclaggio, istituita il 10.06.2013: la proposta di minoranza prevedeva nel testo di legge che «*non è punibile chi ha realizzato le condotte di ostacolo al solo fine di conseguire per sé l'impunità per il delitto da cui derivano i proventi. In questo caso, è sempre ordinata la confisca dei proventi e del loro prodotto*», pag. 9).

³¹ Commissione GRECO, relazione per lo studio sull'autoriciclaggio, istituita il 23.04.2013.

nell'impianto costruito al quarto comma dell'art. 648 *ter.1* c.p., si è rilevato essere assolutamente inadeguato.

Difatti, non sfuggirà come la formulazione della causa di non punibilità sia – per il tramite dell'inciso "*fuori dai casi di cui ai commi precedenti*" - riferibile a condotte che già *ex se* risulterebbero estranee al precetto di cui al primo comma. Il quarto comma, in altri termini, si limiterebbe a specificare quanto già estraneo al novero delle condotte penalmente rilevanti, rappresentando esclusivamente un elemento rafforzativo – in negativo – della fattispecie.

Se ne determina, come evidenziato da autorevole dottrina, che dalla lettura armonica dell'intero impianto costruito nell'art. 648 *ter.1* c.p., risulteranno escluse dalla fattispecie meramente quelle condotte poste in essere "*in maniera diretta (e quindi senza far ricorso a tali modalità) verso destinazioni non connotate in termini economico-imprenditoriali, come appunto nel caso esplicitamente descritto nel quarto comma dell'art. 648 *ter.1* c.p.*".

Si è affermato, ancora, che: «*a corroborare in modo conclusivo questa interpretazione sta la formula linguistica adoperata dal legislatore, che discorre di destinazione (del denaro, dei beni e delle altre utilità), termine, quest'ultimo, che certamente rimanda a un impiego diretto ulteriormente qualificato (in senso positivo) dall'oggetto della destinazione stessa (l'uso o il godimento personale) e (in negativo) dall'assenza di qualunque modalità idonea ad ostacolare la provenienza delittuosa dei beni direttamente impiegati nonché dalla non re immissione in attività caratterizzate in senso economico – imprenditoriale*»³².

Tuttavia, sul punto è certamente condivisibile quanto affermato eminentemente da parte della dottrina, secondo cui: «*la formula di esordio del presente quarto comma dell'art. 648 *ter.1* c.p. (fuori dei casi di cui ai commi precedenti) è senz'altro non perspicua, ma, se letta nel quadro dell'interpretazione appena suggerite, finisce con l'acquisire un significato che ne rafforza la coerenza e la plausibilità. Sul piano dell'assetto sintattico, la clausola "fuori dei" implica necessariamente che le fattispecie concrete, riconducibili al quarto comma sono perciò solo estranee a quelle sussumibili nello schema delle figure astratte disegnate dai casi contemplati nei commi precedenti. Ne consegue che le ipotesi descritte da quarto comma non possono che essere *ex se* estranee a quelle definite dai primi tre commi*»³³.

È chiaro, quindi, che tale causa di non punibilità non avrà alcuna incidenza rispetto a condotte sussumibili nel precetto di cui al primo comma, attesa la

³² F. MUCCIARELLI, op. cit.

³³ F. MUCCIARELLI, op. cit.

portata limitata alle sole operazioni che, *ab origine*, difettino delle finalità di investimento e delle modalità intrinsecamente fraudolente.

L'attenta analisi delle disposizioni di cui al quarto comma potrebbe, però, fornire anche un'interpretazione alternativa: la scelta di affiancare il termine "destinazione" alla finalità di utilizzo o godimento dei proventi, sembrerebbe rappresentare proprio la chiave di lettura della causa di non punibilità, anche rispetto al precetto di cui al primo comma.

Concettualmente, infatti, il richiamo di tale termine sembra dirigersi verso la finalità ultima dell'autore del reato sicché, rispetto all'investimento in attività imprenditoriali – tipizzate nel comma primo – il concetto di destinazione sembrerebbe travolgere ed assorbire il *modus* dell'investimento, richiamando una lettura della condotta ad ampio spettro e, quindi, alla ricerca dell'eventuale fine di utilizzo o di godimento personale del provento, ben oltre l'impiego in attività economiche.

La scelta semantica del Legislatore, sembra deporre in tal senso: concettualmente, infatti, l'inciso "vengono destinate" rimanda all'ultimo approdo, richiamando l'intenzionalità dell'autore nel raggiungimento di un obiettivo che è, appunto, il mero utilizzo o godimento personale.

In quest'ottica, l'impiego delle somme in attività imprenditoriali, se letto in combinato disposto con il quarto comma, sembrerebbe rappresentare esclusivamente uno strumento, un mezzo per il raggiungimento del proprio fine che, pertanto, in esso verrebbe chiaramente assorbito.

In altri termini: qualora l'eventuale impiego in attività finanziarie sia l'obiettivo dell'agente per finalità di profitto, la condotta sarà certamente punibile perché prevarrà la lesione all'economia pubblica; diversamente, invece, qualora l'impiego rappresenti solo il mezzo per il godimento personale, la condotta sarà priva di capacità decettiva non sussistendo alcuna finalità imprenditoriale.

Certamente, l'assenza di operazioni concretamente idonee a dissimulare l'origine delittuosa del bene, potrà rappresentare ulteriore strumento interpretativo molto utile: se il fine dell'agente è accrescere il proprio patrimonio mediante il reimpiego dei capitali, è certo che compirà notevoli peripezie per impedire l'agevole ricostruzione del *paper trail*; diversamente, invece, se l'investimento sia solo il mezzo per il godimento personale dei proventi illeciti, l'autore si limiterà a poche, ma essenziali operazioni, necessarie per la propria tutela.

L'autoriciclatore che reimpieghi proventi illeciti, in assenza di ostacoli all'identificazione del bene o nei limiti necessari per evitare di essere scoperto, anche mediante una condotta di impiego in attività imprenditoriali, finanziarie o

speculative, qualora la destinazione finale di quei proventi sia per il godimento personale o il mero utilizzo, potrebbe ritenersi astrattamente non punibile rientrando nella portata di cui al quarto comma.

Sul punto, è utile evidenziare quanto affermato da autorevole dottrina secondo cui, qualora: *«si volesse ripercorrere la sequenza di comportamenti in ottica prettamente teleologica, onde valorizzare lo scopo (di godimento/mera utilizzazione) perseguito dall'agente. Una simile rilettura unitaria dell'azione sgancerebbe la limitazione del tipo dal cordone ombelicale della subalternità rispetto alla disposizione del primo comma, focalizzando l'effettivo sbocco della dinamica comportamentale dell'agente (vale a dire, la destinazione ultima dei proventi illeciti) e conferirebbe margini più accentuati di pratica operatività all'esimente in parola. Detto altrimenti: in siffatta prospettiva, in tutti i casi in cui l'azione – riflessa nella sua totalità – sfoci in godimento personale, anche qualora mediato da condotte in concreto idonee ad ostacolare la ricostruzione della genesi delittuosa, opererebbe sempre lo sbarramento innalzato dalla limitazione del tipo»³⁴.*

Una lettura finalisticamente orientata della causa di non punibilità, sembrerebbe essere anche accolta dalla giurisprudenza in una recente pronuncia sul punto, secondo cui: *«va al proposito ricordato come la norma sull'autoriciclaggio nasce dalla necessità di evitare le operazioni di sostituzione ad opera dell'autore del delitto presupposto e che tuttavia il legislatore raccogliendo le sollecitazioni provenienti dalla dottrina, secondo cui le attività dirette all'investimento dei profitti operate dall'autore del delitto contro il patrimonio costituiscono post factum non punibili, ha limitato la rilevanza penale delle condotte ai soli casi di sostituzione che avvengano attraverso la reimmmissione nel circuito economico finanziario ovvero imprenditoriale del denaro o dei beni di provenienza illecita finalizzate appunto ad ottenere un concreto effetto dissimulatorio che costituisce quel quid pluris che differenzia la semplice condotta di godimento personale (non punibile) da quella di nascondimento del profitto illecito (e perciò punibile)»³⁵.*

7. Autoriciclaggio e reati tributari: l'ammissibilità del reimpiego per equivalente di profitti pari al valore del risparmio di imposta.

Così come già accaduto per i reati di cui agli artt. 648 *bis* e *ter* c.p., anche per il delitto di autoriciclaggio si ripropongono le medesime problematiche connesse

³⁴ S. CAVALLINI e L. TROYER, *Sul nuovo delitto di autoriciclaggio*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2015.

³⁵ Cass. Pen. Sez. II n. 33074 del 2016.

ai rapporti di derivazione necessaria con i reati presupposto, laddove nel precetto si faccia menzione a tutti i delitti non colposi.

Il problema è senz'altro particolarmente sentito proprio nei casi di reimpiego di proventi frutto di reati tributari, laddove il contribuente non abbia ottenuto un incremento patrimoniale, bensì un mero risparmio di imposta.

Il cuore del problema, invero già oggetto di ampio dibattito in tema di riciclaggio, è certamente l'identificazione dell'oggetto materiale del reato presupposto: se il profitto del reato è costituito dal mancato depauperamento senza arricchimento tangibile dell'autore, tale utilità si mescolerà nel patrimonio originario rendendo inutile, oltreché impossibile, qualsivoglia operazione di individuazione dell'oggetto materiale³⁶.

Al fine di porre rimedio a tale problematica, la giurisprudenza in tema di riciclaggio, attraverso un orientamento destinato alla fagocitazione concettuale pressoché onnicomprensiva, aveva ritenuto che nella nozione "altre utilità" richiamata dalla norma, dovesse certamente ricomprendersi ogni forma di vantaggio economicamente apprezzabile incamerato dall'agente sicché, oggetto materiale del reato poteva essere rappresentato sia da valori di incremento patrimoniale, sia da attività fraudolente che ne impediscano il depauperamento³⁷.

Quest'orientamento, seppur idoneo a colmare un *vulnus* normativo, non può certamente ritenersi condivisibile; difatti, come autorevolmente affermato in dottrina: «*il fatto che, in astratto, possano ipotizzarsi casi in cui i delitti tributari producano un profitto riciclabile o re-impiegabile non implica che siano ammissibili forme di riciclaggio o re-impiego per equivalente, in cui non sia possibile, identificare, indipendentemente e anteriormente alla condotta di sostituzione, trasferimento o re-impiego, l'oggetto materiale dei delitti di cui agli art. 648 bis e ter c.p.*».

Sul punto, però, è opportuno effettuare una distinzione: è chiaro che, qualora il profitto riciclato sia pari al valore delle fatture emesse per operazioni inesistenti, seppur in presenza di un'operazione fittizia, sarà possibile circoscrivere ed identificare il *quantum* e, di conseguenza, qualificare l'oggetto materiale del reinvestimento.

Diversamente invece, qualora il delitto tributario si perpetri mediante la sola esposizione documentale, incapace di produrre alcun movimento patrimoniale, il profitto di tale reato corrisponderà ad un valore economico risparmiato,

³⁶ *Ex Multis* Cass. Pen. Sez. II n. 38600 del 2007.

³⁷ Cass. Pen. Sez. II n. 6061 del 2012.

stagnante nel patrimonio originario del soggetto agente e, pertanto, non potrà intendersi quale vantaggio patrimoniale perché corrispondente esclusivamente ad un omesso adempimento di un debito fiscale compiutamente contabilizzato. In questi casi, il successivo reimpiego, stante l'impossibilità di identificare l'oggetto materiale del reato, dovrà intendersi effettuato "per equivalente", con ovvio difetto, altresì, di qualsivoglia modalità di ostacolo nel successivo riciclo. Ed infatti, sul punto, autorevole dottrina, ha eminentemente affermato che: *«qualora il risparmio fiscale, provento del reato presupposto, resti, invece, confuso nel patrimonio del contribuente, senza uscire verso terze destinazioni, ma venendo reimpiegato anche in attività economiche – pertanto non rientranti nella clausola d'esclusione di cui al comma 4 – che costituiscono l'ordinaria attività aziendale, non potrà certo ritenersi che tale condotta sia idonea ad ostacolare concretamente l'identificazione delittuosa del bene»*³⁸.

Tali conclusioni, sono certamente conformi ai parametri definitori contenuti in seno alla Convenzione di Strasburgo per il contrasto al riciclaggio del 1990, la quale, nel definire il provento come ogni vantaggio economico derivato da reato, a sua volta inteso come condotta posta in essere al fine di formare proventi³⁹, plasma, concettualmente, la nozione di provento come un vantaggio economico determinabile come valore aggiunto rispetto al patrimonio del soggetto agente. Allo stesso modo, la Convenzione ONU del 2000, all'art. 2 lett. e), definisce provento del reato *"qualunque bene derivato o ottenuto, direttamente o indirettamente, attraverso la commissione di un reato"*, qualificato alla successiva lett. h) come *"qualunque reato a seguito del quale è generato un profitto passibile di divenire l'oggetto di un reato di cui all'art. 6 della presente Convenzione"*.

Ne emerge, dal combinato disposto di tali definizioni, un concetto di provento del reato che richiama forme di incremento patrimoniale: si parla, infatti, di "vantaggio economico", "formazione di proventi" e "generazione di profitti", terminologia che, inequivocabilmente, si plasma sull'accrescimento delle capacità patrimoniali e, in altri termini, rimanda ad ipotesi di costituzioni di utili *ex novo*, che siano, cioè, autonomamente quantificabili e qualificabili.

³⁸ S. CAVALLINI e L. TROYER, op. cit.

³⁹ Convenzione di Strasburgo "sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato" del 1990, art. 1 lett. A) "*«provento» significa ogni vantaggio economico derivato da reati. Esso può consistere in qualsiasi valore patrimoniale, come definito nel sottoparagrafo b del presente articolo*"; lett. E) "*«reato principale» significa qualsiasi reato in conseguenza del quale si formano proventi che possono diventare oggetto di uno dei reati definiti all'articolo 6 della presente Convenzione*".

Inoltre, numerose sono le sentenze di legittimità nazionali che intendono il profitto come lucro, cioè vantaggio economico ricavabile per effetto diretto della commissione del reato.

Se allora, il profitto del reato si determina in un beneficio aggiunto, un valore ulteriore di natura patrimoniale, è chiaro che, concettualmente, si debba far riferimento a "beni ed ogni altra utilità" come ad un valore positivo che si aggiunge al patrimonio del soggetto agente; *ex adverso*, un mancato depauperamento, seppur illecito e seppur certamente identificabile come un vantaggio, non esprime un potenziale incremento dello stato patrimoniale del reo sicché, il valore pari al mancato esborso non si caricherà automaticamente di intrinseca illiceità e, di conseguenza, l'eventuale successivo reimpiego non potrà ritenersi penalmente rilevante.

Tuttavia, nonostante una giurisprudenza non sempre coerente e condivisibile, in tema di reati tributari si è ritenuto ammissibile la confisca nelle forme per equivalente del valore pari al mancato esborso delle imposte, in base al principio secondo cui il profitto del reato, identificandosi come qualsivoglia vantaggio patrimoniale direttamente conseguito dalla consumazione del reato, potesse riferirsi anche al risparmio di spesa derivante dal mancato pagamento del tributo, interessi e sanzioni dovuti a seguito dell'accertamento del debito tributario.

Principio che, integralmente, si è trasposto in tema di riciclaggio, laddove, ritenendo tale delitto funzionale alla repressione di ogni vantaggio economico derivante dal compimento dei reati presupposto, si è ritenuta la locuzione "altre utilità" terminologia onnicomprensiva ascrivibile a qualsivoglia tipologia di provento e, dunque, riferibile a qualsiasi valore apprezzabile, comprensivo del mancato depauperamento patrimoniale o dell'eventuale risparmio di spesa⁴⁰.

A ben vedere, però, il medesimo ragionamento si espone ad ampie criticità se rapportato al delitto di autoriciclaggio, attese le ontologiche difformità che sussistono tra le fattispecie criminose: difatti il provento, seppur corrispondente a mero risparmio di imposta, per essere reimpiegato ad opera di terzi, dovrà necessariamente distaccarsi dal patrimonio dell'autore del delitto presupposto, assumendo pertanto forma e valore ben definita; diversamente, invece, non potrà giungersi a medesime conclusioni qualora il provento di reato presupposto,

⁴⁰ Cass. SS. UU. N. 10561 del 2014; Cass. Pen. Sez. III n. 9392 del 2015: "*in caso di attività di riciclaggio o reimpiego di profitti illeciti derivanti da precedenti reati tributari, il profitto del reato di riciclaggio o reimpiego deve intendersi assolutamente sovrapponibile al profitto dell'illecito fiscale, il quale a sua volta va identificato – non con l'imponibile sottratto a tassazione, ma – nel quantum di imposta evasa*".

frutto di un mancato esborso, venga reimpiegato ad opera dell'autoriciclatore attraverso operazioni lineari e per finalità imprenditoriali.

Se, infatti, ai fini della configurazione dell'art. 648 *ter.1* c.p., elemento di discriminazione è dato essenzialmente dalle modalità di investimento – concretamente idonee a dissimulare l'origine illecita – e dalla destinazione delle stesse, il principio in esame non consentirebbe di fornire soluzioni utili nelle ipotesi di sedimentazione su conti correnti di somme identificabili in indebiti risparmi di imposta, laddove, ad esempio, il mero deposito delle stesse presso un istituto bancario, produca interessi e, quindi, utili economicamente apprezzabili.

Ed ancora, medesimi dubbi interpretativi permarranno nei casi in cui la destinazione d'uso di somme di denaro, trattenute indebitamente da parte di un imprenditore/contribuente, vengano destinate al pagamento dei propri dipendenti o, eventualmente, trasferite sul proprio conto personale per fini privati.

Con ogni probabilità, quindi, dinanzi a siffatte pressioni giurisprudenziali, la scelta più opportuna, attesa altresì l'ontologica impossibilità di qualificare, in ipotesi del genere, l'oggetto materiale del reato, sarebbe stata, come autorevolmente previsto dalla Commissione di studio Fiandaca⁴¹, quella di procedere ad introdurre nel corpo della norma un'interpretazione autentica del concetto di provento del reato di autoriciclaggio, dedicando eventualmente precipua inclusione, altresì, al risparmio di imposta derivante da reato tributario ed arginando, in tal senso, fenomeni interpretativi onnicomprensivi.

7.1. Le ricadute sostanziali derivanti dall'innalzamento delle soglie di punibilità ad opera del D. Lgs. 158/15 rispetto alle successive condotte di reimpiego dei proventi.

Tra le principali criticità sottese ai fragili equilibri di interazione tra i reati tributari e l'art. 648 *ter.1* c.p., ben oltre le problematiche relative all'identificazione del provento reimpiegabile nelle forme per equivalente, certamente devono inserirsi gli ovvi problemi di coordinamento e, conseguenzialmente di astratta configurabilità dell'autoriciclaggio, in presenza di interventi normativi modificativi delle fattispecie presupposto.

Sul punto, infatti, in tema di reati tributari, non vi è dubbio che l'intervenuta modifica dell'intero impianto penal-tributario ad opera del D. Lgs. 158/15, nel

⁴¹ Commissione FIANDACA, relazione per lo studio sull'autoriciclaggio, istituita il 10.06.2013, pag.9).

determinare l'innalzamento delle soglie di punibilità dei reati dichiarativi, abbia rappresentato un *novus* direttamente incidente sulla rilevanza penale del successivo reimpiego dei proventi risparmiati.

L'innalzamento delle soglie, nell'incidere sensibilmente sulla rilevanza penale dell'evasione, non può che avere effetto travolgente anche per le successive condotte autoriciclati, laddove, l'illiceità penale della porzione di patrimonio corrispondente all'imposta evasa, disperde il proprio disvalore divenendo mera irregolarità amministrativa.

La soluzione, tuttavia, non pare così scontata: in tema di *abolitio criminis* del reato presupposto e successivo reato di reimpiego, l'orientamento giurisprudenziale più recente, appare particolarmente rigoroso ed orientato a fornire una interpretazione restrittiva, ritenendo che la provenienza delittuosa dell'oggetto materiale dei reati di riciclaggio, rappresenti elemento normativo della fattispecie e, pertanto, effetti tipici dell'intervenuta *abolitio criminis*, troverebbero genesi e disciplina nel fenomeno della successione delle leggi penali previste dall'art. 2 comma 2 c.p.; sicché alcun effetto dispiegherebbe, rispetto alle fattispecie di ricettazione/riciclaggio/reimpiego ed al proprio disvalore, incidendo unicamente su disposizioni influenti sull'applicazione della norma.⁴²

La "provenienza da delitto" dell'oggetto materiale, quindi, deve necessariamente parametrarsi al momento storico della condotta tipizzata dai baluardi penali antiriciclaggio, a nulla rilevando la successiva vicenda modificativa o soppressiva del reato presupposto.

L'orientamento, seppur corretto *ex se*, non può ritenersi condivisibile con riferimento all'intervenuta modifica ad opera del D. Lgs 158/15; tale modifica normativa, attraverso l'innalzamento delle soglie di punibilità, modifica la struttura genetica dei delitti tributari, incidendo direttamente su di un elemento costitutivo della fattispecie, sicché non è certamente corretto parlare di parziale *abolitio criminis*.

Infatti, conformemente, l'orientamento formatosi sul punto, ha ritenuto correttamente applicabile la formula assolutoria del "fatto non sussiste", perché

⁴²Cass. Pen. Sez. VII Ordinanza n. 20644 del 16.02.2016: "La ricettazione di bene proveniente dal reato presupposto di cui all'art. 647 cod. pen. conserva rilevanza penale anche dopo la depenalizzazione, ad opera del D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, del reato di appropriazione di cosa smarrita, atteso che nella ricettazione la provenienza da delitto dell'oggetto materiale del reato è elemento definito da norma esterna alla fattispecie incriminatrice, per cui l'eventuale abrogazione di tale norma non assume rilievo ai sensi dell'art. 2 cod. pen., dovendo la rilevanza penale del fatto essere valutata con esclusivo riferimento al momento in cui ha avuto luogo la condotta tipica di ricezione della cosa".

incidente sulla carenza di un elemento costitutivo della fattispecie e non, invece, con la formula del "fatto non costituisce (più) reato", più consona, a parere del Supremo Collegio, nei casi di fattispecie astratta mai esistita, abrogata o dichiarata in toto costituzionalmente illegittima⁴³.

Ebbene, in quest'ottica, se l'intervenuta modifica normativa abbia puramente inciso sulla portata di un elemento costitutivo del reato presupposto, deve coerentemente ritenersi insussistente in fatto, conseguendone pertanto che, l'oggetto materiale derivante da tale delitto, sarebbe privo *ex tunc* di illiceità penale, sicché anche l'eventuale reimpiego già operato, verrebbe sterilizzato da illegalità.

8. Conclusioni: le preannunciate sofferenze e l'esigenza di un'interpretazione costituzionalmente orientata.

All'esito delle considerazioni affrontate in questo breve contributo, di certo, non si potrà tracciare un giudizio sulla norma che sia pienamente soddisfacente; più che rottura con il passato, l'art. 648 *ter*.1 c.p. appare come norma di compromesso tra le esigenze di repressione di nuovi beni giuridici e di tutela di vecchie garanzie, disattendendo le aspettative e risultando, ad ormai 3 anni dall'entrata in vigore, scarsamente incisiva per gli obiettivi preposti.

D'altronde, entrambe le Commissioni di studio avevano delineato a chiare lettere i punti dolenti della nuova fattispecie, rappresentando in termini inequivocabili quelli che dovevano essere i limiti espressi della norma, affinché fosse compatibile con il complesso sistema di garanzie attribuite all'autore del reato presupposto.

Di queste espresse richieste, il Legislatore sordo non ne ha tenuto conto; in ossequio al *trend* legislativo degli ultimi anni, l'art. 648 *ter*.1 c.p. si mostra norma poco incisiva la quale, nel vano tentativo di accordare volontà politiche bipartisan, risulta poco chiara ed efficace rispetto alla delicatissima materia nella quale va ad incidere.

La fattispecie, all'interno della quale avrebbe dovuto trovare ampio spazio la tutela dei principi del *nemo tenetur se detegere* e del *ne bis in idem* sostanziale, appare, invece, totalmente priva di cautele.

La causa di non punibilità di cui al quarto comma, introdotta al fine escludere rilevanza penale a condotte di mera utilizzazione personale del provento illecito, così come ideata appare assolutamente inefficace per lo scopo, rappresentando un mero riflesso esterno della condotta punibile del primo comma; priva di alcun

⁴³ Cass. pen., sez. III n. 3098 del 2015; Cass. Pen. Sez. III n. 1626 del 2015.

elemento specializzante e destinata, come ritenuto da autorevole dottrina, ad una *interpretatio abrogans*⁴⁴, da parte di un formante giurisprudenziale particolarmente rigoroso.

Il rischio concreto che potrebbe verificarsi, attesi i numerosi punti di contatto tra i reati dell'universo antiriciclaggio, è che la giurisprudenza tenda a non diversificarsi, piuttosto ad appiattirsi ed uniformarsi ai canoni già delineati riguardo alle fattispecie-madre.

La scelta, tutt'altro che corretta, di riproporre lo schema oggettivo del riciclaggio mediante il richiamo dei termini di "sostituzione" e "trasferimento", porterà con ogni probabilità, l'interprete a mutuare dagli orientamenti già delineatisi in materia la portata applicativa delle condotte, pur in presenza di un'ontologica incompatibilità strutturale.

Le previsioni, sul punto, sono tutt'altro che rosee; i primi approdi giurisprudenziali registrati sembrano, infatti, già ripercorrere i sentieri tracciati precedentemente, laddove viene affermato che: *«Il delitto di autoriciclaggio è configurabile anche quando l'attività descritta dall'art. 648-ter.1 c.p. ha ad oggetto il provento del delitto dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici di cui all'art. 3, D.Lgs. n. 74/2000 ancorché la relativa dichiarazione non sia stata ancora presentata e potendo coincidere - con sussistenza tanto del reato di autoriciclaggio che di dichiarazione fraudolenta - i mezzi fraudolenti utilizzati per evadere le imposte con la condotta intesa al contempo ad occultare e riciclare le relative somme»*⁴⁵.

Un principio, questo riportato, assolutamente allarmante che riscontra le paure di numerosi autori: il pericolo di una duplicazione dell'incriminazione è presto raggiunto, laddove attraverso l'assimilazione, uniformità e piena coincidenza del mezzo fraudolento, si giunge ad affermarne la coesistente responsabilità per due reati diversi e, tra loro, cronologicamente conseguenti.

Nella medesima direzione, sembra inoltre concretizzarsi il pronostico infausto in tema delle modalità di ostacolo all'identificazione del bene: in presenza, infatti, di un rafforzamento dell'accertamento giudiziale sulle modalità di ostacolo all'identificazione mediante l'introduzione dell'avverbio "concretamente", spiace constatare come, l'attuale formante giurisprudenziale, pare indirizzato verso l'annichilimento della portata dell'avverbio, in favore di un'interpretazione di comodo, conforme ai canoni onnicomprensivi già tracciati in tema di riciclaggio;

⁴⁴ In senso conforme, F. SGUBBI, *Sul nuovo delitto di autoriciclaggio*, www.dirittocontemporaneo.it, 2015.

⁴⁵ Cass. Pen. Sez. II n. 18308 del 21.03.2017.

così come affermato in una recentissima pronuncia, secondo la quale: «*Qualora il denaro provento del delitto venga "caricato" su di una carta prepagata intestata alla persona offesa, consegnata ad un terzo che preleva dallo sportello bancomat (senza il consenso della vittima), non è escluso, ancorché l'operazione sia tracciabile, l'ostacolo all'identificazione della provenienza delittuosa richiesto dall'art. 648-ter.1 c.p. in materia di autoriciclaggio*»⁴⁶.

In tal senso, l'auspicio per il futuro è che il formante giurisprudenziale tenga in conto dei diversi principi in bilanciamento sottesi alla nuova norma, invertendo il *trend* negativo nel quale già sembra essersi assestata e valorizzando a pieno tali elementi, certamente specializzanti rispetto alle altre norme poste a presidio dell'economia pubblica.

È evidente, quindi, che le perplessità esplicitate da autorevole dottrina sugli effetti distorti possibili a seguito dell'introduzione dell'autoriciclaggio, debbano ritenersi tutt'altro che infondate; in tal senso, atteso il percorso rigoroso intrapreso dalla giurisprudenza, l'unico correttivo possibile potrà essere un intervento legislativo, indirizzato verso il corretto bilanciamento delle esigenze repressive e della tutela dei principi costituzionali.

Ciò principalmente per impedire, soprattutto nelle difficili correlazioni tra i reati tributari e l'autoriciclaggio, ingiustificati automatismi incriminatori, puntando coerentemente, alla valorizzazione del principio di offensività, al fine di evitare incriminazioni generalizzate verso tutte le condotte di impiego di denaro provenienti da reati fiscali.

La priorità, soprattutto in tali ambiti, pare essere dettata dalla necessità di porre al centro dell'attenzione l'individuazione della modalità di occultamento della risorsa, evitando di incriminare comportamenti privi della capacità decettiva di ostacolo al *paper trail* poiché, diversamente, mediante l'applicazione del formante giurisprudenziale tracciato in tema di riciclaggio, comporterebbe l'incriminazione per violazione dell'art. 648 *ter.1* c.p., nei confronti di tutti gli autori di reati tributari, indistintamente.

Non potranno, infatti, avere lo stesso peso, la condotta dell'amministratore di una società che, autore del delitto di omesso versamento IVA, destini le somme risparmiate – e quindi già parte del proprio patrimonio – al pagamento dei propri dipendenti o fornitori, rispetto alla condotta di chi, diversamente, trasferisca tali somme su un conto *ad hoc* per, successivamente, reinvestire il denaro in ulteriori attività imprenditoriali.

⁴⁶ Cass. Pen. Sez. II n. 29519 del 16.03.2017.

In conclusione è chiaro che, onde arginare una moltiplicazione infinita di incriminazioni per autoriciclaggio, soprattutto se da reato tributario, l'unico discrimine valido non potrà che essere determinato dalla valorizzazione degli elementi specializzanti tipici dell'art. 648 *ter*.1 c.p., nonché dalla stringente ricerca e valutazione del requisito dell'idoneità decettiva della condotta rispetto alle finalità imprenditoriali; sarà proprio in questo ambito che l'interprete dovrà operare con maggior rigore.

La legittima difesa domiciliare

di Angela Pedone*

1. Introduzione. **2.** La proiezione spaziale della persona: il domicilio. **3.** Le cause di giustificazione. **3.1.** Analisi della legittima difesa. **4.** La scomposizione teorica delle caratteristiche della peculiare disciplina della legittima difesa domiciliare. **5.** Conclusioni: la discussa proposta di legge n. 3785 del 4 maggio 2017.

1. Introduzione.

Il presente lavoro cercherà di fornire una ricostruzione unitaria e chiarificatrice dell'attualissimo argomento "legittima difesa domiciliare".

Tale percorso si snoderà, in primo luogo, attraverso l'analisi della nozione di domicilio e di privata dimora per poi procedere alla dettagliata descrizione della legittima difesa e della nuova legittima difesa domiciliare, anche alla luce della recente giurisprudenza di legittimità. Infine, verranno tracciate le linee essenziali del percorso condotto dalla Camera nell'approvazione della riforma n. 3785, avvenuta il 4 maggio 2017. Mutamento che andava necessariamente analizzato, anche in virtù delle non poche perplessità che ha destato.

2. La proiezione spaziale della persona: il domicilio.

Gastone Bachelard, nel 1957, nel suo celebre saggio "La poetica dello spazio", affermava che: «la casa è il nostro angolo di mondo, è, come è stato spesso ripetuto, il nostro primo universo. Essa è davvero un cosmo, nella piena accezione del termine. [...] La casa, nella vita dell'uomo, travalica le contingenze, moltiplica i suoi suggerimenti di continuità»⁴⁷. In questo saggio si scorge il valore che l'uomo attribuisce alla casa, quale simbolo di sicurezza e protezione. La casa rappresenta la persona e la identifica anche nei rapporti interpersonali. Orbene, venendo agli attuali parametri di collegamento tra persone e luoghi possono distinguersi tre criteri: il domicilio, la residenza e la dimora. Secondo una definizione classica, anche se metaforica, il domicilio è la proiezione spaziale della persona.

Il concetto di domicilio, infatti, è presente sin dalle più antiche fonti del diritto romano ed è stato puntualizzato solo nel corso della seconda metà del XIX secolo

* Tirocinante ex art. 73 D.L. 69/2013 presso il Tribunale di Taranto.

⁴⁷ Cfr. G. BACHELARD, *La poetica dello spazio*, 1957, p. 4.

con l'acquisizione di una rilevanza giuridica autonoma che lo distingue oggi sia dal concetto di cittadinanza sia dalla nozione di residenza.⁴⁸ Esso incontra, già prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, almeno due concettualizzazioni di carattere generale. Trattasi, per un verso, della nozione di domicilio impegnata nel diritto penale e, per altro verso, di quella usata nell'ambito del diritto civile. Tali nozioni, definite chiaramente all'interno dei rispettivi codici, sono assai differenti nel loro contenuto e profondamente distanti nella loro *ratio* giustificatrici⁴⁹.

La presenza nell'ordinamento italiano di queste due nozioni di domicilio ha fatto sorgere l'interrogativo circa il significato da assegnare alla nozione stessa introdotta dalla Costituzione, ossia se ricorrere alla nozione civilistica di domicilio, o a quella di matrice penalistica, ovvero se elaborare una nozione ulteriore e propriamente costituzionale di domicilio.

La scelta interpretativa di stampo civilistico prende le mosse dall'art. 43 c.c., che definisce il domicilio come il luogo in cui una persona stabilisce «la sede principale dei suoi affari ed interessi» distinguendolo dalla residenza che, invece, costituisce «il luogo in cui la persona ha la dimora abituale». Tuttavia, per quanto parte della dottrina abbia rimarcato il riferimento all'esplicazione della propria attività lavorativa, e dunque dei propri affari ed interessi, come profilo inerente al concetto di domicilio di cui all'art. 14 Cost.⁵⁰, la ristrettezza della nozione civilistica di domicilio non ha consentito un suo utilizzo nella diversa prospettiva costituzionalistica.

Tale osservazione ha dato luogo ad un orientamento decisamente favorevole alla seconda opzione ermeneutica richiamata. La dottrina maggioritaria⁵¹ del secondo dopoguerra, infatti, ha espressamente riconosciuto nella nozione penalistica di domicilio il riferimento appropriato e risolutivo della controversia posta in relazione all'oggetto dalla previsione costituzionale in questione⁵².

⁴⁸ Cfr. P. GROSSI, Domicilio (diritto intermedio), in Enc. dir., XIII, Milano, 1964, p. 838 e ss..

⁴⁹ Cfr. C.E. TRAVERSO, La nozione del concetto di domicilio nell'art. 14 della Costituzione, in Studi in onore di Antonio Amorth, II, Milano, 1982, p. 585 ss..

⁵⁰ Cfr. C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, II, ed. VIII, Padova, 1969, p. 967-968; A. BOZZI, Istituzioni di diritto pubblico, ed. VII, Milano, 1985, p. 485.

⁵¹ Cfr. L. PALMA, Corso di diritto costituzionale, III, III ed., Firenze, 1885, p. 67 ss.; F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, Commento allo statuto del Regno, II, Torino, 1909, p. 110 ss..

⁵² Cfr. G. BASCHIERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA, C. GIANNATTASIO, La costituzione italiana, Firenze, 1949, p. 87; G. ABBAMONTE, Disciplina vincolistica, sublocazioni parziali e libertà di domicilio, in Rass. dir. pubbl., 1950, II, 671 ss.; P. BARILE, E. CHELI, Domicilio (libertà di), in Enc. dir., XIII, Milano, 1964, 861 ss.; P. BARILE, Le libertà nella costituzione - Lezioni, Cedam, 1966, p. 147 ss..

Più in dettaglio, l'art. 614 c.p. identifica il domicilio con la semplice «abitazione» o «altro luogo di privata dimora», comprese le appartenenze e, dunque, con un qualunque luogo riservato, legittimamente ed effettivamente adibito ad uso domestico. Tale nozione di domicilio fa uso di un concetto sufficientemente ampio, che prescinde dall'ideale di proprietà per riferirsi piuttosto ad un interesse legato alla garanzia dell'intimità che qualifica la vita privata in generale come l'attività domestica in particolare. In questi termini, il concetto di domicilio di matrice penalistica si rinviene, più propriamente, in quello spazio fisico la cui tutela sottende quell'interesse alla riservatezza che caratterizza il rapporto tra l'individuo e la sua dimora privata nella quale svolge, effettivamente e volontariamente, la sua attività domestica, la quale non deve necessariamente identificarsi in quella abituale, qualificandosi così a prescindere dalla sua eventuale precarietà temporale⁵³.

L'ultima opzione interpretativa sul significato da assegnare al domicilio contenuto nella Costituzione propende invece per la sua "autosufficienza"⁵⁴. Secondo tale impostazione, l'autonomia del domicilio costituzionale rispetto alle altre nozioni di domicilio già presenti nell'ordinamento giuridico italiano si ricava essenzialmente dalla differente natura e funzione di garanzia della Costituzione, a cui non occorre alcun rinvio alla elaborazione civilistica o penalistica del domicilio.

Ma, secondo quanto efficacemente sottolineato in dottrina⁵⁵, la discordanza tra gli ambiti di tutela individuati dalle nozioni di domicilio penale e di domicilio costituzionale risulta essersi nel tempo affievolita e la distanza tra i due concetti in larga parte ridotta⁵⁶.

Tale tendenza trova riscontro nell'ordinamento giuridico vigente, manifestandosi, per un verso, mediante l'opera svolta dal legislatore con l'introduzione nel codice penale di una nuova fattispecie di reato volta a sanzionare determinate invasioni nella vita privata che si svolge nel domicilio (art. 615-*bis* c.p.), per altro verso, grazie al contributo offerto dalla giurisprudenza, la quale ha consolidato un'interpretazione estensiva del concetto

⁵³ Cfr. P. SCARLATTI, Libertà e inviolabilità del domicilio, Diritto on line, 2016.

⁵⁴ Cfr. G. MOTZO, Contenuto ed estensione della libertà domiciliare, in Rass. dir. pubbl., 1954, II, 507 ss.; I. FASO, La libertà di domicilio, Milano, 1968, 18 ss.; A. PACE, Problematica delle libertà costituzionali: lezioni, II, II ed., Padova, 1992, 214 ss..

⁵⁵ Cfr. P. CARETTI, I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali, III ed., 2011, p. 322; C.E. TRAVERSO, op. cit., p. 615-616; P. BARILE, op. cit., p. 155.

⁵⁶ Cfr. P. SCARLATTI, op. cit..

di privata dimora⁵⁷. Tali circostanze hanno concorso ad ampliare l'ambito di tutela penale della libertà domiciliare, così favorendo una sostanziale coincidenza tra il concetto di domicilio penale e quello costituzionale⁵⁸.

Per l'individuazione del sostrato semantico della nozione di domicilio è utile l'analisi dell'art. 614 cod. pen. da cui sono desumibili i concetti di «abitazione», di «altro luogo di privata dimora» e di «appartenenza»⁵⁹ che costituiscono l'oggetto materiale del reato⁶⁰, designato mediante una norma tetica, a carattere descrittivo e definitorio. Per «abitazione» si intende il luogo adibito attualmente, legittimamente e liberamente, ad uso domestico di una o più persone, mentre per «luogo di privata dimora» si intendeva quello adibito, per un determinato tempo od occasionalmente, allo svolgimento di ciò che, in tutto o in parte, interessa la vita privata, per cui si rende palese ed efficace la volontà del dimorante di escludere le persone non autorizzate ad entrarvi o a rimanervi, caratteristica che connota i suddetti luoghi, denominata *ius excludendi alios*. La natura assai ampia del concetto di «domicilio» è evidente, se si considera che vi sono comprese anche le «appartenenze» dei suddetti luoghi, nonché quelli dipendenti o comunque funzionalmente connessi agli stessi, che nonostante non siano parte integrante dell'ambiente che costituisce l'abitazione o altro luogo di privata dimora, sono tuttavia adibiti permanentemente a servizio o completamento dell'uno o dell'altro, partecipando della loro natura riservata⁶¹. La delineazione di un concetto così ampio è indice inequivocabile della volontà del legislatore di assicurare la più ampia tutela domiciliare, ben maggiore di quella garantita dal Codice Zanardelli, promuovendo la protezione di qualunque luogo funzionale all'esplicazione della vita privata dell'individuo⁶².

La nozione di «domicilio», quindi, va ricostruita in prospettiva della "oggettività giuridica del reato, e cioè in funzione del bene tutelato dalla norma di cui si tratta"⁶³: ciò che veramente conta, invero, "non è la durata, ma il tipo di rapporto

⁵⁷ Cfr. C. MAINARDIS, art. 14, in Comm. breve Cost. Bartole-Bin, Padova, 2008, p. 115-116.

⁵⁸ Corte cost., 31 marzo 1987, sentenza n. 88, punto 2. Per un commento della pronuncia, A. PACE, Zone protette e «oneri» dei visitatori (tra funghi e libertà), in *Le Reg.*, 1987, p. 1080 ss.; G. PAGANETTO, Libertà domiciliare nelle autovetture e limiti alla tutela dell'ambiente, in *Giur. cost.*, 1987, p. 1779 ss..

⁵⁹ MUSACCHIO, voce: Violazione di domicilio, in *Dig. pen.*, IV, XV, p. 230.

⁶⁰ PERRA, Violazione di domicilio (614, 615), in Cocco-Ambrosetti, *Trattato*, p. 448.

⁶¹ MUSACCHIO, op. cit., 230.

⁶² Cass. pen., 19 ottobre 1992, in *Cass. pen.*, 1992, p. 991; GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2005, 197.

⁶³ Cfr. PISAPIA, Rilievi sulle nozioni di «luogo pubblico», «luogo aperto al pubblico» e «luogo di privata dimora», in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 114 s.

che passa tra il luogo e la persona⁶⁴. Il bene giuridico tutelato dal delitto di violazione di domicilio è "la persona, considerata in un determinato ambito spaziale nel quale si concretizzano comportamenti di carattere intimo, domestico o quanto meno privato"⁶⁵. E' necessario e sufficiente, pertanto, che il luogo, isolato dall'ambiente esterno e precisamente determinato, sia idoneamente e attualmente destinato alla esplicazione anche di un solo atto della vita privata, purché sia palese la volontà del soggetto di svolgere la suddetta attività al riparo da ingerenze di terzi⁶⁶.

È in particolare con riferimento al delitto di cui all'art. 614 c.p., che il concetto di "privata dimora" ha ricevuto una prima elaborazione da parte della giurisprudenza. Questo è stato sin da subito considerato più ampio di quello di abitazione, al punto da ricomprendere ogni luogo che risulti funzionale, in via temporanea o permanente, all'esplicazione della vita privata dell'individuo in ogni sua sfaccettatura, comprensiva della sua vita politica, culturale, lavorativa e ricreativa. In tale cornice è stato, pertanto, ricondotto ogni ambiente all'interno del quale l'individuo estrinseca la propria personalità, anche attraverso lo svolgimento di attività lavorative di natura professionale, commerciale o imprenditoriale.

In un percorso di progressiva estensione del concetto di "privata dimora" la giurisprudenza ha riconosciuto configurabile il delitto di violazione di domicilio persino in relazione a luoghi aperti al pubblico, e in particolare a esercizi commerciali. A tal fine, si è valorizzata, quale criterio identificativo, la possibilità per l'interessato di esercitare uno *ius excludendi* in ordine al suddetto luogo, ossia il diritto di escludere, per vari motivi, l'ingresso o la permanenza nello stesso di determinate persone; in questo modo sono stati qualificati come "luoghi di privata dimora" non solo studi professionali e uffici privati⁶⁷, ma pure

⁶⁴ Trib. Roma, 13 novembre 1985, in Cass. pen., 1986, 1026: oggetto di tutela è «il carattere privato della relazione che la persona stabilisce con il luogo, destinandolo a riparo delle sue vicende di vita dalle intrusioni di terzi»; cfr. PAZIENZA, voce Domicilio (dir. pen.), in Enc. giur., XII, Roma, 1988, p. 5.

⁶⁵ SINISCALCO, voce Domicilio (violazione di), in Enc. dir., XII, Milano, 1964, p. 872.

⁶⁶ Cfr. BARILE-CHELI, op. cit., 862 s.

⁶⁷ cfr. ad es. Cass. pen., Sez. V, 27 novembre 1996, sent. n. 206905, Lo Cicero.

uffici di banche⁶⁸, stabilimenti industriali⁶⁹ ed esercizi commerciali, tra i quali ristoranti⁷⁰, negozi⁷¹, trattorie⁷², tabaccherie⁷³.

In materia di interferenze illecite nella vita privata (art. 615-*bis* c.p.) e di intercettazioni ambientali (art. 266 comma 2 c.p.p.), nella giurisprudenza di legittimità si è affermato, come osservato anche in dottrina⁷⁴, un orientamento più restrittivo. Due sono sostanzialmente i criteri adoperati: da un lato, quello della pubblica accessibilità dei luoghi, che di per sé escluderebbe la riservatezza; dall'altro, quello dell'occasionalità o temporaneità della presenza nel luogo.

Sul punto, sono intervenute le Sezioni Unite *Prisco* che, pronunciandosi in materia di intercettazioni, hanno precisato che la nozione di "domicilio" accolta dal codice penale sottintende "un particolare rapporto con il luogo in cui si svolge la vita privata, in modo da sottrarre la persona da ingerenze esterne, indipendentemente dalla sua presenza"; sulla base di tale principio esse hanno rifiutato l'attribuzione della qualifica di "luogo di privata dimora" ad un *privè* di un locale notturno, in cui alcuni clienti si recavano per appartarsi e commettere attività delittuose. Allo stesso modo, altre pronunce successive hanno escluso che potessero configurare una privata dimora luoghi come una *toilette* pubblica⁷⁵, l'abitacolo di un'autovettura⁷⁶, oppure le docce di una piscina comunale⁷⁷.

Con riferimento alla numerosa casistica concernente gli esercizi commerciali, però, è comunque generalmente prevalsa una lettura ampia della nozione in esame.

Tale intricato percorso ha spinto i Giudici di Cassazione a richiedere finalmente l'intervento del massimo organo di nomofilachia.

⁶⁸ Cfr ad es. Cass. pen., Sez. I, 2 maggio 1978, sent. n. 139981, Maida.

⁶⁹ Cfr ad es. Cass. pen., Sez. V, sent. 4 luglio 1985, n. 171090, Perini.

⁷⁰ Cfr. ad es. Cass. pen., Sez. II, sent. 6 novembre 1984, n. 1353, Barbagallo.

⁷¹ Cfr. ad es. Cass. pen., Sez. V, sent. 26 ottobre 1983, n. 161607, Logiudice, la quale ha peraltro precisato che i pubblici esercizi sono luoghi di privata dimora non solo quando sono aperti al pubblico, ma anche, a maggior ragione, in orario di chiusura.

⁷² Cfr. ad es. Cass. pen., Sez. I, sent. 9 maggio 1979, n. 143105, Mastropiero.

⁷³ Cfr. ad es. Cass. pen., Sez. II, sent. 27 marzo 1973, n. 124963, Spiritoso.

⁷⁴ Cfr. G. L. GATTA, *Delitti contro l'inviolabilità del domicilio*, in F. Viganò (a cura di), *Reati contro la persona*, II ed., Torino, Giappichelli, 2015, p. 318 ss.

⁷⁵ Cfr. ad es. Cass. pen., Sez. V, sent. 3 marzo 2009, n. 11522, Fabro.

⁷⁶ Cfr. ad es. Cass. pen., Sez. V, sent. 6 marzo 2009, n. 28251, Pagano.

⁷⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 15 maggio 2015, n. 28174, Capanna.

Invero, sono state da ultimo depositate le motivazioni della sentenza con cui le Sezioni Unite della Cassazione⁷⁸ hanno offerto una nuova definizione della nozione di "privata dimora" volta a risolvere, una volta per tutte, la *vexata quaestio* concernente l'estensione di tale concetto al punto di farvi rientrare anche gli esercizi commerciali e gli altri luoghi di lavoro aperti al pubblico.

Per una compiuta disamina di tale questione, le Sezioni Unite riconoscono di dover anzitutto procedere a una corretta definizione della nozione di "privata dimora", alla quale il legislatore fa riferimento in norme sia di carattere sostanziale (agli artt. 614, 615, 615-*bis*, 628 co. 3, n. 3-*bis*, 52 co. 2 c.p.), sia di carattere processuale (e in particolare all'art. 266 co. 2 c.p.p.).

Come già anticipato, l'orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità è stato quello estensivo, ossia quello che considera il concetto di privata dimora comprensivo tutti i luoghi al cui interno un soggetto possa vantare un generico *ius excludendi* e in cui egli si trattenga per compiere, anche in maniera transitoria e contingente, atti della vita privata, tra i quali rientrano anche le attività lavorative di natura professionale, commerciale o imprenditoriale.

In alcune decisioni di legittimità, invero, la Suprema Corte ha in passato cercato di limitare la portata estensiva dell'interpretazione del concetto di privata dimora. Vanno in questa direzione, in particolare, quelle sentenze che hanno escluso la configurabilità del reato di furto in abitazione nei casi in cui il soggetto si era introdotto all'interno di un esercizio commerciale in orario notturno (o, in generale, in orario di chiusura)⁷⁹, oppure quelle che in simili casi hanno richiesto l'accertamento della prevedibile presenza di persone all'interno del luogo intente allo svolgimento di atti della vita privata (a prescindere dall'orario in cui il fatto si è verificato⁸⁰).

Tali soluzioni, tuttavia, secondo le Sezioni Unite risultano non condivisibili, in quanto produrrebbero l'inaccettabile effetto di far dipendere l'applicabilità di un trattamento sanzionatorio più grave dalla presenza o assenza di elementi estranei alla fattispecie, e per di più vaghi e accidentali, determinando peraltro

⁷⁸ S. BERNARDI, Le Sezioni Unite ridefiniscono la nozione di privata dimora ai fini dell'art. 624-*bis* c.p. Nota a Cass., SSUU, sent. 23 marzo 2017 (dep. 22 giugno 2017), n. 31345, Pres. Canzio, Rel. Amoresano, Ric. D'Amico. In particolare, le S.U. sono chiamate a meglio delineare i confini dell'area di applicabilità della fattispecie di furto c.d. in abitazione di cui all'art. 624-*bis* c.p.

⁷⁹ Cfr. ad es. Cass. pen., Sez. IV, sent. 24 gennaio 2013, n. 11490, Pignalosa.

⁸⁰ In questo senso, cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 17 novembre 2015, n. 10747, Casalanguida; Cass. pen., Sez. V, sent. 10 marzo 2015, n. 18211, Hadovic; Cass. pen., Sez. V, sent. 20 ottobre 2016, n. 55040, Rover; Cass. pen., Sez. IV, sent. 26 gennaio 2016, n. 12256, Cirulli; Cass. pen., Sez. V, sent. 21 dicembre 2015. N. 10440, Fernandez.

una vera e propria "tutela a intermittenza"⁸¹ a opera della norma incriminatrice in esame.

Piuttosto, ai fini della disciplina penalistica è per le Sezioni Unite evidente che il luogo destinato a privata dimora, per essere tale, debba possedere di per sé specifiche caratteristiche, poiché esso viene in rilievo "non tanto nella sua consistenza oggettiva, quanto nel suo essere proiezione spaziale della persona, cioè ambito primario e imprescindibile alla libera estrinsecazione della personalità individuale".

Tale assunto è confermato da un'analisi della giurisprudenza costituzionale in tema di privata dimora, che annette la libertà di domicilio ex art. 14 Cost. da un lato, al diritto di ammettere o escludere chiunque altro da un determinato luogo, e dall'altro, al diritto alla riservatezza su quanto nei medesimi luoghi si compia⁸². Sulla stessa linea, del resto, anche la già citata pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite *Prisco* del 28 marzo 2006 ha chiaramente affermato che "il concetto di domicilio non può essere esteso fino a farlo coincidere con un qualunque ambiente che tende a garantire intimità e riservatezza", e che anzi esso individua un peculiare "rapporto tra la persona e un luogo, generalmente chiuso, in cui si svolge la vita privata, in modo anche da sottrarre chi lo occupa alle ingerenze esterne e da garantirgli quindi la riservatezza": rapporto che dunque deve essere "tale da giustificare la tutela di questo anche quando la persona è assente"⁸³.

Alla luce dei principi enucleabili tanto dalla giurisprudenza di costituzionalità, quanto dai propri precedenti in materia, le Sezioni Unite giungono quindi a ricostruire la nozione di privata dimora sulla base di tre indefettibili elementi: a) l'utilizzo del luogo per lo svolgimento di manifestazioni della vita privata (tra cui rientra anche l'attività lavorativa in genere) in modo riservato e al riparo da intrusioni esterne; b) la durata apprezzabile del rapporto tra il luogo e la persona, che deve essere caratterizzato da stabilità e non da occasionalità; e c) la non accessibilità del luogo da parte di estranei senza il consenso del titolare.

La Suprema Corte ha così posto le basi per poter finalmente chiarire, alla luce dei criteri appena enunciati, se rientrino nella nozione di privata dimora gli esercizi commerciali e altri luoghi di lavoro aperti al pubblico.

⁸¹ Cass. pen., Sez. V, sent. 30 giugno 2015, n. 428, Feroletto.

⁸² cfr. in particolare le sentenze della Corte cost. n. 135/2002 e n. 149/2008, entrambe in tema di intercettazioni.

⁸³ Cass. pen., Sez. Un., sent. 28 marzo 2006, n. 26795, *Prisco*.

Seguendo il proprio indirizzo, le Sezioni Unite precisano allora che, a differenza di quanto affermato dall'orientamento interpretativo maggioritario, la possibilità di qualificare i luoghi di lavoro come luoghi in cui il soggetto compie atti della propria vita privata non è sufficiente ad attribuire loro il carattere di privata dimora: ciò in quanto gli stessi sono, nella generalità dei casi, accessibili a una pluralità di soggetti senza necessità del previo assenso dell'avente diritto, e risultano quindi privi del necessario requisito della riservatezza.

Una conferma di tale riflessione, tra l'altro, si ritroverebbe anche nell'art. 52 co. 3 c.p. (inserito dall'art. 1 della legge 13 febbraio 2006, n. 59), che espressamente estende la disciplina prevista dal precedente comma per i luoghi di privata dimora anche ai luoghi in cui sia esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale: precisazione che, evidentemente, è stata ritenuta necessaria perché il legislatore non considera tale nozione in generale comprensiva anche dei luoghi di lavoro.

L'unico caso in cui le Sezioni Unite ritengono sia possibile considerare integrati nella nozione di privata dimora i luoghi di lavoro è pertanto quello in cui questi ultimi posseggano le caratteristiche proprie dell'abitazione. Detto accertamento dovrà essere compiuto caso per caso dai giudici di merito, che dovranno tenere in considerazione specifici elementi del caso concreto idonei a ritenere che, all'interno del luogo di lavoro o in parte di esso, il soggetto compia atti della vita privata in modo riservato e precludendo l'accesso a terzi (come, ad esempio, in relazione a magazzini, bagni privati o spogliatoi o altre aree riservate).

Le Sezioni Unite accolgono, dunque, un orientamento più restrittivo.

Ciò comunque non esclude, come chiariscono le stesse Sezioni Unite, che in alcuni casi il giudice di merito possa essere chiamato ad accertare se uno specifico luogo, che costituisca esercizio commerciale o altro luogo di lavoro, rappresenti in concreto privata dimora per un determinato individuo. Si prenda in considerazione, ad esempio, la parte retrostante un bar o ristorante, cui non è ammesso l'accesso del pubblico e in cui i dipendenti depositano i propri oggetti personali.

Ebbene, in tali ipotesi la pronuncia delle Sezioni Unite non preclude affatto che, sulla base di specifiche caratteristiche del caso concreto, detti luoghi, seppur in tutto o in parte aperti al pubblico, possano essere ricondotti all'interno della nozione di privata dimora. Questo appare un esito pienamente ragionevole, considerando che la nozione di privata dimora è un concetto di per sé relativo, in quanto contrassegna, come sostenuto anche dalle Sezioni Unite *Prisco*, un

particolare rapporto tra persona e luogo, a prescindere dall'inclusione entro schemi predefiniti.

È evidente che l'intento delle Sezioni Unite, nella pronuncia in esame, sia stato quello di gettare le basi per un'applicazione unitaria e coerente della nozione di privata dimora all'interno dell'intero sistema penale.

Starà ai giudicanti, in ogni caso, garantire l'esigenza di unità e la coerenza intrinseca dell'ordinamento penale tenendo al contempo in adeguata considerazione i differenti interessi che le discipline in materia di violazione di domicilio, interferenze illecite o intercettazioni ambientali mirano a tutelare, e il diverso ruolo che all'interno di esse può rivestire il concetto in esame.

3. Le cause di giustificazione.

«Il compito più importante di un buon legislatore penale è proprio quello di darci una precisa regolamentazione giuridica degli elementi costitutivi del reato. In tale regolamentazione si contiene infatti inevitabilmente la soluzione del più alto problema di politica criminale, che è [...] di sapere quando si debba punire e quando no»⁸⁴.

Le espressioni "cause di giustificazione" e "scriminanti", nate in ambito dottrinale ed utilizzate spesso dalla giurisprudenza, non si rinvencono mai nel codice penale, ove il legislatore ha preferito la più generica formula "circostanze che escludono la pena" (artt. 59 e 119 c.p.⁸⁵) senza prendere posizione sulla qualificazione dogmatica della specifica causa di non punibilità nella teoria del reato, evidenziandone esclusivamente l'effetto. E' solo nel diritto processuale che trova per la prima volta riscontro il linguaggio dottrinale, in quanto l'art. 530 c.p.p., in materia di assoluzione, al terzo comma, così dispone: "Se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una

⁸⁴ Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, Corso di diritto penale, Milano, 2001, pp. 113 ss.; DELITALA, Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco, 1927, ora in Diritto penale, Raccolta degli scritti, I, Milano, 1976, pp. 280 ss..

⁸⁵ Art. 59 c.p.: «Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti. Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa. Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze aggravanti o attenuanti, queste non sono valutate contro o a favore di lui. Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo». Art.119 c.p.: «Le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono. Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato».

causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del comma 1". Resta, invece, estraneo alla legislazione vigente il vocabolo "scriminanti", solitamente impiegato nella scienza giuridica come sinonimo per l'individuazione della categoria in questione.

La nozione di causa di giustificazione è stata elaborata dalla teoria dell'illecito, a cominciare dalla teoria del reato, assumendo come postulato l'unità dell'ordinamento giuridico.

L'autonomia delle sue singole parti è autonomia di strutture e funzioni all'interno di un quadro unitario, il cui legame unificante è rappresentato dalla Costituzione, dalla quale tutte le altre leggi ripetono la loro legittimità⁸⁶.

Qualora, infatti, nel caso concreto, sono presenti tutti gli estremi di due norme antinomiche ossia la norma che incrimina il fatto e l'antitetica norma che ne facoltizza o ne impone la realizzazione, si profila un conflitto di norme che è però solo apparente. L'unità dell'ordinamento giuridico impone, infatti, di risolvere quel conflitto nel senso che è inammissibile per uno stato di diritto che uno stesso fatto venga considerato da parti diverse dell'ordinamento come lecito e illecito. E, in effetti, l'ordinamento italiano risolve il conflitto assegnando la prevalenza alla norma che facoltizza o impone la realizzazione del fatto⁸⁷.

Causa di giustificazione è, quindi, il nome coniato per designare l'insieme delle facoltà o dei doveri derivanti da norme, situate in ogni luogo dell'ordinamento, che autorizza o impone la realizzazione di un fatto, previsto anche tra i presupposti di una o più sanzioni, qualificandolo ovunque come lecito o giustificato, nel senso di conforme all'intero ordinamento, e precludendo che assuma l'opposta qualificazione di illecito, necessaria per l'applicabilità di ogni sanzione⁸⁸.

L'unità dell'ordinamento giuridico comporta ovviamente che l'efficacia della cause di giustificazione sia universale: il fatto cioè sarà lecito in qualsiasi settore dell'ordinamento e non potrà essere assoggettato a nessun tipo di sanzione. Le cause di giustificazione sono sottoposte ad un giudizio di liceità a carattere in tutto e per tutto oggettivo. Tale considerazione trova esplicito riconoscimento nell'art.59 c.p. co.1 il quale dispone che le circostanze che escludono la pena,

⁸⁶ Cfr. ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung (1935)*, r.a. Darmstadt, 1987.

⁸⁷ Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, IV ed., Milano, p. 236.

⁸⁸ Cfr. F. SCUDIERO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione - Dottorato di ricerca in sistema penale integrato e processo*, 2006/2007, Napoli, pp. 5 ss..

dunque fra l'altro le cause di giustificazione, sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute o per errore ritenute inesistenti.

Il fondamento politico sostanziale delle scriminanti è diversamente individuato a seconda che si aderisca ad un modello esplicativo di tipo monistico o pluralistico. Invero, il modello monistico riconduce tutte le cause di giustificazione ad un unico principio variamente identificato nella prevalenza del vantaggio sul danno, nel bilanciamento tra beni in conflitto o nel temperamento tra interesse e contro interesse. La dottrina maggioritaria, tuttavia, accoglie il modello pluralistico, che riconosce ad ogni scriminante una propria causa giustificatrice e ricorre essenzialmente ai principi dell'interesse prevalente e dell'interesse mancante o equivalente.

Quanto, invece, all'inquadramento dogmatico delle scriminanti, esso muterà radicalmente a seconda che si aderisca ad una visione analitica del reato ispirata al modello della bipartizione oppure a quello della tripartizione. Secondo la teoria della bipartizione, che scompone il reato in illecito oggettivo e colpevolezza, le scriminanti vengono concepite come elementi negativi del fatto tipico, ossia come elementi che devono essere appunto assenti perché esista un reato. Mentre, la teoria della tripartizione del reato colloca le cause di giustificazione all'interno di un elemento intermedio tra fatto e colpevolezza, denominata "antigiuridicità obiettiva" che descrive il rapporto di contraddizione tra il fatto e l'intero ordinamento giuridico⁸⁹.

3.1. Analisi della legittima difesa.

Le cause di giustificazione previste nei vari settori dell'ordinamento sono numerosissime e mutano continuamente di contenuto⁹⁰.

In sintonia con l'antico principio del *vim vi repellere licet*, occorre tenere chiari gli elementi costitutivi di base della legittima difesa comune, quella prevista dall'art 52 comma I, a tenore del quale "non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa".

Questa causa di giustificazione, in deroga al monopolio statale dell'uso della forza, è considerata manifestazione del principio di autotutela privata, poiché attribuisce al cittadino la facoltà legittima di autotutelare i propri diritti quando corrano il pericolo di essere ingiustamente offesi da terzi e l'intervento pubblico

⁸⁹ R. GAROFOLI, *Manuale Di Diritto Penale*, III Ed., 2015-2016, Roma, p. 274.

⁹⁰ Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, p. 242.

non possa essere tempestivo ed efficace, sempre che la difesa sia necessaria e proporzionata.

Nel dibattito decennale sulla legittima difesa comune si è affermato con condivisione che i grandi presupposti di invocabilità della legittima difesa comune sono, in primo luogo, che sia presente una situazione aggressiva e, inoltre, che ci sia una reazione difensiva che presenti determinate caratteristiche.

Per ciò che concerne la situazione aggressiva, è necessaria un'offesa ingiusta ad un diritto proprio o altrui, a fronte di un pericolo che abbia i connotati dell'attualità.

La reazione difensiva, invece, deve avere i seguenti requisiti:

1) la necessità di difendersi e/o la inevitabilità altrimenti del pericolo. Alcuni sovrappongono questi due elementi, mentre altri attuano una distinzione. Ciò perché il soggetto che reagisce deve dimostrare di avere la necessità di difendersi e che non avrebbe potuto farlo se non arrecando quell'offesa. Sicché, il soggetto deve provare che non avrebbe potuto realizzare il suo obiettivo difensivo ponendo in essere un'altra condotta, non lesiva, o un'altra condotta meno lesiva di quella in concreto posta in essere per difendersi. In tale contesto si è sviluppato il dibattito sulla rilevanza che in sede di invocazione della legittima difesa ha la c.d. possibilità di fuga. Occorre cioè chiedersi se vi è la necessità di difendersi e/o la inevitabilità altrimenti del pericolo quando il soggetto davanti all'aggressione aveva la possibilità di fuggire. Sono emerse diverse tesi è prevalente quella secondo cui la possibilità di fuga è irrilevante e non fa venir meno il presupposto della necessità di difendersi e/o la inevitabilità altrimenti del pericolo, e quindi non fa venir meno l'invocabilità della legittima difesa soltanto quando emerga che il soggetto fuggendo avrebbe esposto a pericolo o avrebbe rischiato di provocare a sé o a terzi un danno maggiore di quello in concreto inferto restando e difendendosi. È, quindi, il giudice a dover effettuare questa verifica comparativa.

2) la proporzione: questo è il punto chiave, ossia la reazione difensiva è legittima, e quindi presenta tutti i caratteri che consentono di invocare la scriminante in questione, in quanto sussista la proporzione tra l'offesa e la difesa. Sono emerse diverse impostazioni. La prima impostazione è quella secondo cui la proporzione va verificata tra i mezzi, in particolare tra gli strumenti a disposizione dell'agredito e gli strumenti dall'agredito effettivamente utilizzati (Manzini). Tuttavia, il quadro normativo non parla di proporzione tra mezzi di cui si dispone e mezzi effettivamente utilizzati, ma al contrario tra difesa e offesa. A questo proposito, si è anche detto che non è dirimente il confronto tra beni (Fiandaca

Musco, Grosso, Antolisei, Pagliaro), ossia tra quello minacciato e quello leso con la reazione, perché occorre guardare anche il grado del pericolo o della lesione. Dunque, occorre guardare non solo il confronto tra beni, ma anche alla situazione complessiva che viene in considerazione ed a tutto ciò che la connota (intensità della minaccia, mezzi di cui si dispone e così via). Altri ritengono (Fiandaca Musco), invece, che il raffronto debba essere svolto tra le offese comparate tenendo conto dei beni su cui le stesse incidono distinguendo tra beni omogenei (nel qual caso sarà sufficiente confrontare l'intensità dell'offesa) oppure eterogenei (nel qual caso dovrà farsi ricorso alla gerarchia di valori dell'ordinamento giuridico). La terza tesi, quella prevalente, ritiene, infine, che il giudizio di comparazione deve coinvolgere i beni e le offese, ma tenendo conto di tutte le circostanze oggettive contingenti (Padovani, Romano).

In definitiva, occorre guardare ai mezzi utilizzati reciprocamente, ai beni giuridici che entrano in conflitto, al livello di ingiustizia perpetrato, alla presenza di soluzioni alternative rispetto a quella prescelta, alle caratteristiche dell'agredito, ai rapporti di forza tra questo e l'aggressore potendo riconoscersi, in casi limite, la scriminante in questione anche qualora venga leso, pur con una certa entità, un bene di valore superiore a quello aggredito, sempre che ciò rappresenti l'unica possibilità per sottrarsi al pericolo e che "la consistenza con l'interesse leso con la reazione non sia enormemente più rilevante di quello aggredito" (Padovani, Romano).

Per la tesi prevalente in dottrina e in giurisprudenza, il requisito della proporzione va valutato con un giudizio *ex ante*, dunque, mettendo a raffronto non le offese rispettivamente subite dall'originario aggressore e dall'agredito, ma quelle che quest'ultimo poteva ragionevolmente temere dall'aggressore con quelle da lui conseguentemente prodotte al suo antagonista⁹¹: come acutamente osservato, infatti, *adgreditus non habet staderam in manu*, sicché il giudizio comparativo non può essere di tipo aritmetico, ma necessariamente relativistico (Antolisei, Mantovani, Viganò).

Con una recentissima pronuncia la Corte di Cassazione, Sezione I Penale, ha, inoltre, precisato che i presupposti essenziali della scriminante della legittima difesa sono costituiti da un'aggressione ingiusta e da una reazione legittima: invero, la prima deve concretarsi nel pericolo attuale di un'offesa che, se non neutralizzata tempestivamente, sfocia nella lesione di un diritto (personale o patrimoniale) tutelato dalla legge, mentre la seconda deve riguardare la necessità di difendersi, la inevitabilità del pericolo e la proporzione tra difesa e

⁹¹ R. GAROFOLI, op. cit., p. 303.

offesa. Da ciò discende che non è configurabile l'esimente della legittima difesa qualora l'agente abbia avuto la possibilità di allontanarsi dall'aggressore senza pregiudizio e senza disonore⁹².

4. La scomposizione teorica delle caratteristiche della peculiare disciplina della legittima difesa domiciliare.

E' racchiusa nel secondo inciso dell'art. 52 c.p. la questione da prendere in considerazione nell'esaminare *l'ubi consistam*, ossia i presupposti applicativi della diversa scriminante della legittima difesa domiciliare.

Proprio sul requisito della proporzione è intervenuta la l. 13 febbraio 2006, n. 59, con cui sono stati inseriti nel corpo dell'art. 52 c.p. due ulteriori commi. Nel dettaglio, ai sensi delle nuove previsioni: «Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

- a) la propria o la altrui incolumità:
 - b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.
- La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale».

L'applicazione di questa disciplina presuppone che vi sia stata una violazione di domicilio, che potrà realizzarsi in tutte le forme previste nell'art. 614 c.p..

Per fugare ogni dubbio, il legislatore ha incluso espressamente tra i luoghi in cui sarà lecito difendersi entro questi più ampi limiti anche "ogni altro luogo in cui venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale". Il delitto di violazione di domicilio deve essere stato consumato: non basta dunque che l'aggressore abbia tentato di entrare in uno dei predetti luoghi⁹³.

Il legislatore del 2006 interviene, dunque, proprio per sopprimere o forse soltanto attenuare la discrezionalità giudiziale e lo fa introducendo la legittima difesa domiciliare. Questa norma prevede che il rapporto di proporzione, quello che ha costituito storicamente l'oggetto della più accentuata discrezionalità giudiziale, sussiste perché lo dice la legge quando ricorrono le circostanze tipizzate dall'art. 52, comma II, c.p.. La legge stabilisce, infatti, una presunzione

⁹² Corte Di Cassazione, Sez. I Penale, sent. 11 Ottobre 2017, n. 46567.

⁹³ Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, op. cit., p. 260.

legale di proporzione tra il bene messo in pericolo e il bene leso dalla reazione difensiva.

In particolare, le supposizioni tipizzate sono due: l'ipotesi del soggetto che trovandosi in uno dei luoghi di cui all'art. 614 c.p., e utilizzando un'arma legittimamente detenuta, reagisce per difendere la propria o l'altrui incolumità; l'ipotesi del soggetto che, trovandosi nelle medesime condizioni, lo fa al fine di difendere il bene patrimoniale, a condizione, in questo caso, che non vi sia desistenza dell'aggressore e vi sia pericolo di aggressione.

Pertanto, la struttura della fattispecie è composta dai seguenti elementi:

1) L'ingresso o la permanenza abusiva nell'abitazione o altro luogo di dimora privata, nonché in ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale. Tale circostanza è il requisito tipico della fattispecie, che ne connota la funzione di protezione della persona umana nei luoghi più sensibili. Questi rappresentano il punto di riferimento degli interessi umani, strettamente inerenti alla sfera più intima dell'individuo che si caratterizzano per essere delimitati da una barriera non solo fisica ma anche ideale rispetto alla criminalità e, in genere, rispetto a qualsiasi condotta offensiva proveniente da terzi e, pertanto, ricevono una tutela forte nell'ordinamento giuridico, costituzionale, civile e penale⁹⁴.

2) Un'aggressione all'incolumità ovvero un'aggressione ai beni quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione all'incolumità. Prima condizione, dunque, è che non vi sia desistenza, cioè che l'aggressore non desista dall'azione. Il concetto di desistenza viene già impiegato nell'art. 56 c.p. per descrivere l'ipotesi in cui l'agente interrompe volontariamente *l'iter criminis*. Seconda condizione è il pericolo di aggressione all'incolumità, ossia che l'azione offensiva dell'aggressore, pur diretta contro i beni, possa ledere l'incolumità di uno dei presenti.

Sono emersi una serie di problemi nell'interpretazione di questa norma scriminante in particolare in merito a cosa si intenda per pericolo di aggressione e cioè se questo debba intendersi come pericolo di aggressione al patrimonio o di aggressione all'incolumità individuale, oppure anche come aggressione all'integrità fisica o alla vita.

Una parte della dottrina ha ritenuto che il legislatore del 2006 avesse voluto tipizzare una nuova autonoma causa di giustificazione uniformando un autentico e proprio diritto di autotutela assegnando una licenza di uccidere al soggetto che sia per così dire "aggredito" nella sua sfera più intima cioè nel suo domicilio,

⁹⁴ F. BELLOMO, Nuovo sistema del diritto penale, vol. 1, 2010, p. 797.

ancorché l'uccisione sia finalizzata a sventare il pericolo di aggressione al patrimonio. Gli intenti del legislatore erano dunque ben compendiate nella formula, non solo mediatica "licenza di uccidere". Ciò poiché l'ipotesi in cui il soggetto agisca per difendere i beni propri o altrui, potrebbe far pensare che l'uso delle armi o di altri messi idonei sia legittimo, anche quando il pericolo riguardi soltanto beni patrimoniali. Così intesa, tuttavia, la disposizione si presterebbe a serie censure di legittimità costituzionale. Dalla costituzione, infatti, si ricava, in primo luogo, il superiore valore del bene vita rispetto al bene patrimonio: non si può perciò uccidere per difendere un qualsivoglia bene patrimoniale. Questa conclusione è ulteriormente rafforzata dall'interpretazione conforme alla C.E.D.U., che impone una lettura restrittiva della legittima difesa secondo cui tutelando il diritto alla vita, l'art. 2 C.E.D.U. consente l'uccisione dell'aggressore solamente per respingere una "violenza illegittima", evocando necessariamente con questa un attacco alla persona e non al mero patrimonio⁹⁵. La giurisprudenza, peraltro, ha in qualche modo, ricomposto il contrasto tra la disciplina in esame e i principi costituzionali, valorizzando sia il dettato della legge che parla sia di difesa dei beni sia di pericolo di aggressione. In particolare, la Corte di Cassazione ha affermato che: «la difesa con armi dei beni [...] è legittima solo se vi è anche un rischio concreto di un pregiudizio attuale per l'incolumità fisica dell'agredito o di altri»⁹⁶, e ha ribadito che la reazione a difesa dei beni è legittima solo quando non vi sia desistenza ed anzi sussista un pericolo attuale per la incolumità fisica dell'agredito o di altri⁹⁷.

Sicché, il pericolo di aggressione non può che essere un pericolo di aggressione all'incolumità individuale in presenza della quale soltanto il soggetto può intervenire utilizzando l'arma legittimamente detenuta.

3) Il terzo presupposto è di ordine soggettivo: beneficia della scriminante solo chi è "legittimamente" presente in uno dei luoghi privati indicati, cioè i titolari dello *ius excludendi omnes alios* o coloro ai quali una norma di legge attribuisce siffatto diritto. Dubbi sorgono in ordine alla figura dell'ospite, cioè di chi si trova nel domicilio in virtù della volontà del titolare, che non assurga però a negozio giuridico, dando luogo ad un mero rapporto di cortesia. In base alla concezione intermedia del rapporto tra legge penale ed ordinamenti extra penali deve ritenersi che la posizione dell'ospite rientri tra quelle che danno titolo alla

⁹⁵ MARINUCCI, DOLCINI, op. cit., p. 261.

⁹⁶ Cass. Pen., sez I, sent. 8 marzo 2007, Grimoli.

⁹⁷ Cass Pen., sez v, sent. 14 maggio 2008, Diop.

reazione poiché la presenza dello stesso appare legittima, ossia conforme a legge siccome autorizzata dall'avente diritto⁹⁸.

4) Ultimo elemento è la legittima detenzione dell'arma o l'idoneità dell'altro mezzo impiegato per la difesa.

Ricostruita la struttura dell'istituto, due sono i veri problemi che la giurisprudenza ha esaminato con riferimento alla legittima difesa domiciliare: la sua natura giuridica e la natura della presunzione circa la sussistenza del rapporto di proporzione.

In relazione alla prima questione sono emerse due tesi: la prima sostenuta dal grande giurista F. Palazzo, secondo cui la legittima difesa domiciliare introduce un'ipotesi speciale della legittima difesa di cui al comma primo, in cui l'elemento specializzante è dato dal contesto nel quale avviene l'aggressione: il contesto domiciliare, che spiega la speciale disciplina dettata dall'art. 52 c.p., comma secondo. Quest'assunto ovviamente ha un rilievo applicativo importantissimo perché affermare che si è in presenza di un'ipotesi speciale della legittima difesa di cui al comma primo sta a significare e a comportare in sede applicativa che, in disparte gli elementi specializzanti descritti nel 52 c.p. comma secondo, valgono, perché si possa invocare la legittima difesa domiciliare, tutti gli altri elementi comuni della legittima difesa, ancorché non testualmente citati nell'art. 52 c.p., comma secondo.

Per un secondo orientamento, sostenuto dall'illustre Padovani, la fattispecie di cui al comma secondo integra una nuova scriminante propria, ponendosi su un piano di eterogeneità rispetto alla scriminante prevista dal primo comma, in quanto, pur mutuandone i tratti, se ne separa sia per effetto della introdotta irrilevanza della proporzione sia per la natura doppiamente propria perché invocabile soltanto da una cerchia esclusiva di soggetti, ossia quelli che si trovano nel domicilio violato e che legittimamente detengono determinate armi. Ma soprattutto, si è sostenuto che l'intenzione del legislatore è stata quella fondamentalmente di riconoscere un diritto di autotutela assoluto nel proprio domicilio, una vera e propria situazione giuridica soggettiva, al più contenutisticamente riconducibile a quella dell'esercizio di un diritto, più che a quella della legittima difesa comune. La giurisprudenza, tuttavia, da sempre ritiene che debbano sussistere tutti i presupposti della legittima difesa comune, tranne quelli che appaiono in una versione specializzante, tra cui la necessità di difendersi e la inevitabilità altrimenti del pericolo, in omaggio ad una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 52 c.p., comma secondo.

⁹⁸ F. BELLOMO, op. cit. , p. 800.

Il secondo problema riguarda, invece, il requisito della proporzione. Nell'intenzione del legislatore, la scriminante opera automaticamente sulla base di una presunzione *juris et de jure* di proporzionalità tra offesa e difesa, alla ricorrenza delle condizioni esaminate. Ma occorre chiedersi se tale presunzione debba intendersi come assoluta o relativa. Una parte significativa della dottrina evidenzia che opinare nel senso della absolutezza della proporzione significherebbe precludere al giudice, caso per caso, nel caso concreto, di verificare che, ad onta dell'esistenza nel caso di specie degli elementi tipizzati nell'art. 52 c.p., comma secondo, una proporzione manchi del tutto. Quindi significa precludere al giudice di negare la legittima difesa nei casi in cui, pur sussistendo tutti gli elementi tipizzati dall'art. 52 c.p., comma secondo, il giudice si avveda, sulla base delle peculiarità del caso concreto, che vi sia una sproporzione manifesta tra difesa e offesa e, quindi, si sostiene che una lettura costituzionalmente orientata del 52 c.p., comma secondo, deve indurre a consentire al giudice quantomeno qualche forma di temperamento rispetto all'assunto dell'absolutezza della presunzione; tuttavia, al contempo, occorre anche evitare che la proporzione sia oggetto di accertamento caso per caso, cioè che la sussistenza della proporzione finisca per dover essere oggetto di un accertamento caso per caso imposto al PM e imposto al giudice soprattutto perché, altrimenti, si finirebbe per addivenire ad una *interpretatio abrogans* dell'articolo 52 c.p., comma 2. Quindi, da un lato, c'è l'esigenza di stemperare l'absolutezza, in omaggio ad una interpretazione costituzionalmente orientata, per consentire al giudice di escludere la legittima difesa nei casi più gravi di manifesta sproporzione, dall'altro, occorre anche evitare che la proporzione sia e debba essere oggetto di accertamento caso per caso, perché se così fosse non avrebbe più senso il 52 c.p., comma 2, nella parte in cui prevede che la proporzione sussiste, e si finirebbe per concludere per una abrogazione in via interpretativa del 52 c.p., comma 2.

Ora, per conciliare queste due opposte esigenze si propone che la presunzione sia da ritenersi relativa e quindi come presunta sussistente, a meno che non sia la pubblica accusa a provarne l'inesistenza, tanto obiettiva quanto putativa. Normalmente, nella legittima difesa comune, spetta alla difesa provare la sussistenza della proporzione, perché, in merito alla distribuzione dell'*onus probandi*, salvo apporre a carico dell'accusa la *probatio diabolica* dell'inesistenza di tutte le scriminanti, la scriminante va, se non provata, allegata dalla difesa, che quindi deve tra gli altri elementi allegare la sussistenza di un rapporto di proporzione tra difesa e offesa nell'art. 52 c.p., comma 1.

Nell'art. 52 c.p., comma 2, al fine di sperimentare una interpretazione costituzionalmente orientata che consenta al giudice di escludere la legittima difesa nei casi di manifesta sproporzione, senza rischiare che si addivenga al contempo ad una *interpretatio abrogans* del 52 c.p. comma 2, si suggerisce una lettura di detto comma in forza del quale la proporzione si presume relativamente sussistente allorché sussistano le condizioni tipizzate da quella disposizione, salvo che non sia la difesa a provare l'esistenza della proporzione, e l'accusa a provare l'inesistenza della proporzione o oggettiva o putativa.

Sicché, tocca all'accusa provare che la legittima difesa non possa essere invocata, dimostrando che difettesse, anche in maniera significativa, ogni proporzione oggettiva o soggettiva nel caso di specie.

In questo contesto, si inserisce un recentissimo arresto giurisprudenziale⁹⁹ della Corte di cassazione, Sez. V Penale, con sentenza n. 44011 del 25 settembre 2017, con cui si è stabilito che, ai fini della sussistenza della scriminante della legittima difesa in luogo di privata dimora o altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale, è necessario che vi sia l'introduzione contro la volontà espressa tacita da parte del soggetto legittimato ad escluderne la presenza.

Nel caso di specie, la Corte di appello di Roma aveva confermato la sentenza del Tribunale di primo grado, che aveva condannato il gestore di un bar per il delitto di tentato omicidio commesso in danno di un cliente che, dopo aver ascoltato da parte del proprietario del bar apprezzamenti volgari sulla sua donna, era rientrato nel locale e, indossando un casco da motociclista, si era liberato del casco e l'aveva lanciato contro un espositore di caramelle; successivamente aveva ingaggiato una colluttazione a mani nude con il titolare del bar, raggiunto dietro il bancone, nel corso della quale questi, afferrato un coltello utilizzato per tagliare il ghiaccio, l'aveva colpito sferrandogli due fendenti da distanza ravvicinatissima, attingendolo con uno dei due nella zona paracardiaca. Avverso l'anzidetta sentenza l'imputato ricorreva per cassazione deducendo violazione di legge, per violazione degli artt. 52 e 55 cod. pen., non avendo il giudice riconosciuto la scriminante della legittima difesa.

Come già ribadito, con la legge 13 febbraio 2006 n.59, il nomoteta ha ritenuto indispensabile aggiungere all'art. 52 del codice penale i già analizzati due commi allo scopo dichiarato di rafforzare la difesa dei cittadini a fronte del dilagare dei reati predatori commessi in luoghi di privata dimora o in luoghi in cui si svolge la personalità umana. Il Collegio ha ritenuto del tutto corretta la motivazione

⁹⁹ Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 44011 del 25 settembre 2017.

della Corte di appello che ha ribadito la impossibilità di applicare la scriminante di cui all'art. 52, comma 2, cod. pen. al fatto commesso dal barista, facendo difetto il requisito del pericolo attuale di un'offesa ingiusta.

Secondo la prospettazione offerta dal Collegio del gravame il motociclista si è certamente trattenuto all'interno dell'esercizio commerciale palesando le sue intenzioni aggressive, ma tale condotta non rileva ai fini dell'integrazione della violazione di domicilio così come descritta dall'art. 614, comma 2, cod. pen. poiché non sussiste alcun riferimento nella sentenza impugnata all'espressa volontà contraria manifestata dal titolare dello *ius excludendi alios*, costituente, secondo la dottrina, l'elemento di fattispecie idoneo a descrivere, in termini obiettivi, l'offensività del permanere da parte del soggetto agente in un luogo di privata dimora - o a questo equiparato - all'interno del quale egli si sia introdotto legittimamente.

Da ciò consegue che non essendovi stata violazione di domicilio da parte della parte offesa del tentato omicidio ascritto all'imputato, nella fattispecie censita fa difetto il primo dei requisiti previsti per il venire in essere della scriminante della legittima difesa siccome prevista dall'art. 52, comma 2, cod. pen. come novellato dall'art. 1 della legge 13 febbraio 2006, n. 59.

Va da sé che, se non è giuridicamente prospettabile l'esimente della legittima difesa, non è, concettualmente, ipotizzabile neppure l'eccesso colposo.

Ovviamente, l'eccesso colposo sottintende i presupposti della scriminante con il superamento dei limiti ad essa immanenti, pertanto, per stabilire se nel fatto si siano ecceduti colposamente i limiti della difesa legittima, bisogna prima accertare che di questa vi fossero le condizioni e, poi, procedere alla differenziazione tra eccesso dovuto ad errore di valutazione ed eccesso consapevole e volontario, dato che solo il primo rientra nello schema dell'eccesso colposo delineato dall'art. 55 cod. pen., mentre il secondo consiste in una scelta volontaria che comporta il superamento doloso degli schemi della scriminante (Sez. 1, n. 45425 del 25/10/2005 - dep. 15/12/2005, P.G. in proc. Bollardi, Rv. 23335201). Ed invero, secondo la costante interpretazione giurisprudenziale, poiché il presupposto su cui si fondano sia l'esimente della legittima difesa sia l'eccesso colposo è costituito dall'esigenza di rimuovere il pericolo di un'aggressione mediante una reazione proporzionata (nel caso che ci occupa tale ritenuta *ex lege*) e adeguata, l'eccesso colposo si distingue per un'erronea valutazione del pericolo e dell'adeguatezza dei mezzi usati: ne deriva che, una volta esclusi gli elementi costitutivi della scriminante, non v'è spazio ovviamente - per l'inesistenza di una offesa dalla quale difendersi - per la configurazione di

un eccesso colposo, sicché non vi è neppure obbligo per il giudice di una specifica motivazione sul punto, pur se l'eccesso colposo sia espressamente prospettato dalla parte interessata (Sez. 5, n. 2505 del 14/11/2008 - dep. 21/01/2009, Olari e altri, Rv. 24234; Sez. 1, n. 740 del 04/12/1997 - dep. 21/01/1998, Mendicino ed altro, Rv. 20945201). La Cassazione, ha rigettato il ricorso condannando il ricorrente al pagamento delle spese processuali. Questa sentenza evidenzia che non ogni pericolo che si concretizza nell'ambito del domicilio giustifica la reazione difensiva, atteso che, come suggerito all'interprete dalla collocazione della norma di nuovo conio dopo quella di cui all'art. 52, comma 1, cod. pen., restano fermi i requisiti strutturali stabiliti dalla disposizione generale: il pericolo attuale di offesa ingiusta e la costrizione e la necessità della difesa, dai quali scaturisce l'inevitabilità dell'uso delle armi come mezzo di difesa della propria o dell'altrui incolumità o, alle condizioni date, dei beni propri o altrui (Sez. 1, n. 16677 del 08/03/2007 - dep. 02/05/2007, P.G. in proc. Grimoli, Rv. 23650201). Di conseguenza, la causa di giustificazione prevista dall'art. 52, comma 2, cod. pen., così come delineata dall'art. 1 L. 13 febbraio 2006 n. 59, non consente un'indiscriminata reazione nei confronti del soggetto che si introduca fraudolentemente nella propria dimora, ma presuppone un attacco, nell'ambiente domestico, alla propria o altrui incolumità, o quanto meno un pericolo di aggressione (Sez. 5, n. 35709 del 02/07/2014 - dep. 13/08/2014, Desogus e altri, Rv. 260316; Sez. 4, n. 691 del 14/11/2013 - dep. 10/01/2014, Gallo Cantone, Rv. 257884; Sez. 1, n. 12466 del 21/02/2007 - dep. 26/03/2007, Sampino, Rv. 23621701).

5. Conclusioni: la discussa proposta di legge n. 3785 del 4 maggio 2017.

La Camera dei deputati ha approvato in prima lettura, il 4 maggio 2017, la proposta di legge n. 3785 che introduce importanti modifiche in materia di legittima difesa.

Il testo originario della proposta di legge prevedeva modifiche al solo art. 59 del codice penale che, come anzidetto, disciplina il caso dell'erronea supposizione della presenza di cause di giustificazione. Nel corso dei lavori in Assemblea però sono stati approvati alcuni emendamenti che, modificando sostanzialmente l'impianto originario della proposta di legge, introducono modifiche anche all'art. 52 del codice penale e costituiscono la parte maggiormente dibattuta del provvedimento di riforma poiché incidono direttamente sulla norma che definisce i limiti della legittima difesa. Il provvedimento passerà ora all'esame del Senato.

La proposta approvata dalla Camera consta di due articoli che intervengono sulle disposizioni del codice penale relative alla legittima difesa domiciliare e sulle spese di giustizia a carico di chi è dichiarato non punibile per avere commesso il fatto per legittima difesa o stato di necessità.

La novella legislativa prevede l'introduzione di un nuovo secondo comma all'art. 52 del codice penale così formulato: «Fermo quanto previsto dal primo comma, si considera legittima difesa, nei casi di cui all'articolo 614, primo e secondo comma, la reazione a un'aggressione commessa in tempo di notte ovvero la reazione a seguito dell'introduzione nei luoghi ivi indicati con violenza alle persone o alle cose ovvero con minaccia o con inganno».

Si specifica poi che la disciplina contenuta negli attuali secondo e terzo comma dell'art. 52 c.p. (che prevedono la c.d. legittima difesa domiciliare introdotta con la legge 13 febbraio 2006 n. 59, e che diverrebbero nella versione novellata terzo e quarto comma) troverà applicazione «nei casi previsti dal [nuovo] secondo comma», vale a dire nei casi di violazione di domicilio «in tempo di notte» ovvero «realizzata con violenza alle persone o alle cose ovvero con minaccia o con inganno».

La modifica all'art. 52 considera legittima difesa, nei casi di violazione di domicilio:

- la reazione a un'aggressione commessa in tempo di notte;
- la reazione a seguito dell'introduzione nel domicilio con violenza alle persone o alle cose ovvero con minaccia o con inganno.

Ad una prima lettura¹⁰⁰, non è semplice stabilire quale sia la reale portata innovativa della norma che si vuole introdurre nell'art. 52 c.p., stante il dubbio tenore letterale della formula «fermo quanto previsto dal primo comma» con la quale la disposizione esordisce.

L'intento del legislatore potrebbe sembrare quello di "allargare i confini" della legittima difesa e di dare "licenza di sparare ai ladri di notte", immettendo una "presunzione" di sussistenza della legittima difesa nei casi in cui il cittadino reagisca a un'aggressione commessa nei luoghi e con le modalità descritte dalla nuova disposizione (nel domicilio in ore notturne; in caso di violazione di domicilio mediante violenza alle persone o alle cose, minaccia o inganno).

Se così fosse, la formula «fermo quanto previsto dal primo comma» andrebbe intesa nel senso che, fatte salve le ipotesi già scriminate ai sensi del primo comma, sono scriminate anche le ulteriori ipotesi di seguito previste, nelle quali

¹⁰⁰ T. TRINCHEA, Approvata dalla camera una proposta di riforma in materia di legittima difesa - Proposta di legge a.c. n. 3785, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017.

l'agente reagisce a un'aggressione notturna nel domicilio (o avvenuta con le modalità descritte dalla norma), senza però che in questo caso siano richiesti i requisiti dell'attualità del pericolo, della necessità e della proporzionalità all'offesa.

Tuttavia, così intesa la disposizione condurrebbe ad esiti irragionevoli tali da ritenere, ad esempio, legittima la reazione ad un'aggressione non più attuale, avvenuta nel domicilio la notte precedente. Questa circostanza potrebbe esporre la norma a gravi e insuperabili censure di legittimità costituzionale e convenzionale. Come già ribadito nel presente lavoro, infatti, l'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che tutela il diritto alla vita consente di ritenere legittima l'uccisione dell'aggressore da parte del soggetto aggredito soltanto quando tale comportamento risulti «assolutamente necessario» per respingere una «violenza illegittima» e tale situazione non si realizza nei casi di mera aggressione al patrimonio.

Dunque, l'espressione «fermo quanto previsto dal primo comma» dovrà essere necessariamente interpretata nel senso che anche all'interno della nuova disciplina restano comunque applicabili i presupposti e i requisiti previsti dal primo comma dell'art. 52 c.p. per la legittima difesa. Quindi, anche nell'ipotesi di reazione a un'aggressione commessa nel domicilio in ore notturne o con violenza alle persone o alle cose ovvero con minaccia o con inganno, la condotta difensiva potrà essere scriminata dall'art. 52 c.p. sempre a condizione che ricorrano il pericolo attuale di un'offesa ingiusta a un diritto proprio o altrui, e la condotta difensiva risulti necessaria e proporzionata all'offesa.

Tuttavia, considerato in questo senso, il nuovo secondo comma non comporterebbe alcuna novità in quanto, dovendo essere riscontrati nel caso concreto tutti i requisiti già indicati nel primo comma, il fatto risulterebbe già scriminato ai sensi del primo comma, senza riformare nulla rispetto alla precedente disciplina.

Inoltre, l'indicazione secondo cui gli attuali commi secondo e terzo dell'art. 52 c.p. troverebbero applicazione «nei casi previsti dal [nuovo] secondo comma» finirebbe per ridurre l'ambito di operatività della tipica disciplina della legittima difesa domiciliare. Infatti, se oggi tale disciplina trova applicazione in tutti i casi in cui vi sia stata una violazione di domicilio (che può realizzarsi in tutte le forme previste dall'art. 614 c.p.: introdursi nel domicilio clandestinamente, con l'inganno, ovvero contro la volontà espressa o tacita del titolare; trattenersi nel domicilio clandestinamente, con l'inganno, ovvero contro la volontà espressa o tacita del titolare), per effetto della presente riforma legislativa, troverebbe

applicazione nei soli casi in cui la violazione di domicilio avvenga «in tempo di notte» oppure sia realizzata «con violenza alle persone o alle cose ovvero con minaccia o con inganno».

Sembra sussistere praticamente un trattamento differenziato per la legittima difesa a seconda che l'aggressione avvenga di giorno o di notte. Questa idea sembra essere stata tratta dall'art. 112-6 del codice penale francese¹⁰¹, che parimenti stabilisce una presunzione (relativa) di legittima difesa nelle ipotesi di violazione di domicilio in ore notturne. Così come riformata, la novella appare anche difficilmente compatibile con il principio di precisione atteso che, in assenza di una precisa indicazione legislativa che stabilisca, ad esempio, che le ore notturne sono quelle tra le 22:00 di sera e le 06:00 del mattino, non risulta agevole stabilire con esattezza quando inizi e quando si concluda il «tempo di notte».

In definitiva, sembra che questa riforma miri non già ad un efficace risultato pratico bensì ad essere portatrice di un emblematico messaggio di giustizia privata¹⁰².

Il deputato Ermini, nel presentare la proposta di legge n. N. 3785, il 28 aprile 2016, in merito alla modifica all'articolo 59 del codice penale in materia di legittima difesa esprime le seguenti valutazioni: «*Considerare adeguata l'attuale disciplina dell'articolo 52 c.p. non ha significato che non sia comunque opportuno intervenire in via legislativa sulla materia della legittima difesa. Con la suddetta proposta di legge si vorrebbe garantire ulteriormente, rispetto alla normativa vigente, colui che si trova nella situazione descritta dal secondo comma dell'articolo 52, intervenendo anche sulla disciplina dell'errore. La situazione sulla quale si incardina l'errore è, infatti, quella della cosiddetta legittima difesa domiciliare e riguarda tutti gli elementi di fatto che, se presenti realmente, configurerebbero tale scriminante: dalla necessità di difendersi, all'attualità del pericolo, ai beni oggetto dell'aggressione, all'assenza di desistenza e al pericolo di aggressione. Se, in condizioni di così forte stress emotivo, si percepisce una situazione «putativa» che, se esistente, rientrerebbe nella previsione dell'articolo 52, secondo comma, non vi può essere spazio per la responsabilità per eccesso*

¹⁰¹ Art. 112-6, capitolo II, titolo II, libro I del codice penale Francese, relativo alle cause di irresponsabilità o di attenuazione della responsabilità («*Des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité*»): "Si presume che abbia agito in stato di legittima difesa colui il quale ha commesso l'atto: 1° per respingere, di notte, l'ingresso con effrazione, violenza o inganno in un luogo abitato; 2° per difendersi dagli autori di furto o saccheggio eseguiti con violenza".

¹⁰² Cfr. F. BELLOMO, op. cit. p. 803, con particolare riferimento alla figura del giustiziere privato.

di legittima difesa. Naturalmente non si può comunque ritenere che non debba esservi, in ogni caso, la valutazione del caso concreto da parte del giudice. Non può esservi, infatti, alcun automatismo, anche per evitare che possano consumarsi veri e propri omicidi dolosi, in ambito familiare, magari premeditati, « mascherati » da legittima difesa. Basti pensare, a titolo esemplificativo, a tutte le difficoltà di accertamento cui ha dato luogo il fatto che ha visto coinvolto l'atleta Pistorius, che ha sostenuto nella sua tesi difensiva, resa nell'immediatezza dei fatti, di aver scambiato la giovane fidanzata per un ladro entrato clandestinamente nella sua abitazione e di averla così uccisa. La Corte Suprema sudafricana, accogliendo il ricorso della procura che impugnava la sentenza che aveva condannato Pistorius per omicidio colposo, lo ha condannato per omicidio volontario. Se la situazione di legittima difesa è evidente, com'è noto non ci sarà nemmeno iscrizione nel registro degli indagati e meno che mai custodia cautelare. Ma se si deve procedere ad accertamenti, l'iscrizione nel registro degli indagati non solo è un atto dovuto, ma è una garanzia per l'indagato e consente alla difesa l'interlocazione dialettica con il pubblico ministero. Deve essere reso chiaro a tutti che la decisione « caso per caso » non significa assolutamente arbitrio, perché sia il pubblico ministero sia il giudice sono tenuti a muoversi nell'ambito della previsione legislativa i cui contorni non sono affatto indeterminati. La situazione di « grave perturbamento psichico », prevista nel quinto comma dell'articolo 59 del codice penale, introdotto dalla presente proposta di legge, trova infatti dei facili indicatori oggettivi dati dal tempo (ad esempio di notte o in orario tale da creare comunque sorpresa e spavento – come potrebbe essere nelle ore più calde d'estate quando chi è in casa sta riposando), dalle modalità dell'aggressione, dalla rappresentazione che di sé dà l'aggressore (apparentemente armato o travisato), dalla qualità della persona o delle persone aggredite o comunque presenti in casa (persone anziane, donne, adolescenti o bambini), da precedenti aggressioni subite dalle stesse persone o da vicini di casa o da conoscenti che abbiano avuto gravi conseguenze. Vi è, insomma, tutta una serie di indicatori, che limitano la discrezionalità e contemperano le esigenze di garantire una legittima difesa anche putativa, che non travalichi però i confini, che uno Stato di diritto deve assicurare, tra il sacrosanto diritto dei cittadini all'autodifesa quando lo Stato non possa intervenire tempestivamente e il concedere a chiunque la licenza di uccidere impunemente un essere umano solo perché ha commesso o tentato di commettere una violazione di domicilio, fuggendo quando avverte la presenza del proprietario. In tali casi sarà consentita la difesa, ma nei rigorosi limiti della

proporzione, «presunta» solo in presenza dei requisiti stabiliti dal secondo comma dell'articolo 52 del codice penale¹⁰³».

Tali considerazioni dirigono lo sguardo verso un altro scenario. Infatti, un'ulteriore e rilevante modifica introdotta dal provvedimento appena approvato dalla Camera concerne l'art. 59 del codice penale al quale viene aggiunto un "nuovo" ultimo comma così formulato: «Nei casi di cui all'articolo 52, secondo comma, la colpa dell'agente è sempre esclusa quando l'errore è conseguenza del grave turbamento psichico causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione posta in essere in situazioni comportanti un pericolo attuale per la vita, per l'integrità fisica o per la libertà personale o sessuale».

In questo caso, è più agevole comprendere la portata innovativa della modifica in oggetto difatti appare evidente che il legislatore intende introdurre una deroga alla disciplina ordinaria in tema di erronea supposizione della presenza di cause di giustificazione prevista dall'art. 59 co. 4 c.p..

Ai sensi di questa disposizione, il dolo viene escluso se l'agente ritiene per errore di trovarsi in una situazione che, se realmente esistente, avrebbe integrato tutti gli estremi della legittima difesa (c.d. causa di giustificazione putativa). La condotta antiggiuridica sarà, dunque, sanzionata penalmente solo quando l'errore sulla presenza della situazione sia derivato da colpa e sempre che il fatto sia previsto come delitto colposo.

Per effetto della nuova disciplina, viene meno l'eventuale responsabilità a titolo di colpa e di conseguenza la punibilità quando l'errore in ordine all'esistenza della situazione di pericolo (che qualora fosse concretamente esistente avrebbe consentito la legittima difesa) è riconducibile al «grave turbamento psichico» dovuto all'aggressione subita.

Non si comprende del tutto però la scelta operata dal legislatore di disporre tale disciplina nell'ambito dell'art. 59 c.p., in quanto questa tende ad escludere la rimproverabilità dell'agente che versa in situazione di grave turbamento psicologico solo in relazione al caso della legittima difesa putativa e non anche in relazione al caso dell'eccesso colposo di cui all'art. 55 c.p..

Tale perplessità deriva dall'idea che rispetto all'ipotesi della legittima difesa putativa sembra più complicato ipotizzare un caso in cui l'errore sia dovuto al turbamento psichico riconducibile a una aggressione solamente supposta ma in realtà inesistente. Mentre, nelle ipotesi di eccesso colposo - cioè quando il fatto è realizzato in presenza di una situazione che giustificerebbe l'esercizio della

¹⁰³ http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0040920.pdf, a cura del deputato Ermini, 28 aprile 2016.

legittima difesa, ma la condotta dell'agente ha ecceduto i limiti fissati dall'art. 52 c.p. - sembra assai più facile supporre che l'errore sia determinato dalla situazione di particolare timore in cui versa l'agente.

Infine, l'art. 2 della proposta di legge, rubricato "Onorari e spese del difensore" dispone che «l'onorario e le spese spettanti al difensore della persona dichiarata non punibile per aver commesso il fatto per legittima difesa o per stato di necessità sono a carico dello Stato».

In conclusione, le modifiche legislative introdotte non si sono certo caratterizzate per chiarezza e precisione lasciando agli interpreti vari dubbi ed incertezze applicative.

Ciò nonostante, si è proceduto ad illustrare le principali novità della disciplina in oggetto, in attesa dell'esame da parte del Senato, esame che non risulta ancora iniziato, stante l'assegnazione della presente proposta sia avvenuta il 9 maggio 2017.