

temi ROMANA

**RASSEGNA
DI DOTTRINA
E GIURISPRUDENZA**

a cura del
Consiglio dell'Ordine
degli Avvocati di Roma

quadrimestrale
anno LV n°1
gennaio/agosto 2007



DIRETTORE RESPONSABILE

Avv. Alessandro Cassiani

DIRETTORI SCIENTIFICI

Avv. Giovanni Cipollone

Avv. Giulio Prosperetti

REDATTORE CAPO

Avv. Felice Testa

COMITATO DI DIREZIONE

Avv. Goffredo Barbantini

Avv. Federico Bucci

Avv. Donatella Cerè

Avv. Domenico Condello

Avv. Antonio Conte

Avv. Sandro Fasciotti

Avv. Francesco Gianzi

Avv. Rosa Ierardi

Avv. Paolo Nesta

Avv. Livia Rossi

Avv. Francesco Storace

Avv. Carlo Testa

Tutti gli iscritti all'Ordine possono collaborare alla Rivista 'Temi Romana' con articoli di dottrina e giurisprudenza. Gli articoli devono essere forniti in formato word su floppy disk o inviati per posta elettronica all'indirizzo e.mail: temiromana@ordineavvocati.roma.it contenenti il titolo, il nome e cognome dell'autore o degli autori. Non vengono accettati dattiloscritti. La Direzione si riserva la facoltà di non pubblicare gli articoli che pervengono.

Temi romana è anche *on line* all'indirizzo <http://www.ordineavvocati.roma.it>
email:temiromana@ordineavvocati.roma.it

La Direzione e la redazione sono presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma

Iscrizione Registro nazionale stampa (Art. 11, legge 5 agosto 1981, n. 416) n. 00023 vol.foglio 177 del 2 luglio 1982

Avv. Alessandro Cassiani responsabile
Stampa: Ulisse Editore srl

Grafica: Stefano Navarrini

quadrimestrale
anno LV n°1-2
gennaio/agosto 2007

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Avv. Pietro Adonnino,
Prof. Avv. Lucio Valerio Moscarini,
Prof. Avv. Pietro Nocita,
Prof. Avv. Leonardo Perrone,
Prof. Avv. Piero Sandulli,
Prof. Avv. Franco Gaetano Scoca,
Prof. Avv. Augusto Sinagra.

COORDINATORI DI SETTORE

Diritto costituzionale:
Prof. Avv. Giuseppe Marazzita
Diritto civile e processuale civile:
Avv. Carlo Martuccelli
Diritto penale e processuale penale:
Prof. Avv. Pietro Nocita
Diritto amministrativo:
Avv. Piero D'Amelio
Diritto commerciale e societario:
Avv. Giorgio Della Valle
Diritto fallimentare:
Avv. Mario Guido
Diritto del lavoro:
Avv. Luciano Tamburro
Diritto tributario:
Prof. Avv. Pietro Adonnino
Prof. Avv. Leonardo Perrone
Diritto internazionale:
Prof. Avv. Augusto Sinagra
Diritto comunitario:
Prof. Avv. Riccardo Cappello

NELL'ANNO 2006 SONO STATI PUBBLICATI CONTRIBUTI DI

Francesca R. Alessandrini, Mauro Amiconi, Massimo Cesare Bianca,
Antonio Caiafa, Ferdinando Carbone, Gaetano Carcaterra, Pietro Carnevale,
Francesco Caruso, Alessandro Cassiani, Giovanni Cipollone,
Paola Crosta, Floriano D'Alessandro, Valentino De Nardo, Dario Di Gravio,
Alessandra Di Marco, Luigi Favino, Stefano Galeani, Alessandro Lendvai,
Flavia Lozzi, Andrea Luberti, Daniele Marra, Ignazio Moroni,
Lucio V. Moscarini, Ilaria Napolitano, Pasquale Passalacqua, Maria V. Perazzoli,
Dario Perugini, Antonio Rossomando, Matteo Russo, Barbara Saraceni,
Francesco Savarese, Carlo Selvaggi, Michele Todde, Giorgio Vaccaro,
Francesca Zignani.

	EDITORIALE	1
Avv. GIOVANNI CIPOLLONE	NEGAZIONISMO STORICO E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE	3
<hr/>		
	DOTTRINA	5
Avv. L. Favino	L'APPELLO DEL P.M. TRA INCOSTUZIONALITÀ E GIUSTO PROCESSO	7
<hr/>		
Avv. F. Manfroni	FORMAT E DIRITTO D'AUTORE	12
<hr/>		
Prof. Avv. P. Sandulli	IN TEMA DI GIURISDIZIONE CIVILE DEL XXI SSECOLO	19
<hr/>		
Dott.ssa S. Ronconi	IL DIRITTO DI APPELLO DELLA PARTE CIVILE E DEL PUBBLICO MINISTERO AVVERSO LE SENTENZE DI PROSCIoglIMENTO ALLA LUCE DELLA NOVELLA N.46 DEL 2006 E DELLE RECENTI PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE	24
<hr/>		
	GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE	37
CORTE COSTITUZIONALE	Sentenza 24 gennaio 2007 – 6 febbraio 2007 n. 26	39
<hr/>		
CORTE COSTITUZIONALE	Ordinanza 6 febbraio 2007 n. 32	55
<hr/>		
	GIURISPRUDENZA CIVILE	63
CASSAZIONE SEZIONE I CIVILE	Ordinanza 12 giugno 2007 – 21 agosto 2007 n. 17767 con nota dell'Avv. Leonardo Lastei	65
<hr/>		
TRIBUNALE DI ROMA SEZIONE LAVORO	SENTENZA 9 MAGGIO 2007 – 13 GIUGNO 2007 n. 11676	76
<hr/>		
TRIBUNALE DI VITERBO SEZIONE LAVORO	Sentenza 30 agosto 2006 con nota dell'Avv. Cesarina Carnovale – “La contestazione tardiva nel processo del lavoro”	81
<hr/>		
	GIURISPRUDENZA PENALE	87
TRIBUNALE DI ROMA SEZIONE G.U.P.	Ordinanza 6 luglio 2007 con nota dell'Avv. Giada Papa – “Limite temporale per la richiesta di rito abbreviato”	89
<hr/>		
	ATTUALITÀ, CONVEGNI E RECENSIONI	93
	CONVEGNO: PRESENTAZIONE DEL LIBRO “IL DIRITTO COMPARATO DOPO LA RIFORMA” DI F. DE FRANCHIS ROMA, 16 GENNAIO 2007	95
Cons. Avv. G. Cipollone	INTERVENTO: PRESENTAZIONE DEL LIBRO	96
Pres. Avv. A. Cassiani	INTERVENTO	98
Avv. M. de Tilla	INTERVENTO	100

Avv. T. Mazzuca	RELAZIONE	103
Prof. G. Alpa	RELAZIONE	107
Prof. P. Spada	RELAZIONE	113
Avv. C. Martuccelli	INTERVENTO	117
Avv. F. Petrella	INTERVENTO	119
F. de Franchis	INTERVENTO DELL'AUTORE	121

CONVEGNO: "IL CONDONO ERARIALE..." – DEFINIZIONE DEI GIUDIZI DI APPELLO SU RICHIESTA DELLA PARTE DINANZI ALLA CORTE DEI CONTI (LEGGE 266/05 ART. 1, COMMI 231 E 233)

ROMA, 26 GENNAIO 2007

Avv. P. Nesta	INDIRIZZO DI SALUTI	125
Prof. Dott. C. De Rose	RELAZIONE	125
Dott. F. Pasqualucci	RELAZIONE	135
Avv. Dott. S. Auriemma	RELAZIONE	141
Prof. Avv. E. Picozza	RELAZIONE	155
Prof. Avv. G. Prosperetti	RELAZIONE	160
Avv. L. Manzi	RELAZIONE	164
Avv. F. Carletti	INTERVENTO DI CHIUSURA	168

CONVEGNO: "RAPPORTI TRA DIRITTO E LETTERATURA"

DIBATTITO INTORNO AL LIBRO "GIUSTIZIA E LETTERATURA" DI D. MARAFIOTTI

ROMA, 4 APRILE 2007

Cons. Avv. G. Cipollone	INTERVENTO: PRESENTAZIONE DEL LIBRO	169
Prof. Avv. G. Alpa	RELAZIONE LAW AS (OR IS) LITERATURE	170

CONVEGNO: "LE PROVE CIVILI: PROVE NUOVE E PROVE VECCHIE"

ROMA, 17 APRILE 2007

Avv. C. Silveti	RELAZIONE: LE PROVE COME STRUMENTO DI RICERCA	183
Avv. M. C. Barbaria	RELAZIONE: IL DOCUMENTO INFORMATICO, IL TELEFAX	195
Avv. F. Silvestri	RELAZIONE: L'ARTICOLO 2712 C.C. E CONTESTAZIONE DELLA PARTE - LA RIVOLUZIONARIA C.T.U. PREVENTIVA EX ART. 696 BIS C.P.C.	205
Avv. M. Pecorella	RELAZIONE: LE PROVE ATIPICHE E LE PRESUNZIONI	213
Dott. F. P. Fiore	RELAZIONE: LA VALUTAZIONE DELLA PROVA IN CASSAZIONE	217

CONVEGNO: "DAL TRATTATO COSTITUZIONALE EUROPEO ALLA FEDERAZIONE DEGLI STATI SOTTO L'EGIDA DELL'O.N.U."

ROMA, 19 APRILE 2007

Dott. G. Calabrese	RELAZIONE	224
Cons. Avv. G. Cipollone	INTERVENTO	232
Dott. F. De Angelis	INTERVENTO	235
Dott.ssa W. Montanelli	INTERVENTO	241

EDITORIALE

NEGAZIONISMO STORICO E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE

Come è noto, recentemente è stato approvato all'unanimità dal Consiglio dei Ministri il disegno di legge proposto da Clemente Mastella, Ministro della Giustizia, in materia di discriminazione e reati contro l'umanità. Il provvedimento prescrive che venga penalmente punito fino a quattro anni di reclusione chiunque diffonda idee xenofobe o attinenti la superiorità razziale.

Punto originario di partenza, però, era stata la iniziativa di introdurre nel codice penale un reato specifico contro il negazionismo della "Shoah" e ciò, con particolare riferimento a coloro che negavano l'Olocausto e lo sterminio degli ebrei nei lager nazisti.

Infatti, il presidente iraniano Mahmoud Ahmadinejad di recente, nell'auspicare la cancellazione dello Stato d'Israele dalle carte geografiche, aveva provocatoriamente dichiarato che "gli ebrei hanno inventato il mito di essere stati massacrati, ponendo tale mito sopra Dio, le religioni e i profeti".

Il provvedimento, così come era stato in un primo momento formulato dal ministro Mastella, rischiava di porre un limite alla libertà di opinione, creando la prospettiva di imporre una unica e ufficiale verità storica, paradossalmente come accadeva nei regimi autoritari del secolo scorso che, in base a tale principio, avevano programmato e attuato lo sterminio di intere popolazioni.

A nessuno può sfuggire la necessità che il piano su cui bisognava impegnarsi, avrebbe dovuto essere piuttosto quello etico, educativo e culturale.

Diversamente argomentando, imporre mediante corrispondente normativa una presunta verità, comporterebbe la violazione della libertà di pensiero, subordinando quest'ultima alla volontà delle maggioranze politiche in un dato periodo storico.

Nella sfera dei diritti di libertà individuale, un posto preminente spetta alla libertà di pensiero e di manifestazione dello stesso.

Sono questi due diritti che l'uomo libero rivendica sia nei confronti degli altri, sia verso lo stato che deve evitare di interferire nella autonomia individuale.

È anzi lo Stato che ha l'obbligo di garantire tali libertà, evitando ogni ulteriore ingerenza, attraverso il meccanismo giuridico della sanzione.

Va ricordato che al sofista Proeresio il quale aveva rifiutato all'imperatore Giuliano di diventare il suo storiografo al fine di raccontare le sue imprese, come sanzione fu drasticamente vietato di continuare l'insegnamento ai suoi discepoli.

Noi che abbiamo la ventura di sentirci uomini liberi e di poter esprimere ancora le nostre opinioni, aborriamo ogni ingiusta imposizione, eticamente e giuridicamente da riprovare.

Per la cronaca, il disegno di legge del ministro Clemente Mastella definitivamente approvato, consta di sei articoli e, non facendo riferimento al negazionismo

della “Shoah”, ha per oggetto “i delitti di istigazione a commettere crimini contro l’umanità e la apologia dei crimini contro l’umanità”, al fine di combattere ogni forma di discriminazione, come ha precisato lo stesso ministro Mastella.

Il provvedimento prevede che venga punito con una pena sino a tre anni chiunque diffonda idee sulla superiorità razziale e una pena da sei mesi a quattro anni per chi commetta o inciti a commettere atti discriminatori per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi o compiuti a causa del personale orientamento sessuale o dell’identità di genere.

È pacifico che la libertà di pensiero, tutelata dall’art. 21 della Costituzione, costituisce uno dei diritti inviolabili dell’uomo.

Il pensiero è infatti attività incoercibile dello spirito, indipendente da esterne imposizioni. Lo schiavo Epitteto, poi emancipato, filosofo stoico vissuto nel II° secolo d.C., riteneva in forza del pensiero, di essere più libero di tanti uomini liberi.

Correlativamente, la libertà di giudizio sugli accadimenti umani non può essere compressa da condizionamenti esterni.

D’altronde, il mero dissenso, sotto il profilo storico o politico su fatti o avvenimenti storici o addirittura il dubitare sulla effettività del loro svolgimento, rientra nella manifestazione di una opinione contraria o di una confutazione.

Non può disconoscersi, partendo “ex adversus” da una posizione opposta, che differente valore giuridico debba per esempio riconnettersi al reato di apologia del fascismo.

La Corte Costituzionale a suo tempo stabilì, in merito all’art. 4 della Legge 20 giugno 1952 n. 645 (la cosiddetta Legge Scelba), che l’apologia non può consistere in una “difesa elogiativa” del partito fascista, bensì in una “esaltazione tale da poter condurre alla riorganizzazione del partito fascista” e, cioè, in una istigazione a commettere un fatto rivolto alla riorganizzazione, a tal fine idoneo e efficiente”. Non è cioè sufficiente un semplice opinamento per integrare la fattispecie delittuosa, bensì è indispensabile una condotta illecita che abbia la valenza di sediziosità, caratterizzata da ribellione e ostilità nei confronti dello Stato e posta in essere per compromettere l’ordine costituzionale o l’ordine pubblico.

Si consideri, in relazione al tema in esame che, in relazione all’art. 272 c.p. (“propaganda e apologia sovversiva o antinazionale”) che prevede la finalità del sovvertimento violento dell’ordinamento statale o una attività di propaganda per la distruzione della società, la Corte Costituzionale con sentenza n. 87 del 6 luglio 1966 dichiarò illegittimo il II° comma del predetto articolo 272 c.p. laddove veniva punita “la propaganda fatta per distruggere o deprimere il sentimento nazionale”.

La legge, come il pensiero, è espressione di libertà ma entrambi non sempre sono in sintonia con “ethos”.

Giovanni Cipollone

DOTTRINA

Avv. Luigi FAVINO

L'appello del pm tra incostituzionalità e giusto processo

sommario

1. Considerazioni sulla legge 46/2006 dichiarata parzialmente incostituzionale. 2. Ancora più incostituzionale l'appello del pm se si guarda al giusto processo.

1 - Ha avuto vita brevissima l'avveniristica legge n. 46/2006, sulla inappellabilità da parte del PM delle sentenze di assoluzione dell'imputato, falciata dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 26 del 24 gennaio 2007¹ - 6 febbraio 2007¹ che, tuttavia, ne ha lasciato in piedi buona parte riguardante l'esame dei ricorsi avanti alla Suprema Corte.

Ciò malgrado, quando ancora era in vigore, si era creata una giurisprudenza restrittiva, specie nell'ambito della VII Sezione della Cassazione, capace di limitarne in modo evidente il campo di applicazione.

Una di queste sentenze, in particolare, (VII Sez., 11/05/2006, Pres. Pioletti – Rel Davigo – Ric. Palma – n. 27518/06, dep. 02/08/06) ha sostanzialmente escluso dal beneficio della declaratoria dell'inappellabilità del PM contro la sentenza assolutoria dell'imputato, sanzionando con l'inammissibilità il ricorso con cui il prevenuto si doleva della inaspettata condanna in appello. La legge sull'inappellabilità del PM, quando era pienamente in vigore, è stata in sostanza dimezzata in Cassazione dalla sanzione di inammissibilità. La Suprema Corte ha motivato sul punto testualmente: *“Il fumus dei motivi nuovi è manifestamente infondato poiché la disciplina transitoria non ha previsto, se non nell'ipotesi di annullamento con rinvio di una sentenza di condanna conseguente ad appello del PM avverso sentenza di proscioglimento, che tale gravame sia dichiarato inammissibile”*. Orbene riteniamo, al contrario, che è proprio questa la ragione per cui la sentenza e l'indirizzo giurisprudenziale seguito dalla Suprema Corte non sia esatto.

Quando la legge Pecorella sull'inappellabilità è stata finalmente pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 44 del 22 febbraio con il n. 46 del 2006 ha segnato subito un punto di riferimento essenziale, visto che la nuova disciplina che stabiliva l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, con qualsiasi formula siano state emesse, è retroattiva e si applica a tutti i procedimenti in corso, anche in Cassazione, e con effetti immediati, addirittura anche ai giudizi di rinvio nei quali è stata annullata dalla Suprema Corte una sentenza di condanna in appello che abbia riformato un'assoluzione in primo grado. Salvo il caso in cui l'annullamento della sentenza di appello riguardi esclusivamente i capi relativi alla pena o ad una misura di sicurezza.

¹ La sentenza è pubblicata in questo numero nella rubrica Giurisprudenza Costituzionale.

Tale norma costituiva l'immediata conseguenza del principio della formazione del giudicato di cui all'art. 624, co. II, c.p.p. e più volte ribadito dalla Cassazione (v. Cass. Sez. I, ud. 6/5/2000, in CED n. 215949).

È parso ragionevole escludere un effetto tanto dirompente nel caso in cui la "tenuta" della pronuncia di appello in punto di responsabilità sia stata già verificata dalla Cassazione, con la conseguente formazione del giudicato sui relativi capi.

La disciplina transitoria non affrontava il problema dell'eventuale inammissibilità del ricorso proposto avverso la sentenza di condanna in grado di appello. Se ne deve dedurre che, anche in questo caso, la dichiarazione di inammissibilità dell'appello del PM avesse natura preliminare rispetto ad ogni ulteriore questione, ivi compresa quella dell'ammissibilità dell'ulteriore mezzo di impugnazione esperito. Infatti: finché la Corte di Cassazione non si pronunciava sull'inammissibilità del ricorso, il procedimento era, a tutti gli effetti, pendente; conseguentemente il giudicato non poteva dirsi maturato; il vizio sopravvenuto riguardava una fase precedente al giudizio di appello ed era idoneo a rimuovere, radicalmente, la relativa sentenza.

Ogni tesi contraria, sull'argomento, non appare confacente in quanto eleverebbe il tema dell'inammissibilità del ricorso al livello di una pregiudiziale primaria, ed ignorando altresì il tema dell'inappellabilità che andava dichiarata alla stregua di una qualsiasi causa estintiva del reato.

Tra le due forme di inammissibilità quella che nasce dalla inappellabilità deve avere la prevalenza sulla eventuale successiva inammissibilità del ricorso per Cassazione poiché, "*priusquam*" preesistendo, ha bisogno soltanto della pendenza per essere dichiarata dal Giudice superiore, che dovrà poi comunque svolgere, o far svolgere ad altra sezione, tutti gli adempimenti di cui all'art. 10 della L. 20/02/06 n. 46 comma II, che prevedeva la piena ed immediata applicabilità ai procedimenti in corso, precisando al riguardo: "*L'appello proposto contro una sentenza di proscioglimento del PM prima della data di entrata in vigore della presente legge, veramente innovativa per avere avviato una graduale riforma del sistema delle impugnazioni viene dichiarato inammissibile con ordinanza non impugnabile*" salva la facoltà per la pubblica accusa "*di proporre ricorso per Cassazione entro 45 giorni dalla notifica del provvedimento di inammissibilità*".

Non c'è dubbio che la legge, a nostro avviso, fosse realmente innovativa con riguardo a tutto il sistema delle impugnazioni penali perché, da una parte, limitava il potere di appello del PM avverso le sentenze assolutorie al solo caso di scoperta di nuova prova ai sensi dell'art. 603, co. II, c.p.p., e dall'altra, perché ha introdotto un nuovo criterio di esame nei ricorsi per Cassazione che dovranno essere valutati anche in relazione ad altri atti processuali contenuti nel fascicolo, ed espressamente indicati dalla difesa.

In questo senso, infatti, l'art. 8 della L. 46/06 ha innovato l'art. 606 lettera e, c.p.p. attribuendo rilievo al vizio di mancanza o contraddittorietà della motivazione, non solo quando esso risulti "*dal testo del provvedimento impugnato*" ma anche

quando esso sia desumibile *da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame*".

La modifica, inoltre, ha ampliato in maniera notevole il novero dei vizi deducibili avanti al Supremo Collegio dando spazio al controverso paradigma del "travisamento del fatto" sicché la difesa ben può contrastare le opposte letture degli elementi indiziari con memorie e motivi aggiunti, rivalutando anche e soprattutto tutti quei dati che per la Corte di merito non avessero avuto alcuna efficacia dimostrativa a favore dell'imputato, verificane la congruità della motivazione alla luce dei parametri forniti dal nuovo testo dell'art. 606 sopracitato; alla luce del quale saranno da ritenersi nulle quelle affrettate conclusioni frutto di un evidente travisamento del dato probatorio, perché non sorrette da adeguata motivazione, o perché soltanto ignorate dalla Corte di merito malgrado fossero state a norma evidenziate dalla difesa.

Tutta questa materia trattata dalla Legge Pecorella, malgrado la sentenza della Corte Costituzionale abbia eliminato l'art. 1 e parte dell'art. 10 sulla inappellabilità del PM, è destinata a rimanere per permettere un più organico esame dei ricorsi per Cassazione alla luce di norme che sicuramente contribuiranno alla diminuzione degli errori giudiziari.

2- Una delle voci più indipendenti tra i giuristi italiani, Franco Coppi, intervistato sul tema (v. Il Giornale del 25/01/07, pag. 10) si esprime con efficace sintesi: *"La Pecorella era sensata per due ragioni: perché i processi si trascinano a lungo, con indicibili sofferenze, e poi perché il giusto processo ci dice che una persona può essere condannata solo se sia stata accertata la sua colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio. Mi chiedo- sottolinea il penalista –come questa assoluta certezza sia compatibile con un'assoluzione"*.

È per questo, in fondo, che l'idea che possa essere in qualche modo incostituzionale l'inappellabilità del PM non si riesce ad immaginare, vista anche la sproporzione sostanziale che vi è sul piano processuale tra accusa e difesa. A fronte di tale situazione sarebbe da sostenere proprio il contrario, e cioè l'incostituzionalità dell'appello del PM contro la sentenza di assoluzione dell'imputato in primo grado, per violazione degli artt. 24, co. 2, e 111, co. 4, della Costituzione, e più precisamente dell'art. 593, co. 1, c.p.p., nella parte in cui attribuisce al PM il potere di appellare la sentenza assolutoria e l'impossibilità per la difesa di controbattere sullo stesso piano.

Sul punto la Cassazione si è di recente pronunciata (VI Sez., 21/09/05, n. 33751, Ric. Bellato più altri) dichiarando la questione manifestamente infondata, richiamando la precedente sentenza delle Sezioni Unite (30/10/2003, Ric. Andreotti) che però aveva sottolineato: *"l'opportunità di una rivisitazione delle regole del giudizio di appello"* ritenendo evidentemente insufficienti i diritti dell'imputato di far valere in sede di appello ogni questione relativa alle prove mediante memorie, atti, dichiarazioni, e richieste verbalizzate (v. anche nello stesso senso S.U. 31/03/2004, n. 8).

La necessità di una riforma si impone perché è farraginoso e teorico pensare che un imputato, mandato assolto in primo grado, si metta ripercorrere la faticosa tela della propria difesa messa in discussione dall'appello del PM, per di più indicando le prove a suo favore pretermesse nella valutazione della sentenza, o per avventura contenute nello stesso fascicolo del PM.

D'altra parte basta allargare il campo di osservazione ad altri sistemi processuali per scoprire che il più progredito e garantista non è certo quello italiano, e che, fra tutti, quello tedesco brilla per modernità per avere recepito, dopo il 1948, nel codice di procedura (Strafprozessordnung – STPO), i principi libertari per l'accertamento della verità processuale derivanti dalle convenzioni internazionali e dalle Carte fondamentali.

Nel processo tedesco il Pubblico Ministero, definito con una colorita espressione *Herr der Ermittlingeverfahren*, cioè “padrone del procedimento per le indagini preliminari”, può a norma del paragrafo 296 STPO impugnare a favore dell'imputato la sentenza di condanna; non solo ma a norma dei successivi paragrafi 301 e 365 chiedere egli stesso la revisione del processo, al fine di far assolvere l'imputato ingiustamente condannato².

Non a caso la dottrina tedesca definisce il PM in Germania come *Gesetzesgewachter*, “guardiano della legge”, o ancora rappresentante del pubblico interesse, o addirittura l'autorità più obiettiva del mondo! (*Objektivste Behörde der Welt*).

In attesa che siano compiuti i passi necessari per rendere più fedele a principi unanimemente condivisi il nostro codice, non resta che prendere atto, e tenere sempre avanti agli occhi, quanto sancito dal Patto Internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'assemblea delle Nazioni Unite il 16 novembre 1966, e poi ratificato dal Governo italiano: “*al condannato e solo al condannato sia riconosciuto dagli Stati il diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge*”.

In realtà dal 1966 ad oggi molto poco si è fatto perché, solo nel 1999, il legislatore costituzionale ha istituito i tre principi fondamentali dell'art. 111, Cost.³, il giusto processo, la terzietà ed imparzialità del giudice, e la ragionevole durata del processo. Così facendo si è solo in parte adeguato ai principi dell'ordinamento pro-

2 V. Fanuli, *Il Pubblico Ministero nel processo penale tedesco*, in Arch. Nuova proc. Pen. 01/2006, pag. 11.

3 Il dibattito sul giusto processo penale durò ben 16 sedute e tre mesi di lavori all'interno della 1 Commissione Permanente della Camera dei Deputati.

Nato da una erronea traduzione dell'aggettivo “due” usato dai giuristi anglosassoni, spiegò che giusto vuol dire in effetti “dovuto”, e che, dunque, è processo dovuto perché giusto è solo il risultato ultimo cui deve pervenire il giudizio.

Come la Convenzione dei diritti dell'uomo, che è stata recepita ed attuata nel lungo periodo dai codici processuali, così l'art. 111 della Costituzione che ha istituzionalizzato il giusto

processo dovrà essere attuato con urgenti modifiche al codice di procedura – che già lo stesso Giovanni Falcone, anni addietro, aveva letteralmente elencato³ -: “*comincia a farsi strada la consapevolezza che la regolamentazione delle funzioni e della stessa carriera dei magistrati del pubblico ministero, non può essere identica a quella dei magistrati giudicanti, diverse essendo le funzioni e quindi, le attitudini, l'habitat mentale, le capacità professionali richieste per l'espletamento di compiti così diversi: investigatore a tutti gli effetti il PM, arbitro nelle controversie il giudice – Su questa direttrice bisogna muoversi...*”.

Una strada da seguire per non accumulare un nuovo, incolmabile ritardo, nei confronti dell'evoluzione sociale.

cessuale tedesco, e quando ha codificato il principio della terzietà del giudice, quello che per alcuni aspetti abbiamo già visto reale e palpabile esistere nella figura del PM d'oltralpe, ha voluto superare quella situazione di signoria del giudice sopra tutte le parti, incompatibile con il principio accusatorio posto a base del nuovo codice di procedura penale.

Ma c'è ancora molto da fare per avvicinare a quella tedesca la figura del nostro PM, per affrancarlo da certe posizioni di accanimento dell'accusa, da proposizioni di impugnazioni quasi atti dovuti, soprattutto per l'attivazione del giusto processo e il rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti dalla pari dignità ed uguaglianza dei cittadini, al diritto di difesa e di azione giudiziaria davanti ad un giudice terzo ed imparziale, non considerando il processo come un'entità al di fuori del tempo, ma concretamente calato in una realtà temporale che dovrà essere ragionevole nella sua durata, per il bene di tutti, imputati e persone offese dal reato comprese.

L'attuazione sarà ancora difficile a causa della mancata modifica dell'Ordinamento Giudiziario che preveda la separazione delle carriere tra magistrati requirenti e giudicanti, tuttora oggetto di infinite discussioni che, di certo, allontanano l'approdo del nostro processo ai "target" di terzietà e di imparzialità dei giudici.

Già dal 2000 questi temi furono affrontati in un incontro-dibattito sul giusto processo penale, promosso dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, nella relazione introduttiva del consigliere Giovanni Cipollone, che partendo da una digressione etimologica del termine "giusto",

Avv.
Francesca MANFRONI

Format e diritto d'autore

Definizioni

Prima di poter analizzare l'inquadramento giuridico del format nell'ambito della vigente normativa del diritto d'autore, è necessario chiarire cosa si intenda esattamente con questo termine. Malgrado non esista una definizione "ufficiale", il format consiste essenzialmente nel progetto, nello schema, nella descrizione dettagliata di uno spettacolo radiofonico, televisivo o di altro genere, fissata in un documento scritto. Il format è, quindi, cosa ben diversa dallo spettacolo che si andrà a realizzare, ma ne costituisce la base e l'origine creativa.

La S.I.A.E., Società Italiana degli Autori ed Editori, ai fini del deposito presso le sue sezioni¹ dei format inediti, lo ha così definito: *“Si intende per Formato, l'opera dell'ingegno avente struttura originale esplicitativa di uno spettacolo e compiuta nell'articolazione delle sue fasi sequenziali e tematiche, idonea ad essere rappresentata in una azione radiotelevisiva e teatrale, immediatamente o attraverso interventi di adattamento o di elaborazione o di trasposizione, anche in vista della creazione di multipli. Ai fini della tutela, l'opera deve comunque presentare i seguenti elementi qualificanti: titolo, struttura narrativa di base, apparato scenico e personaggi fissi”*.

È evidente come questa definizione, come precisa l'Avv. Giorgio Assumma, Presidente della S.I.A.E., “esclude dal concetto di format la semplice idea o il mero spunto creativo”².

In dottrina, il format è stato definito come “lo schema dettagliato, esteso col linguaggio delle parole, nel quale sono indicati la struttura ed i tratti caratteristici di due generi di opere rappresentate da immagini dinamiche: le opere assimilate e quelle audiovisive”³. Riguardo a quello televisivo, poi, si è detto che questo consiste nello *“schema di base che individua i principali tratti caratteristici di una trasmissione televisiva o (più spesso) di un'intera serie di trasmissioni tra loro variamente coordinate”*⁴.

Non mancano, infine, definizioni elaborate dalla giurisprudenza sia dei sistemi di common law, che in quelli di civil law. Nel caso *Green* contro *Broadcasting Corporation of New Zealand* (1989) il Privy Council del Regno Unito ha ricompreso nel concetto di format *“quei tratti caratteristici dello show che sono ripetuti in*

1 Gli associati S.I.A.E. possono effettuare il deposito dei format inediti presso la sezione D.O.R.; i non associati possono depositarli presso la stessa sezione solo se il format riguarda le opere destinate all'utilizzazione radiotelevisiva, mentre, per tutti gli altri casi, dovranno effettuare il deposito presso la sezione O.L.A.F.

2 Giorgio Assumma, in un'intervista rilasciata all'autrice il 23 luglio 2007.

3 Andrea Micciché, *Legislazione dello Spettacolo*, Artemide 2006, pag. 56.

4 Michele Bertini, *Tutela dei format dei programmi televisivi* nota all'ordinanza del Tribunale di Milano del 29 gennaio 1996, AIDA 1997, 697. Per ulteriori approfondimenti sul concetto di format vedi anche Gaia Mari *La protezione del “format” nel sistema della legge sul diritto d'autore* in IDA 1/2007, 89 ss..

ogni performance”⁵. Nel 2003, la Suprema Corte Federale Tedesca in un celebre caso di pretesa violazione di format si è così espressa: “*Il Format di uno spettacolo televisivo può essere definito come l’insieme dei suoi tratti caratteristici, idonei a fungere da stampo per ogni singola puntata in modo tale da consentire al pubblico di identificare facilmente ogni puntata, al di là di quello che ne è il contenuto variabile, quale parte di uno spettacolo televisivo seriale. Di regola il format di uno spettacolo televisivo è una mappa, un’insieme di direttive artistiche ovvero una cornice generale che guida lo sviluppo di un insieme di puntate simili*”⁶.

I format televisivi e la loro tutela come opere dell’ingegno

Anche alla luce delle definizioni che precedono, appare evidente come l’attenzione della dottrina e della giurisprudenza si sia concentrata in particolar modo sul format televisivo, dal momento che è proprio in quest’ambito che il mercato si è particolarmente sviluppato e, di conseguenza, è qui che sorge il maggior numero di dispute e contenziosi.

Partendo dalla classificazione delle opere audiovisive elaborata, per tutt’altri fini, dalla normativa vigente nel nostro Paese in materia radiotelevisiva⁷, è possibile individuare tre fattispecie principali di format televisivi:

- a) quelli destinati alla realizzazione di lungometraggi cinematografici e film per la televisione;
- b) quelli destinati alla realizzazione delle serie televisive, dei romanzi a puntate, dei programmi ricreativi, e dei documentari;
- c) quelli destinati alla realizzazione di giochi televisivi, talk show e programmi ricreativi di altro genere.

A seconda dell’inquadramento del format in una o nell’altra delle categorie sopra indicate, cambierà la sua possibile tutelabilità alla luce della normativa vigente in materia di diritto d’autore (L. 22 aprile 1941, n. 633 e successive modificazioni; nel seguito anche solo L.d.A.).

Nel nostro ordinamento, infatti, come anche negli altri ordinamenti europei, il format non è espressamente ricompreso tra le opere tutelabili dal diritto d’autore e, di conseguenza, la sua possibile proteggibilità non potrà che essere valutata di caso in caso e per via analogica, attraverso l’assimilazione del format ad opere espressamente protette ovvero considerando i tratti che lo caratterizzano come tipici della tutela apprestata dalla normativa in tema di diritto d’autore.

5 Green v Broadcasting Corporation of New Zealand [1989] R.P.C. 700 (PC). Questo caso viene considerato un caposaldo in materia di format; il Privy Council del Regno Unito, in virtù del principio della non proteggibilità delle idee, rigettò il ricorso del signor Green, autore del format del talent show “*Opportunity Knocks*”, trasmesso dalla Broadcasting Corporation of New Zealand, poiché non riuscì a dimostrare che i tratti caratteristici del suddetto format erano stati da lui ideati, in quanto non esistevano documenti scritti, ivi compresa la cd. “format bible” a riprova di quanto da lui sostenuto.

6 Sendeformat BGH, 26.06.2003, GRUR 2003, S. 876, 877. In questo caso la Corte ha stabilito che il programma televisivo per bambini *Kinderquatsch mit Michael* non violava il diritto d’autore dello show francese *L’école des fans*, poiché, sostanzialmente, il format di quest’ultimo non era proteggibile.

7 Cfr. D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177 - Testo Unico della radiotelevisione - art. 37, comma 4, sulle interruzioni pubblicitarie e 44, comma 3, sulla produzione audiovisiva europea.

In questo senso, il format per essere protetto dovrà presentare le caratteristiche della creatività, della novità, della originalità e, dal momento che non sono protette le idee ma la loro espressione⁸, dovrà essere dotato di una “compiutezza espressiva”⁹ tale da poter essere considerato a tutti gli effetti un’opera dell’ingegno. In virtù di ciò, il format dovrà consistere in “una stesura compiuta tale da dare a chi la percepisce una soddisfazione intellettuale esauriente”¹⁰.

Per tornare all’analisi della classificazione che precede, riguardo alle opere di cui alla lettera a), ovvero ai lungometraggi cinematografici ed ai film per la televisione, il format di fatto coincide con il cd. soggetto cinematografico, tutelato dalla normativa sul diritto d’autore. Il soggetto è inteso come l’opera letteraria da cui è tratta l’opera cinematografica se “la sceneggiatura si svolge direttamente da detto lavoro”¹¹. In questo senso, l’autore del soggetto è considerato, ex art. 44 della L.d.A. come coautore dell’opera cinematografica. È evidente come anche il soggetto cinematografico potrà essere considerato opera dell’ingegno e, in quanto tale, tutelato dal diritto d’autore, solo nel momento in cui “sia elaborato in modo creativo ed originale con almeno l’esposizione sommaria della trama della vicenda.”¹².

Con la loro assimilazione al soggetto cinematografico, quindi, e nell’ambito della proteggibilità di questo, non possano sorgere contestazioni riguardo alla tutelabilità dei predetti format.

Più articolata è la questione relativa alla seconda categoria di opere elencate. Infatti, nel caso di serie televisive, romanzi a puntate, programmi ricreativi e documentari, dal momento che la loro definizione preventiva è più complessa o perché l’idea portante si svolge attraverso più episodi o perché è legata a fattori imponderabili al momento della ideazione (come per i documentari che, per loro stessa natura, sono condizionati dal corso degli eventi), più difficilmente il format presenterà le caratteristiche di completezza richieste per la sua proteggibilità. Il più delle volte, lo schema di tali programmi sarà piuttosto vago, rimandando ad un momento successivo la definizione più precisa dello sviluppo narrativo.

Appare evidente come tale regola generale possa essere disattesa da un format molto dettagliato che, in quanto tale, potrà di fatto trovare protezione in virtù dei principi generali sopra illustrati.

Nel caso dei giochi televisivi e dei talk show e degli altri programmi a questi assimilabili è, invece, difficilmente immaginabile una proteggibilità dei relativi format, dal momento che questi programmi, per loro stessa natura, non seguono schemi abba-

8 Tra le altre, in riferimento al format, Luigi Carlo Ubertazzi, nota a sentenza del Trib. Milano del 19 luglio 1999, in AIDA 1999, 644, in cui afferma: “(...) L’esclusiva dell’autore copre solo la forma espressiva dell’opera, e non il suo contenuto ideativo: e così nel nostro caso protegge solamente la forma espositiva dell’idea che sta alla base del programma radiotelevisivo, e non l’idea in se stessa, che pure rappresenta il maggior valore economico del format”.

d’autore estratto da Luigi Carlo Ubertazzi *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam 2007, 21.

10 Giorgio Assumma, *ibidem*.

11 Luigi Carlo Ubertazzi, op. cit., 21.

12 Trib. Roma, ordinanza 6 luglio 1999, in AIDA 2001, 751.

9 Riguardo al concetto di compiutezza espressiva cfr. *Diritto*

stanza originali da essere considerati opere dell'ingegno autonome. Il più delle volte si parte sempre dalla stessa idea, che poi viene sì declinata in maniera diversa, ma che non arriva a discostarsi abbastanza dal ceppo originario da poter costituire una creazione a sé stante. Inoltre, gli stessi contengono una forte componente di aleatorietà che costituisce, peraltro, l'elemento principe del loro interesse da parte del pubblico, e che difficilmente permette una organica, esaustiva ed aprioristica definizione dei loro format.

Gli orientamenti giurisprudenziali

Premessi questi brevi concetti di base, è interessante analizzare come la giurisprudenza italiana si sia regolata nell'analisi, caso per caso, dei singoli format e come si sia così delineato un orientamento piuttosto uniforme rispetto alla loro possibile tutelabilità.

Dall'analisi delle diverse pronunce in materia, sono oltre 100 gli interventi della magistratura che negano al format una tutela giuridica¹³.

Una recente pronuncia del Tribunale di Roma ha così sancito: *“È principio consolidato nella prevalente giurisprudenza del Tribunale di Roma quello per cui gli schemi di programmi televisivi, che consistono in una sommaria descrizione in forma letteraria del contenuto di un possibile programma televisivo non sono tutelabili come opere dell'ingegno in quanto schemi ideativi o idee elaborate, prive di una loro esteriorizzazione ed oggettivazione concreta, tramite la quale le stesse acquistano una forma percepibile esternamente, che permette la valutazione della sussistenza dei requisiti di creatività e manifestazione della personalità dell'autore”*¹⁴.

Da quanto sopra espresso, appare evidente come, sebbene la proteggibilità del format sia, in astratto, concepibile, di fatto, nella maggior parte dei casi gli schemi di programma sottoposti all'esame dei Giudici non presentano le caratteristiche necessarie per poter essere inquadrati come opere dell'ingegno e, in quanto tali, tutelati dalla normativa sul diritto d'autore¹⁵.

In questo senso, è stato affermato che: *“La protezione del format come opera dell'ingegno si ha quando sussiste compiutezza espressiva e quando il format fornisca elementi sufficienti a caratterizzare in modo definito almeno la natura e lo svolgimento degli eventi, e quando lo schema contenga almeno la rappresentazione, se non ancora della forma dettagliata della sceneggiatura, quanto meno come compendio dello sviluppo visivo e verbale dello svolgimento dei vari temi”*¹⁶.

13 Giorgio Assumma, *ibidem*.

14 Trib. Roma, ordinanza 5 maggio 2005, in AIDA 2006, 1089.
La pronuncia è relativa al format di un gioco ed ha stabilito che: *“Lo schema di programma televisivo costituito da un gioco, espresso da una sommaria descrizione in forma letteraria del contenuto del possibile programma, che tuttavia lascia aperta una molteplice possibilità di alternative nello svolgimento del gioco e non contiene una indicazione compiuta dei criteri di selezione dei giocatori/concorrenti, non è tutelabile come opera dell'ingegno in quanto costituisce uno schema ideativo o un'idea elaborata priva di una adeguata esteriorizzazione ed oggettivazione concreta”*.

15 Riguardo al format radiofonico, cfr. anche Trib. Milano, sentenza 19 luglio 1999, in AIDA 1999, 644, per cui: *“Non è proteggibile come opera dell'ingegno uno schema di programma radiofonico, depositato alla sezione OLAF della SIAE, che sia insufficiente a dare idonea e compiuta identità formale all'idea di programma che gli autori hanno inteso tutelare, e che così come è descritta dal deposito SIAE sia già stata ampiamente utilizzata negli spettacoli di varietà o di satira politica e di costume”*.

16 Trib. Bari sentenza 26 ottobre 2004, in AIDA 2005, 669.

Non molto diversa è la situazione nel resto d'Europa e negli Stati Uniti. Ad oggi, infatti, nessun ordinamento o trattato internazionale ricomprende espressamente il format tra le opere protette dal diritto d'autore. Ciò non toglie che, ove questo presenti i requisiti dell'opera dell'ingegno, possa comunque essere considerato a tutti gli effetti proteggibile dalle relative normative in materia.

La prassi contrattuale

Esiste un netta discrasia tra la giurisprudenza che, come sopra esposto, continua, di fatto, a negare al format la tutela di diritto d'autore e la prassi contrattuale per cui, anche a livello internazionale, il format viene ceduto o licenziato come una qualsiasi altra opera dell'ingegno. Il mercato dei format televisivi, stando ai dati F.R.A.P.A.¹⁷, valeva, al 2004, 2.4 miliardi di euro. C'è una vera industria che ruota intorno al format e gli operatori del mercato non vogliono correre il rischio di contestazioni. La contrattualistica in materia di format, come anticipato, non si discosta di molto da quella relativa ad altre opere dell'ingegno, quali, in particolar modo, quelle cinematografiche e audiovisive in genere. Solitamente, tra società televisive ed autori di format si sottoscrivono contratti di cessione dei diritti che sono molto simili, come struttura e contenuti, a quelli tra autore e produttore per la cessione dei diritti di utilizzazione economica del soggetto e della sceneggiatura di opere cinematografiche. Con la cessione, infatti, la società televisiva acquisisce, normalmente, in perpetuo (cioè per tutta la durata di proteggibilità dell'opera dell'ingegno accordata dalla normativa vigente in materia di diritto d'autore), tutti i diritti di sfruttamento ed utilizzazione economica del format, senza limitazioni territoriali o di lingua, per tutti i canali di sfruttamento esistenti o di futura invenzione e con ogni più ampia facoltà di ricesione. Qualora il format preveda più puntate, è possibile che nel contratto di cessione sia anche previsto l'incarico per l'autore di realizzare i copioni delle singole puntate, con contestuale cessione dei relativi diritti di utilizzazione sulle stesse, dal momento della loro creazione. In ogni caso, anche quando l'autore del format non sia anche autore delle singole puntate, ovvero qualora il format consista in un unico spettacolo, la società acquisisce anche il diritto di elaborarlo, nel rispetto del diritto morale d'autore, in modo da poterne realizzare diverse versioni o puntate, ovvero da poter apportare, o far apportare a terzi, eventuali modifiche o adattamenti. Nel caso in cui la parte cedente sia una società di produzione, spesso accade che la cessionaria, contestualmente all'acquisizione di tutti i diritti sul format, gli affidi anche la produzione esecutiva della trasmissione, ovvero della puntata pilota.

Riguardo, invece, ai contratti di licenza, questi vengono solitamente stipulati tra società televisive, anche di diverse nazionalità, e potrebbero, con le dovute dif-

17 *Format Recognition And Protection Association*. La F.R.A.P.A. è un'associazione internazionale, costituita da circa 100 società appartenenti all'industria televisiva e provenienti da

diverse nazionalità, che si occupa della registrazione presso la propria banca dati dei format e fornisce assistenza ai suoi associati per la tutela dei propri format.

ferenziamenti, essere assimilati a dei contratti di distribuzione internazionale di opere cinematografiche (in Italia la distribuzione è solitamente strutturata come un mandato). Nel caso della licenza, la società cedente solitamente concede il diritto di sfruttare il format su determinati territori, in determinate lingue, attraverso canali ben individuati e per un tempo limitato. Normalmente non è prevista la facoltà di sublicenza e, una volta scaduto il periodo di licenza, il format torna nella completa disponibilità del titolare dei diritti. È evidente come questa struttura sia utilizzata soprattutto per format di programmi televisivi realizzati, che abbiano avuto un discreto successo nel paese di origine e che, quindi, possano essere esportati. Può capitare che la cedente imponga alla cessionaria determinate regole da rispettare, quali, ad esempio, l'obbligo di mantenere determinati personaggi, adottare una certa scenografia o uno specifico jingle musicale. Più spesso e soprattutto riguardo ai format di serie televisive, quella che viene imposta è la struttura di fondo, lasciando, poi, alla cessionaria la libertà di adattare le singole puntate al pubblico di riferimento del proprio Paese.

Ciò premesso, appare evidente come, nel momento in cui il format non venga riconosciuto come opera dell'ingegno, i contratti che abbiano ad oggetto una disposizione dei diritti dello stesso saranno automaticamente nulli e, di conseguenza, questo tentativo del mercato di regolamentare un settore che non ha ancora ricevuto una espressa definizione legislativa risulterebbe del tutto vano.

Un possibile inquadramento giuridico

In mancanza di una normativa specifica, in dottrina si è delineata già da tempo la possibilità creare un vero e proprio *format right*.

In pratica, si tratta di riconoscere agli autori del format un diritto connesso all'equo compenso simile a quello ad oggi previsto dall'art. 86 L.d.A. per i bozzetti di scene teatrali¹⁸. In questo senso, il format che non presenti i caratteri dell'opera dell'ingegno (per cui varrà la protezione generica del diritto d'autore) sarà liberamente utilizzabile da terzi, dietro pagamento di un compenso all'autore dello stesso¹⁹.

Un tale diritto avrebbe una durata minore di quella prevista per le opere dell'ingegno²⁰ e potrebbe esaurirsi nel termine di 5 o 10 anni dalla registrazione del format presso un pubblico registro da istituirsi presso la S.I.A.E²¹.

18 L'art. 86 L.d.A. recita così: "1. All'autore dei bozzetti di scene teatrali che non costituiscono opera dell'ingegno coperta dal diritto d'autore ai sensi delle disposizioni del titolo 1, compete un diritto a compenso quando il bozzetto è usato ulteriormente in altri teatri, oltre a quello per il quale è stato composto.

2. Questo diritto dura cinque anni a partire dalla prima rappresentazione nella quale il bozzetto è stato adoperato". Un simile regolamentazione è riconosciuta dalla L.d.A. anche ai progetti di ingegneria, alla prima pubblicazione di opere non più protette, alla pubblicazione di edizioni critiche e alle fotografie semplici. Per un approfondimento, cfr. Vittorio M. De Sanctis, *A proposito della protezione del format*, in IDA, 1/2007, pag. 61 e ss..

19 Per un maggiore approfondimento, cfr. Gaia Mari, op. cit., 89 ss. e Eugenio Prosperetti, Ferdinando Tozzi, Vincenzo Visco Comandini, *I format televisivi tra acquisto di know-how e tutela della proprietà intellettuale*, in dir. inf. 2007 n. 1, pag. 23 e ss..

20 L'art. 25 della L.d.A. stabilisce che: "I diritti di utilizzazione economica delle opere dell'ingegno durano tutta la vita dell'autore e sino al termine del settantesimo anno solare dopo la sua morte".

21 Giorgio Assumma, *ibidem*.

In virtù di ciò, per poter apportare una tutela concreta al format, bisognerebbe, in primo luogo, ricomprenderlo nell'elencazione delle opere protette dal diritto d'autore di cui all'art. 2 della L.d.A. e in secondo luogo, prevedere una disposizione autonoma che riguardi i format semplici, ovvero quegli schemi di programma che non possono essere considerati opere dell'ingegno, ma che siano comunque meritevoli di tutela, per i quali l'autore possa vantare un diritto alla corresponsione del summenzionato compenso.

La nascita di un tale diritto connesso da un lato non paralizzerebbe la circolazione del format, e dall'altro darebbe comunque un riconoscimento a chi dimostra di esserne stato l'ideatore. E ciò a prescindere dal fatto che il format sia sufficientemente creativo ed elaborato da poter essere considerato opera dell'ingegno e quindi proteggibile a tutti gli effetti dalla normativa generale in materia di diritto d'autore. Appare evidente, in ogni caso, come anche una tale regolamentazione non elimini le incertezze dovute alla analisi del caso concreto. Sebbene non sia richiesta la creatività e l'elaborazione dell'opera dell'ingegno, infatti, il diritto all'equo compenso non potrà prescindere da una valutazione delle caratteristiche del format stesso. Infatti, qualora non sia abbastanza creativo e definito da essere considerato opera dell'ingegno e, di conseguenza, proteggibile dalla L.d.A., dovrà comunque presentare un minimo di creatività e di compiutezza da poter essere riconosciuto meritevole di equo compenso.

Il Codice di Deontologia del Format

Al fine di addivenire ad una definitiva regolamentazione del format, la S.I.A.E. ha affidato ad una Commissione, composta da rappresentanti di autori, produttori ed emittenti, l'elaborazione di un apposito progetto di legge. Nell'attesa che l'iter legislativo arrivi a compimento, la stessa Commissione è stata incaricata della redazione di un Codice di Deontologia, che arrivi a contenere le dispute tra gli operatori del mercato dei format (autori, produttori, emittenti). In particolare, tale Codice: 1) fornirà una definizione di format; 2) offrirà la possibilità agli aderenti di depositare presso la S.I.A.E. i format in un apposito registro, in modo da fornire data certa della loro creazione; 3) prevederà un sistema di pubblicità non solo per i depositi ed i successivi passaggi, ma anche per le decisioni adottate dagli organismi previsti dal codice stesso; 4) consentirà, nell'eventualità in cui dovessero sorgere controversie, di potersi rivolgere alla mediazione di un Comitato di Esperti (composto da esponenti scelti del mondo degli autori, produttori, emittenti, nonché da esperti di tecniche e mezzi di comunicazione e di materie giuridiche) ovvero di sottoporre il caso ad un Organo Giudicante (composto da membri scelti tra esperti di diritto civile, diritto d'autore, nonché diritto dei mezzi di comunicazione) che decida sulla questione con provvedimento definitivo, pubblico e vincolante per gli aderenti²².

Le sopraesposte iniziative della S.I.A.E. sono state accolte con favore dagli operatori del settore e costituirebbero, nella loro pur diversa azione vincolante²³, i primi esempi a livello europeo di una regolamentazione del format.

22 www.siae.it, Siae News, "Assumma, la SIAE per progetto di legge sul format".

23 Il Codice Deontologico, infatti, avrebbe valore vincolante solo nei confronti degli aderenti.

Prof. Avv.
Piero SANDULLI

IN TEMA DI GIURISDIZIONE CIVILE DEL XXI SECOLO*

SOMMARIO

1. Analisi della normativa relativa alla giurisdizione; - 2. Pluralità dei riti; - 3. Il fenomeno della “degiurisdizionalizzazione”; - 4. Alcune proposte di modifica del sistema; - 5. Conclusioni.

1. Analisi della normativa relativa alla giurisdizione.

Il segmento del vastissimo tema dell'odierna riflessione affidato alla mia competenza è quello della giurisdizione e più limitatamente quello della giurisdizione civile.

Negli ultimi anni sulla giurisdizione, a più riprese, è intervenuta la normativa che, a far data dal decreto legislativo n. 80 del 1998, si è posta l'obiettivo di ridisegnare i confini del riparto di giurisdizione.

La più rilevante delle innovazioni è quella relativa alla rivisitazione della giurisdizione esclusiva, sia in riferimento ai temi della tutela del pubblico impiego (assegnata, a partire dal primo di luglio del 1998, in via quasi esclusiva, alla competenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria, con la sola eccezione della tutela di alcune limitatissime categorie di pubblici dipendenti, per i quali è prevalente il rapporto di immedesimazione, cosiddetto rapporto organico, rispetto al rapporto di servizio [art. 3 del decreto legislativo n. 165 del 2001]); che per quelli relativi alla complessa ripartizione della tutela in materia di pubblici servizi, di uso del territorio e di risarcimento dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi.

Nelle intenzioni del nostro legislatore delegato (dalla legge n. 59 del 1997) era possibile leggere la volontà (o forse la necessità) di superare l'antico limite della giurisdizione esclusiva per giungere ad un diverso inquadramento della stessa, definito da taluni autori “per materia”, nella attribuzione delle competenze al giudice ordinario ed al giudice amministrativo.

In tale atteggiamento del legislatore, degli ultimi scampoli del ventesimo secolo, vi era anche chi (Orsi Battaglini) individuava il superamento del discrimine tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, ritenendo lo stesso quale punto di partenza per giungere alla giurisdizione unica (del solo giudice ordinario), già auspicata dal Calamandrei nel corso dei lavori della Costituente.

In tale direzione sembrava spingere anche un rilevante indirizzo giurisprudenziale che (con la sentenza numero 500 del 1999 delle sezioni unite civili della

* Testo della relazione svolta alla tavola rotonda organizzata a Roma dall'Organismo Unitario dell'Avvocatura, in

data 9 luglio 2007, sul tema: “Stato, norme e giurisdizione nel XXI secolo”.

Corte di Cassazione) aveva compiuto un lungo esame del discrimine giurisdizionale e della stessa giurisdizione esclusiva, che poteva essere letto come un auspicio del superamento dello stesso confine: diritti soggettivi – interessi legittimi.

A frenare tale lettura è intervenuta, dopo qualche anno, la Corte Costituzionale che, con un “trittico” di pronunce, rese tra il 2004 (n. 204 e n. 281) ed il 2006 (n. 191), ha fornito una lettura della sopra ricordata normativa più aderente al quadro costituzionale e più rispettosa del potere autoritativo – discrezionale della Pubblica amministrazione.

2. Pluralità dei riti.

Malgrado detto intervento “frenante” del Giudice della legittimità delle leggi, nei primi anni del ventunesimo secolo sono intervenuti provvedimenti normativi (L. 205 del 2000) idonei a ridurre notevolmente le distanze tra il processo civile ed il rito da attuarsi nei giudizi pendenti innanzi ai giudici amministrativi, consentendo, in quest’ultimo processo, l’utilizzo di molti degli istituti processuali in precedenza appannaggio del solo giudice civile ordinario.

Ciò malgrado le difficoltà incontrate dal Giudice ordinario del lavoro per la tutela del pubblico impiego (sorte, in particolare, in fase esecutiva della pronuncia) e le resistenze apposte dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. Adunanza plenaria n. 1 del 2000).

Se da una parte, dunque, sembrava volersi superare definitivamente il riparto di giurisdizione o almeno si tendeva ad eliminare le più rilevanti diversità di tutela; dall’altra, all’interno della giurisdizione del giudice ordinario, sono fiorite, in particolare nel corso del ventunesimo secolo, le diversificazioni dei riti (vedi decreto legislativo n. 5 del 2003 e legge n. 102 del 2006) fino a giungere a ventinove diversi processi per la tutela dei diritti soggettivi (vedi, al riguardo: Consolo e De Cristofaro, in *Corriere Giuridico* 2007, fascicolo 6).

Non è facile, in via immediata, fornire una chiave di lettura a tale “schizofrenico” atteggiamento del legislatore.

3. Il fenomeno della “degiurisdizionalizzazione”.

Inoltre, va segnalato un altro, preoccupante, fenomeno evidenziato dalla analisi delle ultime norme dettate dal legislatore per la riforma del processo civile. In particolare la legge n. 80 del maggio del 2005 è intervenuta a riformare, in modo rilevante, il processo civile all’atto della conversione in legge del decreto legge n. 35 del 2005, cosiddetto decreto sulla “competitività”.

L’impressione che ne è derivata agli studiosi del rito civile è che il legislatore ritenga che il processo non sia uno strumento finalizzato alla tutela delle situazioni giuridiche protette, ma, piuttosto, un inutile ed arcaico mezzo di intralcio alla competitività del Paese e conseguentemente alla sua crescita economica.

In tale direzione vanno, infatti, tutte le norme ispirate dalla sopra ricordata riforma ed, in particolare, quelle dettate in tema di esecuzione (L. 52/2006) e di fal-

limento (d. lg. 5/2006), che hanno dato vita ad un preoccupante sistema di “degiurisdizionalizzazione” di dette procedure in cui il ricorso ai procedimenti camerale sostituisce il giudizio di cognizione piena (come avviene nel procedimento per la distribuzione del ricavato a seguito della vendita forzata [art. 512 c.p.c.], oppure nelle opposizioni all’esecuzione ed agli atti esecutivi) o in quelli in cui, come nel caso della nuova normativa fallimentare (decreto legislativo n. 5 del 2006), i poteri del giudice delegato vengono notevolmente compressi in favore della accresciuta, e spesso incontrollata, competenza del curatore.

Tale disfavore, relativo al processo civile ed alle funzioni della difesa tecnica, nell’ambito del medesimo processo, è percepibile anche dalla analisi della normativa cosiddetta Bersani (legge del 4 agosto 2006, n. 248) che nel regolamentare la complessa materia delle “liberalizzazioni” incide pesantemente e preoccupantemente sulla normativa preposta alla regolamentazione della professione forense della quale non è stata percepita la rilevanza costituzionale; invero, soltanto attraverso il patrocinio può essere garantito, a pieno, il diritto alla tutela ed alla difesa delle situazioni giuridiche protette (art. 24 Cost.).

La prospettata draconiana semplificazione del rito, priva di una sua logica portante, se non quella della eliminazione di pretesi e presunti inutili orpelli di natura processuale, - sta portando, in palese dispregio delle indicazioni della Carta Costituzionale, allo allontanamento della certezza del diritto in quanto, in tal modo, si riducono, notevolmente, i procedimenti finalizzati al perseguimento del giudicato, a vantaggio di procedure camerale, a cognizione sommaria, non suscettibili di ergersi a “cosa giudicata”, sempre e comunque, nuovamente contestabili; in tal modo, anche nel mondo del diritto, in mancanza di una certezza relativa al *dictum* del giudice, si affaccia il “male oscuro” dei nostri tempi, quello del “relativismo” aspramente criticato, nella sfera teologica e morale, da Sua Santità Benedetto XVI.

Ad accrescere l’incertezza dettata da tale stato di cose è possibile considerare anche i guasti determinati da un *drafting* approssimativo e spesso caotico, come quello cui il legislatore ci ha abituato negli ultimi tempi (vedi ad esempio la recentissima legge n. 77 del 20 giugno 2007, che detta le regole per il recepimento di alcune direttive dell’U.E. e che intende regolamentare una serie di argomenti che vanno dalla conservazione del sangue alle O.P.A.).

4. Alcune proposte di modifica del sistema.

Quale è, dunque, il rimedio a questo stato di cose; dove può e deve essere ricercata la soluzione alla questione giustizia, questione che essendo stata sottovalutata dai Governi (di qualsiasi espressione politica, *rectius*: partitica) oggi è divenuta pressante e non può più trovare soluzioni a costo zero o soluzioni relative a settori limitati (come ad esempio il processo societario) della tutela.

I - Il primo rimedio va, senz’altro, ricercato nella riforma complessiva del processo civile, con particolare riguardo ai temi iniziali (prodromici) di esso e della esecuzione, in particolare quella relativa alla Pubblica amministrazione.

II - Attenzione particolare dovrà essere dedicata al tema delle A.D.R., che, in particolar modo per la conciliazione, sono state regolate in maniera caotica e confusa, anche se il legislatore, a più riprese, ne ha fatto uso (l'unico processo effettivamente attento alla svolgimento del procedimento di conciliazione si è dimostrato essere quello relativo al rito societario [art. 40 del decreto legislativo n. 5 del 2003]), senza, peraltro, regolamentare, in modo efficace, il procedimento e il "luogo" nel quale dette conciliazioni debbono essere esperite.

III - Sarà necessario ipotizzare una unificazione della tutela in quanto la proliferazione dei riti non è certamente il mezzo più idoneo ad offrire una migliore tutela, anzi da tale pluralità di riti può essere ingenerata confusione, circa la individuazione del giudice e del rito, circostanze queste che non favoriscono la tutela, ma allontanano il cittadino dalla giustizia sostanziale e dalla concreta difesa dei suoi diritti.

Per arginare la proliferazione dei giudizi - che, in special modo, nella materia tributaria ed in quella del lavoro subordinato può verificarsi - sarà necessario porre particolare attenzione allo studio di azioni seriali in grado di risolvere con una sola pronuncia una pluralità di giudizi.

IV - Sarà necessario che il legislatore detti con maggiore chiarezza le regole relative ai confini tra giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa, con particolare riguardo alla complessa tematica dei concorsi pubblici, che ha scatenato un conflitto, non ancora sopito, tra Corte di Cassazione (cfr. sent. S.U. 20 dicembre 2006, n. 27179) e Consiglio di Stato (vedi la decisione della V sezione del 24 gennaio 2007, n. 247); e con riferimento alla tematica della esecuzione dei crediti di lavoro vantati nei confronti di un pubblico datore di lavoro.

V - Infine, maggiore attenzione dovrà essere dedicata al dettato costituzionale, apportato dal novellato articolo 111 della Costituzione (legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999), in tema di "ragionevole durata del processo". Tale locuzione, infatti, non può essere considerata, come oggi accade, quale mera espressione di stile, ma ad essa va dato uno specifico carattere precettivo da attuarsi con adeguate sanzioni.

È necessario, al riguardo, dare concreta attuazione alla disposizione (ormai dimenticata), contenuta nel secondo comma dell'art. 81 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile del 1940, la quale prescrive che nello stesso processo l'intervallo tra una udienza e l'altra "non può essere superiore a 15 giorni, salvo che, per speciali circostanze, delle quali dovrà farsi menzione nel provvedimento, sia necessario un intervallo maggiore".

Dovrà, quindi, considerarsi precettivo, alla luce del dettato costituzionale, qualsiasi termine contenuto nel codice di rito civile (anche quelli ordinatori, che non possono più essere definiti, con il Carnelutti, "canzonatori"); invero, la mancata giustificazione del non rispetto di un termine dovrà comportare una azione di responsabilità per l'immotivato ritardo che il processo ha subito.

5. Conclusioni.

In conclusione, l'emergenza relativa alla giustizia civile necessita, ormai, di soluzioni che abbiano un respiro ampio, non è più possibile intervenire soltanto con rimedi di limitato spessore destinati a rendere soluzioni settoriali.

La crisi della giustizia civile può essere risolta esclusivamente attraverso il coraggio di una profonda rilettura delle norme finalizzate a garantire la tutela ed attraverso la previsione di soluzioni che, nel rispetto del principio costituzionale del giusto processo (art. 111 Cost.), siano in grado di garantire la certezza della esecuzione sia in forma specifica, che per equivalenti.

Dott.ssa
Sara RONCONI

Il diritto di appello della parte civile e del Pubblico Ministero avverso le sentenze di proscioglimento alla luce della novella n. 46 del 2006 e delle recenti pronunce della Corte Costituzionale.

(Corte Costituzionale, ordinanza 6 febbraio n. 32;
sentenza 6 febbraio 2007, n. 26)*.

SOMMARIO:

I PARTE

- ❖ *la ratio occulta della norma modificatrice dell'art. 576.1 c.p.p.: la conquistata emancipazione dell'impugnazione della parte civile da quella del P.M. attraverso la soppressione del rinvio di cui al 1° comma della previgente formulazione.*
- ❖ *La ratio palesata: tempi e modi di un travagliato iter legislativo.*
- ❖ *La ratio certa: l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento del P.M.. Background culturale sui pro e contra dell'attuale disposizione. Il coerente ricongiungimento con la ratio occulta. L'estraneità della p.c. dagli obiettivi riformistici del legislatore del 2006.*

II PARTE

- ❖ *Le argomentazioni relative alla soppressione del diritto di appello del P.M. avverso le sentenze di proscioglimento sottese alla novella n. 46 del 2006.*

I PARTE

Nella versione originaria della proposta di legge avanzata dal Presidente della Commissione Giustizia della Camera avv. Pecorella¹ il limite ostativo introdotto nei confronti del P.M. alla sua facoltà di proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento, rimodellava corrispondentemente la fisionomia dell'analogo potere della parte civile in forza del rinvio contenuto nell'allora vigente art. 576.1 c.p.p..

* Le pronunce sono pubblicate in questo numero nella rubrica Giurisprudenza Costituzionale.

1 Atto 4604 assegnato alla Commissione Giustizia della Camera il 24

maggio 2004 che testualmente statuiva "pubblico ministero e imputato possono appellare contro le sentenze di condanna. Sono inappellabili le sentenze di condanna per le quali è stata applicata la sola pena dell'ammenda".

Siffatta menomazione veniva compensata immunizzando la p.c. dagli effetti extrapenalici del giudicato assolutorio secondo la proposta di riforma dell'art. 652.1 contemplata dall'art. 8 di quell'articolato².

Il disegno di legge così strutturato non raccoglieva tuttavia l'approvazione del Presidente della Repubblica, il quale ex art. 74 Cost. non procedeva alla promulgazione della legge e decideva di rinviare nuovamente alle Camere il disegno stesso, sul presupposto di una presunta violazione di alcuni principi costituzionali.

In particolare, veniva criticata la scarsa rilevanza data alla posizione della persona offesa costituita parte civile "che [avrebbe visto] compromessa dalla legge approvata la possibilità di far valere la sua pre-tesa risarcitoria all'interno del processo penale"³.

Nella risorta esigenza di accrescere i poteri di impugnazione della p.c., il dibattito parlamentare successivo recepiva la proposta, veicolata dall'editoria giuridica, di eliminare dal testo dell'art. 576 comma 1 c.p.p. l'inciso "con il mezzo previsto dal pubblico ministero", così da garantire, per i soli profili civilistici della regudicanda, "quel doppio grado di giudizio a cui il danneggiato dal reato avrebbe diritto se avesse esercitato l'azione in sede propria"⁴; e con l'avvenuto recupero di questa - prerogativa endoprocessuale, scompariva dal testo della legge quella forma di tutela extraprocessuale accordata alla parte civile mediante la possibilità di sottrarsi al giudicato assolutorio.

La modifica dell'art. 576.1 fu licenziata dalla Commissione Giustizia della Camera con il dichiarato scopo di ampliare "le ipotesi in cui la parte civile può proporre appello, ai fini civili, contro la sentenza di proscioglimento"⁵. Il Relatore on. I. Bertolini⁶ con altrettanta enfasi ne celebrava la portata innovativa sottolineando che l'impugnazione agli effetti civili poteva "esser effettuata in via diretta e non più con il mezzo previsto per il P.M.". Il contingentamento dei tempi formale della legge al Senato dove rimaneva inascoltata una proposta di emendamento⁷ che, se accolta, avrebbe reso palese la sua *ratio*.

La *ratio occulta* dell'art. 576.1, palesata solo oralmente o da emendamenti indotti da *rationes* costituzionali imperfettamente realizzati, era nel senso di emancipare la parte civile e di svincolare il suo potere di impugnativa da quello, ormai

2 Si trattava della modifica proposta con riferimento all'art. 652 comma 1 c.p.p.: "La sentenza penale di assoluzione, anche se irrevocabile, non ha effetto nei giudizi civili o amministrativi, salvo che la parte civile si sia costituita nel processo penale ed abbia presentato le conclusioni. In questo caso la sentenza ...". Per un giudizio critico sull'efficacia di tale norma, P. FERRUA, *Inappellabilità: squilibri e disfunzioni*, in Dir. Giust., 2006, 5, 90.

3 Messaggio del Presidente della Repubblica, Carlo Azeglio Ciampi, del 20 gennaio 2006, può leggersi in *Guida dir.*, 2006, 5, 120.

4 E. RANDAZZO, *Un testo in armonia con il giusto processo che ristabiliva i principi di civiltà giuridica*, in Guida dir., 2006, 5, 13.

5 Sono le parole del Relatore del provvedimento avanzato in Commissione Giustizia, on. G. Pecorella (Resoconto Commissione Giustizia, seduta del 24 gennaio 2006).

6 Resoconto Assemblea Camera dei Deputati, seduta del 30 gennaio 2006.

7 Si trattava della proposta di emendamento avanzata dal Sen. G. Zancan, il quale suggeriva di sostituire l'art. 576 comma 1 c.p.p. con la seguente norma: "La parte civile può proporre appello contro i capi della sentenza di condanna che riguardano l'azione civile e, ai soli effetti della responsabilità civile, contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio, anche abbreviato, qualora abbia acconsentito alla abbreviazione del rito" (Resoconto Assemblea Senato, seduta del 7 febbraio 2006).

gravemente menomato, del P.M. attraverso la recisione del collegamento di cui al previgente I comma dell'art. 576⁸. La *ratio* però palesata, intenzion contraria, si risolve, invece, nella perdita per la parte civile non già del potere di appellare talune sentenze alla stregua dei limiti oggettivi imposti al P.M. ex art. 593 nuova formulazione, ma, stante il soppresso collegamento con l'organo dell'accusa (art. 6 legge 46/06 che modifica l'art. 576.1) la possibilità di appellare *tout court*. In particolare, dall'espunzione di qualsiasi riferimento comparativo al potere di gravame del pubblico ministero, la parte civile dovrebbe ritenersi non più abilitata a proporre appello, né contro le sentenze di proscioglimento, né contro le sentenze di condanna stante la generica facoltà di impugnativa che le viene conferita dall'art. 576 ("può proporre *impugnazione* contro i capi della sentenza di condanna che riguardano l'azione civile e, ai soli effetti della responsabilità civile, contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio") che andrà esercitata nelle forme del ricorso per cassazione, come prescrive, per i provvedimenti "non...altrimenti impugnabili", l'art. 568 comma II c.p.p.⁹. Concorrono ad accreditare simile conclusione, sul piano ermeneutico, quattro diverse norme: oltre ai sopramenzionati artt. 568 comma 2 e 576 comma 1 c.p.p., che connotano "in positivo" il potere di impugnazione della parte civile disciplinandone *an e quomodo*, anche complementariamente gli artt. 568 comma 1 e 593 c.p.p. nella sua attuale formulazione (art. 1 legge in commento) che, nell'enunciare il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione e, rispettivamente, nel riservare soltanto al pubblico ministero ed imputato la facoltà di appellare, connotano "in negativo" il medesimo potere, escludendo dai suoi ambiti di esercizio l'impugnazione di merito. L'interpretazione meramente letterale della novella, ignara dei lavori preparatori, delle intenzioni dichiarate dal Relatore del relativo disegno di legge e rifuggente dagli imprescindibili referenti costituzionali, rispetterebbe dunque il primario principio della tassatività dei mezzi di impugnazione. È appunto questa la prima obiezione sollevata avverso l'altra interpretazione teleologica e sistematica della novella processuale che fa emergere quella *ratio aliunde* palesata ma *in litteram* rimasta occulta. All'uopo, però, soccorrono le argomentazioni esposte dalla Cass. (sent. ult. cit.): "si è già rilevato che la scansione della vicenda che ha portato alla approvazione del testo definitivo della legge costituisce un primo sostegno, sul piano interpretativo, al superamento dell'ostacolo, da relegare a *mera imperfezione della tecnica legislativa*".

Ancora, a sostegno della prima interpretazione suesposta è stato rilevato che la scelta di depotenziare il potere di impugnazione della parte civile non sarebbe in sé irragionevole¹⁰ ma anzi sarebbe conforme alle linee guida della disciplina del-

8 "Da quanto ripercorso risulta chiarissimo l'intento del legislatore, espresso senza riserve anche nei lavori parlamentari, di conservare il potere di impugnazione della parte civile in tutte le sue possibili espressioni (salvo quello previsto dall'art. 577 c.p.p., norma che è stata infatti abrogata dalla l.n. 46, art. 9), emancipandolo dalla dipendenza da quello del P.M. che si andava limitando"

(Cass. pen. Sez. III, 4 luglio 2006, n. 22924).

9 P. TONINI, *L'inappellabilità lascia alla parte civile solo la Suprema Corte*, in *Il Sole-24 ore*, 3 marzo 2006, 27.

10 A. SCALFATI, *Parte civile: dubbi sul potere di gravame*, in *Guida dir.*, 2006, 10, 59.

l'azione civile risarcitoria nel processo penale. Tale disciplina, in ossequio alla rinuncia dell'ordinamento al principio dell'unità della giurisdizione, punta a favorire la separazione tra i giudizi e, dunque, ad orientare ciascuna regiudicanda verso la sede propria; una disciplina che tende, insomma, ad epurare il processo penale dalla presenza del danneggiato dal reato, manifestando apertamente "il preciso intento di non incoraggiare la costituzione di parte civile e di incentivare la possibilità di un suo volontario esodo dal processo penale"¹¹.

La medesima disciplina di precludere alla parte civile la possibilità di proporre appello avrebbe un significato ideologico analogo a quello sotteso, ad esempio, alla scelta di emarginare tale soggetto dai giudizi speciali, tagliato fuori com'è dal patteggiamento e chiamato ad accettare il giudizio abbreviato scontando il rischio di una decisione pregiudizievole senza ricavare alcun vantaggio che non sia possibile ottenere sottraendosi alla sede penale. Si inserirebbe insomma tra le norme di "indirizzo", che suggeriscono al danneggiato dal reato quale sia il percorso più conveniente da intraprendere per far valere la sua pretesa risarcitoria.

Il rischio sotteso alla eterogeneità dei mezzi di impugnazione a disposizione delle parti, ricorso per cassazione per gli effetti civili ed appello per gli effetti penali, ed alla consequenziale separazione endoprocessuale delle regiudicande sarebbe però quello del contrasto di giudicati. All'uopo potrebbe soccorrere il nuovo testo dell'art. 580 c.p.p. così come riformato dall'art. 7 legge 46/06 che preserverebbe la trattazione unitaria del processo da ripartizioni della regiudicanda fra gradi di giudizio non omogenei. Si è, infatti, discusso sull'applicabilità dell'art. 580 al ricorso per cassazione proposto dalla parte civile ed, in particolare, sulla sua assoggettabilità alla clausola limitatrice della possibilità di conversione in appello che espressamente la subordina al "caso in cui sussista la connessione di cui all'art. 12 c.p.p.". Secondo parte della dottrina tale clausola fungerebbe da sbarramento alla conversione del ricorso proposto dalla p.c.¹²; secondo altra interpretazione, più in linea con la *ratio legis*, quest'ultima beneficerebbe comunque degli effetti del principio di conversione in quanto, riferibile la clausola limitatrice al solo oggetto penale dell'accertamento, rimarrebbe estranea agli ambiti operativi di quest'ultima¹³. Sotto il profilo consequenzialistico, il frazionamento endoprocessuale delle regiudicande alla stregua della prima soluzione sgancerebbe definitivamente l'accertamento sulla responsabilità civile da quello relativo all'imputazione con notevoli disfunzioni tecniche, pratiche e, come sopra paventato, dogmatiche¹⁴. L'applicabilità, nel secondo

11 *Relazione preliminare al progetto preliminare del 1988*, in G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 356.

12 G. FRIGO, *Un intervento coerente con il sistema*, in Guida dir., 2006, 10, 104.

13 F.M. IACOVIELLO, *Conversione anche per i ricorsi del p.m.*, in Guida dir., 2006, 10, 84.

14 Mi riferisco al contrasto di giudicati. Per quanto poi concernono le difficoltà pratiche si pensi al gravoso lavoro che finirebbe per incombere sulle cancellerie per la predisposizione di plurimi fascicoli processuali da indirizzare ai diversi giudici ad quem. Tali disfunzioni sono state messe in luce da: E.M. MANCUSO, *La modifica delle norme in materia di impugnazione della parte civile*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, 147 ss.e F. CAPRIOLI, *SUB Art. 576 c.p.p.*, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO, V. GREVI, 2005, 1988.

caso, del principio di conversione in appello al ricorso della p.c. garantirebbe, invece, la trattazione unitaria del processo con tutti i vantaggi tecnici, pratici e dogmatici che conseguono al ricongiungimento dei diversi devoluta¹⁵.

Ma in realtà l'art. 580 non soccorre a compensare menomazioni di poteri di impugnativa che il legislatore con riferimento alla parte civile non ha lontanamente concepito.

Nella concitazione e nell'imperfetto recepimento delle direttive costituzionali suggerite dal Presidente della Repubblica sono da ravvisarsi i difetti di una riforma tanto chiara nelle sue intenzioni quanto imperfetta nella sua formulazione. Ma proprio in questa imperfezione tecnica si esauriscono e si debbono risolvere i dubbi interpretativi. La conferma della persistenza del potere di impugnazione della p.c. è occulta nella sopravvenuta soppressione del collegamento ex art. 576.1 al mezzo ed ai casi di impugnabilità del P.M.. Una sopravvenienza significativa alla luce della precedente formulazione del testo di legge che nella sua chiarezza e coerenza espositiva (stavolta!) equiparava, menomandoli, i poteri di impugnazione del P.M. e, per effetto del rinvio ex art. 576.1, della p.c. per la quale, in contropartita, veniva riformato *in melius* l'art. 652. A tale stregua, la soppressione del collegamento ex art. 576 *rispetto* al precedente disegno di legge inequivocabilmente emancipa la p.c. dalle sorti dell'impugnativa del P.M. tanto che a questo risorto potere impugnatorio viene anche meno la necessità di quella compensazione rappresentata dalla riforma *pro* p.c. dell'art. 652. E non può essere altrimenti considerando che la portata riformistica della legge investe l'opportunità o meno dell'appello del P.M. avverso le sentenze di proscioglimento agli effetti penali rimanendo estranea a tale *ratio* l'impugnazione della p.c. ai soli effetti civili. Ed, infatti, l'abrogazione dell'art. 577 c.p.p. che consentiva un eccezionale potere impugnatorio agli effetti penali della p.c. analogo a quello allora esistente del P.M. avverso le sentenze di proscioglimento, si inserisce nella *ratio* riformistica della novella del 2006 di escludere poteri impugnatori agli effetti penali in capo a parti diverse dall'imputato¹⁶. A sostegno della persistenza del potere di appello della parte civile oltre alla soppressione dell'inciso "con il mezzo previsto per il pubblico ministero", depongono anche il mantenimento immutato degli artt. 75 c.p.p. che stabilisce il principio del trasferimento dell'azione dal processo civile a quello penale, conservando dunque gli istituti processual civilistici fra cui appunto l'appello e 600 c.p.p. che consente alla parte civile di far valere davanti alla Corte d'Appello un subprocedimento che è mera anticipazione del giudizio di merito. Non riconoscere siffatto potere alla p.c. creerebbe una situazione irragionevolmente discriminatoria poten-

15 A sostegno di tale soluzione dottrinale è stato rilevato che già nella vigenza dell'art. 514 c.p.p. del 1930, dottrina e giurisprudenza, accertato che l'estensione del regime di appellabilità previsto da tale norma operava ogniqualvolta la sentenza risultasse composta di "più" capi, concordavano nell'affermarne a maggior ragione l'operatività quando lo "stesso" capo della sentenza fosse impugnabile dalle parti

con mezzi di gravame eterogenei.

16 Sulle motivazione sottese all'opportunità di escludere in capo al p.m. poteri impugnatori in grado di "rimettere in discussione" la responsabilità penale del prosciolto (art. 593 ex l. Pecorella), V. oltre in commento alla sent. C. Cost. ripristinatoria di siffatto potere.

do diversamente il danneggiante disporre di uno strumento di doglianza nel merito nei confronti della decisione di I grado. La previsione di un secondo grado di giudizio nel quale il solo imputato possa svolgere le proprie doglianze lederebbe altresì l'inviolabile diritto d'azione e difesa della p.c.. Il pur implicito mantenimento del potere impugnatorio della p.c. agli effetti civili ex l. Pecorella si scontra però con la esplicita soppressione dell'analogo potere in capo all'organo pubblico di accusa creando una situazione di insostenibile irragionevolezza e di contrasto coi principi costituzionali di cui agli artt. 3, 111.2 e 24 Cost.. "Ciò lede il criterio di parità delle parti nel processo giacché non è dato comprendere perché dovrebbero essere maggiormente garantiti i diritti al risarcimento dei danni di una parte privata rispetto a quelli vantati dalla collettività attraverso la pretesa punitiva dello Stato esercitata dal PM in quanto organo teso a realizzare gli interessi generali della giustizia" (ordinanza di rimessione alla Corte Cost. della Corte App. Torino del 17 marzo 2006)¹⁷.

Quindi delle due una: o sopprimere inequivocabilmente l'appello della parte civile mantenendo fermo il disposto del novellato art. 593 o ripristinare l'analogo potere in capo al P.M.. La Corte Costituzionale con la sentenza 6 febbraio 2007, n. 26 è pervenuta alla seconda delle soluzioni prospettate preservando altresì e conseguentemente gli appelli proposti prima dell'entrata in vigore della legge (art. 10, II c.) da declaratorie di inammissibilità a fronte del riconoscimento, sia *ante* che *post* rispetto al termine ex I c. art. 10, del potere di appello del P.M.. Costituisce, anzi, una conferma della soluzione interpretativa *ex voluntas legis*, in quanto *presuppone* la permanenza del medesimo potere in capo alla p.c. realizzando così quella parità delle parti processuali altrimenti gravemente minata. A fronte di ciò, l'ordinanza Corte Costituzionale in commento relativa al potere di appello della p.c., di pochi giorni successiva, non poteva non essere manteniva della disciplina riformistica che, pur occultamente, lo aveva preservato^{18 19}. Naturalmente, poi, caduta la premessa dalla quale muoveva il dubbio di costituzionalità vale a dire la supposta rimozione ad opera della novella del potere di appello della p.c., cadono anche le questioni rispetto a questa secondarie come la mancata concessione alla p.c. ex art. 10 II c. della possibilità di "restituzione in termini" come previsto per il P.M. e imputato con violazione degli artt. 3 e 111 Cost..

L'art. 10.1, ravvisando nella novella la soppressione del potere di appello della p.c., fisserebbe il *discrimen* temporale, coincidente con la sua entrata in vigore (9 marzo 2006), tra esistenza *ex ante* del potere a fronte del principio *tempus regit*

17 *ID.* App. Brescia, Sez. II, ord. 10 marzo 2006. *Contra*, App. Lecce, ord. 9 marzo 2006 e App. Milano, Sez. II, ord. 9 marzo 2006; sul punto, si rimanda ai rilievi effettuati in sede di commento ad App. Milano, Sez. II, ord. 9 marzo 2006, in questo stesso sub-lemma.

18 Bisogna a rigore rilevare con riferimento alla suesposta interpretazione secondo la *voluntas legis* già sostenuta dalla sent. Cass. 22924/2006 come non si sia ancora formato un

"diritto vivente" e che la rimessione della questione alle SS.UU. della C. Cass. dimostri l'esistenza di contrasti interpretativi sul punto.

19 È ancora significativo che la dichiarazione di inammissibilità delle questioni sollevate sia fondata sull'assenza di argomentazioni nelle ordinanze di rimessione per le quali i motivi a sostegno dell'opposta interpretazione che mantiene il potere d'appello della p.c., non possono essere accolti.

actum e suo venir meno *ex post*. Partendo, invece, dalla contraria premessa secondo la quale la legge del 2006 non avrebbe soppresso il potere di appello della p.c., l'assenza di analoga previsione anche per la p.c. ex art. 10.2 assume, pertanto, una importante valenza significativa²⁰.

II PARTE

❖ *Le argomentazioni relative alla soppressione del diritto di appello del P.M. avverso le sentenze di proscioglimento sottese alla novella n. 46 del 2006**

Il tentativo di privare il P.M. del potere di appello avverso le sentenze di proscioglimento e del potere, quindi, di poter rimettere in discussione la responsabilità penale di colui che è stato accertato, nel pieno contraddittorio delle parti, innocente, è stato molto vicino alla sua realizzazione. La sentenza in commento ha infatti dichiarato costituzionalmente illegittima l'esclusione della possibilità per il pubblico ministero di proporre appello contro le sentenze di proscioglimento, prevista dall'art. 1 della *legge Pecorella* (legge 46/2006) ritenendo altresì illegittimo il successivo art. 10 nella parte in cui prevede che sia dichiarato inammissibile l'appello proposto dal P.M. contro una sentenza di proscioglimento prima dell'entrata in vigore della legge suddetta¹. Le argomentazioni, anche di ordine costituzionale, addotte da gran parte della dottrina a sostegno dell'opportunità di privare il P.M. dal potere di appello avverso le sentenze di proscioglimento, che rappresentano il substrato culturale e ideologico della riforma del 2006, sono state così fortemente sostenute che ritengo in questa sede di esaminarle.

La dottrina (COPPI, *No all'appello del pubblico ministero dopo l'assoluzione, in Il giusto processo 2003*; PADOVANI, *Doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del pubblico ministero, principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.* 2003; STELLA, *Sul divieto per il pubblico ministero di proporre appello contro le sentenze di assoluzione*, in *Cass. Pen.*, 2004; NAPPI, *La ragionevole durata del giusto processo ed il sistema delle impugnazioni*, relazione al Corso di formazione del Consiglio superiore della Magistratura del 4-6 novembre 2003; SPANGHER, *Sistema delle impugnazioni penali*, p. 1261) ha, come accennato, fortemente criticato il potere del pubblico ministero di appellare nel merito avverso sentenze di assoluzione, sottolineandone la contraddittorietà con i principi del giu-

20 "... appare notevolmente significativa l'assenza di una disciplina transitoria con riguardo agli appelli avverso le sentenze di proscioglimento già presentati dalla parte civile al momento dell'entrata in vigore della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (9 marzo 2006).

In presenza dell'affermazione di cui alla legge n. 46, art. 10, comma 1, relativamente alla immediata applicazione delle nuove regole anche ai processi in corso, il silenzio serbato sull'argomento, a differenza di quanto previsto in maniera articolata nei commi successivi del medesimo articolo per gli appelli del P.M. appare infatti indicativo della esclusione della parte civile dalle norme che limitano il potere di

proporre appello, concernenti solo il P.M." (sent. Cass. n. 22924 del 2006).

Il parte

* Nel presente lavoro mi limito a rilevare le argomentazioni più accreditate sulla pretesa e vanificata opportunità di soppressione del potere di appello del P.M. rinviando all'esautivo testo della citata sentenza le argomentazioni *contra*.

1 Ai posteri poi la conoscenza sulla sorte del potere di appello avverso le sentenze di proscioglimento dell'*imputato*.

sto processo e, in particolare Stella, l'incompatibilità rispetto ad un giusto equilibrio tra l'interesse dello Stato alla repressione dei reati e i diritti individuali di libertà per i cittadini in una società democratica, per la quale una sentenza di assoluzione già denuncerebbe una ferita ingiustificata alla dignità personale del cittadino, al suo buon nome, alla sua reputazione, alle *chances* di sfruttare le opportunità di lavoro e di partecipare alla vita sociale ed anche familiare in piena serenità.

In particolare, viene sostenuto che l'esercizio di tale potere da parte dell'organo di accusa non dovrebbe essere consentito, giacché non si armonizza soprattutto con le "ragioni potenti che scolpiscono il giusto equilibrio tra libertà e sicurezza, tra l'interesse dello Stato alla repressione dei reati e i diritti individuali di libertà per i cittadini in una società democratica; ragioni potenti il cui riconoscimento costituisce il cuore della nostra Costituzione" (STELLA, *op. ult. cit.*). Nel processo penale si ha il coinvolgimento di valori morali straordinariamente elevati, e la loro mancata tutela rende evanescente la salvaguardia di tutti gli altri interessi tutelati sul piano costituzionale: in particolare, sono da ricordare la dignità dell'uomo, come base dei diritti inviolabili della persona umana (C. Cost., n. 37 del 1992); la libertà personale, che rientra "tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo" (C. Cost., n. 238 del 1996); il diritto "al pieno sviluppo della persona umana nella vita comunitaria" (C. Cost., n. 62 del 1992); il diritto a uno spazio esistenziale, interdetto a qualsiasi intervento della pubblica autorità o di privati, nonché alla rispettabilità, all'onore e alla reputazione (C. Cost., n. 34 del 1973 e C. Cost., n. 38 del 1973). Viene altresì valorizzata una sorta di "disutilità sociale" di tale appello indotta da ciò che, se viene accolto, si "crea disorientamento nella coscienza sociale, si mina la credibilità della condanna e la prevedibilità del giudizio: un giudice ritiene colpevole un uomo che un altro giudice ha prima ritenuto innocente" (Relazione del Procuratore generale della Cassazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2004). Ma soprattutto l'appello del P.M. avverso le sentenze di proscioglimento potrebbe determinare che un'adesione assolutoria, maturata attraverso il meccanismo fecondo del contraddittorio, sia trasformata in una sentenza di condanna dal giudice di appello, che impernia il suo giudizio solo su prove scritte. La successiva pronuncia di condanna finisce con il risolversi in una condanna di unico grado e rispetto alla quale un'accorta motivazione riesce perfino a sbarrare in sede di cassazione tutte le eccezioni difensive che si collegano al merito².

Considerato che l'art. 111 comma 4 Cost. prescrive che "il processo è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova", emergerebbe un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale (NAPPI, *op. cit.*). Il giudizio di appello normalmente ha natura documentale e in esso non ha modo di esplicitarsi il contraddittorio, che rappresenta una garanzia attribuita all'imputato: il che appare in maniera inequivoca dalla lettura dell'art. 111 comma 5 Cost., secondo il quale "la

2 FERRUA, *Studi sul processo penale, II, anamorfosi del grado di giurisdizione. processo accusatorio*, 1992. Cfr. anche PADOVANI, *Il doppio*

legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo per consenso dell'imputato". A tale garanzia può rinunciare soltanto quest'ultimo, come avviene nel giudizio abbreviato, ma la stessa risulta del tutto vanificata se il giudice di appello, al di fuori e a prescindere dalla volontà dell'interessato, in virtù dell'impugnazione del pubblico ministero contro una sentenza di assoluzione capovolge, sulla scorta di un semplice controllo cartolare, i risultati della prova narrativa raccolta nella dinamica dell'esame dialettico, annullando la valenza dei risultati raggiunti mediante quel privilegiato metodo cognitivo. Analogo problema non sorge nel caso di appello dell'imputato avverso una sentenza di condanna, giacché "il contraddittorio non è una "ri-sorsa" dispensata alle parti allo stesso modo e con la stessa intensità" (PADOVANI, *op. cit.*), come si ricava dal vincolo dell'art. 111 comma 5 Cost.. Codesto risultato spiega perché "nel processo inglese ed americano l'appello sia estremamente circoscritto e limitato essenzialmente a ragioni processuali. L'adozione di un sistema accusatorio (se veramente si fosse realizzata) avrebbe comportato una riduzione dell'appellabilità della sentenza anche se la nostra tradizione giuridica esige il mantenimento di un secondo giudizio di merito al fine di ridurre il rischio di errori giudiziari" (LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 2001, pp. 588-9). Non sembra, infatti, che la natura tendenzialmente cartolare della rivalutazione di merito compiuta dal giudice dell'appello (che in via di eccezione può tuttavia disporre la rinnovazione) contrasti con il principio del contraddittorio nella formazione della prova, quasi che questo postulasse necessariamente l'acquisizione della prova innanzi al giudice che decide.

È certamente vero che l'oralità e l'immediatezza del rapporto tra giudice e prova sono l'espressione massima del contraddittorio e tuttavia vi sono nel nostro codice ipotesi di contraddittorio senza immediatezza della cui costituzionalità non si dubita (si pensi all'incidente probatorio, all'acquisizione di verbali di prova di altro procedimento, agli atti urgenti compiuti ex art. 467 del codice di procedura penale dal solo Presidente del Tribunale). Ben può dunque il contraddittorio inverarsi nella dialettica argomentativa tra le parti sul materiale acquisito in primo grado.

Per di più l'appello del pubblico ministero, a differenza dell'appello dell'imputato, espressione del diritto di difesa, non si correla ad alcuna norma della Costituzione e, in ogni caso, non è riconducibile all'esercizio dell'azione penale³ anzi, "quando appellante è il solo P.M. l'imputato subisce una vera e propria amputazione del diritto di difesa, conseguente al fatto che è l'appello del P.M. a determinare i limiti della devoluzione. Poiché tale amputazione consegue all'esercizio di un diritto potestativo del P.M. che ... non ha fondamento costituzionale, ne deriva un contrasto, davvero vistoso, con l'art. 24 Cost." (PADOVANI, *op. cit.*).

3 C. Cost. n. 280 del 1995 che ha affermato come detto potere di impugnazione del pubblico ministero "non è riconducibile all'obbligo di esercitare l'azione penale", quanto piuttosto ai generali doveri che gli competono (art. 73 del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12) di vigilanza "alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare

amministrazione della giustizia". *Contra*: Cassazione, Sez. III pen., sent. n. 4792/1994, cv. 199114) si avverte l'eco della sentenza n. 177/1971 della Consulta, per la quale il potere di appello del pubblico ministero doveva considerarsi "un'estrinsecazione ed un aspetto dell'azione penale" e dunque un atto dovuto.

Inoltre, il “giusto processo” consacrato dall’art. 111 Cost. non postula sempre una necessaria simmetria tra le posizioni dell’imputato e del titolare dell’accusa pubblica, e il principio di parità delle parti processuali non sottintende che il potere di impugnazione riconosciuto al primo, quale estrinsecazione del diritto di difesa e dell’interesse a far valere la propria innocenza debba spettare, in corrispondente e contraria risonanza, anche al pubblico ministero, “le cui funzioni non sono assistite da garanzie di intensità pari a quelle assicurate all’imputato dall’art. 24 Cost., che non riguarda l’organo di accusa” (PADOVANI, *op. cit.*).

Ad arricchire il *background* della proposta del-l’ on. Pecorella c’è anche una sentenza delle Sezioni Unite penali della Cassazione (sent. n. 45276/2003) con la quale si è auspicata, de iure condendo “una ripermetrazione delle opzioni decisorie consentite al giudice di appello chiamato a pronunciarsi sull’appello del pubblico ministero avverso la sentenza assolutoria di primo grado... così da precludere a quel giudice (che di regola rimane estraneo alla for-mazione dialettica della prova) di ribaltare il costruito logico della decisione di proscioglimento dell’imputato all’esito di una mera lettura delle carte del processo e di un contraddittorio dibattimentale *ex actis* ... e da qualificare l’appello che non si con-clude con la conferma dell’assoluzione, come giudi-zio di natura esclusivamente rescindente cui debba seguire un rinnovato giudizio di primo grado sul merito della responsabilità dell’imputato, modulato sui binari tracciati dalla sentenza di annullamento”.

Le indicazioni delle fonti convenzionali in materia di diritti fondamentali dell’uomo, cui “si fa credito, com’è noto, di posizioni “rinforzate”, se non addirittura costituzionali, all’interno del-l’ordinamento” (TRANCHINA-DI CHIARA, *voce Appello*, p.202), corroborano le censure. Il riferimento, in specie, è all’art. 14 comma 5 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 19 dicembre 1966 che statuisce che “*toute personne déclarée coupable d’une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et de condamnation, conformément a la loi*”. La volontà pattizia comprende “il diritto di impugnazione... tra i diritti fonda-mentali dell’accusato e non tra i diritti che debbano necessariamente spettare alle “parti” di un processo in quanto tali; ciò significa che sarebbe tecnicamente ammissibile e tollerabile un’architettura del processo penale, nella quale non fosse prevista - o fosse prevista in termini estrema-mente ridotti - la possibilità di impugnazione del titolare dell’azione penale. Sembra innegabi-le, tuttavia, che l’imputato debba poter esercitare il diritto di ribaltare una condanna a suo carico” (VERRINA, *Doppio grado di giurisdizione, convenzioni internazionali e Costituzione*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, p. 146; cfr. anche COPPI, *op. cit.* e Padovani, *op. cit.*). Pure l’art. 2 del VII Protocollo aggiuntivo della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, reso esecutivo dalla legge 9 aprile 1990, n. 98, che statuisce il diritto al doppio grado di giurisdizione in ma-teria penale per chiunque venga ritenuto responsabile di un reato da un tribunale, riproducendo quasi alla lettera il contenuto della citata disposizione

pattizia, ribadisce che il soggetto “dichiarato colpevole di una infrazione penale... ha il diritto di sottoporre ad un tribunale della giurisdizione superiore la dichiarazione di colpa o di condanna” (comma 1). La disposizione ammette deroghe al doppio grado di giurisdizione con riferimento a tre ordini di ipotesi e, precisamente: “in caso di infrazioni minori come stabilito dalla legge o in casi nei quali la persona interessata sia stata giudicata in prima istanza da un tribunale della giurisdizione più elevata o sia stata dichiarata colpevole e condannata a seguito di un ricorso avverso il suo proscioglimento” (comma 2). Si coglie con assoluta chiarezza che la garanzia dell’appello è assegnata all’imputato il quale ha il diritto di ottenere il riesame nel merito da parte di un nuovo giudice, laddove l’analogo potere di impugnazione del pubblico ministero non riceve espresso riconoscimento (PADOVANI, *op. cit.*)⁴.

“Se lo Stato ha sbagliato una volta nell’esercitare l’azione penale, perché l’imputato è risultato innocente *al di là di ogni ragionevole dubbio*, il giusto equilibrio tra autorità statale e diritti individuali di libertà impone allo Stato di non riprovarci. La sentenza di assoluzione è già lì a denunciare una ferita ingiustificata ai più grandi valori e ai diritti individuali” (STELLA, *op.cit.*). In sostanza, l’appello nei confronti di una decisione assolutoria altro non è che il tentativo ulteriore (dopo quello esperito in primo grado) di dimostrare la fondatezza del rinvio a giudizio, mentre il processo penale dovrebbe essere l’*extrema ratio* alla quale ricorrere solamente quando vi è il dubbio che una persona abbia commesso un reato. Tale dubbio esiste ove venga disposto il rinvio a giudizio, ma viene a mancare quando il processo si conclude con una sentenza di assoluzione (STELLA, *op. cit.*).

Ad esempio, la Corte suprema degli Stati Uniti ha affermato che “lo Stato, con tutte le sue risorse e il suo potere, non dovrebbe avere il permesso di compiere reiterati tentativi di condannare un individuo per le offese di cui è accusato, così assoggettandolo a una situazione di difficoltà che ne impedisce l’attività, nonché al sostenimento delle spese, alla terribile esperienza del processo, e costringendolo a vivere in uno stato di continua ansia e insicurezza, ingigantendo così la possibilità che, sebbene innocente, possa essere giudicato colpevole” (*Green v. U.S.*, 355 U.S. 184, 187=188, 1957). Inoltre, ha deciso che “la Corte d’appello ha ritenuto non senza ragione che il proscioglimento sia stato basato su fondamenti completamente erronei. Ciò non di meno, il verdetto di proscioglimento era definitivo, e non poteva essere rivisto... senza mettere gli imputati due volte a rischio, violando così la Costituzione” (*Fong Foo v. U.S.*, 369 U.S. 141, 1962).

4 Il tutto in un contesto normativo che, come affermato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 288/1997), non solo non impone un doppio grado di giudizio di merito, ma neppure ha “il ruolo di riempire i vuoti dell’ordinamento nazionale”, di talché la “doppia istanza” e l’esame della “giurisdizione superiore” ben può esaurirsi nel ricorso per Cassazione ex art. 11-Cost.

Coerentemente alla giurisprudenza della Consulta potrebbe pertanto considerarsi pienamente compatibile con la Costituzione e con le suddette fonti patizie internazionali

una radicale eliminazione dell’appello che, sul versante ordinamentale, potrebbe associarsi ad una trasformazione delle attuali Corti d’appello in Corti distrettuali con competenza, per un esclusivo giudizio di merito in unico grado, sui reati più gravi (ad esempio, quelli previsti dall’art. 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale) sul modello del Landgericht tedesco le cui decisioni sono relative a gravi reati, non sono appellabili e sono solo ricorribili alla *Bundgerichtshof*, corrispondente alla nostra Cassazione.

È però difficile alla stregua di tali considerazioni superare l'ineffettibile principio di parità delle parti ex art. 111.2 Cost.. Siffatto principio, se può avere una valenza anche processuale, nel senso di voler assicurare possibilità di identica rilevanza probatoria per gli atti compiuti e dal titolare del potere di azione e dal difensore, ha soprattutto valore nei confronti della parte in senso sostanziale, perché è in funzione dei titolari dei diritti sostanziali che la nozione di parte esprime tutta la sua forza precettiva (tema in effetti poco trattato dai processualpenalisti, ma ben conosciuto dai maestri di procedura civile: v. CALAMANDREI, *Istituzioni*, p. II, 188). E in questo senso l'articolo 111 Cost. è davvero vincolante. Se le parti che devono essere paritariamente considerate nel processo sono non tanto il pubblico ministero o l'avvocato, ma l'imputato e l'offeso, allora non si può accettare questo violento oltraggio al principio di parità, consentendo all'accusato di contestare l'errore, e negandolo a chi dall'accusato venne offeso. Non si può ignorare il carico di sofferenze che il reato ha prodotto alle vittime, delle quali è il pubblico ministero il naturale, anche se non necessariamente esclusivo, difensore, come avviene specificamente quando questo organo agisce a tutela di incapaci. Nei reati che offendono l'intera collettività, è mai ammissibile che la società rimanga paralizzata dinanzi a chi ha violato un interesse diffuso, o un interesse diretto dello Stato, che lo Stato non si cura di tutelare? Se lo Stato rimane indifferente, si compromette direttamente il principio di fedeltà dei cittadini alle sue leggi.

GIURISPRUDENZA
COSTITUZIONALE

SENTENZA N. 26 ANNO 2007**la corte costituzionale**

Composta dai signori: presidente: franco bile; giudici: giovanni maria flick, francesco amirante, ugo de siervo, romano vaccarella, paolo maddalena, alfio finocchiaro, alfonso quaranta, franco gallo, luigi mazzella, gaetano silvestri, sabino cassese, maria rita saulle, giuseppe tesauero, paolo maria napolitano,

Ha pronunciato la seguente**Sentenza**

Nei giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 10 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), promossi con ordinanze del 16 marzo 2006 dalla corte d'appello di roma nel procedimento penale a carico di e. F. Ed altri e del 16 marzo 2006 dalla corte d'appello di milano nel procedimento penale a carico di a. M. Ed altri, iscritte ai nn. 130 e 155 del registro ordinanze 2006 e pubblicate nella *gazzetta ufficiale* della repubblica nn. 19 e 22 prima serie speciale, dell'anno 2006.

Udito nella camera di consiglio del 24 gennaio 2007 il giudice relatore giovanni maria flick.

Ritenuto in fatto

1. - con l'ordinanza indicata in epigrafe, la corte d'appello di roma ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 112 della costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), nella parte in cui non consente al pubblico ministero di proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento, se non nel caso previsto dall'art. 603, comma 2, del codice di procedura penale – ossia quando sopravvengano o si scoprono nuove prove dopo il giudizio di primo grado – e sempre che tali prove risultino decisive.

La corte rimettente – investita dell'appello proposto dal procuratore della repubblica avverso la sentenza del tribunale di roma, che aveva assolto tre persone imputate del reato di ricettazione – rileva come, nelle more del gravame, sia entrata in vigore la legge n. 46 del 2006, il cui art. 1, sostituendo l'art. 593 cod. Proc. Pen., ha sottratto al pubblico ministero il potere di appellare contro le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per l'ipotesi delineata dall'art. 603, comma 2, del codice di rito.

Ad avviso del giudice *a quo*, la disposizione censurata violerebbe diversi precetti costituzionali.

Essa risulterebbe lesiva, anzitutto, del principio di eguaglianza, sancito dall'art. 3 cost.: consentire, infatti, all'imputato di proporre appello nei confronti delle sentenze di condanna senza concedere al pubblico ministero lo speculare potere di appellare contro «le sentenze di assoluzione», se non in un caso estremamente cir-

coscritto, significherebbe porre l'imputato in «una posizione di evidente favore nei confronti degli altri componenti la collettività»; questi ultimi vedrebbero fortemente limitato, in tal modo, il diritto-dovere del pubblico ministero di esercitare l'azione penale, che tutela i loro interessi. La possibilità, per l'organo dell'accusa, di proporre appello nei casi previsti dall'art. 603, comma 2, cod. Proc. Pen. Risulterebbe, in effetti, «poco più che teorica», perché legata alla sopravvenienza di prove decisive nel ristretto lasso temporale tra la pronuncia della sentenza di primo grado e la scadenza del termine per appellare.

La norma censurata si porrebbe, altresì, in contrasto con l'art. 24 cost., non consentendo alla «collettività», i cui interessi sono rappresentati e difesi dal pubblico ministero, «di tutelare adeguatamente i suoi diritti»: e ciò anche quando l'assoluzione risulti determinata da un errore nella ricostruzione del fatto o nell'interpretazione di norme giuridiche.

Risulterebbe violato, ancora, l'art. 111 cost., nella parte in cui impone che ogni processo si svolga «nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti ad un giudice terzo e imparziale», posto che la disposizione denunciata non permetterebbe all'accusa di far valere le sue ragioni con modalità e poteri simmetrici a quelli di cui dispone la difesa.

Da ultimo, detta disposizione lederebbe l'art. 112 cost. Ad avviso del rimettente, infatti, la previsione di un secondo grado di giudizio di merito – fruibile tanto dal pubblico ministero che dall'imputato (così come dall'attore e dal convenuto nel giudizio civile) – sarebbe «consustanziale» al sistema processuale vigente: con la conseguenza che la sottrazione all'organo dell'accusa del potere di proporre appello avverso le sentenze assolutorie eluderebbe i vincoli posti dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, «considerata nella sua interezza».

2. – con l'ordinanza indicata in epigrafe, la corte d'appello di Milano ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 111, secondo comma, cost., questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 10 della legge n. 46 del 2006, nella parte in cui, rispettivamente, escludono che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento (art. 1); e prevedono che l'appello proposto dal pubblico ministero, avverso una di dette sentenze, anteriormente all'entrata in vigore della medesima legge, venga dichiarato inammissibile, con facoltà per l'appellante di proporre, in sua vece, ricorso per cassazione (art. 10).

Il giudice *a quo* premette di essere chiamato a celebrare, a seguito di impugnazione del pubblico ministero, il giudizio di appello nei confronti di numerosi imputati, assolti in primo grado dal delitto di truffa aggravata perché il fatto non sussiste. *Medio tempore*, era tuttavia sopravvenuta la legge n. 46 del 2006, la quale, all'art. 1, sostituendo l'art. 593 cod. Proc. Pen., aveva precluso l'appello avverso le sentenze di proscioglimento, fuori del caso previsto dall'art. 603, comma 2, cod. Proc. Pen.; e, all'art. 10, aveva stabilito, con riguardo ai giudizi in corso, che l'appello anteriormente proposto dal pubblico ministero vada dichiarato inammissibile,

salva la facoltà dell'organo dell'accusa di proporre ricorso per cassazione contro la sentenza appellata.

Recependo, *in parte qua*, l'eccezione formulata dal procuratore generale, la corte rimettente dubita, tuttavia, della compatibilità di tali previsioni normative con gli artt. 3 e 111, secondo comma, cost.

La questione sarebbe rilevante nel giudizio *a quo*, in quanto il suo accoglimento consentirebbe l'esame nel merito del gravame, altrimenti destinato alla declaratoria di inammissibilità, non avendo il pubblico ministero proposto nuove prove ai sensi dell'art. 603, comma 2, cod. Proc. Pen.

Quanto, poi, alla non manifesta infondatezza, il giudice rimettente ritiene che le disposizioni censurate violino, anzitutto, il principio di parità delle parti nel processo, sancito dall'art. 111, secondo comma, cost. Inibendo tanto al pubblico ministero che all'imputato l'appello avverso le sentenze di proscioglimento, tali disposizioni attuerebbero, infatti, una parificazione «solo formale»: giacché, nella sostanza, esse verrebbero a limitare il potere di impugnazione di quella sola, fra le due parti, che ha interesse a dolersi delle suddette sentenze, ossia il pubblico ministero.

D'altro canto, alla luce dell'«unica interpretazione possibile» dell'art. 576 cod. Proc. Pen., come modificato dalla stessa legge n. 46 del 2006, le sentenze di proscioglimento potrebbero formare invece oggetto di appello ad opera della parte civile: donde un ulteriore profilo di disuguaglianza, venendo il pubblico ministero a trovarsi in posizione deteriore anche rispetto a tale parte privata.

Né l'evidenziata situazione di «assoluta disparità di trattamento» fra le parti processuali risulterebbe elisa dalla facoltà di proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento nell'ipotesi prevista dall'art. 603, comma 2, cod. Proc. Pen., la quale si connoterebbe come «del tutto residuale».

Le norme censurate si porrebbero, per altro verso, in contrasto con l'art. 3 cost., sotto il profilo del difetto di ragionevolezza.

Alla luce delle indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza di questa corte, infatti – se pure il potere impugnazione del pubblico ministero non costituisce estrinsecazione necessaria dei poteri inerenti all'esercizio dell'azione penale – una asimmetria tra accusa e difesa, su tale versante, sarebbe compatibile con il principio di parità delle parti solo ove contenuta nei limiti della ragionevolezza, in rapporto ad esigenze di tutela di interessi di rilievo costituzionale. Al riguardo, il giudice *a quo* ricorda come – alla stregua di detta premessa – questa corte abbia ritenuto costituzionalmente legittime le disposizioni che non consentono al pubblico ministero di proporre appello, sia in via principale che in via incidentale, avverso le sentenze di condanna pronunciate a seguito di giudizio abbreviato (artt. 443, comma 3, e 595 cod. Proc. Pen.): valorizzando, a tal fine, le peculiari caratteristiche di detto rito alternativo. La medesima giustificazione non potrebbe tuttavia valere in rapporto alle norme oggi censurate, le quali precludono l'appello del pubblico ministero contro tutte le sentenze di proscioglimento, senza operare alcuna distinzione tra giudizio abbreviato e giudizio ordinario.

A sostegno della soluzione normativa censurata, non varrebbe neppure invocare – ad avviso del rimettente – il diritto della persona accusata alla rapida definizione del processo a suo carico, in forza del principio di ragionevole durata del medesimo (art. 111, secondo comma, cost.): diritto che non potrebbe essere realizzato tramite l'esclusivo sacrificio del potere d'appello della parte pubblica, senza con ciò infrangere l'altro principio costituzionale – di non minore rilievo – della parità delle parti nel processo. Sintomatico della mancanza di ogni ragionevole contemperamento tra i due valori sarebbe, del resto, il perdurante potere del pubblico ministero di impugnare le sentenze di condanna, a differenza che nel giudizio abbreviato.

Parimenti, non potrebbe rinvenirsi una ragionevole giustificazione delle norme censurate nel preteso diritto dell'imputato a fruire, sempre e comunque, di un doppio grado di giudizio di merito, nel caso di condanna. Un simile diritto non sarebbe riconosciuto né dalla costituzione, né dalle convenzioni internazionali; infatti, il paragrafo 2 dell'art. 2 del protocollo addizionale n. 7 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con legge 9 aprile 1990, n. 98 – prevede espressamente che il diritto dell'imputato a far riesaminare l'affermazione della propria colpevolezza possa essere escluso, quando tale affermazione promani da una giurisdizione superiore, o abbia luogo a seguito di un ricorso avverso l'originario proscioglimento dell'imputato medesimo.

Ancora, non si potrebbe sostenere che, riconoscendo al pubblico ministero il potere di provare, davanti ad un giudice diverso, l'erroneità del primo giudizio assolutorio, si incrementerebbe il rischio che venga condannato un innocente, stante la «disparità di forze in gioco». L'assunto risulterebbe infatti valido solo in rapporto agli ordinamenti processuali di tipo integralmente accusatorio, nei quali l'assoluzione o la condanna conseguono ad un verdetto non motivato; inoltre, dopo la sentenza di primo grado, la ventilata «disparità delle forze» non sussisterebbe più, dato che «l'accusa non può più perquisire, intercettare, sequestrare», ma «soltanto argomentare».

Onde legittimare, sul piano della ragionevolezza, i neointrodotti limiti al potere di impugnazione del pubblico ministero, non gioverebbe nemmeno invocare i principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza, avuto riguardo al fatto che il giudice di appello – diversamente da quello di primo grado – procederebbe ad una valutazione delle prove di tipo meramente «cartolare». Tale asserzione non corrisponderebbe a verità in rapporto ad un buon numero di processi a base «cartolare» (quali, ad esempio, quelli celebrati con il rito abbreviato). Soprattutto, essa si tradurrebbe in un argomento che «prova troppo»: rimarrebbe da spiegare, infatti, perché un «giudizio sulle carte» di proscioglimento abbia maggiore dignità di un analogo giudizio di condanna; sicché, a seguirlo fino in fondo, l'argomento dovrebbe comportare l'inappellabilità di tutte le sentenze.

Costituirebbe, infine, «pura petizione di principio» l'affermazione secondo cui il proscioglimento a seguito del giudizio di primo grado farebbe sorgere, in ogni caso, un «ragionevole dubbio» circa la colpevolezza dell'imputato, impedendo

quindi che si concretizzi il presupposto per la pronuncia di una sentenza di condanna ai sensi del novellato art. 533, comma 1, cod. Proc. Pen. Il dubbio derivante dalla difformità degli esiti dei due gradi di giudizio sarebbe, difatti, necessariamente insito in un ordinamento che preveda più gradi di giurisdizione di merito; d'altro canto, se l'appellabilità della sentenza di condanna da parte dell'imputato si giustifica a fronte della possibilità che la decisione di primo grado sia errata, non si comprenderebbe perché una analoga eventualità non debba imporre, per il principio di parità, l'appellabilità delle sentenze di assoluzione.

Nessuna ragionevole giustificazione potrebbe scorgersi, poi, alla base dell'evidenziata disparità di trattamento del pubblico ministero rispetto alla parte civile, posto che quest'ultima persegue, nel processo penale, un interesse meramente risarcitorio, che potrebbe essere bene azionato davanti al giudice civile: quando, invece, il pubblico ministero è la parte pubblica che «fa valere, anche in sede di impugnazione, la pretesa punitiva dello stato e l'interesse pubblico al ripristino dell'ordine violato dal reato».

Considerato in diritto

1. – **la corte d'appello di Roma dubita della legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 del codice di procedura penale, esclude che il pubblico ministero possa proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento, salvo che ricorrano le ipotesi previste dall'art. 603, comma 2, cod. Proc. Pen. – ossia quando sopravvengano o si scoprono nuove prove dopo il giudizio di primo grado – e sempre che tali prove siano decisive.**

Ad avviso del giudice rimettente, la norma censurata risulterebbe incompatibile con gli artt. 3 e 24 cost., giacché – consentendo all'imputato di appellare contro le sentenze di condanna, senza accordare al pubblico ministero lo speculare potere di proporre appello contro le sentenze assolutorie, se non in una ipotesi talmente circoscritta da apparire «poco più che teorica» – porrebbe l'imputato in «una posizione di evidente favore nei confronti degli altri componenti la collettività», i cui interessi vengono tutelati dal diritto-dovere del pubblico ministero di esercitare l'azione penale, impedendo, al tempo stesso, una esplicazione adeguata di tale tutela.

Verrebbe violato, inoltre, il precetto dell'art. 111 cost., in forza del quale ogni processo deve svolgersi «nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti ad un giudice terzo e imparziale», in quanto la norma denunciata non consentirebbe all'accusa di far valere le sue ragioni con strumenti simmetrici a quelli di cui dispone la difesa.

La medesima norma eluderebbe, da ultimo, il vincolo posto dal principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 cost.), cui dovrebbe ritenersi connaturata la previsione di un secondo grado di giudizio di merito anche a favore del pubblico ministero.

2. – la corte d'appello di Milano dubita anch'essa della legittimità costituzionale, *in parte qua*, dell'art. 1 della legge n. 46 del 2006, coinvolgendo peraltro nello scrutinio di costituzionalità anche la norma transitoria di cui all'art. 10 della medesima legge. Quest'ultima norma viene censurata nella parte in cui rende applicabile la nuova disciplina nei procedimenti in corso alla data della sua entrata in vigore, stabilendo, in particolare – ai commi 2 e 3 – che l'appello già proposto dal pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento debba essere dichiarato inammissibile, salva la facoltà dell'appellante di proporre, in sua vece, ricorso per cassazione entro quarantacinque giorni dalla notifica del provvedimento di inammissibilità.

Dette disposizioni – a giudizio della corte rimettente – violerebbero gli artt. 3 e 111, secondo comma, cost., in quanto accorderebbero al pubblico ministero un trattamento palesemente deteriore sia rispetto all'imputato, che è ammesso a proporre appello avverso le sentenze di condanna; sia rispetto alla parte civile, la quale, in base all'art. 576 cod. Proc. Pen., come modificato dall'art. 6 della stessa legge n. 46 del 2006, conserverebbe invece – secondo il giudice *a quo* – il potere di appellare contro le sentenze di proscioglimento.

Tale asimmetria non risulterebbe assistita da alcuna ragionevole giustificazione, che valga a renderla compatibile con il principio di parità delle parti nel processo, in rapporto ad esigenze di tutela di altri valori di rango costituzionale.

Quanto, infatti, alla disparità di trattamento tra accusa e difesa, la scelta legislativa non potrebbe trovare un fondamento razionale nell'interesse dell'imputato ad una rapida definizione del processo a suo carico: interesse che non potrebbe essere realizzato a mezzo di una mera menomazione dei poteri della controparte processuale. Né tale scelta potrebbe fondarsi su di un preteso diritto dell'imputato medesimo ad un doppio grado di giurisdizione di merito in caso di condanna: diritto in realtà privo di riconoscimento tanto nella costituzione, che nelle convenzioni internazionali in tema di diritti dell'uomo cui l'Italia ha aderito. Né, ancora, essa potrebbe fondarsi sull'ipotetico incremento del rischio della condanna di un innocente, indotto dall'appello del pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento a fronte della «disparità di forze in gioco», posto che la ventilata «disparità di forze» verrebbe comunque meno dopo la sentenza di primo grado.

Del pari, non varrebbe evocare i principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza, in rapporto alla valutazione puramente «cartolare» del materiale probatorio operata dal giudice di appello: giacché – al di là del rilievo che numerosi processi (ad esempio, quelli celebrati con il rito abbreviato) sono a base «cartolare» in entrambi i gradi di giudizio – non si comprenderebbe perché un «giudizio sulle carte» di proscioglimento abbia maggiore dignità di un analogo giudizio di condanna; sicché, ove portato alle sue logiche conseguenze, l'argomento dovrebbe determinare l'inappellabilità di tutte le sentenze.

Né avrebbe pregio l'assunto per cui il proscioglimento in primo grado non consentirebbe comunque di ritenere l'imputato colpevole «al di là di ogni ragione-

vole dubbio» – come attualmente richiesto dall’art. 533, comma 1, cod. Proc. Pen. Ai fini della condanna – posto che la possibile difformità degli esiti del giudizio sarebbe necessariamente insita nella previsione di più gradi di giurisdizione di merito. D’altra parte, se l’appellabilità della sentenza di condanna da parte dell’imputato trova fondamento nell’eventualità che la decisione di primo grado sia errata, una analoga eventualità non potrebbe non giustificare, per il principio di parità, l’appellabilità anche delle sentenze di assoluzione.

Manifestamente illogica risulterebbe, infine, l’evidenziata disparità di trattamento rispetto alla parte civile, la quale è portatrice, nel processo penale, di un interesse meramente risarcitorio, utilmente azionabile davanti al giudice civile: mentre il pubblico ministero è la parte pubblica che fa valere, anche in sede di impugnazione, la pretesa punitiva dello stato e l’interesse pubblico al ripristino dell’ordine violato dal reato.

3. – le ordinanze di rimessione sollevano analoghe questioni, onde i relativi giudizi vanno riuniti per essere definiti con unica decisione.

4. – in riferimento all’art. 111, secondo comma, cost., la questione è fondata.

Giova premettere come, secondo quanto reiteratamente rilevato da questa corte, il secondo comma dell’art. 111 cost., inserito dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 (inserimento dei principi del giusto processo nell’articolo 111 della costituzione) – nello stabilire che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità» – abbia conferito veste autonoma ad un principio, quello di parità delle parti, «pacificamente già insito nel pregresso sistema dei valori costituzionali» (ordinanze n. 110 del 2003, n. 347 del 2002 e n. 421 del 2001).

Anche dopo la novella costituzionale, resta pertanto pienamente valida l’affermazione – costante nella giurisprudenza anteriore della corte (*ex plurimis*, sentenze n. 98 del 1994, n. 432 del 1992 e n. 363 del 1991; ordinanze n. 426 del 1998, n. 324 del 1994 e n. 305 del 1992) – secondo la quale, nel processo penale, il principio di parità tra accusa e difesa non comporta necessariamente l’identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell’imputato: potendo una disparità di trattamento «risultare giustificata, nei limiti della ragionevolezza, sia dalla peculiare posizione istituzionale del pubblico ministero, sia dalla funzione allo stesso affidata, sia da esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia» (ordinanze n. 46 del 2004, n. 165 del 2003, n. 347 del 2002 e n. 421 del 2001).

Alla luce di tale consolidato indirizzo, le fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle due parti necessarie del processo penale, correlate alle diverse condizioni di operatività e ai differenti interessi dei quali, anche alla luce dei precetti costituzionali, le parti stesse sono portatrici – essendo l’una un organo pubblico che agisce nell’esercizio di un potere e a tutela di interessi collettivi; l’altra un soggetto privato che difende i propri diritti fondamentali (*in primis*, quello di libertà personale), sui quali inciderebbe una eventuale sentenza di condanna – impedi-

scono di ritenere che il principio di parità debba (e possa) indefettibilmente tradursi, nella cornice di ogni singolo segmento dell'*iter* processuale, in un'assoluta simmetria di poteri e facoltà. Alterazioni di tale simmetria – tanto nell'una che nell'altra direzione (ossia tanto a vantaggio della parte pubblica che di quella privata) – sono invece compatibili con il principio di parità, ad una duplice condizione: e, cioè, che esse, per un verso, trovino un'adeguata *ratio* giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di funzionale e corretta esplicazione della giustizia penale, anche in vista del completo sviluppo di finalità esse pure costituzionalmente rilevanti; e, per un altro verso, risultino comunque contenute – anche in un'ottica di complessivo riequilibrio dei poteri, avuto riguardo alle disparità di segno opposto riscontrabili in fasi del procedimento distinte da quelle in cui s'innesta la singola norma discriminatrice avuta di mira (si vedano le sentenze n. 115 del 2001 e n. 98 del 1994) – entro i limiti della ragionevolezza.

Tale vaglio di ragionevolezza va evidentemente condotto sulla base del rapporto comparativo tra la *ratio* che ispira, nel singolo caso, la norma generatrice della disparità e l'ampiezza dello “scalino” da essa creato tra le posizioni delle parti: mirando segnatamente ad acclarare l'adeguatezza della *ratio* e la proporzionalità dell'ampiezza di tale “scalino” rispetto a quest'ultima. Siffatta verifica non può essere pretermessa, se non a prezzo di un sostanziale svuotamento, *in parte qua*, della clausola della parità delle parti: non potendosi ipotizzare, ad esempio, che la posizione di vantaggio di cui fisiologicamente fruisce l'organo dell'accusa nella fase delle indagini preliminari, sul piano della ricchezza degli strumenti investigativi – posizione di vantaggio che riflette il ruolo istituzionale di detto organo, avuto riguardo anche al carattere “invasivo” e “coercitivo” di determinati mezzi d'indagine – abiliti di per sé sola il legislatore, in nome di un'esigenza di “riequilibrio”, a qualsiasi *deminutio*, anche la più radicale, dei poteri del pubblico ministero nell'ambito di tutte le successive fasi. Una simile impostazione – negando, di fatto, l'esistenza di limiti di compatibilità costituzionale alla distribuzione asimmetrica delle facoltà processuali tra i contendenti – priverebbe di ogni concreta valenza la clausola di parità: risultato, questo, tanto meno accettabile a fronte della sua attuale assunzione ad espresso ed autonomo precetto costituzionale.

5. – all'indicata chiave di lettura si è, in effetti, costantemente ispirata la giurisprudenza di questa corte relativa alla tematica – che viene qui specificamente in rilievo – delle possibili dissimmetrie a sfavore del pubblico ministero in punto di poteri di impugnazione.

5.1. – nello scrutinare le questioni di legittimità costituzionale sollevate a tal proposito, questa corte ha sempre recepito come corretta la premessa fondante di esse: che, cioè, la disciplina delle impugnazioni, quale capitolo della complessiva regolamentazione del processo, si collochi anch'essa – sia pure con le peculiarità che poco oltre si evidenzieranno – entro l'ambito applicativo del principio di parità delle parti; premessa, questa, la cui validità deve essere confermata.

Il principio in parola non è infatti suscettibile di una interpretazione riduttiva, quale quella che – facendo leva, in particolare, sulla connessione proposta dall’art. 111, secondo comma, cost. Tra parità delle parti, contraddittorio, imparzialità e terzietà del giudice – intendesse negare alla parità delle parti il ruolo di connotato essenziale dell’intero processo, per concepirla invece come garanzia riferita al solo procedimento probatorio: e ciò al fine di desumerne che l’unico mezzo d’impugnazione, del quale le parti dovrebbero indefettibilmente fruire in modo paritario, sia il ricorso per cassazione per violazione di legge, previsto dall’art. 111, settimo comma, cost.

Una simile ricostruzione finirebbe difatti per attribuire al principio di parità delle parti, in luogo del significato di riaffermazione processuale dei principi di cui all’art. 3 cost., una antitetica valenza derogatoria di questi ultimi: soluzione tanto meno plausibile a fronte del tenore letterale della norma costituzionale, nella quale la parità delle parti è enunciata come regola generalissima, riferita indistintamente ad «ogni processo» e senza alcuna limitazione a determinati momenti o aspetti dell’*iter* processuale. Né può trarsi argomento, in contrario, dallo specifico risalto che il legislatore costituzionale ha inteso assegnare al valore del contraddittorio nel processo penale, attestato dalle puntuali “direttive” al riguardo impartite nel quarto e nel quinto comma dell’art. 111 cost.: non potendosi ritenere, anche sul piano logico, che tale distinto valore – anziché affiancarsi, rafforzandolo, al principio di parità – sia destinato ad esplicare un ruolo limitativo del medesimo; così da legittimare l’idea – palesemente inaccettabile rispetto ad altri tipi di processo, quale, ad esempio, il processo civile – per cui, nel processo penale, la clausola di parità opererebbe solo nei confini del procedimento di formazione della prova.

5.2. – ciò posto, questa corte ha ribadito che, anche per quanto attiene alla disciplina delle impugnazioni, parità delle parti non significa, nel processo penale, necessaria omologazione di poteri e facoltà.

A tal proposito – sulla premessa che la garanzia del doppio grado di giurisdizione non fruisce, di per sé, di riconoscimento costituzionale (*ex plurimis*, sentenza n. 280 del 1995; ordinanza n. 316 del 2002) – questa corte ha in particolare rilevato come il potere di impugnazione nel merito della sentenza di primo grado da parte del pubblico ministero presenti margini di “cedevolezza” più ampi, a fronte di esigenze contrapposte, rispetto a quelli che connotano il simmetrico potere dell’imputato. Il potere di impugnazione della parte pubblica trova, infatti, copertura costituzionale unicamente entro i limiti di operatività del principio di parità delle parti – “flessibile” in rapporto alle *rationes* dianzi evidenziate – non potendo essere configurato come proiezione necessaria del principio di obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale, di cui all’art. 112 cost. (sentenza n. 280 del 1995; ordinanze n. 165 del 2003, n. 347 del 2002, n. 421 del 2001 e n. 426 del 1998); mentre il potere di impugnazione dell’imputato viene a correlarsi anche al fondamentale valore espresso dal diritto di difesa (art. 24 cost.), che ne accresce la forza di resistenza di fronte a sollecitazioni di segno inverso (sentenza n. 98 del 1994).

Ciò non toglie, tuttavia, che le eventuali menomazioni del potere di impugnazione della pubblica accusa, nel confronto con lo speculare potere dell'imputato, debbano comunque rappresentare – ai fini del rispetto del principio di parità – soluzioni normative sorrette da una ragionevole giustificazione, nei termini di adeguatezza e proporzionalità dianzi lueggiati: non potendosi ritenere, anche su questo versante – se non a prezzo di svuotare di significato l'enunciazione di detto principio con riferimento al processo penale – che l'evidenziata maggiore “flessibilità” della disciplina del potere di impugnazione del pubblico ministero legittimi qualsiasi squilibrio di posizioni, sottraendo di fatto, in radice, le soluzioni normative *in subiecta materia* allo scrutinio di costituzionalità.

5.3. – in simile ottica, questa corte si è quindi ripetutamente pronunciata – tanto prima che dopo la modifica dell'art. 111 cost. – nel senso della compatibilità con il principio di parità delle parti della norma che escludeva l'appello del pubblico ministero avverso le sentenze di condanna emesse a seguito di giudizio abbreviato, anche nella sola forma dell'appello incidentale, salvo si trattasse di sentenza modificativa del titolo del reato (artt. 443, comma 3, e 595 cod. Proc. Pen.).

Al riguardo, si è infatti osservato come la soppressione del potere della parte pubblica di impugnare nel merito decisioni che segnavano «comunque la realizzazione della pretesa punitiva fatta valere nel processo attraverso l'azione intrapresa» – essendo lo scarto tra la richiesta dell'accusa e la sentenza sottratta all'appello non di ordine «qualitativo», ma meramente «quantitativo» – risultasse razionalmente giustificabile alla luce dell'«obiettivo primario di una rapida e completa definizione dei processi svoltisi in primo grado secondo il rito alternativo di cui si tratta» (sentenza n. 363 del 1991; ordinanze n. 305 del 1992 e n. 373 del 1991): rito che – sia pure per scelta esclusiva dell'imputato, dopo le modifiche attuate dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479 – «implica una decisione fondata, *in primis*, sul materiale probatorio raccolto dalla parte che subisce la limitazione censurata, fuori delle garanzie del contraddittorio» (ordinanze n. 46 del 2004, n. 165 del 2003, n. 347 del 2002 e n. 421 del 2001).

Tali caratteristiche del giudizio abbreviato – che conferiscono un particolare risalto alla dissimmetria di segno opposto, riscontrabile a favore del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, le cui risultanze sono direttamente utilizzabili ai fini della decisione (al riguardo, si veda la sentenza n. 98 del 1994) – valevano, dunque, a rendere la scelta normativa in discorso «incensurabile sul piano della ragionevolezza in quanto proporzionata al fine preminente della speditezza del processo» (sentenza n. 363 del 1991). Fine al quale non avrebbe potuto essere invece sacrificato – per la ragione dianzi indicata – lo speculare potere di impugnazione dell'imputato (sentenza n. 98 del 1994).

6. – ben diversa è la situazione nel caso oggetto dell'odierno scrutinio di costituzionalità.

6.1. – al di sotto dell’assimilazione formale delle parti – «il pubblico ministero e l’imputato possono appellare contro le sentenze di condanna» (*ergo*, non contro quelle di proscioglimento) – la norma censurata racchiude una dissimmetria radicale. A differenza dell’imputato, infatti, il pubblico ministero viene privato del potere di proporre doglianze di merito avverso la sentenza che lo veda totalmente soccombente, negando *per integrum* la realizzazione della pretesa punitiva fatta valere con l’azione intrapresa, in rapporto a qualsiasi categoria di reati.

Né varrebbe, al riguardo, opporre che l’inappellabilità – sancita per entrambe le parti – delle sentenze di proscioglimento si presta a sacrificare anche l’interesse dell’imputato, segnatamente allorché il proscioglimento presupponga un accertamento di responsabilità o implichi effetti sfavorevoli. Tale conseguenza della riforma – in ordine alla quale sono stati prospettati ulteriori e diversi problemi di costituzionalità, di cui la corte non è chiamata ad occuparsi in questa sede – non incide comunque sulla configurabilità della rilevata sperequazione, per cui una sola delle parti, e non l’altra, è ammessa a chiedere la revisione nel merito della pronuncia a sé completamente sfavorevole.

È evidente, poi, come tale sperequazione non venga attenuata, se non in modo del tutto marginale, dalla previsione derogatoria di cui al comma 2 dell’art. 593 cod. Proc. Pen., in forza della quale l’appello contro le sentenze di proscioglimento è ammesso nel caso di sopravvenienza o scoperta di nuove prove decisive dopo il giudizio di primo grado: previsione non presente nel testo originariamente approvato dal parlamento, ma introdotta a fronte dei rilievi su di esso formulati dal presidente della repubblica con il messaggio trasmesso alle camere il 20 gennaio 2006 ai sensi dell’art. 74, primo comma, cost., nel quale si era segnalato, tra l’altro, come «la soppressione dell’appello delle sentenze di proscioglimento» determinasse – stante la «disorganicità della riforma» – una condizione di disparità «delle parti nel processo [...] che supera quella compatibile con la diversità delle funzioni svolte dalle parti stesse». Risulta, infatti, palese come l’ipotesi considerata – sopravvenienza o scoperta di nuove prove decisive nel corso del breve termine per impugnare (art. 585 cod. Proc. Pen.) – presenti connotati di eccezionalità tali da relegarla *a priori* ai margini dell’esperienza applicativa (oltre a non coprire, ovviamente, l’errore di valutazione nel merito).

Altrettanto evidente, ancora, è come l’eliminazione del potere di appello del pubblico ministero non possa ritenersi compensata – per il rispetto del principio di parità delle parti – dall’ampliamento dei motivi di ricorso per cassazione, parallelamente operato dalla stessa legge n. 46 del 2006 (lettere *d* ed *e* dell’art. 606, comma 1, cod. Proc. Pen., come sostituite dall’art. 8 della legge): e ciò non soltanto perché tale ampliamento è sancito a favore di entrambe le parti, e non del solo pubblico ministero; ma anche e soprattutto perché – quale che sia l’effettiva portata dei nuovi e più ampi casi di ricorso – il rimedio non attinge comunque alla pienezza del riesame di merito, consentito dall’appello.

6.2. – la rimozione del potere di appello del pubblico ministero si presenta, per altro verso, generalizzata e “unilaterale”.

È generalizzata, perché non è riferita a talune categorie di reati, ma è estesa indistintamente a tutti i processi: di modo che la riforma, mentre lascia intatto il potere di appello dell'imputato, in caso di soccombenza, anche quando si tratti di illeciti bagatellari – salva la preesistente eccezione relativa alle sentenze di condanna alla sola pena dell'ammenda (art. 593, comma 3, cod. Proc. Pen.; si veda, altresì, per i reati di competenza del giudice di pace, l'art. 37 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274) – fa invece cadere quello della pubblica accusa anche quando si discute dei delitti più severamente puniti e di maggiore allarme sociale, che coinvolgono valori di primario rilievo costituzionale.

È “unilaterale”, perché non trova alcuna specifica “contropartita” in particolari modalità di svolgimento del processo – come invece nell'ipotesi già scrutinata dalla corte in relazione al rito abbreviato, caratterizzata da una contrapposta rinuncia dell'imputato all'esercizio di proprie facoltà, atta a comprimere i tempi processuali – essendo sancita in rapporto al giudizio ordinario, nel quale l'accertamento è compiuto nel contraddittorio delle parti, secondo le generali cadenze prefigurate dal codice di rito.

7. – a fronte delle evidenziate connotazioni, l'alterazione del trattamento paritario dei contendenti, indotta dalla norma in esame, non può essere giustificata, in termini di adeguatezza e proporzionalità, sulla base delle *rationes* che, alla stregua dei lavori parlamentari, si collocano alla radice della riforma.

7.1. – a sostegno della soluzione normativa censurata, si è rilevato, anzitutto, che l'avvenuto proscioglimento in primo grado – rafforzando la presunzione di non colpevolezza – impedirebbe che l'imputato, già dichiarato innocente da un giudice, possa essere considerato da altro giudice colpevole del reato contestatogli «al di là di ogni ragionevole dubbio», secondo quanto richiesto, ai fini della condanna, dall'art. 533, comma 1, cod. Proc. Pen., come novellato dall'art. 5 della stessa legge n. 46 del 2006. In simile situazione, la reiterazione dei tentativi dello stato per condannare un individuo già risultato innocente verrebbe dunque ad assumere una connotazione “persecutoria”, contraria ai «principi di uno stato democratico» (in questo senso, in particolare, l'illustrazione della proposta di legge a.c. 4604 da parte dei relatori alla commissione giustizia della camera dei deputati).

Al riguardo, è peraltro sufficiente osservare come la sussistenza o meno della colpevolezza dell'imputato «al di là di ogni ragionevole dubbio» rappresenti la risultante di una valutazione: e la previsione di un secondo grado di giurisdizione di merito trova la sua giustificazione proprio nell'opportunità di una verifica piena della correttezza delle valutazioni del giudice di primo grado, che non avrebbe senso dunque presupporre esatte, equivalendo ciò a negare la ragione stessa dell'istituto dell'appello. In effetti, se il doppio grado mira a rafforzare un

giudizio di “certezza”, esso non può non riflettersi sui diversi approdi decisori cui il giudizio di primo grado può pervenire: quello di colpevolezza, appunto, ma, evidentemente, anche quello – antitetico – di innocenza.

In tale ottica, l’iniziativa del pubblico ministero volta alla verifica dei possibili (ed eventualmente, anche evidenti) errori commessi dal primo giudice, nel negare la responsabilità dell’imputato, non può qualificarsi, in sé, “persecutoria”; essa ha, infatti, come scopo istituzionale quello di assicurare la corretta applicazione della legge penale nel caso concreto e – tramite quest’ultima – l’effettiva attuazione dei principi di legalità e di eguaglianza, nella prospettiva della tutela dei molteplici interessi, connessi anche a diritti fondamentali, a cui presidio sono poste le norme incriminatrici.

7.2. – a fondamento della scelta legislativa in esame viene allegata, per altro verso, l’esigenza di uniformare l’ordinamento italiano alle previsioni dell’art. 2 del protocollo addizionale n. 7 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con legge 9 aprile 1990, n. 98; nonché dell’art. 14, paragrafo 5, del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881. Tali norme internazionali pattizie prevedono che ogni persona condannata per un reato ha diritto a che l’accertamento della sua colpevolezza o la condanna siano riesaminati da un tribunale superiore o di seconda istanza: principio che – si sostiene – verrebbe vulnerato nel caso di condanna dell’imputato in secondo grado, conseguente all’appello del pubblico ministero avverso la sentenza di proscioglimento emessa in primo grado (in questa prospettiva, si veda la relazione del proponente alla proposta di legge a.c. 4604).

Con riguardo ad entrambe le norme, questa Corte ebbe, peraltro, già in precedenza a rilevare come il riesame ad opera di un tribunale superiore, da esse previsto a favore dell’imputato, non debba necessariamente coincidere con un giudizio di merito, anziché con il ricorso per cassazione; e ciò perché l’obiettivo perseguito è quello di «assicurare comunque un’istanza davanti alla quale fare valere eventuali errori *in procedendo* o *in iudicando* commessi nel primo giudizio, con la conseguenza che il riesame nel merito interverrà solo ove tali errori risultino accertati» (sentenza n. 288 del 1997; si veda, altresì, la sentenza n. 62 del 1981). Al riguardo, non è, d’altro canto, senza significato la circostanza che il legislatore costituzionale del 1999 – nel riformulare l’art. 111 cost., nell’ottica di un suo adeguamento ai principi del «giusto processo» – non sia intervenuto sul tema delle impugnazioni, continuando a riferirsi al ricorso per cassazione per violazione di legge come unico rimedio impugnatorio costituzionalmente imposto.

Dirimente è, peraltro, il rilievo che, alla luce della disciplina – più recente ed analitica di quella del patto internazionale – dell’art. 2 del protocollo addizionale n. 7 alla convenzione europea (su cui soprattutto fanno leva i lavori parlamentari), il diritto della persona dichiarata colpevole di un reato al riesame della «dichiarazio-

ne di colpa o di condanna», da parte di un tribunale superiore, può essere oggetto di eccezioni – oltre che «in caso di infrazioni minori» e «in casi nei quali la persona interessata sia stata giudicata in prima istanza da un tribunale della giurisdizione più elevata» – anche quando essa «sia stata dichiarata colpevole e condannata a seguito di un ricorso avverso il suo proscioglimento» (paragrafo 2 del citato art. 2). Quest'ultima eccezione presuppone, evidentemente, che la legge interna contempli un potere di impugnazione *contra reum*, e quindi a favore dell'organo dell'accusa; essa implica pertanto il riconoscimento che tale potere – anche quando si tratti di impugnazione di merito – è compatibile con il sistema di tutela delineato dalla convenzione e dallo stesso protocollo, come del resto conferma la legislazione vigente in buona parte dei paesi dell'europa continentale.

7.3. – si pone l'accento, da ultimo, sul rapporto solo «mediato» che il giudice dell'appello ha con le prove (in tale ottica, si veda nuovamente la citata illustrazione dei relatori della proposta di legge a.c. 4604): reputandosi, in specie, che comporti una situazione di diminuita garanzia – in rapporto ai principi di oralità e immediatezza, ispiratori del processo penale nel modello accusatorio – un assetto nel quale la decisione di proscioglimento di un giudice (quello di primo grado), che ha assistito alla formazione della prova nel contraddittorio fra le parti, può essere ribaltata da altro giudice (quello di appello), che fonda invece la sua decisione su una prova prevalentemente scritta.

Ai fini della risoluzione dell'odierno incidente di costituzionalità, non è peraltro necessario scrutinare la condivisibilità o meno di tale affermazione, la quale evoca tensioni interne al vigente ordinamento processuale, connesse al mantenimento di impugnazioni di tipo tradizionale nell'ambito di un processo a carattere tendenzialmente accusatorio. A prescindere, difatti, dal rilievo che l'ipotizzata distonia del sistema – ove effettivamente riscontrabile – sussisterebbe anche in rapporto alle sentenze di condanna, per le quali il pubblico ministero mantiene il potere di appello, avuto riguardo alla possibile modifica *in peius* della decisione da parte del giudice di secondo grado come conseguenza di divergenti valutazioni di fatto (le quali portino, ad esempio, al mutamento del titolo del reato o al riconoscimento di una circostanza aggravante); è assorbente la considerazione che il rimedio all'eventuale *deficit* delle garanzie che assistono una parte processuale va rinvenuto – in via preliminare – in soluzioni che escludano quel difetto, e non già in una eliminazione dei poteri della parte contrapposta che generi un radicale squilibrio nelle rispettive posizioni.

All'obiezione, poi, che le possibili soluzioni alternative al problema dianzi evidenziato, almeno ove calibrate sull'attuale assetto del sistema delle impugnazioni, peserebbero negativamente sui tempi di definizione del giudizio, è agevole replicare che neppure la ragionevole durata del processo – principio che, per costante affermazione di questa corte, va temperato con il complesso delle altre garanzie costituzionali (*ex plurimis*, sentenza n. 219 del 2004; ordinanze n. 420 e n. 418 del 2004, n. 251 del 2003, n. 458 e n. 519 del 2002) – può essere persegui-

ta, come nella specie, attraverso la totale soppressione di rilevanti facoltà processuali di una sola delle parti. E ciò a prescindere dalla possibilità – da più parti prospettata e che resta aperta alla valutazione del legislatore – di una revisione organica del regime delle impugnazioni, intesa ad eliminare le tensioni da cui, per quanto accennato, il problema stesso trae origine.

8. – nel suo carattere settoriale, per contro, la novella censurata ha, inoltre, alterato il rapporto paritario tra i contendenti con modalità tali da determinare anche una intrinseca incoerenza del sistema.

Per effetto della riforma, infatti, mentre il pubblico ministero totalmente soccombente in primo grado resta privo del potere di proporre appello, detto potere viene invece conservato dall'organo dell'accusa nel caso di soccombenza solo parziale, vuoi in senso "qualitativo" (sentenza di condanna con mutamento del titolo del reato o con esclusione di circostanze aggravanti), vuoi anche in senso meramente "quantitativo" (sentenza di condanna a pena ritenuta non congrua).

9. – alla luce delle considerazioni che precedono, si deve dunque ribadire che, nella cornice dei valori costituzionali, la parità delle parti non corrisponde necessariamente ad una eguale distribuzione di poteri e facoltà fra i protagonisti del processo. In particolare, per quanto attiene alla disciplina delle impugnazioni – ferma restando la possibilità per il legislatore, dianzi accennata, di una generale revisione del ruolo e della struttura dell'istituto dell'appello – non contraddice, comunque, il principio di parità l'eventuale differente modulazione dell'appello medesimo per l'imputato e per il pubblico ministero, purché essa avvenga nel rispetto del canone della ragionevolezza, con i corollari di adeguatezza e proporzionalità, che si sono a più riprese ricordati.

Nella specie, per contro, la menomazione recata dalla disciplina impugnata ai poteri della parte pubblica, nel confronto con quelli speculari dell'imputato, eccede il limite di tollerabilità costituzionale, in quanto non sorretta da una *ratio* adeguata in rapporto al carattere radicale, generale e "unilaterale" della menomazione stessa: oltre a risultare – per quanto dianzi osservato – intrinsecamente contraddittoria rispetto al mantenimento del potere di appello del pubblico ministero contro le sentenze di condanna.

Le residue censure dei giudici rimettenti restano di conseguenza assorbite.

10. – l'art. 1 della legge n. 46 del 2006 va dichiarato, pertanto, costituzionalmente illegittimo nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 cod. Proc. Pen., esclude che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, comma 2, del medesimo codice, se la nuova prova è decisiva.

Correlativamente, va dichiarata l'illegittimità costituzionale anche dell'art. 10, comma 2, della citata legge n. 46 del 2006, nella parte in cui prevede che l'ap-

pello proposto contro una sentenza di proscioglimento dal pubblico ministero prima della data di entrata in vigore della medesima legge è dichiarato inammissibile.

Per questi motivi

La corte costituzionale

Riuniti i giudizi,

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 del codice di procedura penale, esclude che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, comma 2, del medesimo codice, se la nuova prova è decisiva;

2) dichiara l'illegittimità costituzione dell'art. 10, comma 2, della citata legge 20 febbraio 2006, n. 46, nella parte in cui prevede che l'appello proposto contro una sentenza di proscioglimento dal pubblico ministero prima della data di entrata in vigore della medesima legge è dichiarato inammissibile.

Così deciso in roma, nella sede della corte costituzionale, palazzo della consulta, il 24 gennaio 2007.

F.to:

Franco bile, presidente

Giovanni Maria Flick, redattore

Depositata in cancelleria il 6 febbraio 2007.

ORDINANZA N. 32 ANNO 2007

la corte costituzionale

Composta dai signori: presidente: Franco Bile; giudici: Giovanni Maria Flick, Francesco Amirante, Ugo De Siervo, Romano Vaccarella, Paolo Maddalena, Alfio Finocchiaro, Alfonso Quaranta, Franco Gallo, Luigi Mazzella, Gaetano Silvestri, Sabino Cassese, Maria Rita Saulle, Giuseppe Tesauero, Paolo Maria Napolitano,

Ha pronunciato la seguente

Ordinanza

Nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 10 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento) e dell'art. 576 del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 6 della stessa legge, promossi con ordinanze del 16 marzo 2006 dalla corte d'appello di venezia, del 19 aprile 2006 dalla corte d'appello di brescia e del 27 marzo 2006 dalla corte d'appello di bologna, rispettivamente iscritte ai nn. 335, 345 e 366 del registro ordinanze 2006 e pubblicate nella *gazzetta ufficiale* della repubblica nn. 39 e 40 prima serie speciale, dell'anno 2006.

Visti gli atti di costituzione di g.g. e della u.i. s.p.a., nonché gli atti di intervento del presidente del consiglio dei ministri;

Udito nell'udienza pubblica del 23 gennaio 2007 e nella camera di consiglio del 24 gennaio 2007 il giudice relatore Giovanni Maria Flick;

Uditi gli avvocati luigi ravagnan per g.g., Giuseppe Frigo per la u. I. S.p.a. E l'avvocato dello stato Massimo Giannuzzi per il presidente del consiglio dei ministri.

Ritenuto che, con l'ordinanza indicata in epigrafe, la corte d'appello di bologna ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 576 del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 6 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), nella parte in cui – ad avviso del giudice rimettente – esclude che la parte civile possa proporre appello avverso la sentenza di proscioglimento dell'imputato;

Che il giudice *a quo* – investito dell'appello proposto sia dal pubblico ministero che dalle parti civili, contro la sentenza di assoluzione emessa in primo grado nei confronti di persona imputata del reato di omicidio colposo – rileva che il nuovo testo dell'art. 576 cod. Proc. Pen., quale risultante a seguito della modifica operata *medio tempore* dall'art. 6 della legge n. 46 del 2006, non richiama più, nel disciplinare il potere di impugnazione della parte civile avverso le sentenze di proscioglimento, i mezzi di impugnazione previsti per il pubblico ministero;

Che, in tal modo, la norma censurata avrebbe integralmente soppresso il potere di appello della parte civile, posto che, da un lato, l'art. 568, comma 1, cod. Proc. Pen. Sancisce il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione; e, dall'altro lato,

nessuna ulteriore norma prevede che la parte civile possa impugnare la sentenza di primo grado mediante appello: onde residuerebbe, a favore di detta parte, unicamente la facoltà di proporre ricorso per cassazione ai sensi del comma 2 del medesimo art. 568;

Che, sotto tale profilo, la disposizione si porrebbe tuttavia in contrasto con i principi costituzionali di eguaglianza (art. 3 cost.), di parità delle parti nel processo (art. 111 cost.) E di tutela del diritto di azione e di difesa in giudizio (art. 24 cost.);

Che – a differenza di quanto avviene per la limitazione dei poteri di appello del pubblico ministero introdotta dalla medesima legge n. 46 del 2006 (art. 593 cod. Proc. Pen., come sostituito dall’art. 1 di detta legge) – la soluzione normativa censurata non potrebbe essere giustificata in un’ottica di riequilibrio complessivo dei poteri delle parti contendenti: infatti, la parte civile – diversamente dalla pubblica accusa – non fruisce di alcuna posizione di «prevalenza sostanziale» rispetto all’imputato, nell’assunzione della prova nella fase delle indagini preliminari, né di altra «posizione privilegiata» nelle successive fasi processuali;

Che, di conseguenza, e con particolare riguardo alla dedotta violazione dell’art. 111 cost., una volta concessa al danneggiato dal reato la facoltà di esercitare l’azione civile nel processo penale, esso non potrebbe essere discriminato in maniera irragionevole rispetto al danneggiante: sicché, disponendo quest’ultimo di uno strumento di doglianza nel merito nei confronti della decisione del primo giudice, lo stesso strumento non potrebbe non essere riconosciuto, in caso di soccombenza, anche al danneggiato costituitosi parte civile;

Che la previsione di un secondo grado di giudizio nel quale solo l’imputato, ma non la parte civile, può svolgere le proprie doglianze verrebbe altresì a ledere l’inviolabile diritto di azione e difesa di tale ultima parte;

Che nel giudizio di costituzionalità è intervenuto il presidente del consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall’avvocatura generale dello stato, il quale ha chiesto che la questione sia dichiarata manifestamente infondata;

Che, ad avviso della difesa erariale, l’art. 6 della legge n. 46 del 2006 – nel sopprimere l’inciso «con il mezzo previsto per il pubblico ministero», contenuto nel testo previgente dell’art. 576 cod. Proc. Pen., in correlazione alla scelta di limitare drasticamente il potere del pubblico ministero e dell’imputato di proporre appello contro le sentenze di proscioglimento – non avrebbe, in realtà, privato la parte civile della facoltà di appellare avverso le medesime sentenze;

Che, con l’ordinanza indicata in epigrafe, la corte d’appello di venezia ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 111, secondo comma, cost., questione di legittimità costituzionale dell’art. 10, commi 2 e 3, della legge n. 46 del 2006, nella parte in cui – sancendo l’inammissibilità dell’appello proposto contro una sentenza di proscioglimento dall’imputato o dal pubblico ministero prima della data di entrata in vigore della citata legge; ma riconoscendo a dette parti la facoltà di proporre, in sua vece, ricorso per cassazione entro quarantacinque giorni dalla notifica del

provvedimento di inammissibilità – non accorda analoga facoltà anche alla parte civile;

Che il giudice *a quo* premette di essere investito dell'appello proposto dalla parte civile contro la sentenza che aveva assolto gli imputati dai plurimi reati loro ascritti;

Che, anche secondo la corte veneziana, la sopravvenuta legge n. 46 del 2006 avrebbe soppresso il potere della parte civile di proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento: e ciò tenuto conto sia del principio di tassatività delle impugnazioni enunciato dall'art. 568 cod. Proc. Pen.; sia dell'assenza, nel testo novellato dell'art. 576 cod. Proc. Pen., di ogni riferimento a specifici mezzi di impugnazione della parte civile; sia, infine, della circostanza che l'art. 593 cod. Proc. Pen. identifica unicamente nel pubblico ministero e nell'imputato i soggetti legittimati ad appellare contro le sentenze di primo grado;

Che, in forza della norma transitoria di cui all'art. 10, comma 1, della legge n. 46 del 2006, d'altro canto, la nuova disciplina introdotta da tale legge si applica anche ai procedimenti in corso, estendendo così la sua efficacia agli appelli anteriormente proposti;

Che il medesimo art. 10, peraltro – dopo aver sancito, al comma 2, che l'appello già proposto dall'imputato o dal pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento debba essere dichiarato inammissibile – al successivo comma 3 rimette sostanzialmente in termini le predette parti, ai fini dell'impugnazione della sentenza mediante ricorso per cassazione, prevedendo che quest'ultimo possa venir proposto entro quarantacinque giorni dalla notifica del provvedimento di inammissibilità;

Che analogo potere non è riconosciuto, invece, alla parte civile, cui la norma censurata non fa alcun riferimento;

Che si determinerebbe, sotto tale aspetto, una disparità di trattamento priva di ragionevole giustificazione, e dunque lesiva tanto del principio di eguaglianza (art. 3 cost.) che di quello della parità delle parti nel processo (art. 111 cost.);

Che, rispetto all'appello anteriormente proposto dalla parte civile, troverebbe infatti applicazione la disposizione di cui all'art. 568, comma 5, cod. Proc. Pen., a fronte della quale l'appello stesso si convertirebbe in ricorso per cassazione;

Che ciò non varrebbe, tuttavia, a tutelare adeguatamente la parte civile, giacché – qualora l'appello fosse basato esclusivamente su argomentazioni di merito, ovvero risultasse sottoscritto da un difensore non abilitato al patrocinio in cassazione – il gravame, una volta convertito in ricorso, diverrebbe automaticamente inammissibile;

Che nel giudizio di costituzionalità si è costituita g. G., parte civile nel giudizio *a quo*, la quale ha chiesto che la questione sia dichiarata manifestamente infondata, contestando la correttezza della premessa da cui muove il dubbio di costituzionalità: vale a dire la supposta rimozione, ad opera della legge n. 46 del 2006, del potere della parte civile di appellare contro le sentenze di proscioglimento;

Che, con l'ordinanza indicata in epigrafe, la corte d'appello di brescia ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 111 cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 della legge n. 46 del 2006, nella parte in cui non prevede un regime transitorio per l'appello proposto dalla parte civile contro una sentenza di proscioglimento, analogo a quello contemplato dai commi 2 e 3 del medesimo art. 10 per l'imputato e per il pubblico ministero;

Che la corte rimettente – chiamata a pronunciarsi sull'appello proposto dalle parti civili avverso la sentenza di assoluzione degli imputati dai reati di truffa plu-riaggravata e di estorsione, loro ascritti – muove anch'essa dall'assunto per cui la sopravvenuta legge n. 46 del 2006 avrebbe eliminato il potere di appello della parte civile contro le sentenze di proscioglimento;

Che, su tale premessa, il rimettente lamenta che il legislatore non abbia previsto, per detta parte processuale, alcun regime transitorio, omologo a quello contemplato nei commi 2 e 3 dell'art. 10 per il pubblico ministero e l'imputato;

Che – non risultando possibile un'interpretazione estensiva di tale disciplina, in ragione del principio di tassatività delle impugnazioni – ne conseguirebbe, anche a parere di questo rimettente, una evidente disparità di trattamento fra pubblico ministero ed imputato, da un lato, e parte civile, dall'altro: disparità da ritenere priva di ragionevole giustificazione, e dunque lesiva dei principi di eguaglianza e di parità delle parti nel processo;

Che nel giudizio di costituzionalità è intervenuto il presidente del consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'avvocatura generale dello stato, il quale ha chiesto che la questione sia dichiarata manifestamente infondata, ribadendo l'erro-neath del presupposto interpretativo secondo cui la legge n. 46 del 2006 avrebbe privato la parte civile della possibilità di appellare contro la sentenza di prosciogli-mento;

Che si è altresì costituita la società u. I., parte nel giudizio *a quo*, quale respon-sabile civile, concludendo per l'accoglimento della questione: risulterebbe evidente, infatti – ad avviso della difesa dell'interveniente – la sussistenza di una lacuna del regime transitorio per la parte civile, lesiva del precetto costituzionale di parità delle parti nel processo, benché, sul piano "storico", tale omissione sia spiegabile con l'er-ronea convinzione del legislatore di avere abolito l'appello del pubblico ministero, mantenendo invece quello della parte civile.

Considerato che le ordinanze di rimessione sollevano questioni identiche o con-nesse, onde i relativi giudizi vanno riuniti per essere definiti con unica decisione;

Che la corte d'appello di bologna dubita della legittimità costituzionale dell'art. 576 del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 6 della legge 20 feb-braio 2006, n. 46 (modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabi-lità delle sentenze di proscioglimento), nella parte in cui – in asserito contrasto con i principi di eguaglianza, di parità delle parti nel processo e di inviolabilità del diritto di azione e di difesa (artt. 3, 24 e 111 della costituzione) – esclude che la parte civile possa proporre appello contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato;

Che, con due ordinanze di analogo tenore, la corte d'appello di venezia e la corte d'appello di brescia censurano, a loro volta – in relazione ai principi di eguaglianza e di parità delle parti nel processo (artt. 3 e 111 cost.) – le disposizioni transitorie di cui all'art. 10 della legge n. 46 del 2006, nella parte in cui prevedono solo a favore dell'imputato e del pubblico ministero, e non anche della parte civile, una «restituzione in termini» per proporre ricorso per cassazione, di seguito alla declaratoria di inammissibilità dell'appello proposto contro una sentenza di proscioglimento, anteriormente all'entrata in vigore della medesima legge (commi 2 e 3);

Che i giudici *a quibus* muovono dalla comune premessa interpretativa in forza della quale la novella del 2006 avrebbe soppresso il potere di appello della parte civile: conclusione che si imporrebbe alla luce del generale principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, di cui all'art. 568, comma 1, cod. Proc. Pen., tenuto conto del fatto che, per un verso, l'art. 593 cod. Proc. Pen. non include la parte civile tra i soggetti legittimati a proporre appello; e, per un altro verso, il nuovo testo dell'art. 576 del medesimo codice – ove non compare più la previsione secondo la quale alla parte civile è consentito proporre impugnazione con lo stesso mezzo previsto per il pubblico ministero – non specifica di quali mezzi di impugnazione detta parte sia ammessa a fruire;

Che, peraltro, la corte di cassazione ha avuto modo di affermare l'opposta tesi, in virtù della quale la citata novella non avrebbe affatto determinato il venir meno, in capo alla parte civile, del potere di appello contro le sentenze di proscioglimento, ai soli effetti della responsabilità civile (si veda cassazione, sezione iii, sentenza 11 maggio 2006, n. 22924);

Che la corte di legittimità ha fatto segnatamente leva, in questa direzione, sulla *voluntas legis*, quale risultante alla luce dei lavori parlamentari: lavori da cui emergerebbe in modo univoco come le modifiche apportate al testo normativo originariamente approvato dal parlamento, dopo il suo rinvio alle camere da parte del presidente della repubblica ai sensi dell'art. 74 cost. – e, in particolare, la soppressione, nell'art. 576 cod. Proc. Pen., dell'inciso «con il mezzo previsto dal pubblico ministero» – mirassero a recepire il rilievo formulato nel messaggio presidenziale, circa l'eccessiva compressione della tutela degli interessi civili delle vittime del reato che sarebbe scaturita dalle soluzioni legislative inizialmente adottate, ripristinando il potere di appello della parte civile;

Che, a fronte di questa diversa opzione ermeneutica, altra sezione della stessa corte di cassazione ha quindi rimesso la questione alle sezioni unite, a norma dell'art. 618 cod. Proc. Pen., onde dirimere il contrasto interpretativo insorto sul punto;

Che, pertanto, deve registrarsi l'assenza, allo stato, di un “diritto vivente”, conforme alla premessa interpretativa posta a base dei dubbi di legittimità costituzionale: risultando al riguardo formulata anche una diversa soluzione, che varrebbe a soddisfare il *petitum* della corte d'appello di bologna (che censura la disciplina “a regime”); ed a rimuovere, altresì, il presupposto logico-giuridico dell'esigen-

za – postulata dalle corti d'appello di venezia e di brescia – di dettare, per i gravami della parte civile, una disciplina transitoria analoga a quella stabilita per l'imputato e per il pubblico ministero, in correlazione alla limitazione dei poteri di appello di queste ultime parti disposta dall'art. 1 della legge n. 46 del 2006;

Che a ciò va aggiunto come neppure in ordine alla disciplina transitoria si riscontrino uniformità di vedute: essendosi affermato, da una parte della giurisprudenza di legittimità, che ove pure la nuova legge avesse effettivamente rimosso il potere di appello della parte civile, non ne conseguirebbe comunque – contrariamente a quanto assumono i rimettenti – l'inammissibilità dell'appello anteriormente proposto da detta parte; e ciò in quanto la disposizione transitoria di cui all'art. 10, comma 1 – evocata dai giudici *a quibus* a sostegno del loro assunto – nello stabilire che «la presente legge si applica ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della medesima», si sarebbe limitata soltanto a riaffermare il generale principio *tempus regit actum*, tipico della materia processuale;

Che i giudici rimettenti hanno ommesso, d'altro canto, di fornire una adeguata motivazione sulle ragioni per le quali gli argomenti che sostengono l'opposto orientamento interpretativo non possano essere condivisi;

Che a ciò consegue la manifesta inammissibilità delle questioni: giacché, secondo la costante giurisprudenza di questa corte, la mancata utilizzazione dei poteri interpretativi che la legge riconosce, in via esclusiva, al giudice rimettente e la carenza di una verifica di altre e diverse soluzioni interpretative – per far fronte al dubbio di costituzionalità ipotizzato – integrano, nel modello del giudizio incidentale di costituzionalità, omissioni significative e tali da non abilitare il giudice a sollevare la questione di legittimità costituzionale (*ex plurimis*, ordinanze n. 34 del 2006, n. 381 del 2005 e n. 279 del 2003);

Che le questioni vanno dichiarate, pertanto, manifestamente inammissibili.

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, comma 2, delle norme integrative per i giudizi davanti alla corte costituzionale.

Per questi motivi

La corte costituzionale

Riuniti i giudizi,

1) *dichiara* la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 576 del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 6 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della costituzione, dalla corte d'appello di bologna con l'ordinanza indicata in epigrafe;

2) *dichiara* la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 10 della legge 20 febbraio 2006, n. 46, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 111 della costituzione, dalla corte d'appello di venezia e dalla corte d'appello di brescia con le ordinanze indicate in epigrafe.

Così deciso in roma, nella sede della corte costituzionale, palazzo della consulta, il 24 gennaio 2007.

F.to:

Franco Bile, presidente

Giovanni Maria Flick, redattore

Depositata in cancelleria il 6 febbraio 2007.

GIURISPRUDENZA
CIVILE

**SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE
ORDINANZA 12 GIUGNO 2007 – 21 AGOSTO 2007 N. 17767
(PRESIDENTE LUCCIOLI – RELATORE BONOMO)**

Ai fini della delibabilità delle sentenze ecclesiastiche, costituiscono principi di ordine pubblico quelli che esprimono le regole fondamentali ed essenziali con le quali la costituzione e le leggi dello stato delineano l'istituto del matrimonio (corte cost. 22 gennaio 1982 n. 18, cass. Sez. Un. 20 luglio 1988, n. 4700 e 4701), dovendosi anche tener conto della voluntas legis, espressa con la stipulazione del concordato, di dare riconoscimento, nell'ordinamento dello stato, alle sentenze ecclesiastiche che diano diverso rilievo, ai fini della validità del matrimonio, ai vizi del consenso, in relazione ai quali l'ordinamento canonico, per la sua specialità in ragione del suo fondamento religioso, contiene una disciplina particolare.*

La corte

Ritenu to che con atto di citazione notificato il 3 aprile 2001 giuseppe distefano conveniva in giudizio davanti alla corte d'appello di trieste cristina piccoli per sentir dichiarare efficace in italia la sentenza ecclesiastica pronunciata dal tribunale ecclesiastico del triveneto il 15.12.1999, confermata con decreto dal tribunale ecclesiastico regionale di appello n. 116/2000 del 26 ottobre 2000, dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario contratto tra gli stessi in trieste il 27 settembre 1997;

che la convenuta restava contumace;

che, con sentenza del 21 dicembre 2001 - 4 gennaio 2002, la corte d'appello di trieste dichiarava insussistenti le condizioni per la dichiarazione di efficacia nella repubblica italiana della suddetta sentenza del tribunale ecclesiastico per contrarietà all'ordine pubblico dei suoi effetti, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 121 del 1985 e dell'art. 64 della legge n. 218 del 1995, in considerazione del carattere meramente soggettivo dell'essenzialità dell'errore - sulla fedeltà prematrimoniale - ritenuto dal giudice ecclesiastico, nonché dell'assenza, nella norma applicata, di ogni possibile riferimento, sia pure di massima, ad una delle fattispecie di errore essenziale riconosciute dall'ordinamento italiano;

che avverso la sentenza della corte d'appello di trieste giuseppe distefano ha proposto ricorso per cassazione sulla base di quattro motivi;

che l'intimata non ha depositato controricorso;

che con il primo mezzo d'impugnazione il ricorrente lamenta violazione e/o falsa applicazione dell'art. 8 n. 2 lett. C) dell'accordo del 18.2.1984 di revisione del

* Massima redatta dall'annotatore

concordato lateranense e del protocollo addizionale, resi esecutivi con 1. 25.3.1985 n. 121, nonché violazione e/o falsa applicazione degli artt. 796 e 797 c.p.c., in quanto la corte d'appello, dopo aver ritenuto che il richiamo effettuato dal citato art. 8 all'art. 797 c.p.c. abbia natura formale e non costituisca invece un rinvio materiale e recettizio, come affermato invece dalla corte di cassazione, e pur soffermandosi, in motivazione, unicamente sulla valutazione della decisione del tribunale ecclesiastico sotto il profilo della sua contrarietà o meno all'ordine pubblico, aveva negato nel dispositivo la delibabilità della sentenza ecclesiastica per assenza delle condizioni di legge, senza ulteriore specificazione;

che con il secondo motivo il ricorrente denuncia violazione e/o falsa applicazione dell'art. 8 n. 2 lett. C) dell'accordo del 18.2.1984 di revisione del concordato lateranense e del protocollo addizionale, resi esecutivi con 1. 25.3.1985 n. 121; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 796 e 797 c.p.c. e/o dell'art. 64 l. 218/95; violazione e/o falsa applicazione dei principi generali in tema di ordine pubblico, nonché omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione su un punto decisivo;

che, ad avviso del ricorrente: a) premesso che, dati i particolari rapporti tra lo stato italiano e la chiesa, non è possibile identificare la nozione di ordine pubblico applicabile ad essi con quella applicabile ai rapporti tra stato e stato, la corte territoriale aveva erroneamente

Elevato al rango di ordine pubblico l'assetto normativo previsto dall'ordinamento italiano (art. 122 c. C.) con riferimento all'essenzialità dell'errore sulle qualità dell'altro coniuge; b) non è necessario soffermarsi sul tipo di "qualità" personale (nella specie fedeltà del coniuge) accertato dal giudice ecclesiastico, per verificare se il rilievo ad essa dato sia contrastante con l'ordine pubblico, ma è sufficiente accertare che il giudice ecclesiastico abbia dato a quella qualità un valore essenziale sulla formazione della volontà negoziale del coniuge caduto in errore; c) il tribunale ecclesiastico aveva annullato il matrimonio per dolo subito dall'uomo, essendo giunto, in base agli atti processuali, alla conclusione che la piccoli "volendo sposare l'attore per un bisogno di sicurezza, cosa che l'amante non poteva darle, e conoscendo che l'attore non avrebbe mai accettato di sposarla se fosse venuto a conoscenza della sua infedeltà, abbia inteso nascondere la sua relazione proprio per poter sposare l'attore"; d) che la sentenza ecclesiastica, nell'esplicitare i requisiti prescritti dal canone 1098, aveva precisato che la qualità dell'altra parte su cui verte il dolo deve essere intrinseca alla persona, ma non necessariamente innata e che tale qualità va intesa non soggettivamente,

Ma oggettivamente ("suapte natura") ed essere di tale gravità da perturbare il consorzio della vita coniugale; e) che non si poneva un problema di affidamento incolpevole dell'altro coniuge, dato che il comportamento ingannatore andava imputato alla controparte e che era stato il soggetto ingannato a chiedere il riconoscimento di efficacia della sentenza ecclesiastica;

che con il terzo motivo il ricorrente lamenta omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione su un punto decisivo, perché la corte d'appello, dopo aver

correttamente riconosciuto che, in sede di giudizio di delibazione, non si deve valutare la compatibilità astratta di un istituto canonico rispetto all'ordinamento italiano, ma solo l'eventuale contrarietà all'ordine pubblico italiano degli effetti di una concreta pronuncia che abbia fatto applicazione di quell'istituto, aveva negato la delibazione in ragione della differente disciplina dell'errore nei due ordinamenti;

che, in particolare, dalla sentenza ecclesiastica si ricavava che la piccoli aveva avuto una relazione affettiva con un altro uomo, sia durante il fidanzamento che dopo il matrimonio, celandola con l'inganno al distefano e che questa situazione non poteva dirsi in contrasto con l'ordinamento italiano, per il quale la fedeltà, nell'ambito matrimoniale, rappresenta certamente un valore e l'infedeltà un disvalore, tale da ricevere civile sanzione con la pronuncia di addebito nel giudizio di separazione;

che con il quarto motivo il ricorrente lamenta violazione e/o falsa applicazione dell'art. 8 n. 2 lett. C) dell'accordo del 12.2.1984 di revisione del concordato lateranense e del protocollo addizionale, resi esecutivi con l. 25.3.1985 n. 121, nonché violazione e/o falsa applicazione degli artt. 796 e 797 c.p.c. e/o dell'art. 64 l. 218/95, nonché omessa e/o insufficiente motivazione su un punto decisivo, in quanto la corte di merito aveva affrontato unicamente la questione della contrarietà all'ordine pubblico, tralasciando completamente l'esame degli altri requisiti prescritti dalla legge, il cui vaglio, seguendo l'elencazione contenuta sia nell'art. 737 c.p.c. (in ipotesi di rinvio materiale del protocollo addizionale ai patti lateranensi) che nell'art. 64 legge 218 del 1995 (in ipotesi di rinvio formale), avrebbe dovuto invece precedere la valutazione della contrarietà all'ordine pubblico;

considerato che l'art. 8, n. 2, dell'accordo di revisione del concordato 11 febbraio 1929 con la santa sede, stipulato in data 18 febbraio 1984 e reso esecutivo con l. 25 marzo 1985 n. 121, condiziona la dichiarazione di efficacia della sentenza ecclesiastica all'accertamento della sussistenza delle "condizioni richieste dalla

Legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere", rinviando all'art. 797 c.p.c., e poiché detto rinvio alla citata norma del codice di rito deve ritenersi di natura materiale e non formale, ne consegue che la dichiarazione di efficacia nel territorio dello stato di dette sentenze è subordinata all'accertamento della sussistenza dei requisiti cui l'art. 797 c.p.c. - e non l'art. 64 della legge n. 218 del 1995, sulla riforma del diritto internazionale privato, che ha sostituito l'art. 797 c.p.c. - condiziona la efficacia della sentenze straniere in Italia (cass. 10 maggio 2006 n. 10796; nello stesso senso cass. 30 maggio 2003 n. 8764);

che la sentenza impugnata ha invece affermato che il suddetto richiamo all'abrogato art. 797 c.p.c. deve intendersi come riferito oggi all'art. 64 della legge n. 218 del 1995;

che, tuttavia, avendo la sentenza impugnata ritenuto contrari all'ordine pubblico gli effetti della sentenza impugnata e costituendo la mancanza di disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano anche uno dei requisiti previsti dall'art. 797 c.p.c. per la delibazione

Della sentenza ecclesiastica, se dovesse essere condivisa l'opinione espressa dalla corte territoriale, non sarebbe necessario procedere a cassazione con rinvio per l'accertamento della sussistenza degli ulteriori requisiti previsti dal citato art. 797;

che, secondo quanto affermato anche di recente da questa corte (cass. 6 marzo 2003 n. 3339), ai fini della delibabilità delle sentenze ecclesiastiche, costituiscono principi di ordine pubblico quelli che esprimono le regole fondamentali ed essenziali con le quali la costituzione e le leggi dello stato delineano l'istituto del matrimonio (corte cost. 22 gennaio 1982 n. 18, cass. Sez. Un. 20 luglio 1988, n.4700 e 4701), dovendosi anche tener conto della voluntas legis, espressa con la stipulazione del concordato, di dare riconoscimento, nell'ordinamento dello stato, alle sentenze ecclesiastiche che diano diverso rilievo, ai fini della validità del matrimonio, ai vizi del consenso, in relazione ai quali l'ordinamento canonico, per la sua specialità in ragione del suo fondamento religioso, contiene una disciplina particolare;

che, nell'ordinamento italiano, la legge regola, in linea generale, l'istituto matrimoniale, sotto il profilo della nullità, da un lato, non prevedendo il dolo come causa autonoma di invalidità del matrimonio (in quanto non si vuole dare rilievo in sé ad eventuali inganni o raggiri posti in essere per indurre una persona a sposarsi, a meno che essi non provochino un errore che abbia determinate caratteristiche) e, dall'altro, limitando fortemente la rilevanza dell'errore, che, secondo il codice civile del 1942 doveva cadere sull'identità della persona e, dopo la riforma del 1975, è stato ampliato ad alcuni casi di errore essenziale su qualità personali dell'altro coniuge, specificamente indicati (art. 122, comma 3, c.c.);

che tali ipotesi (malattie, anomalie o deviazioni sessuali produttive di conseguenze negative sul matrimonio; sentenze di condanna e precedenti penali per gravi delitti; stato di gravidanza causato da altro soggetto) sono caratterizzate dalla natura oggettiva, dalla gravità e dalla idoneità a costituire un serio impedimento allo svolgimento della vita coniugale;

che, riguardando l'ordine pubblico le regole fondamentali ed essenziali che delineano l'istituto del matrimonio, e non tutte quelle normativamente previste, esso non può essere collegato ai casi specifici di errore essenziale previsti dalla legge italiana, sicché non potrebbe ravvisarsi contrarietà all'ordine pubblico in presenza di errori essenziali su altre qualità, diverse da quelle indicate dall'art. 122 c.c., ma altrettanto caratterizzate dalla natura oggettiva, dalla gravità e dall'idoneità a costituire un serio ostacolo allo svolgimento della vita coniugale;

che, nella specie, il tribunale ecclesiastico ha annullato il matrimonio per dolo, ai sensi del canone 1098, per l'inganno subito dal distefano sulla fedeltà della piccoli, nel periodo di fidanzamento, avendo ella negato di avere un'altra relazione, che era stata successivamente provata;

che la sentenza impugnata ha respinto la domanda di delibazione, per contrarietà all'ordine pubblico italiano, sul presupposto che nel caso in esame l'errore sulla fedeltà prematrimoniale aveva carattere meramente soggettivo -e solo in tal senso poteva considerarsi essenziale- che esso non riguardava una qualità persona-

le, caratteristica permanente o duratura dell'individuo, ma un comportamento attuato in determinate circostanze e in un determinato tempo, e che non era riferibile, nemmeno in via di massima, a nessuna delle fattispecie di essere essenziale riconosciute dall'ordinamento italiano;

che tale conclusione appare coerente con le argomentazioni, sopra esposte, riguardo alle regole essenziali che delincono l'istituto matrimoniale nell'ordinamento italiano, sotto il profilo della nullità;

che, se è vero che, ai fini della delibabilità delle sentenze ecclesiastiche, deve anche tenersi conto, come si è visto, della voluntas legis, espressa con la stipulazione del concordato, di dare riconoscimento, nell'ordinamento italiano, ai vizi del consenso in relazione ai quali l'ordinamento canonico, per la sua specialità in ragione del suo fondamento religioso, contiene una disciplina particolare - il che spiega la giurisprudenza in tema di nullità del matrimonio concordatario, per esclusione di uno dei "bona matrimonii" (fatta salva la tutela della buona fede e dell'affidamento del coniuge incolpevole) - non sembra, però, che la fedeltà prematrimoniale possa essere collegata a valori fondamentali dell'ordinamento canonico;

che dalla promessa di matrimonio (art. 79 c.c.) Non scaturisce un obbligo di fedeltà (come dal matrimonio) e che il periodo prematrimoniale è caratterizzato dal principio della libertà matrimoniale e non comporta limitazione al principio generale della libertà sessuale

Delle persone;

che nella realtà sociale non è raro che prima del matrimonio possano coesistere relazioni con persone diverse, in situazioni di incertezza, nelle quali è proprio il matrimonio che rappresenta la scelta definitiva a favore di una di esse;

che in tali situazioni, la negazione dell'esistenza dell'altra relazione, di fronte ad una domanda precisa, costituisce un comportamento che può essere diretto ad evitare sofferenze all'interlocutore;

che l'infedeltà prematrimoniale, seguita dalla fedeltà matrimoniale, una volta che la scelta sia definitivamente compiuta, non costituisce impedimento al pieno svolgimento della vita matrimoniale, basata sul principio di responsabilità e su obblighi di reciproca solidarietà, e non può quindi farsi rientrare nell'ambito degli errori

Sulle qualità essenziali di cui si è detto;

che, se invece, la relazione prematrimoniale continuasse dopo il matrimonio, essa assumerebbe rilievo ai fini della separazione e non della nullità del matrimonio;

che, in effetti, l'errore sulla fedeltà prematrimoniale - così come un eventuale errore sullo stato di verginità, considerato in passato importante da gran parte della popolazione - assume un valore diverso a

Seconda degli individui, il che dimostra il carattere soggettivo dello stesso e, anche sotto questo profilo, la non assimilabilità all'errore sulla qualità essenziali, che regola l'istituto matrimoniale italiano;

che la conferma della decisione impugnata trova però ostacolo in una precedente decisione di questa corte (cass. 26 maggio 1987 n. 4707), secondo cui, nel

caso in cui la nullità del matrimonio concordatario sia stata pronunciata dalla sentenza ecclesiastica per l'errore di uno dei coniugi su qualità dell'altro, deve essere escluso un contrasto con l'ordine pubblico quando, indipendentemente dal tipo di qualità su cui è caduto l'errore (in quel caso, conseguimento di una laurea), il giudice canonico abbia accertato l'essenzialità della qualità stessa rispetto alla determinazione volitiva del coniuge caduto in errore;

che in quell'occasione è stato ritenuto che la regola dell'art. 122 c.c., in base alla quale l'essenzialità può riscontrarsi non solo quando l'errore abbia assunto efficacia determinante, ma anche se l'errore medesimo cada su particolari elementi, comporta sotto questo secondo aspetto una restrizione del principio che non può considerarsi di ordine pubblico, ma è invece dettata da contingenti ragioni di opportunità legislativa;

che (sempre per cass. 4707/87 cit.) Il principio di ordine pubblico è quello della libera e consapevole manifestazione del consenso verso un'altra persona e del rilievo dato alla "essenzialità" delle qualità personali di essa, mentre l'esame della qualità in concreto deve essere compiuto solo quando il rilievo dato ad esso possa confliggere con la tutela di valori costituzionalmente protetti, come quello di uguaglianza o della pari dignità di tutti i cittadini;

che il contrasto tra l'orientamento condiviso dal collegio e quello enunciato dal precedente da ultimo citato, unitamente alla particolare importanza della questione in sé considerata, anche per i possibili

Sviluppi della giurisprudenza canonica in tema di errore doloso, derivanti dall'applicazione del canone 1098 del nuovo codice di diritto canonico, inducono a rimettere la causa al primo presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite civili;

P.Q.M.

La corte trasmette gli atti al primo presidente per l'eventuale rimessione della causa alle sezioni unite.

Così deciso il 12 giugno 2007.

il presidente

M. Gabriella Luccioli

Depositato in cancelleria il 21 agosto 2007.

NOTA

L'ennesimo confronto diretto della giurisprudenza di legittimità con le più profonde peculiarità dell'ordinamento canonico in materia matrimoniale ha dato luogo all'ordinanza interlocutoria qui commentata, che può considerarsi a tutti gli effetti naturale preludio ad una pronunzia chiarificatrice delle sezioni unite della suprema corte.

Quel medesimo confronto non presenta invero il carattere della novità assoluta: già in passato la cassazione, in sede di giudizio di delibazione di una sentenza del giudice ecclesiastico, ha avuto modo di entrare nel vivo della disciplina sostanziale dettata dal codice di diritto canonico in tema di *dolo* quale vizio invalidante il consenso matrimoniale.

La circostanza non è peraltro sfuggita alle attente considerazioni dei giudici, i quali, proprio in ragione della portata di un precedente (scomodo?) Citato a chiare lettere nel testo dell'ordinanza, si sono appellati all'autorità delle sezioni unite.

1. Il caso.

La fattispecie ha ad oggetto l'impugnazione di una sentenza della corte di appello di trieste che ha ritenuto insussistenti le condizioni per la dichiarazione di efficacia nel nostro ordinamento di una pronunzia di nullità matrimoniale del competente tribunale ecclesiastico, in ragione della contrarietà all'ordine pubblico dei relativi effetti.

Due le motivazioni succintamente esposte a sostegno del diniego alla delibazione da parte del collegio triestino: 1) il carattere meramente soggettivo dell'essenzialità dell'errore sulla fedeltà matrimoniale; 2) l'assenza, nella norma applicata dal giudice ecclesiastico, di ogni possibile riferimento ad una delle fattispecie di errore essenziale riconosciute dall'ordinamento italiano.

Il caso *ab origine* sottoposto al giudizio del tribunale ecclesiastico del triveneto si incentra sulla condotta posta in essere dalla convenuta, la quale, sia durante il periodo del fidanzamento che (secondo quanto è lecito ricostruire dalle premesse del provvedimento in esame) dopo il matrimonio, ha intrattenuto una relazione affettiva con un altro uomo, tenendola celata al coniuge.

Alle insistenti e circostanziate richieste di chiarimento in merito, formulate dal futuro marito in epoca precedente alla celebrazione delle nozze, la convenuta negava di essergli stata infedele, conscia del fatto che mai l'attore avrebbe accettato di sposarla se avesse conosciuto la realtà dei fatti.

Trascorso poco tempo dalle nozze, il marito, venuto a conoscenza della suddetta relazione, adiva il tribunale ecclesiastico per sentir dichiarare nullo il matrimonio, ritenendo viziato da *dolo ex can.* 1098 c.i.c. il consenso a suo tempo manifestato dalla consorte.

La sentenza di primo grado, che riconosceva la sussistenza di tale capo di nullità, veniva poi confermata con decreto nel giudizio d'appello innanzi al tribunale ecclesiastico regionale; la pronunzia divenuta pertanto, in ossequio alla disci-

plina processualcanonistica, definitiva, passava al vaglio della competente corte d'appello di trieste, con gli esiti sopra descritti.

2. Profili processualistici.

Nell'accingerci a compiere un circostanziato esame delle ragioni di fatto e di diritto poste a presidio dell'ordinanza in commento, deve evidenziarsi come il lavoro del giudice estensore si sia di fatto sviluppato su due binari: l'attenta ricostruzione della normativa applicabile al giudizio di delibazione avente ad oggetto una pronuncia del giudice ecclesiastico, da un lato, e, dall'altro, la comparazione tra le norme di diritto canonico applicate in concreto a sostegno della nullità del vincolo e la "corrispondente" disciplina di diritto sostanziale, dettata dal nostro ordinamento.

Va da subito chiarito che, mentre per la prima parte delle considerazioni di natura squisitamente processualistica non vi siano addebiti da muovere al limpido sillogismo fatto proprio dal collegio, consistenti si rivelano di contro le perplessità in merito alle valutazioni espresse in sede di raffronto tra diritto matrimoniale canonico e diritto civile italiano.

Il primo "segnale di pericolo" - invero intercettato con grande acume dai giudici di legittimità - promanante dalla specialità che connota l'ordinamento canonico, è rappresentato dalla necessità di definire la natura del rinvio operato dall'art. 8, n. 2, dell'accordo di revisione del concordato, reso esecutivo con legge 25 marzo 1985, n. 121.

Rinvio che, come perentoriamente ribadito nel testo dell'ordinanza, riveste natura *materiale* e non formale, ed ha ad oggetto non l'art. 64 della legge di riforma del diritto internazionale privato, l. 31 maggio 1995, n. 218, bensì l'art. 797 c.p.c., che pure risulta abrogato da quel medesimo testo di riforma.

Nel richiamarsi a due importanti precedenti (cass. 10 maggio 2006, n. 13796; cass. 30 maggio 2003, n. 8764) la corte ha difatti chiarito che l'abrogazione degli artt. 796 e 797 ad opera dell'art. 73 della legge 31 maggio 1995, n. 218 non può ritenersi idonea, in ragione della fonte di legge formale ordinaria da cui è disposta, a spiegare efficacia sulle disposizioni dell'accordo di modificazione del concordato lateranense, le quali contengono un espresso riferimento all'applicazione degli artt. 796 e 797 c.p.c..

Siffatte norme del codice di rito, pertanto - e contrariamente a quanto invece ritenuto dal giudice *a quo*, ovvero la corte di appello di trieste - solo con riguardo alla specifica materia della delibazione delle sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dal giudice ecclesiastico, ed in forza del principio concordatario accolto dall'art. 7 cost., si connotano per una vera e propria ultrattività.

La portata di una simile deroga - per la verità non foriera di particolari conseguenze sotto il profilo delle modalità con le quali procedere in concreto alla verifica delle "condizioni" per la delibazione delle sentenze dei tribunali ecclesiastici, stante la sostanziale equipollenza di contenuti fra l'art. 797 c.p.c. E l'art. 64 della legge 31 maggio 1995, n. 218 - non è in ogni caso sfuggita all'estensore dell'ordi-

nanza in commento, che se ne è altresì servito per richiamarsi a quella *voluntas legis*, espressa in sede concordataria, di dare riconoscimento al diverso rilievo che, ai fini della validità del vincolo matrimoniale, l'ordinamento canonico riconosce ai vizi del consenso.

Ed è su questo versante che, a dispetto delle pur lodevoli premesse, il secondo, più consistente “segnale di pericolo” ci pare non sia stato pienamente avvertito.

3. Profili di diritto sostanziale.

La corte di appello di trieste ha dichiarato nella sua pronuncia l'insussistenza delle condizioni per il riconoscimento di efficacia in italia della sentenza ecclesiastica “per contrarietà all'ordine pubblico dei suoi effetti”.

Questo primo passaggio, pur nella sua perentorietà, impone un richiamo alla consolidata giurisprudenza di legittimità che più volte ha esplicitato il contenuto concreto della nozione di “ordine pubblico”, in sede di impugnazione del giudizio di delibazione svoltosi innanzi alla corte d'appello.

È noto che l'ordine pubblico - richiamato in vari testi normativi, ma mai legislativamente definito - consta dell'insieme di quei principi che, pur non resi espliciti in specifiche fonti nomotetiche costituiscono la sintesi dei canoni essenziali a cui si ispira in un determinato momento storico l'ordinamento giuridico statale nel suo dinamico processo di adeguamento alla società; e che ad esso attiene il principio della tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole.

Ed è soprattutto in relazione a questa peculiare esplicitazione del principio in esame, che la giurisprudenza di merito e di legittimità, per quanto concerne la delibazione delle sentenze ecclesiastiche, ha avuto modo esprimersi.

La legge italiana, hanno sottolineato le sezioni unite nella nota sentenza n. 6128 del 1985, ha riconosciuto l'efficacia civile del matrimonio canonico, per effetto dell'esercizio di una facoltà di scelta del cittadino che implica la necessità di attribuire rilevanza a questa determinazione, intesa come impegno di osservare i principi fondamentali di quell'ordinamento, nonché come aspettativa di ciascuno che anche l'altra parte dia peso e serietà alla scelta compiuta e rispetti le convinzioni del coniuge “osservante”.

In particolare, ha puntualizzato la pronuncia, «in linea di principio, ciascuno dei coniugi, in quanto esprime un consenso valido alla stregua dell'ordinamento prescelto, confida che anche l'altro esprima un consenso valido ed acquisisce il diritto alla costituzione di un valido matrimonio. Egli non potrà esser tutelato (ed è esposto alla dichiarazione di nullità del vincolo anche agli effetti civili) se conosce o è in grado di conoscere che invece l'altra parte non esprime un consenso valido, per l'*intentio* contro l'essenza del matrimonio contratto.

Se non versa in tale situazione, la tutela del diritto acquisito si può estrinsecare in una direzione diversa e speculare e cioè nella richiesta di invalidare il matrimonio, perché la volontà dell'altro coniuge non corrisponde all'essenza del matrimonio che il primo ha voluto contrarre».

Alla luce di siffatta premessa ci pare intanto di poter pacificamente escludere dalla lettura della fattispecie che ci occupa, ogni possibile questione in merito alla tutela dell'affidamento incolpevole della convenuta, dato che la condotta ingannatrice è stata posta in essere proprio dalla convenuta medesima e che la domanda di nullità del matrimonio, e di conseguente delibazione della sentenza ecclesiastica, sono state coerentemente avanzate dal soggetto vittima dell'inganno.

Soggetto che, proprio al fine di veder pienamente tutelato il *proprio* affidamento incolpevole nella comune volontà della comparte - che a seguito dell'approfondita istruttoria compiuta nei due gradi di giudizio previsti dall'ordinamento canonico si è rivelata *ab initio* ed in costanza di matrimonio viziata dall'*intentio deceptionis* - ha correttamente fondato la domanda di nullità sulla disciplina del can. 1098¹ c.i.c., piuttosto che su quella del can. 1097² c.i.c., relativa all'*error in qualitate personae*.

Quello spazio concettuale estremamente esiguo che separa - anche nella collocazione fisica delle norme - i due canoni sopra menzionati può invero comportare una ponderosa serie di considerazioni che ci paiono decisive, anche ai fini di una possibile soluzione del caso prospettato nel provvedimento.

La prima di esse fa riferimento ad un'essenziale distinzione: la disciplina dell'errore, stabilita dal can. 1097 c.i.c. rimane circoscritta nella sua concreta applicabilità ai casi in cui l'*errore*, di persona o sulle qualità della medesima, sia insorto spontaneamente nel nubente o sia stato provocato in buona fede.

Nel can. 1098 c.i.c. si riconosce invece rilevanza giuridica all'*errore doloso*, cioè a quello causato da una condotta ingannatrice di uno dei futuri coniugi o di un terzo e patito da uno dei nubenti riguardo ad una qualità dell'altro, che può avere gravi conseguenze sul futuro dispiegarsi della vita coniugale.

La differenza, come si avrà modo di notare, non è di poco conto - soprattutto se rapportata a quell'esigenza di tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole nella quale si sostanzia la nozione di ordine pubblico - e andava forse adeguatamente valutata con riguardo alla domanda di parte attrice.

Da questa stessa distinzione può altresì ricavarsi più di un argomento per ritenere il richiamo alla disciplina codicistica italiana in materia di errore essenziale, art. 122 c.c., operato dall'estensore dell'ordinanza in commento in piena aderenza a quanto già fatto dal giudice *a quo*, se non del tutto, in larga misura inconferente all'analisi della fattispecie, per la semplice ragione che la disciplina del codice di diritto canonico in materia di dolo - relativamente ai vizi del consenso matrimoniale - rientra in quella "specialità" rispetto all'ordinamento civile, della quale quello stesso estensore si propone di tener conto (cfr. Massima sopra riportata).

1 Can. 1098 C.I.C. - Chi celebra il matrimonio, raggirato con dolo ordito per ottenerne il consenso, circa una qualità de l'altra parte, che per sua natura può perturbare gravemente la comunità di vita coniugale, contrae invalidamente.

2 Can. 1097 C.I.C. - L'errore di persona rende invalido il matrimonio. L'errore circa una qualità della persona, quantunque sia causa del contratto, non rende nullo il matrimonio, eccetto che tale qualità sia intesa direttamente e principalmente.

Ma v'è di più, ed è la verifica dell'idoneità di quella che nel provvedimento in esame è definita come "infedeltà prematrimoniale" a rappresentare un serio ostacolo allo svolgimento della vita coniugale: verifica che, condotta secondo i parametri di una rigorosa oggettività, ha portato la corte ad escludere che "la fedeltà prematrimoniale possa essere collegata a valori fondamentali dell'ordinamento canonico".

Ebbene, al riguardo ci permettiamo di formulare due osservazioni.

L'una, di carattere più generale e desumibile dalla migliore dottrina a commento del can. 1098 c.i.c., intende evidenziare la necessità – comunemente avvertita in area canonistica – di conciliare il criterio oggettivo di valutazione con quello *soggettivo*, che tenga conto del modo di pensare e di volere del contraente ingannato, in ragione del peso da questi attribuito alla qualità oggetto di dolo (si veda per tutti, A. D'auria "il matrimonio nel diritto della chiesa", lup, 2003, p. 204).

L'altra, più immediatamente "tecnica", si propone di schiudere spazi ancora più ampi di dubbio in merito al *modus operandi* adottato dalla suprema corte, con riguardo alla necessità di valutare adeguatamente l'elemento della *durata* dell'infedeltà posta in essere dalla convenuta.

Se infatti, come può invero desumersi dal medesimo testo dell'ordinanza che si richiama alla sentenza del giudice ecclesiastico, risultasse agli atti del giudizio canonico - nei cui confronti il giudice della delibazione è tenuto, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, al più rigoroso ossequio senza possibilità alcuna di integrazione – che quella relazione extraconiugale si fosse protratta in costanza di matrimonio, la condotta dolosa a suo tempo posta in essere si rivelerebbe indubitabilmente idonea, secondo il dettato del can. 1098, a perturbare gravemente il *consortium vitae coniugalis*.

Avv. Leonardo LASTEI

**TRIBUNALE DI ROMA
SEZIONE LAVORO**

SENTENZA 9 MAGGIO 2007 – 13 GIUGNO 2007 N. 11676

Dispositivo

Definitivamente pronunciando:

In parziale accoglimento del ricorso, condanna la società resistente al pagamento della somma di € 10.722,76 a titolo di differenze retributive maturate per la mancata inclusione nel calcolo del TFR del lavoro straordinario prestato dal 1982 ad oggi oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi legali alle condizioni di legge.

Compensa per due terzi le spese di giustizia e condanna la resistente al pagamento della somma restante per le spese, che liquida per l'intero in €1.716,00.

Conclusioni delle parti

Per il ricorrente:

Accertare e dichiarare che il ricorrente ha svolto le ore di riposo lavorate e non recuperate indicati nei conteggi allegati e, per l'effetto, condannare l'istituto convenuto al pagamento della somma di € 12.157,50 a titolo di riposi lavorati e non recuperati o della diversa somma che l'ill.mo giudice riterrà di giustizia anche a seguito di eventuale espletamento ctu e/o sulla base di valutazione equitativa;

Accertare e dichiarare l'incidenza delle erogazioni percepite dal ricorrente nel periodo 1993-2002 a titolo di straordinario, riposo lavorato, servizio domenicale nel calcolo dei compensi dovuti ai seguenti titoli: festività, carenza malattia e indennità malattia, ferie, permessi annuali, permessi a conguaglio, 13^a mensilità e comunque per ogni altro titolo indicato nei conteggi allegati e da intendersi parte integrante del presente ricorso e, per effetto, condannare l'istituto convenuto al pagamento della somma di € 34.422,95 come da conteggi allegati o della diversa somma che l'ill.mo giudice riterrà di giustizia anche a seguito di eventuale espletamento ctu e/o sulla base di valutazione equitativa.

Accertare e dichiarare l'incidenza delle erogazioni percepite dal ricorrente dal 1982 sino alla cessazione del rapporto a titolo di straordinario, riposo lavorato, servizio domenicale nel calcolo del TFR e per l'effetto condannare l'istituto convenuto al pagamento della somma di € 10.722,76 o della diversa somma che l'ill.mo giudice riterrà di giustizia anche a seguito di eventuale espletamento di ctu e/o sulla base di valutazione equitativa.

Rivalutazione ed interessi come per legge ex art.429 c.p.c.

Sentenza esecutiva ex art. 431 c.p.c.

Vittoria in spese, competenze ed onorari di lite a favore dei difensori distrettari, oltre iva ed accessori.

Per il resistente:

In via preliminare dichiarare la prescrizione dei crediti vantati dal ricorrente anteriormente al 2 maggio 2001

In via pregiudiziale di merito: rigettare le istanze istruttorie formulate da controparte perché irrilevanti e, comunque, inammissibili;

Nel merito: respingere tutte le richieste ex adverso azionate in quanto destituite di ogni fondamento in fatto e in diritto e, comunque, perché sfornite di prova. Respingere, in particolare, la richiesta di computo delle erogazioni di cui alla narrativa del ricorso nelle indennità maturate a titolo di “permessi a conguaglio” stante l’intervenuta transazione di cui al combinato disposto degli art. 2113 c.c. E 410 e 411 c.p.c.

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato in cancelleria in data 5 aprile 2006 g.c., premesso di avere lavorato alle dipendenze dell’istituto di vigilanza dell’urbe dal 15.12.1969 al 31.3.2002 con mansioni di guardia particolare giurata, lamentava il mancato riconoscimento degli emolumenti a titolo di straordinario nei permessi nei conguagli e nel trf oltre che negli altri istituti indiretti.

In particolare, il ricorrente deduceva di avere svolto numerose ore di riposo lavorato e non recuperate, per un importo di € 12.157,50; di avere espletato in maniera continuativa e non occasionale numerose ore di lavoro straordinario mensile retribuito con una maggiorazione del 20% per le ore prestate nei giorni feriali oltre la 40^a ora settimanale; di lavoro straordinario mensile retribuito con una maggiorazione del 40% per le ore di lavoro straordinario prestato nei giorni delle festività;

Di avere svolto turni di riposo lavorato e non recuperato; di avere svolto turni di servizio domenicale, e lamentava che tutte queste ore di lavoro non occasionale non erano state computate nella 13^a e 14^a mensilità, nei permessi a conguaglio, nei permessi annuali, nelle ferie, nelle festività e nella carenza malattia ed indennità di malattia, per un credito complessivo maturato in suo favore di € 32.422,95; ed inoltre che non erano state computate nel TFR per il quale aveva quindi maturato una differenza di € 10.722,76, quindi concludeva domandando la condanna dell’istituto al pagamento della somma complessiva di € 55.303,21, oltre accessori.

Instauratosi il contraddittorio si costituiva in giudizio la società ivu eccependo in primo luogo l’inammissibilità del ricorso in quanto le domande in esso formulate erano state oggetto di una precedente transazione sottoscritta dal ricorrente il 16.6.200, con la quale egli aveva accettato la somma di € 3.000,00 a tacitazione delle domande proposte nei confronti dell’azienda, tra le quali i permessi a conguaglio. Ancora in via preliminare, la società eccepiva la prescrizione parziale dei diritti di credito vantati dal ricorrente, antecedente oltre cinque anni dalla notifica del ricorso; nel merito, contestava la fondatezza delle domande formulate dal lavoratore, in quanto esse risultavano il frutto di conteggi inesatti, che non tenevano conto delle norme contrattuali applicate sempre correttamente dalla società.

La causa, matura per la discussione, veniva rinviata con l’autorizzazione di note illustrative ed all’odierna udienza veniva discussa e decisa con motivazione contestuale, letta in udienza.

Motivi della decisione

Deve in primo luogo essere accolta in parte l'eccezione di prescrizione tempestivamente sollevata dalla società convenuta.

Invero, i crediti azionati dal ricorrente concernono le differenze retributive per straordinari prestati e riposi non goduti e non computati negli istituti indiretti, relativamente al periodo dal 1993; il computo dello straordinario nel TFR concerne invece l'intero periodo lavorativo.

Orbene, con riferimento ai crediti maturati in relazione alle differenze retributive connesse al primo periodo, il termine prescrizionale risulta interrotto dalla raccomandata inviata dal ricorrente alla convenuta con ricevuta di ritorno del 31.10.1998, con la quale tali crediti venivano rivendicati.

Deve ritenersi, pertanto, che siano prescritti tutti i crediti anteriori al quinquennio del 31.10.1998. In cui la parte ha chiesto per la prima volta le somme oggetto del presente ricorso.

Per ciò che concerne invece i crediti non computati nel trf, il termine a quo per il computo del suddetto termine coincide proprio con la data di cessazione del rapporto, tenuto conto del fatto che antecedentemente a tale data il trattamento di fine rapporto complessivamente considerato era un credito inesigibile, dunque anche in tal caso non è spirato il termine prescrizionale.

Passando all'eccezione di inammissibilità dei crediti maturati per mancato computo dei compensi nei permessi annuali e nei permessi a conguaglio, deve rilevarsi che parte di tali crediti risultano coperti dalla conciliazione firmata dalle parti fino al 31.10.1997, e quindi sul punto la pretesa non è esigibile.

Nel merito, e per il periodo successivo il ricorso risulta infondato.

I diritti di credito vantati dal ricorrente risultano dalla verifica delle buste paga in atti che riportano pedissequamente tutte le somme percepite dal pardon in relazione allo svolgimento del suo lavoro di vigilante.

Deve rilevarsi, a tale riguardo, che dalle stesse buste paga in atti risulta lo svolgimento non occasionale dello straordinario nel corso del rapporto, e quindi, considerato lo stesso quale voce da porre a base del computo del trattamento di fine rapporto in applicazione dell'art. 2120 c.c. Deve, per contro escludersi, che tale voce debba essere posta a base delle ulteriori domande relative ai permessi a conguaglio ed ai permessi annuali, della 13^a mensilità, della 14^a mensilità, dell'indennità di malattia nonché delle ferie, così come richiesto con il ricorso.

Deve rilevarsi, a tale riguardo, che dalle stesse buste paga in atti risulta lo svolgimento non occasionale dello straordinario nel corso del rapporto, e quindi, considerato lo stesso quale voce da porre a base del computo del trattamento di fine rapporto in applicazione dell'art. 2120 c.c. deve, per contro escludersi, che tale voce debba essere posta a base delle ulteriori domande relative ai permessi a conguaglio ed ai permessi annuali, della 13^a mensilità, della 14^a mensilità, dell'indennità di malattia nonché delle ferie, così come richiesto con il ricorso.

2. Quanto all'inclusione del compenso per lavoro straordinario nella base di computo di 13a, 14a e retribuzione del periodo feriale, si osserva che, posto che non esiste nell'ordinamento italiano un generale principio di onnicomprensività della retribuzione, con specifico riferimento al compenso per lavoro straordinario, è stato ripetutamente affermato dalla S.C. che, anche se erogato in misura fissa e continuativa, detto compenso non entra a far parte della retribuzione ordinaria da porre a base per la determinazione di tutti gli istituti retributivi indiretti, salvo che non risulti una contraria volontà delle parti contraenti.

Per stabilire, quindi, se il compenso per lavoro straordinario dei dipendenti di istituto convenuto vada o non vada inserito nella base di computo degli elementi retributivi in questione si tratta di indagare la volontà delle parti contrattuali.

Ebbene, l'art. 51 del CCNL del 1982-1985 (al pari dell'art. 51 del CCNL 1987/1990 e dell'art.71 del CCNL 91/94) prevede che "ogni anno, entro il 20 dicembre per la 13^a e il 15 luglio per la 14^a mensilità deve essere corrisposto al lavoratore un importo pari ad una mensilità della normale retribuzione in atto".

Non vi è quindi nella clausola alcun riferimento alla retribuzione globale di fatto nella quale confluiscono le voci relative alle somme percepite dal lavoratore in via continuativa e non occasionale, e dovendo riferirsi alla normale retribuzione, in altra parte del contratto (artt. 41-44) si evince che la "normale retribuzione" è quella costituita dal salario unico nazionale (paga base gabbellare conglobata), indennità di contingenza, eventuali terzi elementi, eventuali scatti di anzianità.

Per quanto concerne l'incidenza della voce per lavoro straordinario nel computo dei permessi annuali ed a conguaglio deve aversi riguardo (nel silenzio del ricorrente e sulla base delle allegazioni fornite dal resistente) al dettato di cui all'art. 61 CCNL di settore che nell'annovare le voci retributive da porre a base del calcolo non menziona espressamente il lavoro straordinario.

Alla stessa conclusione deve pervenirsi con riguardo alla retribuzione spettante per il periodo feriale.

In punto, giova premettere che la retribuzione dovuta per il periodo feriale trova la sua fonte normativa di rango primario negli art. 36 Cost., 2109 cod.civ. e 7 della convenzione O.I.L., secondo la quale durante le ferie il lavoratore ha diritto, almeno alla "normale o media remunerazione (...), calcolata secondo un metodo da stabilirsi da parte dell'autorità competente o dall'organismo appropriato di ciascun paese". Secondo la giurisprudenza assolutamente prevalente, né dalle disposizioni di derivazione interna, né da quella di derivazione internazionale, può ricavarsi un preciso parametro di calcolo della retribuzione dovuta per il periodo feriale, sicché le parti sociali non incontrano alcun limite nel disciplinare il compenso dovuto che non sia quello della "ragionevolezza".

Le relative voci richieste ai capi a) e b) e c) del ricorso devono pertanto essere respinte.

3. Quanto all'inclusione del compenso per lavoro straordinario nella base di computo di indennità di anzianità e t.f.r., si osserva che l'indennità di anzianità

dev'essere determinata moltiplicando l'ultima retribuzione per un coefficiente proporzionale alla durata del rapporto; e nell'ultima retribuzione dev'essere compreso ogni compenso di carattere continuativo, salvi i rimborsi spese e le ulteriori erogazioni non aventi natura retributiva 8 art. 2120 cod.civ., prima della novella ad opera della l. 297/82), mentre il t.f.r. dev'essere determinato sommando per ciascun anno di servizio una quota pari alla retribuzione dovuta per l'anno divisa per 13,5, comprendendo nella retribuzione tutte le somme corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese (cfr. art. 2120 cod.civ., testo vigente).

Parte ricorrente lamenta la mancata inclusione nella base di computo dell'indennità di anzianità del compenso per lavoro straordinario svolto fino al maggio 1982 e la mancata inclusione nella base del computo del t.f.r. del compenso per lavoro straordinario svolto successivamente, nonostante egli abbia prestato lavoro straordinario in via continuativa e non occasionale.

È principio consolidato in giurisprudenza che va incluso nella base di computo dell'indennità di anzianità e del t.f.r. il compenso per lavoro straordinario prestato in modo fisso o tendenzialmente continuativo, anche se per ragioni non predeterminate o predeterminabili (ex. Pl., CASS. 97/7966, 96/7177, 95/8102).

Circa la quantità e la continuatività del lavoro straordinario prestato dal ricorrente per Istituto di vigilanza convenuto si è già detto in apertura di motivazione.

Resta da dire, ancora, in punto di fatto, che nel caso di specie la periodicità e quantità di lavoro straordinario prestati costituiscono rilevante indizio anche di una certa predeterminabilità dello stesso.

Parte ricorrente ha diritto al ricalcolo dell'indennità di anzianità e del t.f.r. per inclusione nella base di computo del compenso per lavoro straordinario prestato in via continuativa e non occasionale fino al maggio 1982 e in via non occasionale in seguito, con la precisazione che, per quanto riguarda il ricalcolo del t.f.r., deve procedersi al ricalcolo solo per il periodo precedente alla data di entrata in vigore del c.c.n.l. del 1992.

Orbene, tenuto conto del principio che le parti possono derogare anche in pejus alla statuizione di legge, ove non si tratti di diritti inderogabili, deve rilevarsi, che nel caso in parola l'art. 66 del CCNL di settore include tra le altre voci per la base del calcolo "eventuali indennità continuative che non abbiano carattere di rimborso spese".

Ciò premesso, deve essere accolta la domanda di condanna al pagamento delle differenze retributive maturate sul TFR 10.722,76 oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali alle condizioni di legge.

L'esito della lite, ed in particolare la circostanza che due delle tre domande, di cui al ricorso, sono state respinte, rendono equa la compensazione per due terzi delle spese del giudizio.

Tali i motivi della decisione in epigrafe.

Roma lì 13 giugno 2007

Trib. Viterbo 30 agosto 2006;
Passamonti, Estens.; A. A. C. C. S.p.a.
Omessa o tardiva contestazione del convenuto –
Onere della prova

L'omessa o tardiva contestazione da parte del convenuto della quantificazione di un credito pacifico nell'an esonera il ricorrente dall'onere della prova.*

(Omissis).

M*otivi della decisione – (Omissis)* È pacifico tra le parti e risultante comunque dai documenti prodotti: che A. A. Svolse attività di agente di commercio per la G.G.M.A. (poi incorporata dalla C. C. S.p.a.) Dall'1.1.1993 al 30.6.95 e che dopo la risoluzione del rapporto, questi aveva riconosciuto il proprio debito nei confronti della società preponente di complessive £. 562.152.326; che era stato poi anche agente di commercio della C. S.p.a. Dall'1.7.1995 all'1.2.1996, data quest'ultima nella quale la preponente risolse il rapporto.

Dagli atti introduttivi del giudizio avanti il giudice civile di Milano si rileva inoltre, per quanto qui interessa, che unitamente all'atto di citazione la C.C. S.p.a. E la C. S.p.a. Avevano allegato un proprio conteggio delle spettanze del sign. A. Relative al solo rapporto con quest'ultima società, dell'ammontare complessivo di £. 194.437.502, per i seguiti titoli: £. 40.726.658 per provvigioni ancora non corrisposte; £. 7.000.000 per "contributo logistico"; £. 1.266.565 per FIRR 1995 – 1996; £. 2.077.881 per indennità di cessazione del rapporto e £. 143.366.398 per indennità sostitutiva di preavviso.

In relazione a detto conteggio è inoltre quantificato il credito vantato dall'ex agente, tanto nella domanda riconvenzionale da questi spiegata tempestivamente avanti il Tribunale poi dichiaratosi incompetente, quanto nel ricorso in riassunzione in questa sede che espressamente specifica le singole voci che lo compongono come dianzi richiamate, facendo esplicito riferimento alla stessa elaborazione contabile.

Dai successivi atti della C. Avanti il giudice originariamente adito, come pure dalla memoria costitutiva in questa sede, si rileva poi che la società non ha contestato il credito di controparte neppure genericamente nell'an, riconoscendone anzi implicitamente l'esistenza per l'incompatibilità dell'eccezione di compensazione con fatti impeditivi della sua insorgenza, e prima ancora producendo un calcolo delle spettanze dell'ex agente.

Non ha proposto contestazioni inoltre neanche sul *quantum* dello stesso credito, nemmeno all'atto della costituzione nella causa riassunta da controparte col rito del lavoro.

* Massima redatta dall'annotatore

E del resto l'identità fra la misura del credito vantato dall'ex agente nel ricorso e quello di cui al conteggio a suo tempo allegato dalla società qui convenuta in riassunzione, è espressamente richiamata dalla stessa all'udienza del 14.1.2005 e nelle note scritte depositate il 24.6.2005, ove nel ricostruire le reciproche pretese, premesso che "C. S.p.a. Aveva indicato il credito a vario titolo dell'agente nell'importo di lorde £. 194.437.502..." ha affermato che era "errata l'originaria determinazione dell'indennità sostitutiva di preavviso calcolata da C. S.p.a. Sull'ammontare degli incassi del 1995, sommando quindi, le provvigioni corrisposte all'agente da C.C. S.p.a. Con quelle di C. S.p.a. ... l'indennità calcolata invece sul solo periodo C. S.p.a. Ammonterebbe alla somma del maturato su C. S.p.a. (semestre luglio/dicembre 1995) pari a £. 76.736.192", così introducendo per la prima volta una contestazione, limitatamente al *quantum*, del credito di controparte.

La medesima specificazione contestazione relativa al calcolo dell'importo della pretesa avversaria e tendente ad ottenerne il ridimensionamento con riferimento ai fatti costitutivi, viene poi ripetuta successivamente anche nelle note scritte autorizzate per la discussione.

Ciò posto circa il comportamento processuale delle parti, riguardo al conteggio di cui si tratta, allegato dalla parte attualmente convenuta, si osserva come non possa essere condivisa la difesa di parte ricorrente laddove afferma di essere sollevata dall'onere della prova per essere intervenuto il riconoscimento del debito da parte della società ex preponente, riconoscimento del quale si sostengono integrati gli estremi per la produzione del suddetto conteggio.

Al riguardo appare sufficiente rilevare, come nell'ordinanza istruttoria in data 14.1.2005, che dai documenti prodotti non emerge alcuna ricognizione del debito da parte della C. S.p.a. Come quantificato dal ricorrente, non ravvisandone i necessari elementi nel comportamento anche processuale della ex preponente, né nel conteggio allegato nella causa (anche) fra le odierne originariamente intrapresa. Questo consiste infatti in una nota informale contenente un elenco di voci di credito privo di data e sottoscrizione, oltre che di qualunque espressione di volontà, laddove essendo l'obbligazione che ne sorge pur sempre di fonte negoziale, nella dichiarazione unilaterale di cui all'art. 1988 cod. Civ. Deve risultare chiara oltre che la provenienza altresì la volontà espressa dal dichiarante di definire un regolamento attuale degli interessi col destinatario della stessa, in maniera da riconoscerlo quale soggetto attivo di un obbligo di pagamento definito e determinato nel suo ammontare.

È invece sul piano processuale, ad avviso dello scrivente, in relazione alla portata applicativa del principio di non contestazione nel rito del lavoro, che si pone la questione dirimente della controversia.

Come dianzi esposto non vi è stata nella specie contestazione nell'*an* da parte della resistente dell'esistenza originaria in favore dell'ex agente del credito in oggetto, bensì la mera contestazione nel *quantum* che non è limitata bensì

ad una generica contestazione dei fatti allegati da controparte a fondamento del credito, ma è stata avanzata per la prima volta nel processo incardinato secondo il rito del lavoro avanti questo Tribunale, anziché nella comparsa di risposta, ad una udienza fissata per l'eventuale ammissione dei mezzi di prova, seguita ad altre nelle quali era stato esperito il tentativo di conciliazione e disposta poi l'acquisizione del fascicolo d'ufficio presso il giudice poi dichiaratosi incompetente.

Il contegno processuale della resistente – debitrice è stato improntato dunque, dopo l'avvenuta produzione del conteggio, avanti detto giudice e poi nel processo del lavoro seguitone, ad una completa omissione di ogni eccezione ed anche solo difesa riguardo alla determinazione dell'ammontare del credito vantato da controparte in coincidenza con detta elaborazione contabile, per poi tardivamente contestarne la correttezza assumendo che vi incorreva errore in ordine ai fatti costitutivi dell'obbligazione in favore dell'ex agente.

Siffatta eccezione bensì rilevante quanto al suo contenuto, essendo tuttavia tardiva, stante l'intempestività della sua proposizione non pare idonea a determinare l'effetto di gravare controparte della prova della misura del proprio credito, escluso dall'operatività, per contro, del principio di non contestazione.

Alla stregua di corollario individuato dalla giurisprudenza di legittimità, invero, la cristallizzazione di tutte le situazioni di fatto allegare e non tempestivamente e ritualmente contestate, segue nel rito del lavoro a tale atteggiamento di non contestazione anche se riguardante solo il *quantum* della pretesa di controparte pur quando non sia insorta controversia sull'*an debeat*, giacché anche in tal caso spiega effetto il principio in parola che trova la sua ragione nella generale tendenza propria del processo del lavoro a favorire la cd. "determinazione in concreto" [cfr. Fra altre Cass. 24 novembre 1998, n. 11919 (*cit. in nota*)].

Se non trova dimostrazione positiva nell'art. 416 cod. Proc. Civ., ove nel prevedere l'atteggiamento del convenuto che intenda resistere alle pretese avversarie, lo si configura come onere di "prendere posizione in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione", riferendolo espressamente ai "fatti posti a fondamento della domanda", ed interessa sottolineare in proposito che il terzo comma dell'art. 416 (come pure l'art. 167 primo comma cod. Proc. Civ. Per il rito ordinario), imponendolo al convenuto "...l'onere di prendere posizione su tali fatti, fanno della non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua dell'esperta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti..." [cfr. Anche per una disamina approfondita dell'argomento Cass. S. U. N. 761/2002 (*cit. in nota*)].

Sul piano sistematico è d'altro canto da ricordare che, in presenza di situazioni giuridiche sostanziali caratterizzate dal requisito della disponibilità, assoluta o relativa, il processo si atteggia coerentemente col principio dispositivo, secondo un modello che postula quindi, come tratti qualificanti indefettibili, l'affidamento esclusivo alla parte del potere di proporre la domanda e di allegare i fatti posti a suo fondamento.

Il potere di allegazione è sotto questo profilo, il riflesso processuale dell'autonomia dispositiva delle parti sul piano sostanziale, e non tollera dunque il controllo ed il vincolo che deriverebbero dall'iniziativa d'ufficio: la disponibilità della situazione giuridica sostanziale si delinea in sede giurisdizionale, come potere delle parti di determinare l'oggetto della lite.

Verificata dunque nel caso in esame la non contestazione dei fatti posti a base del calcolo del corrispettivo ancora dovuto all'ex agente, nel termine di cui all'art. 416 cod. Proc. Civ. Ed anzi fino all'udienza fissata per l'ammissione delle prove (senza che si sia verificata alcuna precisazione delle reciproche domande ed eccezioni), si è determinata una preclusione imposta dall'avvenuta definizione del *thema* di fatto a base della controversia, secondo il modello processuale coerente al principio dispositivo.

Ne segue che la quantificazione del credito del ricorrente da ritenere non contestata, non necessita di prova perché le parti ne hanno disposto, vincolando il giudice a tenerne conto come tale, senza necessità di formazione del proprio convincimento.

(Omissis)

NOTA

La contestazione tardiva nel processo del lavoro

La Cassazione a Sezioni Unite ha affermato che l'onere di prendere posizione sui fatti di causa deve essere adempiuto con la memoria difensiva e che l'inadempimento dello stesso deve considerarsi “un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua dell'esposta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti”¹. Sicché la Cassazione equipara il fatto non contestato al fatto ammesso implicitamente, in quanto rappresenta “l'adozione di una linea difensiva incompatibile con la negazione del fatto”.

¹ Cass. S.U., 23 gennaio 2002, n. 761, pubblicata assieme a Cass., 17 aprile 2002, n. 5526, in *Dir. lav.*, 2003, n. 1-2, II, p. 151, con nota di M. Brizzi, *Il principio di non contestazione nel processo del lavoro* (n.d.r.); in *Foro it.*, 2003, I, 604, con nota di A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti*

e *principio di non contestazione nel processo civile*; in *Foro it.*, 2002, I, 2019, con nota di C. Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite. Si rinvia inoltre ai contributi di D. Iannelli, F. Roselli, A. Vallebona, M. La Terza, G. Verde*, in *Dir. lav.*, 2003, I, 267.

Tale conclusione viene desunta in via interpretativa dall'art. 416, comma 3, cod. Proc. Civ. Che afferma l'esistenza di un onere di specifica contestazione dei fatti allegati dall'attore collegandosi a tale disposizione l'effetto della pacificità del fatto non contestato in considerazione della generale impostazione del rito del lavoro diretta a definire immediatamente l'onere dei fatti di causa.

In realtà la Cassazione non ha toccato l'area dei fatti di causa tempestivamente allegati, ma, al suo interno, ha "ridotto"² l'area dei fatti controversi e bisognosi di prova, perché, diversamente dall'orientamento giurisprudenziale precedente che considerava la non contestazione come un "argomento di prova" (art. 116, comma 2, cod. Proc. Civ.) Che non esonerava l'attore dall'onere probatorio (art. 2697 cod. Civ.) Né impediva al giudice di verificarne l'adempimento³, ha equiparato il fatto non contestato al fatto "ammesso implicitamente" e, quindi, ad un comportamento processuale incompatibile con la negazione del fatto, esonerando la parte dall'onere probatorio.

Tuttavia, la Cassazione è costretta, giustamente, ad escludere tale equiparazione per il contumace, non potendosi attribuire alcuna volontà alle parti non presenti in giudizio.

La stessa sentenza si è pronunciata anche sull'onere di specifica contestazione dei conteggi, osservando che "la contestazione sull'*an* non è di per sé, tale da assorbire e rendere superflua qualsiasi contestazione sul *quantum*".

Pertanto, la contestazione deve riguardare l'*an* ed il *quantum* relativo al credito vantato dall'attore e deve essere formalizzata specificamente nel primo atto difensivo.

La sentenza in commento si è conformata in tutto alle Sezioni Unite⁴.

La società convenuta, costituendosi in giudizio, aveva omissis, nella propria memoria difensiva, di contestare l'ammontare del credito vantato dal lavoratore, secondo i conteggi allegati nell'atto introduttivo del giudizio.

Solo nel corso del processo, la convenuta aveva contestato tale quantificazione; ma la sentenza ha ritenuto tardiva la contestazione.

2 A. Vallebona, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Cedam, 2006, p. 82

3 Cass. 19 agosto 1994, n. 7447, cit.: "Una generica contestazione non può, pertanto, equivalere ad un'ammissione, da parte del convenuto, della sussistenza dei fatti affermati dall'attore, ma può eventualmente integrare violazione del dovere di lealtà processuale, sanzionabile ai sensi degli artt. 88 e 92 cod. proc. civ., e comunque essere discrezionalmente valutata, attenendo al contegno della parte nel processo, come semplice argomento di prova, ai sensi del comma 2 dell'art. 116 cod. proc. civ., e pertanto, in quanto tale, solo come elemento aggiuntivo e integrativo rispetto alle risultanze dei veri e propri mezzi di prova".

4 La giurisprudenza si è conformata alle Sezioni Unite. Cfr. *ex multis* Cass. 19 gennaio 2006, n. 945, in *Giust. civ., Mass.*, 2006; Cass. 16 dicembre 2005, n. 27833, in *Giust. civ., Mass.*,

2005; Cass. 20 settembre 2005, n. 18505, in *Giust. civ., Mass.*, 2005; Cass. 13 giugno 2005, n. 12636, in *Foro it.*, I, 2006, 1873 con nota di C. Cea, *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche*; Cass. 8 febbraio 2003, n. 1562; Cass. 15 gennaio 2003, n. 535, in *Foro it.*, 2003, I, 1453, con nota di D. Dalfino; Cass. S.U. 17 giugno 2004, n. 11353, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 738; Cass. S.U. 20 aprile 2005, n. 8202, in questa *Rivista*, 2005, n. 3, con nota di F. Balestrieri, *Intervento delle Sezioni Unite in materia di produzione documentale: quando il fine non giustifica (del tutto) i mezzi*; Cass., 29 ottobre 2003, n. 16265, in *Dir. lav.*, 2004, n. 5 - 6, p. 336, con nota di F. Balestrieri, *Eccezioni in senso lato, oneri di allegazione e prova: resistibili segnali espansivi del nuovo corso di legittimità*; Cass. 17 aprile 2002, n. 5526, in *Mass. giur. lav.*, 2002, n. 11, p. 812 e ss. con nota di F. Centofanti, *Il principio di non contestazione nel processo del lavoro: nuove acquisizioni giurisprudenziali*

In realtà l'orientamento della giurisprudenza che equipara la non contestazione all'ammissione implicita ha suscitato qualche perplessità⁵.

Sembrirebbe condivisibile l'opinione tradizionale che considerava la non contestazione un argomento di prova (art. 116, comma 2, cod. Proc. Civ.), il cui carattere sussidiario non esonera dall'onere probatorio, in quanto non è idoneo a fondare da solo la decisione⁶, ma autorizza (e obbliga) il giudice "a tenerne conto senza necessità che egli si convinca dell'effettiva esistenza del medesimo"⁷.

Una tale conclusione rappresenterebbe, inoltre, una soluzione logica, in quanto anche il fatto "ammesso" implicitamente non esime il giudice da una valutazione caso per caso circa la effettiva incompatibilità logica tra impostazione difensiva del convenuto e negazione del fatto⁸, al fine di determinare il proprio convincimento.

Cesarina CARNOVALE

5 A. Vallebona, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, cit., p. 54: "Le Sezioni Unite (761/02, 11353/04, 8202/05) hanno ampliato nel rito del lavoro l'area dei fatti pacifici irreversibilmente sottratti alla istruttoria di parte e di ufficio, considerando tali non solo quelli ammessi espressamente o tacitamente mediante un argomento incompatibile con la loro negazione, ma anche quelli non specificamente ed immediatamente contestati. (...) Questa scelta interpretativa non è condivisibile, in quanto: non è funzionale alla immediata individuazione dell'ambito di fatto della lite, già delimitato dalla preclusione delle allegazioni tardive; complica la prima udienza, in cui il ricorrente è costretto a contestare specificamente a verbale i fatti affermati dal convenuto; sbilancia il sistema a favore della celerità del giudizio con eccessivo sacrificio della ricerca della verità materiale, già ostacolata dalle preclusioni alle allegazioni e prove tardive". Inoltre, A. Vallebona, *Onere di allegazione dei fatti costitutivi della domanda e nullità del ricorso*, in *Mass. giur. lav.*, 2005, n. 4, p. 306 e ss.; A. Vallebona, *Gli oneri di allegazione e di prova nelle azioni fondate sull'inadempimento del datore di lavoro*, in questa *Rivista*, 2002, I, p. 251; A. Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, 1988. In passato, V. Andrioli, *Prova. (Diritto*

processuale civile), in *Nov. dig. it.*, 1957, p. 275: "...la non contestazione suppone - o supporrebbe - la vigile partecipazione del giudice al contraddittorio e, in particolar modo, l'esercizio dei poteri di collaborazione menzionati nell'art. 183, 2° comma, cod. proc. civ., di chiedere alle parti gli schieramenti necessari e di indicare le questioni rilevabili d'ufficio, delle quali ritiene opportuna la trattazione. (...) Se quei poteri non sono esercitati e se il giudice partecipa, sol per figura, alla trattazione della causa, la non contestazione dei fatti allegati rischia di trasformarsi in un tranello teso alla parte meno provveduta o assistita da un difensore sprovvisto".

6 V. Andrioli, *Prova. (Diritto processuale civile)*, cit., p. 289. S. Satta - C. Punzi, *Diritto processuale civile*, Cedam, 2000, p. 189 e ss.

7 G. Verde, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.* (XXXVII), Giuffrè, 1988, p. 614.

8 A. Vallebona, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, cit., p. 82.

GIURISPRUDENZA

PENALE

TRIBUNALE DI ROMA, SEZIONE DEL GIUDICE PER L'UDIENZA PRELIMINARE, ORDINANZA DEL 6 LUGLIO 2007, GIUDICE DOTT.SSA MULLIRI.

(Udienza preliminare - Giudizio abbreviato - richiesta - limiti temporali)

Nell'udienza preliminare ai fini della proposizione della richiesta di definizione del processo allo stato degli atti, il termine ultimo entro cui l'imputato può esercitare tale facoltà è da collocarsi, nel tempo precedente la discussione e non nel corso o a conclusione della stessa.*

Così motiva l'ordinanza.

Il Giudice per l'Udienza Preliminare

Pronunciando sulla richiesta di rito abbreviato condizionato avanzata all'odierna udienza preliminare dall'imputata XX

Osserva

La richiesta pone un problema di ammissibilità che va preliminarmente affrontato e risolto.

La lettera della norma (art. 438 co. 2 c.p.p.), sul punto, afferma che la richiesta può essere proposta “...fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422”.

Effettivamente, come accennato dal difensore, la S.C. si è pronunciata due volte sul punto interpretando l'espressione normativa prima indicata in senso lato sì che il termine finale per la rituale proposizione della domanda sarebbe rappresentato dal “... momento in cui la discussione si esaurisce con la formulazione delle conclusioni di tutte le parti” (Sez. I, 14.11.02 rv. 223251).

Pur con tutto il rispetto per l'autorevolezza della fonte da cui promana tale pronuncia, sia però, consentito svolgere alcune riflessioni.

Dal fatto stesso che la norma abbia indicato il termine nel momento precedente quello in cui “siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422” è lecito arguire che il legislatore abbia inteso individuare “momenti” diversi anche all'interno dell'udienza preliminare. La qual cosa appare coerente con la considerazione che, a ben vedere, anche tale passaggio procedimentale, pur nella sua apparente informalità (se raffrontata all'udienza dibattimentale) conosce, al proprio interno, delle “fasi” che, in parte, evocano la struttura dell'udienza dibattimentale.

È, così, possibile individuare (art. 420) un momento iniziale di “costituzione delle parti”, un momento di “discussione” (nel corso del quale il P.M. illustra le ragioni a sostegno della propria richiesta di rinvio a giudizio ed i difensori quelle opposte) ed un

* Massima redatta dall'annotatore

momento di “conclusioni” (in cui il P.M., prima, ed i difensori, poi, rassegnano) le rispettive richieste finali.

L'intento del legislatore di scandire anche nell'udienza preliminare delle “fasi” lo si coglie chiaramente dalla stessa lettera della norma (es. – art. 421 co. 1 – “...conclusi gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti il giudice dichiara aperta la discussione...- ovvero co. 4 - ...se il giudice ritiene di poter decidere lo stato degli atti, dichiara chiusa la discussione”).

Il senso di tale scansione lo si coglie nell'evidente intento legislativo di dare ordine ad un rito che non può, e non deve, risolversi in una generica ed informale discussione produttrice di confusione e di probabili iniquità.

Tale senso è ancora più evidente e rilevante quando proprio al richiamo di uno di tali momenti che viene correlata una decadenza (come è il caso, quanto alla costituzione di parte civile, del combinato disposto degli artt. 420, e 79 co. 1 e 2 c.p.p.) Ovvero all'estinzione del termine ultimo entro cui esercitare una facoltà (come è appunto il caso che occupa).

La S.C. ritiene di poter individuare il termine “...fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422” in un momento che a ben vedere, è esattamente quello in cui, avendo tutte le parti concluso, il giudice dichiara chiusa la discussione e si ritira in camera di consiglio per decidere.

In realtà se tale fosse stato l'intento del legislatore, non avrebbe avuto alcun motivo di usare questa espressione composita ed apparentemente ambigua, ma avrebbe, piuttosto, detto – come fatto chiaramente nel co. 4 dell'art. 421 – che la facoltà di richiedere il rito abbreviato avrebbe potuto, e dovuto essere esercitata “prima che il giudice dichiarare chiusa la discussione”.

Se ciò non ha fatto, dunque, è perché, evidentemente, ha inteso proprio – come è lecito intendere dalla lettera dell'art. 421 co. 2 – individuare un termine diverso ed un pò anticipato rispetto a quello della fine della discussione.

Pur comprendendo dunque che lo spirito dell'interpretazione estensiva della S.C. è quello di agevolare al massimo la celebrazione dei riti alternativi in un'ottica deflativa del dibattimento, è pur vero che, allo stato della normativa, non sembra corretto derogare da una disposizione decisamente chiara e che, a ben vedere, risponde anche a precise esigenze di trasparenza sulle modalità di svolgimento del rito ed anche di *par condicio* specie quando, come nel caso in esame, si tratti di procedimento con più imputati.

In tale situazione, infatti, considerata la possibilità, tutt'altro che remota, che vi siano imputati in posizioni differenti (sì che le scelte difensive dell'uno possono riverberare sull'altro) deve essere necessario che tutti siano posti nelle medesime condizioni e che quindi, per tutti, il termine-sbarramento entro cui rappresentare le proprie strategie processuali sia il medesimo.

Ciò può avvenire solo se – come si ritiene – la lettura dell'art. 421 co. 2 sia quella che lo stesso tenore della norma suggerisce (tanto più se raffrontato al diverso linguaggio normativo nel comma 4 dell'art. 421).

Diversamente opinando, si potrebbero ingenerare ulteriori motivi di confusione e di disparità di trattamento.

Non è chiaro, dal ragionamento della S.C., se la formulazione delle conclusioni di tutte le parti vada intesa partitamene (vale a dire per ciascun imputato) ovvero, per tutti gli imputati. Le conclusioni sarebbero evidentemente diverse a seconda della soluzione adottata. Di certo, però, come si vedrà immediatamente, in entrambe le ipotesi le conseguenze sono a dir poco discutibili.

In un caso, si potrebbe assistere (e ciò vale soprattutto per procedimenti con più imputati) ad un'udienza preliminare completa in cui tutti abbiano concluso ed in cui, *in limine* della camera di consiglio, uno o più imputati possano improvvisamente cambiare opinione e riaprire interamente il discorso formulando una richiesta di rito abbreviato cui potrebbe accordarsi anche qualche altro imputato.

Ben si comprendono gli effetti di siffatta ipotesi per il dispendio di inutili energie e per le ricadute sulla durata dei procedimenti (senza tralasciare di osservare che ciò potrebbe avvenire, sempre e solo, *ad nutum imputati*).

Nell'ipotesi in cui invece, si volesse ritenere ancora aperta la possibilità di chiedere il rito abbreviato solo a quell'imputato per il quale il proprio difensore non abbia ancora concluso, si scivolerebbe su un piano di palese disparità di trattamento tra imputati essendo evidente che le discussioni difensive non possono essere simultanee sì che la scansione dei tempi di discussione non avrebbe più – come è sempre stato – un obiettivo meramente pratico di pianificare gli interventi ma potrebbe diventare esso stesso strumento per nuove strategie difensive alla luce delle conclusioni che vengano, via via, rassegnate da altri.

Il tutto, all'evidenza, delinea uno scenario sempre più confuso in cui il termine per accedere al rito abbreviato (scelta processuale di non poca rilevanza) non è più lo stesso per tutti i coimputati ma è legato a profili arbitrari, causali ed (eventualmente) ad astuzie difensive.

Ciò sembra come ovvio, incompatibile anche riflettendo sul fatto che il rito abbreviato è già di per sé una importante facoltà di esclusiva spettanza dell'imputato il quale ha la possibilità di esercitare tale scelta già dall'inizio delle indagini e che perviene all'udienza preliminare non certo come ad un evento imprevisto ed incerto ma previo avviso ex art. 415 bis e, comunque, previo avviso di fissazione dell'udienza preliminare con precisi termini di legge e difesa.

Ferma restando la facoltà *de iure condendo* del legislatore di operare una scelta di politica legislativa diversa e di aprire le porte al rito abbreviato fino al momento in cui il giudice, dichiarata chiusa la discussione, stia per ritirarsi in camera di consiglio per decidere, è evidente, che allo stato della normativa, lo sforzo di prorogare ulteriormente detto termine, risulta incompatibile con la lettera della stessa norma oltre che con la logica del sistema.

Trasferendo tali considerazioni nel caso in esame, non si può che rilevare come, nel corso dell'udienza del 4 luglio u.s., questo giudice abbia – prima di dare parola al P.M. per le sue conclusioni – ripetutamente e chiaramente invitato le parti

a formulare richieste di riti alternativi.

Tale richiesta è stata avanzata solo da altro imputato ma non dalla XX tanto è vero che, quindi, il P.M. ha concluso anche per la sua posizione chiedendone il rinvio a giudizio.

La richiesta avanzata in data odierna è, pertanto, tardiva.

P.Q.M.

Visto l'art. 438 co. 2 c.p.p.

Dichiara

Inammissibile la richiesta di rito abbreviato avanzata da XX perché tardiva.

NOTA

Limite temporale per la richiesta di rito abbreviato

La problematica affrontata nell'ordinanza in epigrafe si inserisce nell'ordine procedimentale cui deve attenersi l'udienza preliminare.

La soluzione va ricercata nel contemperamento delle esigenze procedurali riguardanti la speditezza del rito nel processo in generale, che è particolarmente pregnante in tale rito speciale e la osservanza dei diritti costituzionali dell'imputato generalmente enunciati nel *favor iuris*, che nella specie si connota nel *favor rei*.

La ordinanza ha risolto egregiamente la questione senza ledere alcun diritto dell'imputato e configurando una plausibile interpretazione delle fasi del processo, sulla base del dettato normativo.

Invero se il legislatore avesse voluto configurare la possibilità di poter richiedere il rito abbreviato al momento della formulazione delle conclusioni della parte facoltata alla richiesta di tale procedura, avrebbe dovuto precisarlo in maniera esplicita.

Vale a dire, avrebbe dovuto ricorrere alla articolazione in senso difforme da quella attuale, precisando che fra le conclusioni difensive vi è la possibilità di richiedere il rito speciale.

Le attuali parole "fino alla formulazione delle conclusioni" vanno interpretate, invece, come rettamente fa l'ordinanza, nel senso che sussiste anche nell'udienza preliminare la possibilità di suddividerle in fasi, per cui la parte conclusiva che consiste nell'intervento orale del difensore e del P.M. è al di fuori del limite temporale per la richiesta del rito alternativo.

D'altro canto la locuzione "fino" va intesa come determinante l'inizio della discussione che solitamente si compone di una fase esplicativa e di una fase conclusiva.

Tale interpretazione non lede alcun diritto dell'imputato e pone un indispensabile ordine all'udienza preliminare.

Avv. Giada PAPA

CONVEGNI

Roma,
Martedì 16 gennaio
2007 - ore 16,00
Auditorium
della Cassa Nazionale
di Previdenza Forense

Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma
-Centro Studi-

Presentazione del libro
"IL DIRITTO COMPARATO
DOPO LA RIFORMA"

Autore: Francesco de Franchis
docente di diritto comparato alla lumsa di Roma

Presiedono

Prof. Avv. Alessandro Cassiani
(Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma)
Avv. Maurizio De Tilla
(Presidente della Cassa Nazionale Forense)

coordina

Avv. Giovanni Cipollone
(Consigliere dell'Ordine degli avvocati di Roma)

relatori

Prof. Guido Alpa
(Presidente del Consiglio Nazionale Forense)
Prof. Paolo Spada
(ordinario di diritto commerciale presso l'università La Sapienza di Roma)
Avv. Titta Mazzuca
(Foro di Roma)

interventi

Avv. Carlo Martuccelli
(Consiglio Nazionale Forense)
Avv. Francesco Petrella
(Foro di Caserta accademico tiberino)
Avv. Sandro Fasciotti
(Consigliere Ordine avvocati di Roma)
Avv. Francesco Gianzi
(Consigliere Ordine avvocati di Roma)
Avv. Francesco Storace
(Consigliere Ordine avvocati di Roma)

Il Consigliere Segretario

Antonio Conte

Il Presidente

Alessandro Cassiani

**L'intervento del Cons. Giovanni Cipollone
In occasione della presentazione
del libro di Francesco De Franchis
"il diritto comparato dopo la riforma"**

Gentili Signore e Signori,

Innanzitutto un benvenuto a tutte le autorità intervenute e a tutti i presenti.

Un saluto caloroso rivolgo ai giovani studenti della università di Malta che vedo numerosi in un angolo della sala. Essi rappresentano il nostro avvenire.

Desidero inoltre ringraziare l'avv. Maurizio De Tilla, Presidente della Cassa di Previdenza Forense per la sua disponibilità e la costante apertura a ogni forma di cultura.

Samo qui riuniti per la presentazione del libro di un insigne studioso del diritto, il prof. Francesco de Franchis.

L'argomento è di grande attualità e, soprattutto in questo particolare periodo storico, suscita grande interesse.

Come tutti sappiamo il diritto comparato era, alcune decine di anni addietro, una branca del diritto internazionale.

Successivamente, nella naturale tendenza evolutiva degli studi giuridici, è divenuto una importante disciplina poiché studia i principi che si desumono dalla legislazione interna dei singoli stati, in rapporto agli altri stati.

Si consideri quanta rilevanza abbia ciò, in relazione agli stati che fanno parte della comunità europea e agli sviluppi commerciali con stati, come la Cina che si è prepotentemente affacciata nel vasto orizzonte mondiale.

come punto di partenza possiamo considerare il commissariato generale dell'emigrazione che aveva preso in esame la condizione giuridica dell'italiano all'estero – e ciò a ridosso degli anni '30 – elaborando un manuale, successivamente aggiornato e rivisto (nel 1934) dalla Direzione Generale degli Italiani all'Estero. In tale fase storica, erano stati valutati gli elaborati delle rappresentanze diplomatiche italiane all'estero, esaminando gli accordi internazionali dell'Italia e i testi legislativi stranieri.

Il manuale, aggiornato al 31 dicembre 1953, era costituito da due volumi per complessive 3.300 pagine circa, curati dall'avv. Giangaleazzo Bettoni e pubblicati nel 1954 sotto il titolo "L'italiano nel mondo", con il patrocinio del Ministero degli Affari Esteri, sotto l'egida dell'on. Dominedò, all'epoca sottosegretario di Stato.

Possiamo inoltre segnalare due opere fondamentali tedesche, l'una sul diritto successorio, le quali contengono una miniera di ragguagli giuridici (in parte anche corredati dai testi) nelle dette materie, che assai frequentemente vengono in considerazione nei rapporti di diritto privato transnazionale.

Si tratta di pubblicazioni a fogli mobili e perciò continuamente aggiornate: cosa che solo i tedeschi sanno fare magistralmente.

I titoli di queste pubblicazioni, ciascuna composta di una serie di volumi con le normative, nelle rispettive materie, di ciascun singolo paese del mondo sono:

“Internationales ehe-und kindhaftsrecht” e “l’Internationales erbrecht”.

Curatori sono in entrambe le materie, insigni studiosi.

A Roma esiste una eccezionale fonte di diritto comparato che è la biblioteca dell’unidroit (istituto internazionale di roma per l’unificazione del diritto privato, attualmente istituzione specializzata delle nazioni unite). Si tratta della più completa biblioteca del mondo nella materia, alla quale infatti attingono studiosi di ogni paese. La sede è a villa Aldobrandini, via Panisperna 2, ed il direttore della biblioteca è il dott. Rodinò, che è anche uno dei due segretari generali dell’istituto.

Va precisato che nello studio del diritto comparato assumono valore più metodi al fine di approfondire le specifiche diversità degli ordinamenti giuridici e le particolarità normative.

Non per nulla i comparatisti distinguono tra “macrocomparazione” e “microcomparazione” e cioè nella prima ipotesi la comparazione tra sistemi giuridici in relazione allo spirito e alla ratio degli stessi e nella seconda ipotesi per spiegare le ragioni e le condizioni delle loro specifiche diversità.

Si ottiene così una valutazione di ampio raggio che abbraccia diritto e potere, diritto e politica, diritto e filosofia, diritto e religione, diritto e economia, diritto e scienza.

Direi con l’autore, che il metodo spesso si confonde con la stessa scienza.

L’opera di de franchis è uno studio che si distacca dai soliti schemi che caratterizzano le opere di contenuto giuridico e che spesso seguono una rigida impostazione dottrinarina e una arida lezione cattedratica.

Il libro ha molti pregi poiché non si limita ad affrontare una semplice linea comparatista, bensì approfondisce e ricerca addentellati storici e giuridici di diversa valenza, non tralasciando aspetti filosofici e culturali, di diversa matrice.

Prima di lasciare il campo ai tre prestigiosi e autorevoli relatori, il prof. Guido Alpa, il prof. Paolo Spada e l’avv. Titta Mazzuca, cedo la parola ad Alessandro Cassiani, Presidente dell’Ordine degli Avvocati di Roma che, unitamente all’avv. Maurizio De Tilla, Presidente della Cassa Forense, ha patrocinato questa lodevole iniziativa.

Desidero ancora ringraziare tutti gli intervenuti.

Nell’immenso mare del negativismo, del pessimismo imperante e del buio del nostro tempo, un avvenimento culturale come quello odierno rappresenta uno spiraglio di luce e di speranza.

Studiosi come Franco de Franchis sono sicuro viatico per un futuro migliore.

egli è sicuramente il giurista moderno da premio nobel.

Grazie a tutti.

Presentazione del libro
"IL DIRITTO COMPARATO DOPO LA RIFORMA"

Prof. Avv. Alessandro Cassiani

Io ho il compito di rivolgere un saluto, e lo faccio molto volentieri. Vorrei aggiungere anche qualcosa di più, vorrei dire un ringraziamento sentito a Giovanni Cipollone e a Titta Mazzuca che hanno dato al consiglio questa opportunità. È vero, per il consiglio è sicuramente un onore poter annoverare tra le proprie iniziative anche questa. Il fatto che la brochure rechi come intestazione consiglio dell'ordine degli avvocati di Roma sicuramente è un punto di merito. Ma i meriti vanno dati a chi li ha, e naturalmente soprattutto a chi ha organizzato il convegno e poi va, va da sé, al professor de Franchis. Io avevo detto a Cipollone, che me lo aveva tanto raccomandato, che avrei approfondito lo studio della pubblicazione e poi avrei fatto anche un cenno al suo contenuto. Devo dire che oggi non sono in condizioni di farlo per un semplice motivo: perché è un libro talmente denso di argomenti, talmente importante, talmente fondamentale, per cui avventurarsi in un giudizio di carattere complessivo e non approfondito significherebbe commettere un fuor di luogo o un fuor d'opera. Devo dire però che pur non avendo approfondito la materia, che ovviamente non è quella che pratico da avvocato o che ho praticato come interessato studioso del diritto, ho trovato molto importante l'impostazione che poi significa anche un interesse, un approccio che può determinare l'interesse a un approfondimento. Quello che il professor de Franchis definisce lo stato dell'arte che si traduce in quella che egli definisce la visione anatomica della norma, e che corrisponde alle nostre abitudini, l'esame della normativa per vederne, enuclearne le componenti, le articolazioni, significa poi, si traduce in questa visione in qualcosa di completamente diverso. Quello che egli definisce "la scienza del diritto". E intuitivamente chiunque di noi ha l'impressione che le legislazioni non siano delle isole separate e incomunicabili tra di loro ma altra cosa è intuire e altra cosa fare quello che ha fatto l'autore. Io sono rimasto veramente impressionato, e non lo dico per piaggeria, sarebbe anche un fuor di luogo, lo dico per tradurre le mie sensazioni di un discorso che io ritengo doveroso nei confronti di chi ha dato questo contributo, a ciascuno di noi operatori del diritto, a ciascuno di noi interessati a migliorarsi, e non vi è età. Io ne sono l'esempio, ho letto e rileggerò con molta attenzione cercando di capire poi qual è il meccanismo. Già mi pare molto interessante dire che lo studio della norma debba essere messo in relazione a quelle vigenti in altri paesi e soprattutto quelle appartenenti a varie discipline. La prova in che cosa consiste? Consiste nel fatto che il volume, la pubblicazione spazia attraverso tutti i rami del diritto e spazia attraverso un esame comparato tra cose che sembrerebbero incomparabili. Quando si parla di *civil law* e di *common law* si parla di cose che normalmente sembrano separate, completamente, per l'impostazione, per la normativa. Qui si trova invece il bandolo di una unitarietà nel diritto che io credo possa anche servire a capirsi meglio, ad

aprire le frontiere del diritto e quindi anche della civiltà. Io credo che il merito di uno studio comparativistico fatto in questa maniera, non mettendo su tavole sinottiche le varie legislazioni, cosa alla quale siamo stati abituati finora, ma facendo un discorso di carattere quasi filosofico inteso a definire il diritto come principio universale, a prescindere dalle varie sfaccettature che può assumere. Io penso per esempio a quel capitolo che mi ha interessato ovviamente in maniera particolare, nel quale si parla dell'azione penale, della obbligatorietà o meno dell'azione penale, per trovare quello che egli definisce, ama definire il filo di nylon o di seta che unisce le varie perle che costituirebbero a loro volta le norme, le legislazioni, le varie sfaccettature, come dicevo, di un unico problema universale. Io questo credo di averlo capito, ma in questo già ho visto, mi permetto di dire, la grandezza e l'importanza di questo lavoro, quella grandezza e quella importanza che ci ha riunito tutti. Io vedo personalità, vedo cultori del diritto, vedo persone di diversa età interessate a un fenomeno che evidentemente poi rappresenta il centro dei nostri studi e della nostra vita anche quotidiana. Una impostazione che può servire a tutti, che può illuminare il nostro pensiero, che ci può guidare anche dandoci l'impressione di essere giuristi del mondo e non soltanto giuristi, sia pure approfonditi, che operano in un determinato campo, in un determinato settore, peggio ancora soltanto in un determinato ambiente. Detto questo mi taccio concludendo così come ho iniziato, con un ringraziamento da parte di tutti noi, e principalmente, per quello che mi compete, da parte del consiglio. Io già ne abbiamo parlato in consiglio perché nuccio cipollone ha illustrato questa iniziativa, ne parlerò alla prossima adunanza per dire che ai pochi meriti o ai tanti meriti che il consiglio ritiene di poter vantare o annoverare, si deve aggiungere questo come una tappa veramente importante, perché noi non ci dobbiamo e non ci occupiamo soltanto di problemi di carattere istituzionale che ci competono, e ci mancherebbe altro, cerchiamo sempre di migliorarci e di fare in modo che i colleghi ci riconoscano il merito di aver contribuito al loro miglioramento per dare – e mi rivolgo ovviamente soprattutto agli avvocati che credo siano la maggioranza – quella risposta che meritano coloro i quali vorrebbero un'avvocatura di minor prestigio se non addirittura ridotta al rango di attività commerciale e soltanto con profili di natura economica. Noi rispondiamo in questa maniera, pensando ogni giorno a migliorarci, pensando ogni giorno ad offrire, così come quei giovani dei quali parlavo, cipollone, così come certamente sarà per quei giovani di cui è maestro nuccio cipollone, una avvocatura proiettata nel futuro e capace di essere migliore di quanto non lo siamo stati noi. In questa ottica io credo che questo volume abbia una importanza fondamentale come punto di partenza, come modo di vedere le cose in maniera totalmente diversa, parlo a titolo personale, da quello che è capitato a noi, perciò la riforma dell'università ancora è da fare, perciò i libri di testo, come tu dici giustamente, vanno impostati in maniera diversa, perciò alla didattica alla quale noi siamo abituati, settoriale, limitata all'interpretazione anatomica della norma bisogna sostituire il pensiero filosofico del diritto. Questo è un richiamo che io raccolgo con grandissimo entusiasmo e che trasferisco a coloro i quali come me hanno amore per il diritto ma soprattutto per la vita intesa come applicazione democratica del diritto in qualsiasi parte del mondo. Grazie.

Cons. Cipollone

La parola va adesso a Maurizio De Tilla, Presidente della Cassa Nazionale Forense.

Avv. Maurizio De Tilla

Io **devo dare un saluto**, ma poiché ho letto l'intero libro due parole le debbo spendere. Anzitutto prima considerazione. Uno legge il titolo di questo libro, dice "ma che cosa noiosa, burocratica". Si legge l'indice e si apre uno scenario completamente diverso. Sono due persone, e probabilmente lo ha fatto apposta, ha messo un titolo insignificante, e poi invece un indice affascinante. E allora io sono andato dentro l'indice. Sono andato dentro l'indice e ho letto una ottantina di capitoletti, ho siglato 26 capitoli e poi me li sono andati tutti e 26 a leggere. E ho trovato delle cose bellissime.

Che cosa voglio dire? Qui non è tanto il giurista sopraffino, qui c'è dentro saggezza, c'è dentro ansia di libertà, c'è dentro controinformazione, ci sono molte letture moderne, ci sono dei richiami formidabili che lui fa ed è, il giurista che noi vogliamo, è quello che nell'università oltre che sapere giuridico ti insegna a vivere, ti insegna a modellare la tua personalità, la tua esistenza.

Io adesso non vi voglio leggere i rilievi dei 25, però qualcuno e lo debbo leggere perché a mio avviso, non solo ma poiché sono arrabbiato contro bersani ci ho trovato quattro spunti qua dentro favolosi, che utilizzerò nei miei discorsi pubblici.

Io non so come ti è venuto di scrivere questo libro, perché ci sono delle cose che sono meravigliose, il pirronismo adattato ai magistrati è bellissimo, i magistrati non lo criticavano, non abbiamo niente da dire contro, però facciamo conto che esiste un magistrato così, conformista, ma non basta, conformista è un luogo comune, che ha il terrore della propria indipendenza. Fino a qui non mi dice niente, invece la frase successiva è stupenda: una specie di ossessione che non attende le raccomandazioni esterne ma le previene. Il più subdolo di tutti. Che non si piega alle pressioni dei superiori ma se le immagina e le soddisfa in anticipo. È formidabile, è puro di per sé, lui è puro perché non accetta le pressioni ma se le immagina e arriva a modellare tutta la sua carriera in questo modo, perché non c'è cosa più bella di uno che faccia quello che vuoi senza che tu lo debba dire.

E sulla ragion di stato. La ragion di stato è un grande tema, però come lo vede de Franchis? La ragion di stato è la reale sicurezza dello stato, che coincide con la classe dominante che identifica lo stato con se stesso. Sì, forse è così, cioè se tocchi quella persona tocchi la ragion di stato, perché lui è lo stato. C'è qualcuno, possiamo fare qualche nome? Non c'è bisogno di fare qualche nome.

E anche tra antigone e porzia (pag. 257), lui sta con antigone, siamo tutti con antigone, il trionfo della verità, e invece porzia, io come odio queste persone, l'adattamento interpretativo, cioè il compromesso e quel fatto di interpretare tutto perché conduca a una verità apparente e non a una verità reale, lui sta dalla parte

di Antigone perché poi fa le scelte, c'è una saggezza nel fondo ma de franchis fa le scelte, quando ci sono delle cose, delle immagini meravigliose, quello dei codici di condotta. I codici di condotta lo sappiamo, per noi che siamo nel mondo delle professioni sono più importanti i codici di condotta che le leggi, perché è il mio comportamento che fa la mia persona, e il mio comportamento supera anche la rigidità delle leggi, non il rigore delle leggi perché questa è una osservazione calzantissima, perché la rigidità? Perché a volte la legge di per sé potrebbe anche determinare [...] Allora dice: il diritto passa per le aule di giustizia, un diritto fisiologico basato sulla interiorizzazione delle regole che viene prima della regola. E questo è un concetto. Vediamo adesso bersani dove l'ho preso. Poi c'è il diritto spontaneo e il diritto autopoietico, ve lo dovete leggere, però diciamo è il diritto vivente che non è il diritto anglosassone, il diritto vivente, l'europa ha delle leggi scritte ma la maggior parte della normativa europea è fatta da un diritto vivente, che è un diritto di interpretazione della corte di giustizia ma che va molto al di là, è un corpus che non riesci a penetrare, a leggere visibilmente, devi avere un pò di capacità speculativa, di intelligenza. Bersani non ha capito niente sul diritto vivente, pensa solamente, magari da una lettura superficiale, c'è anche, per esempio, il rapporto tra la giurisdizione e l'avvocatura. Questa lettura di de Franchis è condivisibile, cioè qui non è che noi abbiamo un potere dei magistrati e poco potere degli avvocati, noi abbiamo un corpo solido, ristretto di magistrati e abbiamo una pleora e una frammentazione degli avvocati. E questa pleora e frammentazione determina un disvalore e una perdita in partenza dell'avvocatura che non riesce ad avere un potere a difendersi per il numero, per la svalutazione del proprio ruolo che si è ingrandito enormemente e si è completamente svalutato. Poi il principio di sussidiarietà questo proprio Bersani lo ignora, perché il principio di sussidiarietà è elementare, è anche, diciamo, un principio costituzionale, per esempio nel rapporto tra il pubblico e il privato, io lo sostengo come presidente della cassa, il pubblico dice: tu puoi perseguire anche delle finalità sociali, lo stato interviene solo se non sei in grado di perseguirle. Lo Stato è sussidiario, così l'Europa è sussidiaria rispetto agli stati nazionali, e direi, tranne in alcune materie dove c'è una invasività o c'è una esclusività dell'europa, normalmente è diffusa la sussidiarietà, cioè lo stato procede e l'europa non ingombra lo stato. Quando Bersani ha fatto il decreto (scusate se ve lo dico) ha detto “in nome dell'Europa”, invece non era in nome dell'Europa perché l'Europa non era invasiva della tua identità nazionale ma ti consentiva a te di scegliere la tua legislazione conformemente alla tua identità nazionale.

L'esondazione dei magistrati italiani. Io sto quasi alla fine. Questi magistrati, una gran parte, ultimamente ho letto anche qualcuno, anche le camere penali che si sono lamentate, i buoni magistrati ormai prendono la carriera ministeriale, stanno dentro la politica, stanno dentro i ministeri, probabilmente perché non ci sono dei politici all'altezza vanno a supplire, però c'è un'esondazione. Non abbiamo nemmeno una esondazione degli avvocati perché anche quelli buoni rimangono nell'inferno degli avvocati e quindi l'esondazione dei magistrati è una perdita di vitalità e addirittura accresce quel potere che già è concentrato perché sono nella vita pubblica, negli snodi

centrali del potere, nelle istituzioni rappresentative, nel governo, nell'economia, nelle università e nelle authority, le authority sono piene di ex magistrati, ci sono anche gli avvocati, qui mi va anche bene ma è un fenomeno.

L'orazione funebre di pericle, lui è idealista, c'è molto idealismo nelle cose che dice, in realtà lui ha vissuto in una realtà la vita de Franchis, propria, interiorizzata completamente, cioè lui che dice una massima e chi non è d'accordo, e poi vediamo che è tutto l'opposto, dice orazione funebre, virgolette, anche questi richiami che fa sono tutti appropriati, solitamente quando uno legge dei libri ci sono richiami, otto sono buoni e centotto no. No, sono tutti appropriati. È pazzesco, perché questi capitoletti che a volte sono anche di una pagina e mezzo o di una pagina o di mezza pagina, hanno delle frasi lapidarie che di per sé sono, e questa è anche una cosa importante perché questo è un libro da mettersi sul comodino, cambiandoci il titolo, io poi lo troverò un altro perché questo titolo mi dà fastidio, non mi fa dormire, io dormo più con i titoli dei singoli capitoli. Ebbene si costruisce una scala di valori fondata sulla stima che ciascuno sa suscitarsi attorno, per cui eccellendo in un determinato campo può conseguire un incarico pubblico in virtù delle sue capacità reali più che nell'appartenenza a questa o a quella fazione politica. È completamente disapplicata l'orazione di pericle nella nostra realtà, è tutto l'opposto, non è che dice qualche caso è così e qualche caso è diverso. Tutto l'opposto: tu hai la stima della società stai fuori; hai la disistima della società, fai imbrogli: entri. È tutto l'opposto.

Infine perché la Cina è vicina e l'Islam lontano? Qui dovresti scrivere un altro libro, perché noi siamo stati in Cina ultimamente, abbiamo fatto un grande seminario di giuristi e abbiamo tratto una grande impressione: l'impressione che la Cina cerca, la Cina è spinta verso le liberalizzazioni, tanto è vero che un parlamentare di centro-destra che stava con noi, questi non sono nemmeno socialdemocratici, sono molto molto al di là, sono di livello completamente diverso. Che cosa fa? Liberalizza, accetta le regole del WTO e poi non le applica, perché c'è il regime politico comunista e quindi si determina (questa frase è bella) un conflitto tra le libertà economiche che vengono esercitate e le libertà politiche che sono totalmente inesistenti. Allora se voi vedete che questi capitoletti saranno 300, 400, adesso solo leggendone 4 o 5 ognuno di noi ha tratto a volte conferma ma a volte respiro ulteriore alle cose che pensa, vedete che questo libro è immenso, ti riporta all'antico, alle vecchie letture che uno ha abbandonato, alle vecchie letture però in chiave modernizzata, perché c'è un'attualizzazione, pure io ho tratto qualche spunto sull'inaccettabile, bisogna vedere il confine quando la società è giusta, ma dove sta l'inaccettabile di questa società? Questo è un quesito importantissimo, che ti deve far pensare dov'è veramente l'inaccettabile di questa società? Qualcuno potrebbe dire, de Franchis direbbe tutta la società. Grazie.

Avv. Cipollone

La parola va adesso a Titta Mazzuca, noto penalista romano, e non soltanto romano.

Avv. Titta Mazzuca

Io credo che gli spunti incisivi di De Tilla, che ha trovato delle cose veramente preziose nel libro, forse hanno, mi sembra di poter dire, un segreto, o perlomeno uno dei segreti. E uno dei segreti potrebbe essere quello che de Franchis non deriva tanto i suoi libri dal sapere, anche dal sapere naturalmente, ma soprattutto dal fare e dal vissuto che egli trae tutte le sue considerazioni, le sue argomentazioni, i suoi approfondimenti.

De Franchis da giovane lascia la sua amata campagna e lavora per 20 anni in Europa e in Inghilterra, tra l'altro anche negli uffici internazionali delle Nazioni Unite e questo vissuto si trasfonde poi in una serie di libri, il più importante si potrebbe dire un'opera monumentale è il dizionario italiano britannico giuridico, in due volumi, italiano inglese – inglese italiano. Adesso abbiamo questo volume di 700 pagine, che ha un fascino particolare, il fascino è quello che già vi è stato detto da de Tilla, cioè un giro d'orizzonte, potremmo dire, tra le costellazioni giuridiche ma con ventate addirittura di verità che ti colpiscono e ti tonificano la mente. Non solo, ma un rovesciamento di luoghi comuni, e questa è una costante del libro, di luoghi comuni coriacei nel nostro paese. Io però più che, e del resto è stato fatto, sarà fatto di nuovo, più che attestarmi su questi spunti preziosi, di cui avete avuto una anticipazione così importante da parte di De Tilla e degli altri che ne hanno parlato, vorrei fare un volo radente sull'insieme dell'opera. E anzitutto domandarmi: ma quali sono i temi più importanti che de Franchis tratta? Anzitutto uno dei temi più importanti mi sembra sia il diritto, ma il diritto non inteso – e qui la polemica forte di de Franchis – non inteso come una scienza asettica, una disciplina autonoma da tutto, un qualcosa che viene accarezzato nelle università, come qualcosa che dovrebbe autonoma e separata da tutto. E invece la visione è completamente diversa: un diritto che è condizionato da tutto, che è una scienza prescrittiva sì ma in cui è la politica, per esempio, la politica è quella che si esprime di più attraverso la legge. E lui cita un autore, Kan Frende, che paragona il diritto ad un iceberg in cui il diritto è quello che fuoriesce dalle acque, ma sotto le acque vi è la parte più importante che è fatta di storia, di politica, di economia, di morale, di filosofia. E allora egli dice, uno dei capitoli più entusiasmanti è proprio questo, il diritto non è solo, e allora il capitolo è intitolato *Il diritto e i suoi compagni di viaggio*. Quali sono i compagni di viaggio? La storia, la qualità degli uomini, la cultura, chi debba applicare il diritto, la morale, la filosofia, la giustizia, la scienza. E proprio a proposito della scienza lui ricorda quella riunione a Manhattan il 2 dicembre del 1942, quando alcuni scienziati presieduti da Enrico Fermi, stabilirono che si entrava nell'era atomica perché si era trovata la fusione nucleare. Però poi dice poco dopo quell'evento, nel gruppo degli scienziati che

avevano partecipato al progetto manhattan scoppiavano angosciosi quesiti di leicità, angosciosi quesiti etici. Era moralmente lecito fabbricare una bomba che aveva un potenziale così devastante? Questo è il diritto. Il diritto che però viene influenzato anche dalla scienza.

Un secondo tema: la comparazione. Trascurata dalla scienza giuridica, è subito polemico de franchis perché dice: come perché comparare? La domanda dovrebbe essere quella opposta: perché non comparare?

Altra domanda: come mai si può pretendere di capire il diritto senza comparare? Eppure la comparazione non giuridica è una operazione mentale frequentissima e quotidiana addirittura. Allora perché non comparare i vari sistemi, i vari delitti. A questo punto egli fa una distinzione enorme, che rimane in tutto il libro. È vero che si passa, come diceva poc'anzi cassiani, dall'uno all'altro sistema, ma si passa per comparare, per spiegare le ragioni d'una diversità assoluta tra i due sistemi, cioè il *civil law*, il diritto che nasce dalle comunità romaniche e germaniche è il *common law*. Il *common law* è tipico del mondo anglosassone, lungo tutto il libro voi vedrete che questi due sistemi vengono comparati e quando si tenta di mescolare l'uno con l'altro i trapianti non riescono, tanto è vero che ad un certo momento il nostro autore parla di una riforma tradita. È la riforma di cui siamo stati testimoni tutti, quando si è voluto per esempio, nel processo penale, ispirarlo questo processo penale italiano al sistema accusatorio. E ne è nato un guazzabuglio. Ne è nato un guazzabuglio di cui siamo tutti testimoni perché il sistema si è cercato soprattutto di prendere dal sistema accusatorio quello che era più appariscente, addirittura filmico, e cioè la *cross examination*, e cioè la prova formata nel dibattimento, ma si è tralasciato tutto il resto. Pensate che si è tralasciato l'ordinamento giudiziario, perché se qualche cosa che distingue il *civil law* dal *common law* è proprio il giudice, è il giudice che è diverso nei due sistemi, perché l'uno proviene appunto dal vissuto, dalla professione forense attraverso una coaptazione del migliore, della qualità eccellente, e quindi per esempio, tanto per darvi un'idea, il giudice del sistema accusatorio non potrebbe mai fare una sentenza come quella, per esempio nel caso Welby che è stata fatta da un Tribunale, che è, nonostante un principio codificato in una Costituzione quale quello di poter non essere soggetti a un trattamento ma essere liberi di negare il trattamento, di rifiutare il trattamento separato, nonostante questo che è scritto in un articolo della costituzione, il giudice italiano, il giudice italiano che proviene da un ordinamento, come voi sapete, burocratico, al pari di tutti i concorsi e gli impiegati ministeriali, è la stessa cosa, non c'è nessuna differenza, ebbene il giudice italiano o il tribunale ci dice: no, c'è bisogno di una legge che regoli. Ma che cosa deve regolare una legge se c'è un chiaro principio codificato in una costituzione? Questa è la differenza. E allora noi siamo stati testimoni di una cultura prevalente sottostante che ha tradito la riforma, di una cultura che è riuscita a mantenere l'ordinamento giudiziario così com'era, senza rendersi conto che lì, nel sistema anglo-americano era proprio il giudice

diverso, a parte il fatto che il giudice poi, c'è tutta l'estinzione, sarebbe lungo descrivere, di una giuria accanto al giudice, e di tutta la disfunzione di chi per esempio nelle piccole cause dopo una carriera può diventare anche giudice, ci sono varie forme, c'è tutta la distinzione di un pubblico ministero il quale, proprio attraverso l'elezione popolare trova la forza di tutelare questo sentimento di sicurezza che la popolazione gli infonde, anzi lo condiziona su questo, nel senso che egli, proprio perché eletto, deve rispondere alla popolazione che ha bisogno di sicurezze e quindi deve agire in forza di questo deve agire. Quindi ha un mandato, ed è anch'egli un avvocato che ha la sua esperienza e ha fatto la sua esperienza nel vissuto. Tutta questa differenza enorme che vi è, è logico che la riforma doveva fallire, perché se tu rinunci a modificare il giudice e il pubblico ministero hai rinunciato alla parte più importante. Non solo, ma in Italia abbiamo inventato il giudizio abbreviato, e questa è stata una bella trovata perché il giudizio abbreviato significa questo, mi devi giudicare allo stato degli atti. Ma se io devo giudicare allo stato degli atti, questi atti li devo formare prima, prima del dibattimento. Allora facciamo una bella cosa: facciamo l'istruttoria come era prima. Questo è accaduto. Abbiamo fatto l'istruttoria come era prima e poi a un certo momento era fatale che questa istruttoria riemergesse al dibattimento. Perché? Perché attraverso il tempo, badate che il tempo non è una cosa fatalistica, il tempo è uno strumento in mano ai giudici e serve a indagare, anche il tempo il tempo è manovrato. Allora attraverso il tempo quando dopo anni al dibattimento il testimone non si ricorda più quello che ha detto, gli si domanda: ma avevi detto la verità prima, nell'istruttoria? Sì avevo detto la verità. E allora riemerge il verbale dell'istruttoria al dibattimento. Ecco la trovata che è venuta fuori per tradire una riforma che naturalmente è quello che è, e noi siamo adesso con il vecchio sistema delle istruttorie che si fanno prima e il nuovo sistema che si aggiunge come un doppione inutile nel momento del dibattimento.

E poi ultimo tema: l'università. Anche questo è molto importante. Perché? Perché, dice de Franchis, si insegna ai ragazzi un diritto che non esiste, cioè questo diritto pensato nelle università, che dovrebbe essere asettico, che dovrebbe essere lontano da ogni condizionamento, e poi si dice ma volete che l'università si possa cambiare e pensate che la possono cambiare i docenti? E lui scrive: i docenti sono immersi nella preoccupazione del sistema dediti a costruire eleganti cattedrali a guglia, prescindendo dalle esigenze della giurisdizione e del mondo moderno. Se voi pensate aspettarsi una riforma (scrive) dall'università, dai gruppi docenti, partiti, sindacati, rappresentanze studentesche, che ne hanno determinato la crisi, sarebbe come affidare la banca del sangue al conte Dracula.

La seconda cosa che dice sulle università è importantissima, è il rilievo che fa che non esiste colloquio, non esiste dialogo tra gli studenti e i docenti, gli studenti conoscono i docenti agli esami, non esiste alcun colloquio, non esiste alcun dialogo, e quindi anche questa una critica forte, per cui lui dice che questo non è conosciuto solo in Italia tanto che la rivista inglese Nature definisce i

concorsi universitari italiani ispirati alla meritofobia. E debbo dire che forse questo non vale solo per l'università, a onor del vero, alla meritofobia. Attraverso questi tre temi principali, ecco il volo radente che volevo fare, non so se ci sono riuscito ma per dare un'idea di tutta l'opera nel suo complesso attraverso questi tre temi egli si domanda se esiste in Italia una cultura della giurisdizione, perché noi sentiamo parlare sempre di cultura della giurisdizione. Ma, dice, come può essere? Fatemi capire, in altri termini, come potrebbe esservi questa cultura della giurisdizione col minuetto di funzioni tra pubblico ministero e giudice, questo continuo passaggio dall'una all'altra branca? Fatemi capire come può essere. E difatti vi è un caos giudiziario, questa è la conclusione, amara di de Franchis, perché egli dice: lo spezzettamento del processo penale e civile in decine e decine di udienze, che non è poi necessario, non è che lo ha raccomandato la Bibbia di spezzare il processo in queste minute udienze e di farlo poi a distanza di mesi l'una dall'altra, che si protraggono per lustri, quando non anche per decenni, in barba alla triade chiovendiana formata da oralità, concentrazione e immediatezza. Questa è un'amara conclusione.

Io però vorrei dire una mia sensazione, almeno per il settore penale, io ho la sensazione che questo caos non sia poi così casuale, perché c'è un dato inaccettabile che pone in rilievo anche de Franchis, il dato inaccettabile è questo: l'80%, pensate signori non si dice mai questo, o si dice poco, si è cominciato a dire da qualche mese ma prima non si diceva, si nascondeva sotto il tappeto: l'80% in media dei processi è a carico di ignoti, non c'è nemmeno uno che è denunciato, l'80% in media, naturalmente ci sono differenze tra i vari reati, il 60% le rapine, il 73% gli omicidi ma poi come media, parlando dei reati di una certa rilevanza, si passa all'80%. E del residuo 20% una, perlomeno un 40, 45% sono assolti. Allora io mi domando: ma non è che questo caos giudiziario, questo sminuzzamento, questo spezzettamento dei processi, è un qualche cosa, un pò di fumo che gli stessi giudici sono costretti, nella loro convinzione, nella loro soggettività, a fare per mascherare il tutto e per poter condannare, al limite, venendo meno non la cultura della giurisdizione ma quello che non c'è: la cultura dell'investigazione. È proprio quello che non c'è. Questa è la mia sensazione. Arriviamo alla conclusione. La conclusione quale è? Che mi sembra che de Franchis lasci uno spiraglio e questo spiraglio è la modifica dell'articolo 111 della costituzione. L'articolo 111 della costituzione finalmente, dopo travagli immensi, ha stabilito che cosa è il giusto processo, e lo dice chiaramente, in modo significativo, perché dice: ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti a un giudice terzo e imparziale. E non si contenta di imparziale, aggiunge anche terzo, terzo e imparziale. Immaginate il concorso insieme sotto braccio, affratellati tra giudice e pubblici ministeri, terzo e imparziale.

E allora dice una cosa importante, questo è uno spiraglio di speranza io credo che ci lascia il nostro così caustico Francesco de Franchis. E cioè egli dice,

e vorrei finire con queste parole: ora troviamo finalmente, almeno sulla carta, quei principi e quelle regole nell'attuale articolo 111 della nostra costituzione, oggetto di non poco travaglio politico, assai poco amato dai nostri giuristi nella gran parte, a seconda dei casi, o ignari della sua sconvolgente portata, quindi l'importanza che de Franchis, che è l'autore, dà a questa norma della costituzione, della sua sconvolgente portata, ovvero ben consapevoli dei cambiamenti che quella norma dovrebbe comportare, assai recalcitranti ad adattarsi al nuovo. Quindi c'è questo, che non è solo una speranza, ecco perché dico è uno spiraglio di un buon futuro, non si sa quando verrà ma certo è sconvolgente quella norma, dice lui, e dovranno adattarsi prima o poi. E quindi non solo ma vi è una speranza ma vi è addirittura la previsione. E così si conclude con questo ottimismo un libro scanzonato, un libro che ha rovesciato tutti i luoghi comuni, un libro che chi legge non c'è pericolo di tenerlo sul comodino perché non ci si addormenta con quel libro.

Avv. Giovanni Cipollone

La parola va adesso al professor Guido Alpa, Presidente del Consiglio Nazionale Forense.

Avv. Guido Alpa

Intanto saluto affettuosamente tutti gli intervenuti, saluto il nostro presidente, il presidente dell'Ordine di Roma, il Presidente della Cassa, il collega Spada e soprattutto l'avvocato Martuccelli che gentilmente si era prodigato perché io riuscissi a raggiungere faticosamente questo teatro. Saluto in particolare il professor de Franchis per il quale ho sempre portato non soltanto amicizia ma anche ammirazione. Devo dire che la sua opera più nota e la più utilizzata è il dizionario, che è una straordinaria enciclopedia, il professor de Franchis tra le tante qualità che ha, ha anche una grande umiltà, l'ha intitolato dizionario ma in realtà è una vera e propria enciclopedia, in cui ha riassunto lo scibile del *common law* traducendolo in categorie nel *civil law*, e in questo volume, che è intitolato “*Il diritto comparato dopo la riforma*”, lezioni e appunti, sempre con lo stesso stile, e cioè lo stile nel titolo minimalista e nei contenuti invece straordinariamente ricco ed elegante, ha offerto la sua lettura del fenomeno giuridico in quanto tale. Quindi una straordinaria messe di dati, una straordinaria messe di nozioni di idee ma soprattutto una interpretazione lineare che io condivido pienamente, sul modo nel quale il metodo giuridico deve essere organizzato, sul modo nel quale si debbono utilizzare le fonti, sul modo nel quale si deve fare la comparazione, sul modo nel quale si devono riscontrare negli altri ordinamenti valori e concetti che possono essere utilizzati nel nostro, mantenendo sempre però le distinzioni che sono utili non tanto per promuovere quella che oggi i moderni comparatisti chiamano la concorrenza degli ordinamenti, quanto piuttosto per trovare le soluzioni più

convenienti dal punto di vista economico più efficienti, dal punto di vista dei valori più soddisfacenti, in una società complessa, frammentata e disorganica, tumultuosa come la nostra. E allora è chiaro che di fronte a un libro come questo è molto difficile non solo fare un riassunto ma è molto difficile anche esprimere valutazioni che non scendono poi nell'ambito dei singoli problemi che sono trattati. Mi è parso sia un libro – se potessi così definirlo – al tempo stesso monadico e circolare. Monadico perché ogni paragrafo, non dico ogni capitolo ma ogni paragrafo ha una sua logica in sé e quindi sviluppa un'idea, e quindi si può astrarre perché in quel momento c'è un risultato del ragionamento che offre all'interprete un ausilio per la soluzione di un problema. Questo è un libro problematico ma che non lascia aperti i problemi, questo è un altro aspetto molto positivo che mi è parso di cogliere leggendo il testo.

Dicevo anche circolare perché gli stessi argomenti ritornano di capitolo in capitolo, o di parte in parte ma sotto angolature diverse. E questo spiega anche perché il diritto, così come è visto e che io condivido assolutamente, è un diritto poliedrico, come se fosse osservato non attraverso il telescopio del *civil lawyer*, non attraverso il microscopio del *common lawyer* ma attraverso il caleidoscopio del giurista italiano che ha alle spalle una tradizione culturale straordinaria, forte di una tecnica giuridica ma che sa che il diritto non è tecnica, o comunque non è solo tecnica. Queste, tra le diverse posizioni che con molta nettezza Francesco de Franchis assume, sono almeno quelle che mi hanno più colpito e che devo dire mi trovano totalmente d'accordo.

Quindi la mia non sarà una trattazione dei temi che de Franchis ha svolto, segnalo le pagine che mi sono parse più straordinariamente innovative rispetto ad una linea di discorso che comunque è tutta orientata nell'interpretare il diritto in una società moderna. E de Franchis parla sì di comparazione ma usa la comparazione per decifrare il fenomeno giuridico. E allora essendo colto ed essendo questo un libro colto, descrive diverse tecniche con cui il fenomeno giuridico viene illustrato, e non esclusivamente, e direi neanche prevalentemente, attraverso le tecniche che noi siamo portati a considerare naturali, perché sono il frutto dell'insegnamento un po' tradizionale delle nostre università, il frutto anche un po' della pigrizia del giurista che molte volte si abbandona all'idea che il diritto sia riproduzione di sé medesimo e che stenti ad adattarsi al ritmo incalzante della società che il diritto dovrebbe tradurre in formule, e quindi adattandosi momento per momento ad essa, ed invece molte volte, per l'incultura o per l'affezione alla tradizione, oppure per la pigrizia culturale, si forma questo iato. Esempi invece di modernità assoluta tutta la parte che de Franchis dedica al rapporto tra diritto e letteratura. Questo è un filone che era stato avviato negli stati uniti, che da noi ha avuto un qualche barbaglio nel corso degli anni '80, inizio anni '90 ma poi si è abbandonato semplicemente perché allora faceva notizia ma non si è tratto da questo indirizzo interpretativo un messaggio, il messaggio che qui de Franchis ci dà, e cioè che diritto e letteratura non è soltanto andare alla ricerca un po'

semplificistica delle pagine che sul diritto hanno trovato ospitalità nei grandi romanzi, dai romanzi di Tolstoj a Kafka a Manzoni e così via, ma qui tutti noi saremmo, avendo fatto le nostre letture e avendo a disposizione la biblioteca saremmo in grado di comporre una antologia di ... Il discorso è diverso, il discorso è metodologico, il diritto inteso come analisi testuale, il testo interpretato nel suo contesto, de Franchis non è un fautore dell'interpretazione letterale, per nostra fortuna, non è un fautore dell'interpretazione solamente tecnica, il diritto come letteratura inteso come racconto e il racconto inteso come ricostruzione dell'ambito nel quale la regola viene calata. E poi tutte le possibili interpretazioni di un testo, pensate al rapporto che ci può essere tra interpretazione del diritto di un testo giuridico e l'interpretazione di un testo religioso, l'interpretazione di un testo filosofico e così via. In fin dei conti diritto e letteratura ci spiega come non soltanto il diritto debba essere inteso in senso multiforme ma molteplici possono essere le interpretazioni dello stesso testo.

Vado per semplificazioni ovviamente perché il discorso potrebbe essere molto più articolato.

De Franchis non si risparmia, nel senso che affronta di petto problemi fondamentali dell'educazione del giurista, quindi rapporto tra diritto positivo e diritto naturale. Tutti noi abbiamo studiato, e anche devo dire con profitto non solo Kelsen ma anche Norberto Bobbio, però qui troviamo una critica molto garbata ma anche ferma del pensiero di Norberto Bobbio, nel senso che è vero che il diritto positivo è il diritto vigente, ed è vero che il giurista deve essere affezionato, legato al diritto positivo, ma non dobbiamo dimenticare che anche il diritto positivo è frutto di interpretazione, e che il diritto positivo riposa su valori. E qui nasce allora il problema, sul tema de Franchis ritorna in più occasioni, giusnaturalismo nella storia del diritto, giusnaturalismo come complesso dei valori sui quali riposa la mentalità giuridica dell'occidente, giusnaturalismo come complesso dei valori sui quali riposano le costituzioni moderne che tutelano la persona, però sottolinea, come individuo, e quindi costituzioni moderne occidentali nelle quali è l'individualismo che prevale rispetto ai diritti della comunità, è la visione del giurista inteso in senso comunitario.

Dobbiamo ritenere che oggi siamo in presenza di un neo giusnaturalismo, mi sembra di capire che, attraverso ovviamente la decifrazione del termine “giusnaturalismo” che ne dà de Franchis, la risposta sia positiva, nel senso che non è che il diritto positivo in sé possa ritenersi come un complesso di regole che possono fare a meno, possono essere distaccate dai valori sui quali riposa la nostra civiltà, il problema è di capire se questi valori sono, tra virgolette, pre-statali e in che forma e in che modo lo stato e il diritto positivo debbano prendere coscienza e debbano riflettere.

Certamente de Franchis non è un pirronista, c'è un bellissimo paragrafo, il pirronismo è dei giuristi nemico mortale del diritto, ma io condivido l'impressione che l'oratore che mi ha preceduto sottolineava, e cioè che questo libro è un libro

pieno di speranza, cioè un libro che crede nel diritto come espressione di valori. Certo è una interpretazione disincantata, difficoltà di decifrazione delle norme che sono molte volte oscure; complessità della giurisprudenza che molte volte è contraddittoria [...] Difficoltà di fare la comparazione che non sia soltanto una comparazione di carattere formale, certamente non la conclusione che di fronte a queste difficoltà il legislatore ci induce a ritenere che non sia possibile applicare più il principio *ignorantia legis non excusat* oppure che sia inutile andare alla rincorsa del significato delle norme dal momento che questa produzione vertiginosa di norme diventa poi impossibile da governare.

Non è questa la sua scelta, dal diritto risorgono persino le società che l'avevano negato, e qui ci sono bellissime pagine sul nazismo, rapporti tra nazismo e diritto, anche là dove il diritto era stato utilizzato per la realizzazione del male, quelle società sono riuscite a risorgere, quindi a restaurare i valori nei quali oggi noi crediamo.

Non mi dilungo sui problemi relativi al diritto e potere, mentre mi sembra che valga la pena di richiamare l'attenzione sugli aspetti relativi all'interpretazione e alle fonti del diritto. Questo è un punto capitale che purtroppo né nei manuali di teoria generale, normalmente, né nei manuali di diritto costituzionale, né nei manuali di diritto privato si mette in luce, e cioè si tende a pensare che l'articolo 12 delle preleggi sia una sorta di tavola di canoni che valgono per tutte le norme dell'ordinamento, qualunque sia la loro origine, la loro provenienza, in realtà non è così e sia in questo capitolo, sia nel capitolo che de Franchis dedica al diritto comunitario, si spiega con molta nettezza che un conto è l'interpretazione delle norme che appartengono al diritto interno, altro conto l'interpretazione delle norme che appartengono al diritto comunitario, che è sempre diritto interno ma di provenienza sovranazionale.

Un conto è l'interpretazione della norma costituzionale e delle sentenze della corte costituzionale, altro conto è l'interpretazione della legge ordinaria, e nell'ambito della legge ordinaria ovviamente non dobbiamo eseguire soltanto il criterio letterale, perché dobbiamo ricostruire la volontà del legislatore. E poi dobbiamo tener conto del fatto che il sistema delle fonti non è più quel sistema geometrico articolato secondo la.... Di cui parlava Kelsen, e che purtroppo ci portiamo dietro come se fosse una sorta di radice della quale noi non riusciamo a liberarci, le fonti ormai sono complesse, le fonti sono articolate, fonte non significa soltanto diritto dello stato ma significa diritto regionale, tanto è vero che de Franchis dice la nostra costituzione ha subito tre rivoluzioni: la rivoluzione originaria, e cioè quella dell'introduzione di norme costituzionali di valori diversi rispetto a quelli della legge ordinaria, distinzione che non c'era nello statuto albertino; l'adesione al trattato di Roma del 1957, che ha introdotto questa nuova fonte straordinaria che è il diritto comunitario, e poi la terza rivoluzione, la legge costituzionale n. 3 del 2001 che ha introdotto una legislazione regionale che si occupa di tutti i possibili settori in cui può penetrare il diritto salvi quelli riservati

allo stato o come legislazione esclusiva o come legislazione concorrente. E quindi evidentemente ciascuna di queste fonti richiede criteri diversi di interpretazione, per cui una pluralità di criteri interpretativi che è strettamente collegata col sistema delle fonti.

Vi sono poi altri punti che varrebbe la pena di sviluppare, per esempio tutto il discorso del rapporto tra *common law* e *civil law*, si chiede de Franchis, ma per la verità riproduce una domanda che lui ritiene giustamente stupida, quale sia il migliore tra i due sistemi, quello di *civil law* e quello di *common law*, se lo è posto la banca mondiale sul rapporto del 2004, sostenendo che è migliore il sistema di *common law* e che i giudici che applicano le regole del *civil law* sono giudici pigri, conservatori e potenzialmente corrotti e quindi invitando gli investitori a investire nei paesi nei quali si applica la *common law* piuttosto che la *civil law*. Uso, per fare un omaggio a de Franchis, il femminile perché io sono fra quelli che invece usano il maschile, il *civil law* e il *common law*, ma dopotutto lui ha spiegato, e mi sembra giustamente, che, a parte la questione di lana caprina sul sesso del *common law* e del *civil law*, è più opportuno usare quello tradizionale del femminile, anche perché non è vero.

Ma a parte questo, ci sono invece due o tre punti sui quali vale la pena riflettere. Punti sui quali vale la pena di riflettere nel senso che sono ancora problemi aperti e che de Franchis segnala come problemi che devono però essere risolti: il ruolo dello status. Giustamente dice lo status, a proposito della disciplina, della posizione della persona, lo status non è stato molto approfondito, sono i saggi di rescigno, anche noi quando appartenevo all'istituto di Genova avevamo approfondito soprattutto con riguardo ai nuovi status dei consumatori e così via, però in realtà quella straordinaria costruzione sociologica, dallo status al contratto, dal contratto allo status, che si è registrata nell'evoluzione, nella cultura giuridica nord-americana da noi ha avuto soltanto dei riflessi senza poi portare a dei risultati concreti.

Altro punto: l'incertezza del diritto. Oggi di fronte – non dobbiamo essere ovviamente nichilisti, non condividiamo le tesi dei nichilisti, però siamo consapevoli del fatto che la frammentarietà, la complessità delle fonti e la difficoltà che il giurista trova nell'inseguire la produzione normativa implica che, e anche questo potere di nomofilachia che la cassazione ha cominciato ad utilizzare solo da pochi anni in realtà, implica che il tasso di incertezza dell'ordinamento sia piuttosto elevato. Allora il problema è: dobbiamo parlare ancora o credere ancora nella certezza del diritto oppure in modo più realistico dire che dobbiamo tollerare una certa incertezza nel diritto. Allora il problema è di non superare una soglia di intollerabilità della certezza sapendo che la incertezza è nelle cose, ed è probabilmente intrinseca. Lo stesso diritto, da quando il diritto non è più come il monumento dei romanisti e del diritto romano accolto poi nel medioevo come un monumento che è commentato, ha raccolto i commenti eccetera, ma in qualche modo di principi fissi quanto piuttosto un processo che si adatta giorno per giorno, momento per momento alle esigenze della realtà.

Altro problema. Come reagire rispetto ad un diritto comunitario che molte volte ci pone in difficoltà. Qui si accenna, ma mi pare oggi i giornali, purtroppo non ho ancora avuto modo di leggere la sentenza che riportavano, il contenuto di questa pronuncia delle sezioni unite relative al divieto dell'avvocato di svolgere attività imprenditoriale. È un principio che noi abbiamo sempre sostenuto, un principio che è contenuto nella legge del 1933, ma questo principio urta con l'altro principio di diritto comunitario che considera invece il professionista come un imprenditore, ai fini della concorrenza.

Allora dobbiamo uscire dall'equivoco, se il professionista è equiparato all'imprenditore allora non si capisce perché al professionista si debbano porre dei limiti nell'esercizio della sua attività, se si pongono dei limiti vuol dire che allora l'attività professionale è diversa dall'attività imprenditoriale e che quindi due debbono essere i regimi e non un regime unico come vorrebbe la giurisprudenza comunitaria, e in particolare qualche interpretazione data dalla commissione europea, che invece equipara le due posizioni.

Non mi soffermo sull'ultima parte del libro *“Diritto e processo”*, però segnalo che anche qui c'è un problema aperto che purtroppo dovremo risolvere anche noi giuristi in breve tempo, e cioè il discorso delle class action, questa è una novità che adesso pervade anche il nostro ordinamento, ha degli aspetti positivi l'idea di introdurre nell'ambito del diritto processuale un meccanismo di tutela non tanto degli interessi collettivi, perché questo c'è già, l'azione inibitoria di cui all'articolo 140 del codice del consumo, quanto piuttosto un sistema che, in virtù di un sostituto processuale che può essere un'associazione, tutela diritti individuali, questo per noi è in qualche modo un corpo estraneo rispetto a un sistema processuale che è fondato sulla tutela dei diritti individuali, e quindi un processo come tutela del diritto che fa capo al singolo e che richiede quindi un adattamento, giustamente seguendo gli insegnamenti di de Franchis dovremo dire non possiamo fare trapianti senza adeguare questi sistemi a una società come la nostra che certamente è diversa da quella nella quale questi sistemi sono sorti, che è quella nord-americana.

Vorrei dire molte cose di più, perché tante sono le osservazioni, le reazioni, e anche le soddisfazioni che si traggono leggendo questo libro, mi auguro solo questo: che il voto del consiglio nazionale forense, che aveva proposto di inserire, oltre al diritto comunitario, anche il diritto comparato, sistemi giuridici comparati, questo poi è da verificare, tra le materie orali di esame, possa essere finalmente accolto e poi, tutto sommato, se si dovesse, per limitare il numero delle materie orali, sacrificare il diritto ecclesiastico non credo sarebbe un grande sacrificio perché è assorbito dal diritto amministrativo, chi avesse vaghezza di studiare o di interrogare il diritto ecclesiastico potrebbero farlo nell'ambito del diritto amministrativo. Grazie.

Avv. Cipollone

Ora la parola va al professor Paolo Spada, ordinario di diritto commerciale presso l'università La Sapienza di Roma.

Prof. Paolo Spada

Grazie, ma chiedo innanzitutto di sopprimere il professore, perché ho sentito che la cooptazione dei professori è governata, e purtroppo spesso è vero dal principio della meritofobia. Ora è vero che io sono vecchio, è vero quindi che posso vagheggiare un'età dell'oro nel quale la meritofobia era rimpiazzata dalla meritocrazia, ma ad ogni buon conto mi chiamo Paolo Spada e sono un amico di Francesco de Franchis, un lettore di questo bel libro. Un libro che, ormai anche chi non l'avesse letto, e ci vuole per leggerlo, lo ha capito, è un libro innanzitutto divertente, come ci hanno ammonito una serie di campioni che ci ha fornito l'avvocato De Tilla, poi è un libro fecondo, come si può congetturare dalle osservazioni piene di risonanze tecniche ma di risonanze anche politiche, di risonanze di civiltà che abbiamo ascoltato da parte dell'avv. Mazzuca. Ed è – aggiungo – anche un libro rabbioso, nel senso che il pensiero che l'anima è un pensiero forte, ed è un pensiero che non ha paura di nessuno, e la citazione che si legge prima dell'incipit è eloquente sull'identità dell'autore, se un uomo non è disposto a correre qualche rischio per le sue idee o le sue idee non valgono niente o non vale niente lui. Ecco de Franchis vale perché non manda mai a dire, non allude ma dichiara. E da questo punto di vista la sua è una rabbia virtuosa. Il titolo - diceva l'avv. De Tilla, non gli piace, per la verità anch'io nel prendere gli appunti che guideranno questa chiacchierata avevo scritto che il titolo è un titolo decettivo, la parola “decettivo” essendo utilizzata dagli specialisti in proprietà industriale quando si riferiscono ad un marchio che inganna il pubblico, è decettivo perché nonostante la dizione molto tradizionale, molto osservante di diritto comparato, non è affatto un manuale di diritto comparato, né un trattato di diritto comparato. Quanto alla riforma suppongo la riforma universitaria, anche se lui non ce lo dice, e probabilmente tante altre riforme, come mi sembra che l'uso di questa parola abbia suggerito all'avvocato Mazzuca, anche la riforma, se è la riforma universitaria, è molto pretestuosa. Io penso che il titolo più eloquente sul progetto di progressione tematica e di riflessione stia nel sottotitolo “*ricerca per l'insegnamento*”, un sottotitolo che probabilmente è l'ennesima dimostrazione dell'understatement che Francesco de Franchis ama praticare e che lo ha indotto a suo tempo a chiamare una vera e propria enciclopedia dizionario.

Io tenterei, per assolvervi poi il più rapidamente possibile dal debito di cortesia dell'ascolto, di condividere con voi il ricavo (sottolineo il singolare) che come lettore ho tratto da questo libro, in qualche modo avvalendomi del fatto che altri, Guido Alpa, ha fatto una sorta di inventario dei molti dissensi, delle molte idee e delle molte proposte che sono sparse ma sempre secondo un percorso molto pensato nelle 700 e oltre pagine di questo volume.

Il libro, dicevo, non ha molto a che fare col diritto comparato secondo me, il libro è uno sguardo sull'esperienza giuridica intesa come vera e propria esperienza antropologica, come esperienza dell'esistenza e della coesistenza. Non si studia di comparare esperienze diverse nello spazio ma pure nel tempo, ma fa della comparazione, o come dicono i linguisti della contrastiva, di regole e sistemi di regole, un percorso, un itinerario per pensare la molteplicità delle civiltà, la molteplicità delle culture. L'articolazione territoriale e la pregressione nel tempo di questa esperienza che chiamiamo diritto sono piuttosto uno dei dati della esperienza stessa, come lo sono (dice giustamente de Franchis) la violenza individuale e collettiva, il costume, la religione, gli appetiti economici e persino sessuali. Ci sono delle pagine molto levitate su questo terreno. Ma è importante per la comprensione di questa esperienza, di questo tessuto di regole delle quali rischiamo sempre di essere servi e di poco servirci. È insomma quella di de Franchis una ricerca per lo studio del precettivo giuridico, cioè delle regole di comportamento giuridico tenendo conto della molteplicità delle realtà sociali, consecutive nel tempo o compresenti nello spazio. La riforma dell'insegnamento del diritto, dell'insegnamento giuridico è un momento di questa meditazione sul diritto come esperienza antropologica, e serve non solo a riformare l'insegnamento ma innanzitutto a riformare la conoscenza di questa esperienza, convinto – come penso che de Franchis sia – che aveva perfettamente ragione Roland Rart quando nella lezione inaugurale della cattedra di semiologia al College de France nel 1997 disse che c'è un'età in cui si insegna ciò che si sa e poi c'è un'età nella quale si insegna ciò che non si sa e che insegnare ciò che non si sa è ricerca. Sicché c'è una circolarità non sopprimibile ma una circolarità virtuosa tra la meditazione sull'esperienza e l'insegnamento dei frutti di questa meditazione, anzi lo specifico dell'insegnamento universitario è soltanto questo, cioè condividere con i nostri studenti quel che noi pensiamo.

Ora questo tipo di riflessione sull'esperienza e sul come si insegna l'esperienza, induce sostanzialmente de Franchis a contrapporre due fondamentali modalità del pensiero e dell'insegnamento, che abbiamo visto essere sostanzialmente la stessa cosa: il pensare per sistemi e il pensare per problemi. La nostra università tuttora è una università nella quale il pensare per problemi, e cioè il partire dall'evento della vita per poi ricercare quali siano le regole che lo orientano o che consentono di soddisfare i bisogni mobilitati da questo evento della vita, il pensare per problemi è ancora una rarità, la nostra didattica, io l'ho detto tante volte, è una didattica dell'indicativo presente, è un catechismo giuridico nel quale si offre allo studente un repertorio di definizioni, il diritto soggettivo è il contratto è, e non si mette lo studente, neppure quello dotato della migliore delle memorie possibili, di affrontare sulla base di questo repertorio di definizioni, un caso della vita e proporre una soluzione plausibile, non lo si mette in grado insomma di declinare, in termini di legalità, la giustizia. Questo credo sia al fondo il senso della contrapposizione tra pensare per problemi e pensare per sistemi.

Nelle parole che più mi sarebbero congeniali direi che questo significa innanzitutto rifiutare una visione sostanzialistica del linguaggio legislativo e del linguaggio normativo, non pensare mai che sotto un unico strumento linguistico vi sia un'unica realtà, ricontestualizzare sempre il nostro linguaggio domandandoci a che cosa serve, quali sono gli interessi che mobilita, quali sono gli interessi che penalizza, quali sono gli interessi che premia.

Io penso che il libro de franchis sia un saggio appassionato, al punto – come dicevo – di essere talora smodato, rabbioso, del pensare per problemi, del ripensare per problemi le grandi aree del sapere giuridico, diritto e società, diritto e istituzioni, diritto e concettualizzazione dell'esperienza giuridica, ciò che lui chiama rappresentazione del diritto, diritto e processo, diritto e libertà, il tutto nel contesto della civiltà occidentale ma con delle aperture che chissà, forse, preluderanno al lavoro nel prossimo futuro nei confronti di culture altre, radicalmente altre, come può essere la cultura estrema orientale o quella islamica.

Di queste aree, che lui percorre, che lui esplora, quella che più mi ha colpito, l'ha citata anche Guido ma io inviterei chi non avesse letto il libro a partire dalla lettura di quanto sto per dire, quella che più mi ha colpito è quella dei rapporti tra diritto e processo, che sono sviluppati partendo innanzitutto dalle modalità di reclutamento della magistratura, dalla valorizzazione della importanza del condizionamento che si sviluppa dal fatto che la magistratura sia di nomina elettiva o di cooptazione attingendo alla classe forense, oppure che sia di nomina burocratica, che costituisca un ordine, come costituisce nelle esperienze europeo-continentali.

La modalità del reclutamento diventa un fattore fondamentale ai fini anche della declinazione delle motivazioni. Io sono convinto, l'ho detto anche qui più volte, che la vera radicale differenza tra lo stile continentale e lo stile anglosassone stia in questo: che nello stile continentale, per ragioni che risalgono anche alla formazione degli stati nazionali, nello stile continentale la motivazione delle sentenze viene sviluppata rispettando regole di logica dell'argomentazione, retorica per dire la parola appropriata. E lo sviluppo della motivazione in termini di retorica è pensata per procurarsi il consenso di una cerchia ristretta di persone, di una cerchia di persone che fanno sostanzialmente lo stesso mestiere. Il giudice anglosassone motiva in modo radicalmente diverso, probabilmente in ragione delle modalità del reclutamento il giudice anglosassone va alla ricerca del consenso non di una stretta cerchia di persone che ha familiarità con la retorica, ma va alla ricerca del consenso della collettività, dalla quale è stato più o meno indirettamente selezionato. Io credo addirittura che la stagione del law and economics che da 15 anni, 20 anni a questa parte, ha finito per condizionare il modo di fare diritto nell'Europa continentale, anche nell'Europa continentale, questa modalità del law and economics sia un registro per procurare il consenso collettivo sulle motivazioni in una realtà, come è la realtà dell'economia globalizzata, nella quale i veri valori, i valori fondanti sono i valori del mercato.

Non mi piace ma temo che le cose stiano più o meno in questi termini.

Da questo punto di vista, l'esperienza di Francesco de Franchis e la mia hanno delle somiglianze che probabilmente giustificano la richiesta gentile di Francesco di parlare del suo libro. Anch'io ad un certo punto mi sono deciso a mettere per iscritto un modo di insegnamento che sento diverso, al punto che ho avuto il coraggio di chiamarlo nuova didattica, ed è un insegnamento che allo stesso tempo serve alla ricerca ed è servito dalla ricerca e che muove grossomodo da queste tre convinzioni che nonostante la diversità delle parole non credo che siano profondamente diverse dalle convinzioni di Francesco, e cioè che innanzitutto il diritto è un mondo di parole, là dove sopravviene il gendarme o l'ufficiale giudiziario il diritto non c'è più. È solo nel momento in cui si riparla che il diritto ricompare. Sono parole, quelle del diritto, che possono fare molto male e qualche volta un pò occasionalmente fare anche del bene, sicché chi le usa deve essere sempre molto vigile sulla capacità di nuocere o sulla capacità di far del bene collegata alle parole che utilizza. E da ultimo questo è il terzo dei canoni con i quali ho cercato di fare una didattica che mi sono preso la libertà di chiamare nuova, e che i concetti sono a servizio di un progetto dichiarato di plausibilità sociale della soluzione, o se preferito di giustizia, sicché oltre a guardare al bene o al male che possono fare le parole, bisogna sempre guardarsi dal diventare schiavi dei concetti e fare invece in modo che i concetti ci servano.

Ecco, concludo condividendo con voi un auspicio che sento circolare nelle pagine di de Franchis, e cioè che il giurista entri a pieno titolo nel novero degli attori della cultura e della storia della cultura. Qualcuno si sarà accorto che de Franchis a un certo punto si domanda perchè non ci sia un premio Nobel per il giurista mentre c'è il premio Nobel per l'economia. E qui dà delle spiegazioni, forse non la parte migliore di questo tuo libro, ma insomma delle spiegazioni che attingono alla mente principale delle esperienze, e alla possibile concorrenza con altre discipline altrettanto molteplici. Fatto sta che la spiegazione che darei io, e con la quale appunto concluderei, è che noi giuristi siamo considerati dalla cultura umanistica contemporanea dei tecnici, non sediamo con pieno titolo al tavolo dei grandi dibattiti contemporanei. Vi racconto un episodio personale che secondo me è eloquente di questa marginalità nella quale i giuristi stessi si sono messi presentandosi come tecnici della trasformazione verbale dei testi, come autori del cavillo e non già come uomini che pensano la società nella storia e che fanno come gli altri politica. Quando ero un giovane professore insegnavo diritto commerciale a Firenze, erano gli anni nei quali leggevo, con una passione incontenibile, le opere di Fernand Braudel, di questo grande storico francese e di altri storici che avevano alimentato la rivista *le annal* che ha completamente rivoluzionato il modo di fare storia. Ebbene avevo sempre notato che Braudel nel mentre suggeriva di fare la storia, non già dei grandi avvenimenti, delle battaglie o dei trattati di pace ma fare la storia quotidiana utilizzando tutto lo spettro delle scienze sociali, dalla demografia alla sociologia all'economia e via dicendo, non citava mai il diritto. Ebbene un giorno Fernand Braudel venne nella mia facoltà a Firenze a tenere una conferenza e alla fine della

conferenza, pieno dell’entusiasmo che poi era alimentato dalla giovinezza e via dicendo, mi presentati e chiacchierai con lui, evidentemente riuscendogli simpatico perché alla fine di questa conversazione lui mi disse: ma lei che cosa fa qua? – faccio il professore di diritto commerciale. E lui mi disse: *que dommage!*

Avv. Cipollone

Sono ora previsti due interventi brevi, uno dell’avv. Carlo Martuccelli, componente del Consiglio Nazionale Forense, e l’altro dell’avv. Francesco Petrella, del Foro di Caserta accademico tiberino. Grazie.

Avv. Carlo Martuccelli

Non è facile dopo aver ascoltato tanta dottrina aggiungere qualcosa sul libro di Francesco de Franchis. Io non mi metterò a fare le lodi di Francesco, perché sarebbe cosa ovvia considerati i rapporti che ci legano da molti anni, dirò soltanto che a quello che ho ascoltato vorrei aggiungere tre considerazioni brevissime. E sono queste, che poi sono le cose che, tra tante altre mi hanno colpito e che forse non sono state dette prima di me. Una di questa, che cioè de Franchis ribadisce nel libro quella necessità di una cultura generale che il giurista deve avere, cioè de Franchis secondo me, proprio nell’esordio e nella prefazione, ci dice: ma guardate che in realtà ai giovani oggi si danno nozioni, soprattutto si danno insegnamenti separati l’uno dall’altro ma in realtà c’è bisogno di creare un sottofondo sul quale poi costruire quanto necessario e costruire la cultura del giurista. Quindi questa necessità ripetuta, che poi secondo me si rilegge in tutto il libro, questo della necessità di creare quindi una cultura generalizzata e profonda da parte del soggetto che poi si appresta a studiare il diritto è, secondo me, un connotato importante e la necessità quindi che vi sia un coordinamento tra le varie branche proprio per evitare che gli insegnamenti restino autonomi l’uno dall’altro e quindi slegati, e quindi non idonei a dare al giovane quella appropriata conoscenza che consenta a lui poi di districarsi nell’ambito del diritto e della legge.

Questo è un primo rilievo. Un secondo rilievo è quello che riguarda l’avvocatura. Per chi si è occupato di istituzioni da anni come me non può non essere colto questo profilo che Francesco de Franchis riprende, parlando appunto come è stato già detto prima di me, di processi di avvocatura quando sottolinea il fenomeno dell’utilizzo dei grandi avvocati nei paesi nei quali i grandi avvocati arrivano alla magistratura. Io non credo che Francesco voglia dire che in realtà sia questo il sistema, ma abbia voluto sottolineare come in realtà forse si debba andare alla ricerca di questi grandi avvocati. Io non so se qui ho interpretato bene il pensiero di Francesco, ma Francesco secondo me, o forse è una mia idea che ho ritenuto di leggere nel suo libro, ribadisce questa necessità di tornare alla grande avvocatura, quell’avvocatura che purtroppo negli ultimi tempi si è persa. E quindi

la necessità di creare un recupero di professionalità dell'avvocato tale da diventare quel grande avvocato che nei molti paesi finisce con l'essere poi cooptato dalla magistratura, non perché veda nel magistrato un elemento superiore all'avvocato ma perché ammette, afferma che il riconoscimento del passaggio alla magistratura stia a significare una consapevolezza di una possibile, comunque potenziale capacità dell'avvocato ad essere un grande avvocato.

Ultimo elemento che invece non mi vede d'accordo e mi vede dissenziente. Non sono d'accordo Francesco nella tua idea, fra l'altro ripetuta e ribadita con molta forza, della necessità della manifestazione della opinione dissenziente nelle sentenze della corte costituzionale. Io ho ascoltato con molto interesse quello che ci ha detto il professor Spada prima di me, con riferimento alla motivazione delle sentenze, mi trova perfettamente d'accordo, però una cosa è parlare della necessità di motivare le sentenze in un modo piuttosto che nell'altro, e quindi la cultura della motivazione della sentenza che sia quella di provenienza dai paesi anglosassoni piuttosto che quelli pieni di espressioni di conoscenza del diritto che forse c'è da noi, ma il discorso non è questo, il discorso è un discorso politico, posto che Francesco de Franchis ci dice più volte nel libro che in fondo poi tutto è politica e il diritto è politica, cosa che io condivido, però una cosa è la politica una cosa è utilizzare alcune posizioni istituzionali di istituzioni giurisdizionali, per far politica.

La manifestazione dell'opinione dissenziente nelle sentenze costituzionali, a mio modestissimo parere, porterebbe a marcare ancora di più, ad approfondire ancora di più il segnale politico che in quella sede c'è. E allora che cosa si creerebbe? Si creerebbe quello che nel nostro paese avviene molto più che negli altri paesi, e cioè questo approfondimento di natura non più politica ma addirittura partitica, il che è l'aspetto peggiore del problema, perché a questo punto creerebbe in quella sede quello che avviene nella politica intesa come politica di partiti e di politica governativa e comunque di opposizione e di maggioranza nel parlamento. Quindi io ti invito a riflettere perché quella tua convinzione, che io apprezzo come modo di essere convinto tra l'altro facendo in quella parte una serie di similitudini e prendendo a spunto addirittura paesi che rispetto al nostro sono considerati di minore rilievo e di minore approfondimento giuridico, pur dandoti atto di questo tuo approfondimento, io mi permetterei di invitarti a ripensare un attimo questo aspetto che non mi trova d'accordo. Io credo che Francesco de Franchis di questo non me ne voglia, nel senso che tutto sommato il fatto che si sia detto bene che qualche spunto polemico ci sia sia un fatto più positivo che negativo, ma questo è un mio pensiero che può essere condiviso o meno, è un invito da parte mia a Francesco ad approfondire questo aspetto che probabilmente potrebbe creare nel diritto positivo del nostro paese, complicazioni più che facilitazioni. Naturalmente con questo voglio soltanto ribadire quello che si è detto su questo volume, che dovrà accompagnarci, io non sono d'accordo come mazzuca con de tilla che il libro faccia dormire, tutt'altro!

De Tilla

Il contrario ho detto.

Martuccelli

Ame tiene sveglio, e ho piacere che mi tenga sveglio, perché se si è svegli nel leggere i passi di Francesco De Franchis è uno stare svegli utile e proficuo ai fini della...della cultura che nel nostro paese devono tornare ad essere quelli di una volta. Grazie.

Avv. Francesco Petrella

Grazie. Il riferimento a Caserta mi consente innanzitutto di esprimere il mio orgoglio per essere Francesco De Franchis casertano, per essere egli veramente un grande giurista. Mi permetto pensare, e mi auguro che l'avvocato de franchis sia d'accordo, che la sua grande preparazione giuridica, la sua arte giuridica egli l'abbia ereditata dal padre, avvocato antonio de franchis veramente principe del foro, avvocato di raffinato sapere, efficacissimo.

Del resto poi che il padre fosse un maestro del diritto lo dimostra anche la sorella del professor De Franchis, che pur essendo professoressa di filosofia ha un linguaggio giuridico unico e recentemente ha realizzato un calendario sulla giustizia di rara efficacia che è andato a ruba.

Detto questo veramente io avrei voluto manifestare tante mie considerazioni sul testo del professor de franchis, mi limiterò semplicemente a questa sua affermazione: che il diritto non è un'arida raccolta di leggi e che egli giunge alla conclusione, l'autore, che in una società la legalità esiste se è interiorizzata, se è fatta propria cioè dai cittadini perché nessuna legge, nessun giudice, nessuna polizia di questo mondo può da sola assicurare la legalità, sicché la società civile deve innanzitutto trovare dentro di sé la forza per fraporsi alla illegalità. E qui egli pone un grande interrogativo: abbiamo noi sviluppato il sistema di interiorizzazione? Abbiamo in noi la capacità di contrastare la illegalità, o questa non è imperante al punto tale da mettere in discussione lo stesso stato di diritto?

E questo è un interrogativo, e io mi limito semplicemente a fare questa osservazione.

Il professor de Franchis poi si pone una serie di interrogativi a cui dà meditate risposte. Per esempio: per quanto riguarda, per usare [...] Lo stato di non efficienza della nostra giustizia, egli individua con chiarezza alcune cause, che sono da condividere tutte quante. Per esempio egli dice: manca la volontà di risolvere il problema giustizia. E qui cita un caso emblematico da tutti conosciuto ma chissà perché noi abbiamo posto nel dimenticatoio: la durata dei nostri processi è obiettivamente irragionevole. Questo ha indotto tanti cittadini italiani a rivolgersi alla Corte di Giustizia, la quale Corte di Giustizia, sommersa da una valanga di ricorsi, pone un aut aut allo stato italiano, dice: attenzione tu o realizzi un sistema giudiziario efficiente sì da ridurre drasticamente il numero dei processi

oppure noi saremo costretti a metterti fuori dal consiglio d'europa. Bene, noi che cosa facciamo? Ci inventiamo la legge.... , le doglianze dei cittadini italiani i quali giustamente si lamentano perché il processo dura parecchio, non devono essere rivolte alla corte di giustizia ma alla corte d'appello italiana, alle varie corti di appello italiane. Con il risultato che innanzitutto il problema non si risolve, secondo che vengono sottratti alla magistratura tanti giudici per interessarsi di questa materia e poi egli pone ancora un altro interrogativo, perché è veramente acuto il professor de Franchis, dice: ma il giudice della corte di appello nel momento in cui deve interessarsi è terzo o egli non è imputato proprio in quel processo perché molto probabilmente la lungaggine del processo è da addebitare proprio a lui?

Nella esondazione, avvocato Maurizio De Tilla, nella esondazione egli trae grande motivo, e giustamente egli riferisce non c'è uno stato al mondo in cui ci sia tanta esondazione di magistrati, di persone che dalla magistratura vanno nell'economia, vanno al governo, vanno nei ministeri e via discorrendo, egli aggiunge ancora un'altra considerazione: questo toglie credibilità al magistrato, perché il magistrato che fa l'uomo politico, il magistrato esattamente perde quella che è la sua dote primaria: la indipendenza, la terzietà.

Poi un'altra causa significativa del malfunzionamento della nostra giustizia è che mentre (ecco la parametrizzazione) nel processo inglese e in quello nord-americano il processo previene l'abuso delle regole processuali, il processo italiano consente, favorisce tale abuso, l'assoluzione con prescrizione non è tanto la parte che ha agito contra legem ma non ha più interesse a fare un processo con tutta quanta l'area dell'assoluzione o meno, l'avvocato sa, la parte sa che prolungando il processo per un certo lasso di tempo automaticamente ha l'assoluzione. Peggio ancora quello che si verifica nel mondo civile, nel mondo del processo civile. Per esempio qua sarebbe significativo l'articolo 96, perché è ignorato dai magistrati? Colui il quale ha una condotta dilatoria deve essere punito adeguatamente, perché se no alla fine che cosa succede? Questo articolo 96 lo abbiamo semplicemente sulla carta - uno. Due: alla fine, la cassazione è drasticamente per il no, c'è qualche giudice di merito, ho visto recentemente il tribunale di genova che in maniera timida ha avanzato una cosa di questo genere, ma siamo convinti che poi quando si arriverà in cassazione puntualmente il massimo organo giudiziario ci verrà a dire: dov'è la prova del danno?

Questo è un altro malcostume, malcostume legislativo tra l'altro, perché mentre tutti quanti i termini per noi sono perentori per il magistrato i termini sono ordinatori.

Per quanto riguarda la meritocrazia. Ne ha fatto cenno anche il professor Spada, per cui la rivista inglese nature va ad affermare che da noi i concorsi universitari non sono ispirati alla meritocrazia ma alla meritofobia. Io colgo significativa un'altra osservazione che fa il professor de Franchis, l'assenza di meritocrazia in una società costituisce una delle forme più gravi di illegalità,

perché noi qua andiamo a mortificare il merito del ragazzo che ha studiato, del ragazzo che si è sacrificato, questo ragazzo poi, nel contesto sociale che ci troviamo a vivere, viene additato come il secchione, viene additato come lo sgobbone.

Avv. Cipollone

In un costruttivo contraddittorio si misurano certamente le idee. L'ultima parola pertanto va a Francesco de Franchis.

Francesco de Franchis

Anzitutto grazie per avermi onorato della vostra presenza, grazie alle Signore e ai Signori. Io mi trovo di fronte ad una serie di osservazioni alle quali dovrei o potrei rispondere soltanto scrivendo un altro libro, però questo io lo risparmio sia a voi, a me stesso ma soprattutto a mia moglie, la quale è molto contenta, è una donna che mi ama e che ha fatto di tutto per, in qualche modo, far sapere che suo marito ha scritto questo libro, e devo dire è una forma. Penso che le moglie, le bravi moglie o i bravi mariti, ci può anche essere un marito che ha una moglie che scrive, può essere il caso inverso, le bravi moglie o i bravi mariti fanno anche questo, non dico solo questo, qualche volta fanno anche un pò di cucina, ma questo è un discorso che con mia moglie non si può iniziare neanche, perché la cucina non si fa, cioè la devo fare io. Tra i due io faccio la cucina e lei si preoccupa del fare agent press del mio libro. Ma a parte questo, io mi trovo di fronte ad una serie di numerosissime osservazioni. Da dove cominciare non lo so. Cominciamo da dove si dovrebbe cominciare: dal titolo. il titolo fa schifo, detto semplicemente, è un titolo riduttivo, è un titolo molto riduttivo e che tradisce in sostanza quello che c'è dentro. Diciamo che sono due scenari diversi. La riforma, però io l'ho detto questo, la riforma non è la riforma protestante, purtroppo noi non l'abbiamo avuta, noi abbiamo avuto la controriforma ma non la riforma.

Non è la riforma protestante, è soltanto la riforma nonriforma dei corsi universitari italiani, ho cercato di spiegare perché sia un fatto molto parziale.

Questo è per quanto si riferisce al titolo. Devo dire una cosa, che una volta ho ricevuto le prime copie, come credo che facciano un pò tutti, io decise, con i due miei amici più intimi, di vederci per celebrare la cosa. Questo fatto del titolo mi disse un mio amico carissimo “guarda, questo titolo non va proprio”, e io ci rimasi un pò male. Poi dopo ci ho ripensato e ho trovato che lui aveva completamente ragione. Però è troppo tardi adesso, allora ho pensato si potrebbe chiamare per un nuovo diritto, per un modo diverso di intendere il diritto. Però c'è anche questo: che in sostanza con un pò di buona volontà si può anche superare il titolo e addirittura aprire la prima pagina e vedere che poi c'è qualcosa di più.

Poi altra cosa: io trovo, tra i numerosissimi argomenti che sono stati qua impiegati, c'è quello della, io trovo che è una grave assenza culturale ma derivante da ragioni di ordine storico nel nostro paese, non è un rimprovero che si può fare solo alla cultura giuridico-politica italiana, è un rimprovero, ammesso che sia possibile un rimprovero quando abbiamo a che fare con dati storici, che attiene alla storia e alla cultura dei paesi del continente europeo. Cioè a dire noi abbiamo negli Stati Uniti l'abitudine di definire, chiamare con "*constitution*" le navi da battaglia, le navi passeggeri, cioè a dire perché, qual è il senso di questo termine al di fuori della costituzione gli Stati Uniti non esisterebbero. Questo dovrebbe essere il concetto di fondo di qualsiasi società pluralista. Noi ci ravvediamo in alcune regole di fondo che sono contenute in quella parte che noi chiamiamo costituzione, però negli Stati Uniti, e anche in Inghilterra, per altri versi, dove non esiste una costituzione scritta però esistono frammenti di una costituzione, noi non abbiamo quella certa tradizione giuridica, ma noi abbiamo il disastro di un'ottica giuridica sbagliata fundamentalmente, che consiste in questo: da noi i ragazzi fanno prima l'esame di diritto pubblico e poi fanno l'esame di diritto costituzionale. Il che è semplicemente assurdo, il che è da analfabeti. Non solo: nel concorso in magistratura il diritto costituzionale non costituisce una forma primaria di esame scritto ma è niente altro che un esame orale, quasi facoltativo. Ora chi imposta un programma di questo genere è uno che non ha capito nulla, e qua ci sono decine, centinaia di professori che hanno fatto questo, ma perché? Perché partono da una certa ottica che è l'ottica tradizionale, ma l'ottica sbagliata. Quello che io cerco di spiegare ai ragazzi, io avevo proposto nella mia università, che tra l'altro – lo dico *en passant* – non ha voluto presentare il mio libro, chissà perché, nei paesi ordinati, stavo per dire nei paesi civili, ma non voglio fare distinzioni troppo sottili, nei paesi ordinati un docente universitario viene cacciato dopo un certo numero di anni se non ha prodotto qualcosa. Quando si tratta naturalmente di uno scrittore, di un giurista deve aver prodotto qualcosa scrivendo. Io ho delle difficoltà non per non aver scritto un libro ma perché l'ho scritto. Mi sembra che sia un pò troppo!

Naturalmente tutto questo è discutibile, mi rendo conto, però io quello che cerco di dire ai ragazzi, volete fare gli avvocati? Già anzitutto ce n'è abbastanza, fate una cosa, cercate, io avevo proposto di regalare ai ragazzi, quando si iscrivono all'università una copia della Costituzione italiana perché quello è l'unico testo che ci tiene, o ci dovrebbe tenere assieme. Se voi siete bravi avvocati, se voi capite bene la Costituzione italiana, voi sarete abituati a ravvedere nel caso specifico sul quale siete chiamati a dare un parere, il profilo di carattere costituzionale o meno. Se voi la costituzione la considerate invece quasi un esame facoltativo, allora questo non è possibile, ecco perché noi abbiamo nel nostro paese una così misera tradizione di diritto costituzionale che è molto grave, perché è da una certa interpretazione della costituzione che potremmo ottenere o derivare uno sviluppo del nostro paese.

Vorrei dire un'ultima cosa a proposito dell'invito, cortese, cordiale, simpatico eccetera, che mi è stato fatto a rivedere, a rivisitare, questo è un termine copiato dall'inglese, molto bello, rivisitare significa ritornare su una certa idea, su un certo concetto. Rivisitare l'idea della dissenting opinion, cioè opinione dissenziente. Quando noi abbiamo un giudice unico, il giudice monocratico, il problema che non si pone a meno che non sia uno schizofrenico il quale decida una cosa e poi un'altra, però di solito un giudice unico non presenta il problema, ma quando sono tre si pone il problema qual è la maggioranza e qual è la minoranza. E questo problema si pone per una ragione molto semplice: che il diritto non è quello che dice la maggioranza degli organi del collegio, il diritto può essere una cosa estremamente complicata. Una sentenza maggioritaria oggi può essere una sentenza minoritaria domani, e del resto noi abbiamo nel nostro paese i c.d. *revirement* della giurisprudenza, perché la giurisprudenza cambia? La giurisprudenza cambia perché probabilmente c'è una diversa interpretazione dello stesso fatto o di un fatto più o meno analogo.

Perché tutto questo cambiamento deve avvenire nel segreto? Nel nostro sistema questo avviene nel segreto della camera di consiglio. Il diritto è qualcosa che nasce, che vive, che muore e che è un fatto combattivo, è qualcosa che si muove, non è un fatto di carattere statico. La decisione maggioritaria di oggi può essere minoritaria fra 10 anni. Il caso per esempio del più grande giudice inglese è il caso di un giudice che è stato sempre in posizione minoritaria, per 20 anni della sua vita. E poi è arrivato a conclusione nella quale la House of Lords ha deciso di prendere le sue posizioni. Se noi avessimo, non dico nelle corti ordinarie ma almeno nella corte costituzionale, che decide questioni politiche, il diritto è essenzialmente, secondo me, nelle grosse questioni, politico. O ci mettiamo in testa questo oppure noi non capiamo neanche il fenomeno giuridico. Questo è il mio modo di vedere. E allora a un certo tipo di problema giuridico ci sono delle diverse risposte che si danno. Queste risposte sono anche delle risposte politiche, connesse naturalmente a dati etici, a dati di carattere economico o di altro genere.

Allora noi avremmo bisogno di avere una corte costituzionale che si ispirasse ai principi che non solo sono quelli anglo-americani ma sono attuati anzitutto dalla corte internazionale di giustizia, tanto per cominciare. Secondo: se voi andate davanti alla corte europea dei diritti dell'uomo c'è la possibilità di vedere nella sentenza le opinioni maggioritarie e le opinioni minoritarie perché così vi fate un'idea dello sviluppo del diritto. Questo è un argomento che mi entusiasma molto però mi rendo conto che forse mi dovrei un pò autocontrollare. È quello che faccio.

Diciamo che bisogna anche essere un pò caritatevoli verso le persone che sono venute, verso le persone che sono state ad ascoltare, e quindi bisogna anche tener conto del fatto che, c'è uno studio delle nazioni unite che ha accertato che la capacità di attenzione, di ascolto, non va oltre un'ora e quaranta, quindi noi siamo stati spietati nei vostri confronti. Grazie tante, arrivederci.

Avv. Cipollone

Desidero ringraziare tutti gli intervenuti. Nell'immenso mare del negativismo e del pessimismo imperante, e direi anche del buio del nostro tempo, un avvenimento culturale come quello odierno è sicuramente uno spiraglio di luce e di speranza. Studiosi come franco de franchis sono un sicuro viatico per un futuro migliore. Egli è sicuramente giurista moderno da premio nobel, per ricordare le parole del professor Spada. Grazie a tutti.

Roma, venerdì
26 gennaio 2007 ore
14,00-18,00
Aula Seminari
della Cassa Nazionale
di Previdenza

CONVEGNO

“IL CONDONO ERARIALE...”

Definizione dei giudizi
di appello su richiesta
della parte dinanzi alla Corte dei Conti
(Legge 266/05 Art. 1 commi 231 e 233)

Avv. Paolo Nesta

Buonasera a tutti. Prima di dare inizio ai lavori di questo interessante convegno intendo ringraziare, a nome mio e a nome dell'intero Consiglio dell'ordine e per esso del suo presidente che, invero, oggi avrebbe dovuto essere qui presente ma per un impegno dell'ultimo momento non ha potuto, comunque mi ha pregato di portare il suo saluto, oltre a quello di tutti gli altri consiglieri dell'ordine, forse arriverà. Se arriverà darà personalmente il suo saluto. Un ringraziamento a tutti gli intervenuti, a tutti gli illustri relatori e all'avvocato, consentitemi, in particolare, Fioravante Carletti, che ha avuto la felice idea di organizzare, ha voluto fortemente questo convegno, patrocinato dal Consiglio dell'ordine, convegno su una materia che io confesso è una materia un pochino particolare, forse non molto conosciuta dalla maggior parte della generalità degli avvocati, e quindi direi che proprio l'interessante materia che sarà trattata oggi mi induce a non dilungarmi nell'introduzione e a passare immediatamente la parola al primo relatore, al Professor Claudio De Rose, Procuratore Generale presso la Corte dei Conti.

Claudio De Rose

Buongiorno a tutti. Mi ha già presentato. Il mio è un mestieraccio, quello di fare il Procuratore Generale, sarei il grande accusatore, in questa materia appunto. Debbo dire che in realtà l'argomento di oggi è il perdono, non è l'accusa. Introducendo il discorso su un piano generale mi sono proprio posto questa domanda: è un perdono o è qualcosa di diverso? In realtà non è proprio un perdono, perché, come del resto non lo è nessun condono, sono dei compromessi, sono degli accordi che l'ordinamento evidentemente cerca di fare con determinati soggetti. È vero che alla fine ormai della mia attività giuridica mi sono ricordato di quello che è il primo insegnamento che ci fanno all'università, quando la legge è uscita, inutile che piangi sul latte versato, è inutile che cerchi di dire “l'avrei fatta meglio io”, “non l'avrei fatta”, “l'avrei evitata”, quando la legge è legge puoi anche non amarla ma devi rispettarla, applicarla ed eventualmente trovare i punti di contrasto che l'ordinamento consente. E quindi per esempio non è il caso del mio atteggiamento che sto avendo nei riguardi invece di una legge che ancora non è tale, che sarebbe quel famoso tentativo, prima del governo e ora del parlamento, di far retroagire la

prescrizione degli illeciti contabili, erroneamente chiamati “reati contabili”, anziché alla data, al momento in cui il danno viene in evidenza, si forma o viene in evidenza, al momento del fatto, come il penale, ma la differenza è enorme perché il momento del fatto in contabilità pubblica quasi mai è veramente produttivo di danno da solo, molto spesso non è evidenziabile o perché il contesto amministrativo è lento per natura, ovvero perché l'autore usa artifici e raggiri per occultarlo. Facciamo un esempio pratico, apro un parentesi e poi ci arrivo subito al condono, questo sarebbe l'anti-condono, cioè se passasse questo sarebbe l'anti-condono, cioè non faremmo un sacco di cause e quindi non ci sarebbe nemmeno più bisogno del condono, perché se passasse questa legge qua, questo arretramento della prescrizione diciamo non dico che ce ne possiamo andare a casa ma sia noi che gli avvocati che si occupano di questo ma insomma quasi, tanto per essere chiaro. A me non piace fare l'imbonitore, ma siccome l'ho detto alla stampa, avevano fatto anche il mio nome, confermo che queste cose ho detto. E quindi di questo, se fosse questo l'argomento del convegno, io vorrei parlare anche in termini di speranza che la legge cambi, qui invece in quest'altro caso, magari lo organizzeremo il convegno sulla prescrizione, se andasse male, in quest'altro caso invece effettivamente è legge. Non aggiungo neanche un'altra critica, che probabilmente si potrebbe anche fare subito, è una legge che è stata fatta, questa del condono, queste due norme del condono che sono state fatte senza ascoltare il parere della Corte dei Conti. Avverto: sto rievocando una legge del periodo fascista, del 1939, però non significa nulla perché questa legge non è stata mai abrogata, è un decreto legislativo mi pare, un regio decreto legge per la verità, un regio decreto legge del '39, non ricordo il giorno del mese, però ricordo l'anno: 1939, normativa che prevede appunto che tutti i provvedimenti che riguardino le funzioni della Corte dei Conti, tutti i provvedimenti legislativi, devono essere inviati preventivamente alla Corte per l'esame delle Sezioni Riunite. Questa norma non solo non mi risulta abrogata espressamente ma non mi risulta neanche in disuso del tutto, almeno nei termini che gli avvocati conoscono benissimo, perché ricordo personalmente di averla applicata, e abbiamo ricevuto richieste di pareri del governo, in quanto presentatori di disegni di legge o del Parlamento in quanto ha ricevuto le proposte legislative eccetera, negli anni '90. Io ricordo benissimo questo, per i decreti delegati che ci riguardano eccetera. Quindi a me non pare che basti questo per dichiarare usucapione passiva, estintiva, non mi pare, quindi è una legge secondo me in vigore. Quindi non fu sentita la Corte nell'occasione del condono e non è stata sentita neanche in occasione, appunto, di questo tentativo di arretramento della prescrizione. Quindi la prima cosa che raccomando all'attenzione dei presenti, anche se non condivisa, comunque almeno per chiarezza, che c'è questa norma dell'ordinamento che andrebbe seguita. Perché? Perché evidentemente sia da parte, questo regio decreto legge dice che ciò si deve fare sia nei riguardi nella Corte dei Conti sia nei riguardi del Consiglio di Stato, e non è a caso, perché entrambi gestiamo delle materie, appunto, non dico difficilissime, materie un po' particolari, specializzate rispetto a quelle

del normale contenzioso, una normale problematica processuale e anche giurisdizionale. Quindi mi pare fondatissima come idea, è chiaro che i pareri si debbono rendere con la massima obiettività, serenità eccetera. È chiaro anche che non posso dire che un argomento da usare nel processo, per esempio un avvocato non potrebbe dire, ovvero il pubblico ministero, noi non possiamo dire “non avete applicato la norma, chiediamo al giudice di disapplicarla”, no questo non si può dire perché non si arriva a questo, né può equivalere a un incidente di costituzionalità. Però insomma è una norma disattiva. Quindi il condono reca, se non avesse altri vizi di origine, reca anche quest'altro di origine.

Ma che cos'è? È una norma della finanziaria dell'anno scorso, per il 2006, che praticamente dice, due norme messe insieme dicono, i tre commi, dal 231 al 233 della finanziaria dell'anno scorso messe insieme dicono che concedono alle parti che abbiano subito condanna in primo grado, condanna per danno erariale, responsabilità da danno erariale, in sede di impugnazione, cioè in sede di appello, possono chiedere la definizione dei giudizi contabili pendenti dinanzi al giudice di appello mediante il pagamento di una somma calcolata, a valutazione del giudice, tra il 10 e il 30% del danno quantificato in una sentenza di primo grado. Poi il collega Auriemma, penso, ci siamo divisi un pò i compiti, forse anche il Presidente Pasqualucci, se entreranno o meno nella importante specificazione di che cosa è il danno quantificato nella sentenza, non voglio anticipare.

Poi prosegue: la sezione di appello, come previsto ancora nelle menzionate disposizioni, pronuncia con decreto in Camera di Consiglio sentito il Pubblico Ministero, e se accoglie l'istanza fissa la percentuale e il termine per il pagamento, che va approvato dall'interessato, mediante deposito della relativa quietanza della segreteria della sezione stessa. La definizione del processo si verifica a decorrere da siffatto deposito.

Quindi è una definizione. Qualcuno lo chiama concordato ma non è tale perché il giudice non concorda, non può concordare con le parti, non c'è un concordato tra le parti, ne parleranno, ne parlerà qualcuno che mi segue, non è previsto e non è neanche nella logica di questa normativa, questa normativa in poche parole si tratta proprio di questo: dà uno sconto sulla sentenza, questo è tutto.

Il mio compito è proprio quello di presentarlo, sempre nel rispetto di principi nei riguardi della normativa esistente, diciamo in quelle che, a prima vista, salvo approfondimento successivo, sembrerebbero le compatibilità o le non compatibilità con che cosa? Con una logica sistematica innanzitutto; con i principi costituzionali e io aggiungo anche con l'ordinamento europeo. Ecco, è chiaro che i miei saranno accenni, doverosi, nei riguardi sia di chi ascolta sia di chi poi dovrà in qualche modo andare più nel fondo (se vorrà) di questa mia prospettazione.

Sul piano sistematico. Non c'è dubbio che il diritto civile, salvo errore, qui ci sono molti civilisti eminenti, il diritto processuale civile non mi pare che conosca figure di questo genere. È difficile che le parti in lite si perdonino, si possono accordare, ma in genere in base a un assetto di interessi, quindi è difficile che una

parte ci sta tutta in perdita, perciò sto dicendo non sto criticando la legge, la sto criticando sul piano sistematico non sul piano di anatema. Se io la voglio inquadrare nel diritto civile mi pare che non mi ci trovo; se la voglio inquadrare nel diritto processuale civile meno che meno. E allora che cosa sono spinto a fare? Sono spinto a paragonarla al diritto penale. Qui nasce il punto. Questa responsabilità davanti alla Corte dei Conti, cioè all'azione di responsabilità per danno erariale, erariale vuol dire danno a qualunque ente pubblico, noi diciamo per comodità di linguaggio erariale perché risaliamo al significato che aveva nell'antica Roma, cioè tutti i soldi pubblici in poche parole, quindi sia quelli, udite udite lo Stato, le Regioni, province e comuni ma anche, adesso, novità assoluta, anche quelli delle società per azioni che si sono alle volte anche a capitale privato, metà a capitale privato o parte a capitale privato, però ugualmente sono soggette alla nostra giurisdizione per una decisione della cassazione secondo me lodevolissima secondo altri da evitare, quindi ha esteso alla nostra giurisdizione anche la società per azioni, quand'anche a capitale parzialmente privato.

Quindi questi soldi si chiamano erario, se uno sbaglia nel gestire gli atti di queste strutture, ovvero ruba, deve restituirli, questo è il punto, deve essere soggetto a processo. Qui scatta il meccanismo sistematico. Se si deve restituirli e deve risarcire ci avviciniamo al civile, se invece come una parte della dottrina e anche di alcuni colleghi degnissimi, bravissimi tra l'altro, anzi fra i più bravi, sono quelli che invece tendono a spostarlo dall'altra parte, e la chiamano sanzionatoria. Quindi chi si avvicina al civile la chiama risarcitoria, chi si avvicina al pena la chiama sanzionatoria. Naturalmente non escludo la questione che è ben noto che i giuristi quando si mettono a pensare in termini scientifici sono micidiali, lo sappiamo benissimo questo, non è che lo facciano gratuitamente o per chissà quale vezzo eccetera, cercano appunto nel sistema la vera risposta. Questa responsabilità è nata (risarcitoria) perché effettivamente così voleva che fosse il suo creatore, che poi in realtà è proprio Cavour, adesso per carità non è che andiamo tanto indietro, non vi preoccupate. E che l'ha pensata per chi? Mica per i funzionari o per i ministri che agiscono, no, l'ha pensata per i contabili, era alla Corte dei Conti, l'ha pensata per quelli che custodivano il denaro pubblico, quindi esattori, dall'inizio: contabili, custodi di pubblico denaro, custodi di pubbliche materie eccetera, anche i custodi di azioni pubbliche, i titoli di partecipazione, non sanno questi disgraziati che ora gli possiamo chiedere anche il conto giudiziario anche a loro, cioè chi gestisce le azioni che poi vengono invece investite nel capitale delle società. Questi rendono il conto, quando il conto non torna risarciscono. È anche nella logica, sei il custode, se non mi restituisce le cose me le ridai, o me le ridai o mi dai i soldi, l'equivalente. Quindi è nata risarcitoria, ripristinatoria, recuperatoria, come volete voi, è nata patrimoniale in poche parole. Ha vissuto l'epoca fascista, che non è facile scampare al fascismo, è scampata come risarcitoria, questo è il bello, non è che è scampata come, quale migliore occasione sarebbe stata quella di trasformarla in sanzionatoria. Era un pò ricattoria mi dicono, durante il periodo fascista, dice io

ti frego, ti denuncio alla Corte dei Conti se non fai questo questo e questo. Ma questo non è colpa del sistema giuridico, è colpa del sistema politico, che è tutta un'altra cosa. Quindi è rimasta risarcitoria anche nel periodo fascista.

È arrivata la Repubblica. È sopravvissuta come risarcitoria, fino a quando? Fino a quando effettivamente (e questo è vero) non abbiamo cominciato a fare due cose, noi Corte dei Conti, ha impattato con grandi fatti illeciti, di grandissimo valore, ingente valore economico, e poi ha impattato con interessi di grande rilievo, come l'interesse ambientale, interesse ambientale che è impalpabile, è difficile dire esattamente dove si colloca, si colloca talvolta a metà strada tra il pubblico e il privato, tra il soggetto che agisce e quello che non lo controlla bene. Quindi in questa dinamica degli interessi si tendeva e si è teso a trasformarla più in sanzionatoria quel tipo di responsabilità. Poi le ingenti somme, le opere pubbliche, le opere pubbliche sono diventate micidiali, valgono un sacco di soldi, in genere i contratti pubblici ormai si assemblano, le forniture sono difficilmente individuabili per piccole somme, sono grosse somme, sono grosse agenzie che appaltano eccetera, quindi è chiaro che l'istinto dice “quello come fa a pagarti, non solo il povero impiegato, un funzionario, ma anche gli amministratori? Come fa? Lui prenderà pure somme discrete ma non è che ti può pagare tutti questi miliardi”, e quindi questa tendenza alle volte affiora anche nella giurisprudenza, questo tentativo di interpretarla come sanzionatoria.

E in più, nella legislazione finanziaria, nella finanziaria ogni anno spunta sempre il sanzionatorio, così, per l'ultimissima, questa, del 2007, prevede la sanzione per quegli amministratori di società per azioni a capitale pubblico (tipo la RAI, tipo Telecom, Alitalia per qualche tempo ancora) che si liquidano, o liquidano agli amministratori stessi un importo superiore a un certo plafond. Se superano quello rispondono di dieci volte il valore della dimenticanza. Amministratori o incaricati, consulenti eccetera.

Questa è la forma sanzionatoria perché non è risarcitoria, paga un tanto, rapportato, così in senso molto matematico, al quantum della infrazione. Questo è un esempio di sanzionatorio. Un'altra sanzione si è scritta quasi per tabulas nella costituzione, articolo 119, questa è una cosa terrificante, dice: agli enti locali, e anche alle regioni, non vi permettete di spendere una lira, di fare un debito per spese che non siano di investimento. Questo lo dice la Costituzione, nel 119 riformato, novellato. E questo è stato inteso, secondo me, correttamente dal legislatore ordinario come una forma di sanzione, infatti è applicata una sanzione, non perché loro pagano tutto l'importo del mutuo, qualora contraggano un mutuo e poi lo devolvano a pagarsi lo stipendio a impiegati o a comprarsi le suppellettili d'ufficio, no, pagano una percentuale, una sanzione pecuniaria. Quindi sintomi di sanzionatorietà ce ne sono nell'ordinamento, però io devo pure arrivare a una conclusione, continuo ad essere innamorato della figura risarcitoria, e anche sistematicamente la vediamo ancora, al costruiamo, la gestiamo, anche gli avvocati la difendono, con il linguaggio del risarcitorio. Le prove per esempio, quindi niente penale e niente assimila-

bilità al penale. Questo lo dico anche perché anche per la prescrizione vogliono fare questa assimilazione, ora il ministro Mastella si è innamorato di questa cosa, dice che bisogna somigliare al penale, io non voglio somigliare al penale va bene?! Questa è la mia posizione.

Questa è la prima sia pure sommaria lettura sistematica, il confronto che ho voluto fare. Il secondo confronto è quello costituzionale, ovviamente ripeto ci sarà chi, penso, spero, approfondirà meglio di me, ma insomma a volo d'uccello posso dire una cosa che so che è perfettamente non dico inutile dirla ma è inutile sperarci che, gentilmente forse mi presterete attenzione ma non si può credere a questo io dico perché in effetti questa norma è, secondo me, questo condono, questo regalo in poche parole, deve pagare 100 milioni, ne paga soltanto il 10%, quanto è? Sono dieci milioni. Debbo dire la verità, non tutti hanno accettato il condono, c'è anche gente che o perché era tanto, uno che deve pagare 900 milioni evidentemente 90 milioni non è che li trova per strada, quindi non lo fanno il condono, però è anche vero che poi il 10% per la verità è il minimo che il giudice può assegnare, perché poi può anche arrivare a al 30, quindi il 30% di novecento milioni non è poco. E poi qualcuno invece, in perfetta dignità come fanno quelli del penale appunto quando rifiutano la prescrizione dicono all'avvocato: avvocato vada avanti perché io sono innocente. Qualcuno ha detto avvocato vada avanti perché io non voglio il condono, voglio essere assolto in appello.

Chi accetta invece prende uno bello sconto. Quindi attenzione questi soldi non entrano in tasca a chi dovrebbero entrare, che sarebbero le parti lese. E chi sono queste parti lese? Sono gli enti pubblici, l'amministrazione pubblica. Non fa una grinza, questo non vedo dove possa andare oltre il ragionamento. E quindi è il cittadino che paga le tasse, come praticamente lo pagate voi. C'è poco da fare. È un regalo che noi tutti facciamo a questi signori, l'equazione è quella, non so se si chiama equazione o un'altra cosa comunque è così, la conseguenza logica è questa.

Allora è costituzionale dal punto di vista dell'articolo 81 della Costituzione che prevede che ogni mancata entrata venga coperta da una equivalente entrata? No. Secondo me no, perché la legge finanziaria dell'anno scorso non prevedeva copertura. Attenzione è vero, il culto del diritto mi può dire attenzione tu non stai parlando di entrate certe, stai parlando di entrate accertate in primo grado. Ho capito. E che diavolo, una sentenza di primo grado! Con domanda di condono?! Praticamente è causa persa, se no non si chiederebbe il condono. E quindi per me è entrata certa quella. Allora se ci si rinuncia è incostituzionale per mancanza di copertura. È chiaro che mi si dice non la tirare in ballo questa cosa perché non è agibile. Spiego: mi si dice così ma non è che sono convinto, siccome sono Procuratore Generale devo stare attento, qualora, un avvocato certamente non la fa, questo è pacifico, la può fare il Pubblico Ministero, ma siccome i pubblici ministeri, che io ho il piacere di coordinare, non credo che la pensino come me, io sono rimasto quasi solo a pensare che invece anche gli uffici potrebbero sollevare questa questione, ovvero gli uffici o il giudice. Però rimane così, in bilico.

Allora ecco perché noi cerchiamo di spiegare, scusate faccio un piccolo salto logico ma devo farlo perché sono soldi di tutti. Visto e considerato che si dice non lo puoi mettere sul piano della causa perché questo non è oggetto di causa, e che ci può fare il condonabile se lo Stato non ha fatto la copertura? Perché gli vuoi bloccare la domanda di condono a questo titolo? E così mi hanno un pò chiuso la bocca, però è anche vero che intanto questo buco c'è. Poi dice dove stanno i buchi della finanza pubblica? Questo è un bucarello, però aggiungi buco su buco ti viene un bucone, ecco perché non si trovano mai i conti. E infatti questo buco, questa cosa, indurrebbe allora (badate a cosa sto per dire) a far cambiare l'idea alla Corte di Giustizia della Comunità Europea la quale continua a dire che noi in sede di controllo, perché allora io sposterei il tiro, dalla giurisdizione al controllo, direi allora non lo possono fare in giurisdizione facciamolo in controllo. No perché il controllo, essendo un controllo successivo e non definitorio non viene ammesso al sacro soglio né della Corte Costituzionale né della Corte di Giustizia, per cui questa disattenzione del legislatore rimane impunita.

E questo è il primo tentativo a livello costituzionale.

C'è un'altra cosa che anche piace molto ai colleghi, e sarebbe quella che il legislatore ha fatto man bassa non solo nelle sue finanze, nelle finanze statale ma ha fatto man bassa anche nelle finanze degli enti locali, delle regioni eccetera, perché ha deciso di condonare anche i crediti, insomma in poche parole qualora le condanne riguardassero enti. Qualcosa del genere l'ha fatta anche col condono esattoriale, e cioè praticamente ha concesso agli esattori una certa soluzione, non è questo l'argomento del convegno quindi mai cambiare argomento, comunque parallelo c'è anche questa cosa qua, cioè ha concesso di pagare una certa somma, 3 euro ad abitante, col qual chiudono le vicende dei mancati accertamenti o delle quote inesigibili eccetera, in sostanza con questo meccanismo appunto hanno chiuso il discorso col condono esattoriale. E anche in quel caso effettivamente non si è tenuto conto che alcuni di questi crediti esattoriali sono non statali ma sono invece degli enti locali o il canone della Rai, o le sentenze della Corte dei Conti per esempio. Quindi forse c'è da ripensarci sotto questo profilo. Ma quindi è importante che, secondo me, non è costituzionale il fatto che abbiano toccato il portafoglio degli altri enti, visto che davvero la finanza pubblica è coordinata, è vero che si deve coordinare il più possibile, ma anzi più si parla di coordinamento più si deve accettare che sono distinti, e poi con la riforma del titolo V ormai è costituzionale che ognuno ha i soldi suoi, le sue entrate eccetera, sia pure col principio di solidarietà, ma insomma in poche parole è finita la confusione, ognuno deve avere il suo bilancio e anche le sue risorse.

La provincia di Bolzano, se non vado errato, ha detto qualcosa del genere, e ha sollevato la sola credo, non a caso, hanno fatto questa eccezione, mi sembra, poi ne parlerà il collega.

Ora la voglio segnalare perché anche questa è una forma di disordine sistematico.

Altro confronto a livello costituzionale, ce ne sono molti, alcuni tecnici, ma lo lascio appunto al collega, al fatto che non tutte le sezioni accettano le parti nella camera di consiglio, quella è una cosa che vi spiegherà come e perché, è grave o non è grave, adesso giustamente, facevo parte anch'io, io sono stato il primo che non ho accettato le parti nella Camera di Consiglio, tanto per essere chiaro, convinto com'ero (adesso ho cambiato un pò idea) che le norme del codice di procedura civile previste per la volontaria giurisdizione, non esigano la presenza delle parti, però tutto si può rivedere, sentiremo. Abbiamo sollevato anche la questione delle sezioni unite sull'argomento. Un altro profilo di incostituzionalità, secondo me, c'è nel diritto di difesa appunto, adesso so che un collega, è proprio recente, ieri l'ha sollevata, un collega della Procura Generale, articolo 24 e articolo 101, 24 il diritto di difesa della parte pubblica, perché la parte pubblica in definitiva, anche se ha fatto appello, si vede travolta da questa domanda di condono. E poi il 101, perché appunto il giudice, non tanto il P.M. ma il giudice, in ambasce, e quindi non dipende dalla legge, dipende dal caso, questa mi pare sia la prospettazione. Vedremo cosa dice la Corte Costituzionale, perché il sistema è un pò delicato perché i giochi devono essere chiari, sia per le parti evidentemente sia per il giudice stesso, non è che uno si può inventare, perché è vero che c'è la finanza creativa, cosa che io mi guardo bene dall'elogiare, ma meno che meno la giustizia creativa, questo non si è mai visto, creare giustizia ma non la giustizia che crea qualche cosa, crea legge, la giustizia non può creare legge.

Questa logica generale della costituzione non mi suggerisce altre cose che non siano quelle più strettamente tecniche che sentiremo. Invece volevo parlare un momentino dell'impatto comunitario. Questa faccenda della Comunità Europea, gli appassionati della prima ora come sono io, io cominciavo ad occuparmene negli anni in cui nessuno se ne voleva occupare, all'ordine degli Avvocati l'ho già raccontato, ora lo racconto un'altra volta, che io nei lontani anni '57 fui avvicinato dal rappresentante della Giuffrè della zona dove io vivevo e lavoravo, a Perugia, e mi disse: senta lei mi fa una cortesia? – E qual è? – Lei è un buon cliente, io non gliela voglio vendere, io glielo voglio regalare il codice europeo perché qua nessuno lo vuole, allora siccome la casa editrice dice “ma come, neanche regalato!”. Almeno ho la soddisfazione che a lei glielo posso regalare e lo posso mettere in contabilità come, non so come lo metteva. Perché? Perché se no era una delusione, perché questa Europa non la capiva nessuno. Ora a quanto pare qualcuno comincia a capirla abbastanza bene. Oggi appunto festeggia i 50 anni nell'aprile, maggio eccetera.

Detto questo l'Europa fa un ragionamento che non può, secondo me, accettare i condoni, e infatti lo ha detto, in forma che aveva aperto le procedure di infrazione il mese scorso o due settimane fa nei riguardi del condono tributario del 2002. Perché lei fa un ragionamento, la commissione e poi la Corte di Giustizia la sta seguendo abbastanza, su un duplice ragionamento: uno è quello tipico di chi dà, deve avere soldi o dà soldi, perché la Comunità deve avere soldi da noi, la partecipazione all'iva, che è una delle entrate proprie, e poi ha la c.d. Accise, e poi ha anche

la quarta entrata, cosiddetta, che sarebbe le entrate sulla base del rapporto col PIL nazionale. Ma giustamente si dice: se tu cominci a regalare soldi a destra e a manca tu il PIL te lo consolidi? Se non metti in moto un meccanismo di riforme, di mercato eccetera rimani sempre poveraccio. Quindi un generico rifiuto per tutte le forme di lassismo sistematico in materia tributaria eccetera c'è sempre stato, questa prima impressione. E poi dice: tu comunque i miei soldi me li devi dare, vedi che devi fare perché a questo punto io rivotiglio indietro la parte che mi spetta. E comunque guardati bene dal regalare soldi a destra e a manca. Questa è la prima motivazione.

La seconda motivazione è anche quella secondo cui il cittadino si disabituava, quindi è a-sistematica, è contrastante coi principi di dovere (che loro esaltano moltissimo) civico, e che secondo loro è un principio ordinatorio dell'ordinamento comunitario di dover abituare il cittadino a fare il suo dovere. Tutto qui, dice: abituate il cittadino a pagare le tasse, a rispettare l'obbligazione tributaria. Questa mi pare sia la seconda motivazione. Ora non c'è dubbio che trasferendo questo tipo di discorso al condono cosiddetto erariale delle sentenze che riguardano la Corte dei Conti, effettivamente, siccome talune sentenze (e non poche) riguardano proprio entrate comunitarie, l'iva, altre invece riguardano le frodi comunitarie, altre, molte altre purtroppo, perché questi soldi comunitari appena arrivano spariscono, quasi tutti, in rivoli non sempre positivi. Vuoi che siano irregolarità amministrative, vuoi che siano dei veri e propri reati, è difficile che vadano a buon fine, tanto è vero (documento che ho io, abbiamo tutti, l'ho anche fatto pubblicare) che la Commissione Europea ha nell'ottobre 2006, deciso di recuperare a carico dell'Italia 317 milioni di euro, che sono esattamente la metà di quanto doveva recuperare, la metà ce li ha condonati lei a sua volta perché ha notato che noi abbiamo fatto del nostro meglio per recuperarli. E invece per altri 317 dice è stato insufficiente il tentativo di recupero. E quindi cosa fa? Se li riprende a monte. Cioè il prossimo finanziamento che si fa ce li toglie.

Allora questo può creare danno erariale anche a sua volta a carico dei colpevoli di tutto questo, compresi i percettori, perché questa è un'altra novità, la cassazione adesso ci ha dato la giurisdizione anche sui percettori di denaro nazionale o comunitario che ne facciano uso non commendevole. Ora il contrasto con il diritto comunitario potrebbe esserci nel fatto che non solo non assicuriamo le entrate ma nel fatto che non assicuriamo un pieno recupero col condono. Quindi io o mi aspetto una iniziativa comunitaria o mi devo porre sinceramente il problema se io mi debbo o meno prendere la penna o informarne la commissione.

Attenzione: questo atteggiamento da spione, sia chiaro io lo dico in pubblico, e lo dico anche nella questione del danno giudiziario perché io non è che sono uno spione, tutti siamo tenuti a evidenziare, perché lo prevede proprio l'ordinamento comunitario, bisogna segnalarle le cose che non vanno, e addirittura in materia di aiuti di stato gli organi di controllo devono segnalare, e anche in materia di appalti eccetera, perché possa poi la commissione iniziare una nuova procedura di infrazione presso il nostro Stato.

Lo stato cosa ha fatto? Altra curiosità della finanziaria ultima: ha previsto un meccanismo a dir poco non completo, incompleto. Ha detto questo: siccome le condanne della Corte di Giustizia, per cose di questo genere: mancate entrate, spese andate non a buon fine o addirittura rubati i soldi eccetera, però anche se è colpa della regione, dell'ente locale, dell'amministratore eccetera, o anche di altri enti, risponde sempre lo Stato (sentenza Francovich del '90 credo) e da quel momento dice lo Stato risponde sempre lui, lo stato centrale. E quindi lo stato centrale sborsa i soldi. Quali soldi sborsa? Spiego: o raramente la comunità applica una multa, una sanzione pecuniaria, lo stato che commette l'infrazione, come minacciava di fare per l'Irap, grazie a Dio è andata bene l'Irap, meno male, ora non so come va a finire con certe altre cose che per amor di patria non voglio mettere qui sul tappeto, ma ci sono, condanna, doppia condanna in corso, riottosità specialmente negli aiuti di Stato, è successo con l'Iva dei professionisti eccetera, è successo, quindi se non ci fossimo adeguati in tempo ogni giorno che passa senza adeguarci con la normazione dobbiamo pagare una multa.

Poi c'è la Corte di Strasburgo dei diritti umani, anche quella, la cassazione addirittura prevede il rifacimento del processo.

Voglio concludere su questo punto prima e poi ci salutiamo, cioè la faccenda che quando la Corte, quando la commissione riteneva una cosa di questo genere eleva la procedura di infrazione a carico dello Stato, e lo Stato allora giustamente deve pagare, o paga questi soldi che immediatamente gli applica la sanzione, appunto, o la Corte di Giustizia o la Corte di Strasburgo per la violazione dei diritti umani, ovvero fa questo, lo Stato paga. Una volta che ha pagato, vede, dice: un momento, chi può scroccare soldi allo Stato. Anche il cittadino, l'impresa che si è vista per esempio esclusa da una gara perché non hanno applicato la norma comunitaria può dire "amico bello, tu adesso hai avuto la sentenza di condanna dalla Corte di Giustizia, tu adesso mi paghi il risarcimento perché dimostri che sei in torto. Il mio caro amico e grande maestro, che è il Professor Leanza, mi autorizza a dire a questo punto quanto segue, udite avvocati e giudici: che qualora la causa di questo errore contro la Comunità, sia una sentenza, nonostante la sentenza cambia il bianco in nero e il nero in bianco, questa paga lo stesso, cioè praticamente è infrazione anche quella. La gravità sta nel fatto che una sentenza della Corte di Giustizia si sovrappone a una sentenza dell'ordinamento interno. Qua ci vuole un convegno a parte.

Messa così che fa lo Stato? Queste cose qualcuno le ha spiegate al legislatore e questo ha fatto una pioggia di norme, nove commi della finanziaria che dicono sostanzialmente quanto segue: io pago ma tu mi rimborsi, tu regione, tu comune. Per carità, nulla da dire, ma alla fine chi paga è sempre il cittadino perché non è che il Comune ha un portafoglio suo, quindi lì evidentemente è incompleta quella norma. Cosa c'entra il condono? La stessa cosa perché, come dicevo prima, lo Stato ha fatto i conti senza l'oste. E con la comunità pure, senza l'oste comunitario perché io lo studierò, se sono tenuto io, oppure vado in pensione e lo faccio come cittadino, per non mescolare le funzioni. Ho finito. Vi ringrazio per la pazienza.

Avv. Paolo Nesta

Grazie al Professor De Rose per il suo intervento così efficace. Diamo subito la parola al Dott. Furio Pasqualucci, Presidente della Sezione Giurisdizionale Regione Lazio della Corte dei Conti.

Dott. Furio Pasqualucci

Un primo rilievo che vorrei fare in ordine al susseguirsi di queste norme tutte quante intese a ridurre quelle che sono le conseguenze degli illeciti in materia contabile, un primo rilievo dicevo è quello relativo alla tecnica legislativa, perché purtroppo andando a leggere queste norme ci si rende conto della presenza di una estemporaneità, vengono messe nei posti più impensati, devono essere ricercate attraverso centinaia di commi, ogni tanto si scopre qualche cosa di nuovo su cui non c'è stata discussione, su cui non c'è stata attenzione, che è passata così, in maniera un pò tipo sotterfugio. E anche poi l'ambiguità delle norme stesse che dicono e non dicono, sembrano dire una cosa e poi invece praticamente ne sottendono un'altra, insomma una situazione che lascia molti dubbi sulla consapevolezza completa da parte dei parlamentari, in ordine al vero oggetto della norma e in ordine a quelle che sono le conseguenze di questa norma stessa. E questo già di per sé io ritengo che sia un fatto estremamente negativo. Estremamente negativo, parliamoci chiaro, non tanto per il magistrato, il magistrato, lo diceva adesso Claudio De Rose, la legge la deve applicare, può condividere o meno, non è suo compito, a meno che non violi la costituzione, e quindi lasciamo perdere tutti i discorsi che pure faceva il Procuratore Generale in ordine alla possibilità di sollevare eccezioni di legittimità costituzionale ma dicevo, a prescindere da questo, il magistrato applica la legge sia che la condivida o no. Ma il cittadino, il cittadino contribuente in che posizione viene a trovarsi di fronte a norme di questo genere? Fortuna, direi, sotto un certo profilo che non sempre si rende conto di come tante cose vengano trattate, in quanto altrimenti la fiducia nelle istituzioni colerebbe a picco, e questo è forse il bene maggiore che viene compromesso allorché si esprimono le norme nel modo che abbiamo visto e che adesso, anzi, mi soffermerò un pochino ad illustrare. Abbiamo avuto l'esempio recentissimo della legge in materia di prescrizione, chi ce l'ha messa? Non si sa, paternità ignota, la approviamo e poi la abrogiamo. Insomma indubbiamente è stato un esempio assolutamente non felice non solo di tecnica legislativa ma proprio di contenuti, di politica, perché evidentemente non c'è il governo sufficiente, non c'è stato il governo sufficiente relativo all'impostazione della normativa, non si è consentito al Parlamento di approfondire quelli che sono i concetti, quindi diciamo un aspetto estremamente negativo proprio per quanto riguarda la stessa istituzione parlamentare che è stata coinvolta in una vicenda sostanzialmente in maniera incolpevole, che però certamente ha ridonato a suo sfavore. Anche la stessa legge sul condono, di cui si è parlato finora, commi 231, 233, già questo dice questo, quindi in uno di questi articoli in cui a un certo momento si ritrovano queste norme, che poi sono norme estremamente vaghe, estremamente

imprecise, questo condono che si applica soltanto nei confronti di chi abbia subito una condanna in primo grado, non anche per quelli che si trovano ad affrontare il giudizio di primo grado. Questo condono che ha una varietà, una oscillazione non sempre comprensibile. Lo stesso richiedente del condono può chiedere dal 10 al 20%. Ma che senso ha? Vi pare che ci può essere qualcuno che chiede il 20 se può chiedere il 10?! È logico che chiederà il 10, e il giudice a sua volta dice: il 10 o il 20, allora gli applica fino al 30. Non si riesce a cogliere la logica che guida questo discorso. Ma ci sono anche esempi altrettanto eclatanti e forse addirittura più significativi sotto questo profilo, e mi riferisco proprio al discorso che mi aveva accennato, sia pure di sfuggita, il collega De Rose per quanto riguarda la sanatoria riferita ai concessionari del servizio nazionale della riscossione. Diceva Claudio De Rose non ne parlo perché si andrebbe fuori tema, ma io non credo perché in effetti tutta questa politica nella materia, che secondo me deve essere considerata criticamente, per cercare di coglierne gli aspetti negativi, nella speranza poi che questi vengano superati, vengano corretti. Perché noi abbiamo vissuto una stagione di condoni anche nel campo penale, ma quantomeno nel campo penale sono stati affrontati o sono stati discussi pubblicamente, ci si è arrovellati sopra, ci si è scontrati sopra, ma con piena consapevolezza da parte del Parlamento di quello che si diceva e di quello che si andava ad approvare. E questo già, secondo me, è un fatto positivo, poi a prescindere c'è chi può condividere, chi può non condividere le soluzioni che sono state adottate, ma non si può negare che a monte ci sia stata una discussione, che a monte ci sia stato un confronto di idee. Questo invece non si verifica quando si tratta di questi, tra virgolette, reati contabili, che poi reati non sono, come andremo a vedere. Allora dicevo la vicenda dei concessionari del servizio nazionale della riscossione. La legge 30 dicembre 2004, n. 211, comma 426 (e anche qui dice tutto), adesso colgo solo gli aspetti principali, che dice: in attesa della riforma organica i concessionari del servizio nazionale della riscossione hanno facoltà di sanare le irregolarità (notate) connesse all'esercizio degli obblighi del rapporto concessorio compiute fino alla data del 20 novembre 2004 dietro versamento della somma di 3 euro per ciascun abitante residente negli ambiti territoriali ad essi affidati. E questa norma è passata, questo versamento di 3 euro che poi non so fino a che punto ci si rende conto di quale entità complessiva possa raggiungere questa somma, si riferiva alle irregolarità connesse all'esercizio di questi obblighi. Senonché una legge successiva, decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito poi nella legge 80 del 2005, inserisce una piccola normetta siamo al comma 362 e rotti dell'articolo 4, al comma 426, che era quello che abbiamo letto, le parole da "irregolarità" a "20 novembre" sono sostituite dalle seguenti: responsabilità amministrative derivanti dall'attività svolta fino al 20 novembre. Quindi quelle che erano irregolarità, dice va beh, pagheranno due soldi, sai l'irregolarità si sana, no diventa tutta insieme una cosa completamente diversa, le responsabilità amministrative, vale a dire questo comprende tutto il discorso delle quote inesigibili, tutta la base dei rapporti tra concedente e concessionario. Bene con questo semplice cambio di parole, e io sfido chiunque a dire

quanti dei parlamentari si possano essere resi conto di che cosa significava in questa serie di articoli complessa, il cambiamento di questa parolina che da “irregolarità” diventava “responsabilità amministrative”, però il discorso del collegamento coi tre euro eccetera era stato fatto in altra norma, quindi questa poteva passare senza che ci si rendesse conto della enormità della situazione. Ma c’è di più: con una legge recente, la legge 248 dell’agosto, 4 agosto 2006, che poi inserita nel titolo III “Misure di contrasto all’evasione fiscale”, il legislatore ha pure una sua ironia sottostante “misure di contrasto all’evasione fiscale”, si dice: le disposizioni di quei famosi articoli 426 e 426 bis, le disposizioni si interpretano nel senso che la sanatoria non produce effetti sulle responsabilità amministrative relative a (salvo la lettera A che non è molto importante) alle irregolarità consistenti in falsità di atti redatti dai dipendenti se definitivamente dichiarate in sede penale prima dell’entrata in vigore della legge stessa 311/2004. Così come è detta sembra che sia una norma che tende a rendere più rigorosa la situazione, ma invece non è affatto così, perché letta come va letta anche chi ha commesso delle falsità può avvalersi di questa norma a meno che non ci sia stata già una condanna. E questo tanto è più vero che nelle more tra le due leggi, tra le tre leggi che ho letto, c’era stato il decreto del ministro dell’economia e delle finanze sulla base di un parere del consiglio di Stato, il quale aveva detto quantomeno che si applica alle irregolarità non consistenti in falsità in atti. Quindi quando si viene a dire che: non produce effetti sulle responsabilità amministrative relative alle irregolarità consistenti in falsità in atti se definitivamente dichiarati in sede penale. Si va ancora a rendere più ampio il potere di sanare, si va a rendere ancora più ampio rispetto a quello che aveva detto il decreto ministeriale, in quanto il decreto ministeriale escludeva da queste agevolazioni, tutte quante le falsità in atti, mentre con questa norma si escludono quelle falsità in atti che siano solo state accertate attraverso un giudicato. E questo, dicevo, sotto il titolo III che dice “Misure di contrasto all’evasione fiscale”. È chiaro quindi che quando ci si trova di fronte ad una normativa di questo genere quei dubbi sulla tecnica legislativa che viene adottata, sul fatto che si vogliono far passare questi istituti un pò sotto silenzio, senza che si evidenzino completamente quelli che sono gli interessi che gli stessi sottendono, questo dubbio rimane molto forte. Ed è un dubbio che francamente lascia sconcertati non tanto come magistrati, come dicevo, ma come cittadini. Ma la cosa che poi praticamente che ancor più crea sconcerto è che nonostante tutto poi c’è una notevole corrente di pensiero che lungi dallo scandalizzarsi di questo, tutto sommato trova il discorso giustificato, già l’ho visto leggendo la stampa in ordine alla possibilità che effettivamente il decreto legge relativo alla prescrizione poi possa essere convertito in sede di legge, perché da molte parti si è detto: si va beh è stato fatto il decreto legge poi però vedremo come passa, dovrà passare al Senato, e chissà se passa. No, molti hanno espresso anche i loro dubbi sull’opportunità che passasse, addirittura trovo questa frase, che è attribuita, non so se è giusto o no, ma insomma al ministro Mastella, dice: una legge iniqua, a non beneficiare di una prescrizione per i reati contabili, ai ladri sì e ai sindaci no. Cose da pazzi.

Tantissimi amministratori ci chiedono il riequilibrio di questa ingiustizia. Quindi quando si è sollevato il problema della validità, dell'equità di questo condono – e qui adesso mi riferisco all'oggetto del giudizio, vale a dire il condono erariale, il prodotto della finanziaria dell'anno scorso, quando ci si riferisce a quest'ultima legge sulla prescrizione, si dice “ma insomma che cosa volete? Abbiamo fatto il condono adesso per i carcerati, i delinquenti eccetera, adesso i sindaci che sono? Un condono anche per loro”. E secondo me alla base di questo c'è proprio quell'equivoco al quale si riferiva poc'anzi il collega De Rose, cioè si parla di reati contabili ma non siamo qui di fronte ai reati, qui siamo di fronte ad un'azione di carattere risarcitorio, cioè è stato recato un danno e questo danno bisogna chiedere a qualcuno che sia riparato. È vero che c'è stata una certa tendenza che voleva configurare sotto il profilo sanzionatorio questo tipo di responsabilità, ma è una tendenza, a parte che è minoritaria, che a mio avviso si giustifica solo in parte. E mi spiego: è affermato da tutti i giuriconsulti, del resto non è una teoria nuova, risale addirittura al diritto romano, che la responsabilità, il diritto che sancisce la responsabilità civile persegue varie funzioni, tra cui c'è anche una funzione sanzionatoria, c'è anche un interesse di prevenzione generale speciale per evitare che certi fatti (parlo specialmente della responsabilità aquiliana) si ripetano, però prima di tutto c'è la funzione risarcitoria, cioè la funzione che venga ripristinato e venga risarcito il danno nei confronti della parte che l'ha subita. Quindi che in questa responsabilità contabile ci sia anche un aspetto sanzionatorio questo è fuori dubbio. Però – e qui mi rivolgo proprio agli avvocati che sono particolarmente sensibili a questo problema – vi rendete conto degli effetti assurdi che comporterebbe una mera concezione sanzionatoria, cioè se noi diciamo che il nostro è una specie di giudizio disciplinare che va a colpire l'amministratore che si è comportato male, il dipendente che si è comportato male, vorrebbe dire che la pretesa al risarcimento che hanno lo Stato e gli enti pubblici, pretesa che nessuno può mettere in discussione, potrebbe essere azionato ulteriormente. Cioè il nostro diventerebbe un giudizio in più da esercitare davanti alla Corte dei Conti con salvezza poi da parte dell'ente danneggiato di rivolgersi al giudice ordinario, dice: va beh, la sanzione gliel'hai data, adesso mi vuoi fare il risarcimento?!

Invece questa concezione sanzionatoria invece di ridurre l'esposizione dell'amministratore verrebbe ad aggravarla, perché verrebbe ad aggiungere all'obbligo del risarcimento anche l'onere di subire una sanzione. Ecco perché io credo che bisogna restare assolutamente ancorati alla funzione risarcitoria della giurisdizione della responsabilità contabilità, in quanto altrimenti verrebbero ad essere sovvertiti tutti quelli che sono i canoni di base del rapporto tra amministrazione e dipendente. Quindi diciamo che la responsabilità davanti al giudice contabile non è altro che la versione pubblicistica della responsabilità civile davanti al giudice ordinario. Così come lì si risponde per responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana, qui dinanzi al giudice ordinario si risponde sotto il profilo della responsabilità contabile. E in qui ricadiamo poi in quello che diceva Claudio De Rose, cioè come il condono comporti sempre una lesione a qualcuno, l'erogazione di un atto di grazia che

però a scapito di qualcun altro, cosa che non rientra nella logica del condono. Quindi ci rendiamo conto di come queste affermazioni, quando si parla di reato contabile “ma perché i delinquenti sì i sindaci no”, operino proprio in un campo che non è quello proprio. Non so, come mai non si è mai tentato, non si è mai cercato di ridurre con un condono analogo quella che è la responsabilità degli amministratori, dei dipendenti ai sensi dell’articolo 28 della Costituzione nei confronti dei privati? Anzi, non solo, è stato ampliato questo campo della responsabilità, adesso addirittura c’è pure la tutela degli interessi legittimi. Ora siamo esattamente nello stesso campo, è lo stesso tipo di responsabilità che assume delle vesti particolari perché? Perché ci si è resi conto che l’amministratore pubblico che gestisce interessi enormi deve essere, sotto un certo profilo, tutelato in quanto altrimenti sarebbe portato a limitare di molto la sua azione. Si parlava, ai tempi di Mani Pulite, di paura della firma, cioè nessuno voleva firmare più perché dice “hai visto mai, poi con l’abuso d’ufficio, la cosa e l’altra va a finire che qua mi mettono sotto processo”, tanto è vero che si è arrivati alla modifica del reato di abuso di ufficio proprio per evitare che l’azione del giudice penale si sovrapponesse all’amministratore. Parallelamente a questa logica è stata disegnata una responsabilità contabile che è molto più leggera della responsabilità che c’è nei confronti del cittadino, della responsabilità che è disciplinata dalla responsabilità contrattuale alla responsabilità aquiliana. Quelle leggi della riforma del ’94 e del ’96 sono stati introdotti tutta una serie di accorgimenti che hanno ridotto questa responsabilità. Si è detto che gli eredi rispondono soltanto nel caso di arricchimento indebito seguita da azione dolosa del dante causa, si è parlato della responsabilità limitata ai casi di dolo e colpa grave, si è quasi completamente esclusa la solidarietà, a meno che non ci fosse un’intesa dolosa tra le parti, è stato previsto l’applicazione del potere riduttivo, il riconoscimento dei vantaggi arrecati all’amministrazione o anche alla comunità. Sono stati ridotti altri casi di responsabilità, ad esempio il politico che in buona fede segua quelli che sono pareri degli organi tecnici e non può essere chiamato a rispondere di questo suo comportamento. Per quanto riguarda le votazioni collegiali si risponde soltanto nel caso di voto favorevole, mentre invece la normativa generale, voi sapete, che l’astensione deve essere motivata in quanto altrimenti non può essere una valida esimente. Quindi diciamo tutta una serie di norme che tendono a ridurre la responsabilità del debitore, io direi addirittura che c’è un capovolgimento della logica, mentre la responsabilità contrattuale, la responsabilità aquiliana, mettono al centro la tutela del creditore, il creditore viene considerato come la parte debole che deve essere aiutato in base al principio della solidarietà di cui all’articolo 2 della Costituzione, o in base al principio, parliamo specialmente della responsabilità contrattuale, del principio della produttività nazionale di cui all’articolo 41 della Costituzione, qui invece la figura che è al centro e che viene particolarmente tutelata, è il debitore, debitore proprio per evitare che altrimenti si rinchioda in un’inerzia che potrebbe essere pericolosa. Quindi diciamo la funzione di questa responsabilità non è più quella fissata dal codice di procedura civile ma direi l’articolo 97 della Costituzione, vale a dire assicurarsi che questo amministratore

gestisca nel modo migliore, secondo correttezza, lealtà, fedeltà eccetera.

È quindi una forma di responsabilità che per tutta questa serie di considerazioni, considerazioni che sono state ritenute valide dalla stessa Corte Costituzionale, è molto meno rigorosa della responsabilità civile. Inquadrata in questi termini quindi si continua a non capire perché nonostante ciò ci debba essere tutta questa serie di misure così favorevoli, misure che sono rette da un buonismo che però è pericoloso perché il buonismo porta anche molto spesso al lassismo, e dal lassismo si può passare al malcostume, dopo di che il cerchio si chiude, si torna all'intervento del giudice penale che era quello poi, come sappiamo, estremamente più negativo perché poi irrompe con tutta la forza, con tutte le energie, con tutte le conseguenze negative del giudizio penale, irrompe nell'esercizio dell'attività amministrativa e provoca quegli sconquassi che abbiamo visto all'epoca di Mani pulite. Quindi ricapitolando a mio avviso queste misure che vengono introdotte per ridurre gli effetti della responsabilità contabile, hanno questo duplice aspetto negativo, a parte l'ambiguità del modo in cui vengono introdotte, che fanno perdere di credibilità le stesse istituzioni che approvano in questi termini, hanno l'effetto poi di non evitare il proliferare, purtroppo ancora molto ampio, del malcostume nel nostro ordinamento e di portare quindi ad una serie di conseguenze negative che poi si ritorcono sull'ordinamento e sul funzionamento dell'amministrazione stessa. Detto questo non credo di dover aggiungere molto, auguriamoci che nel prosieguo ci sia quantomeno una più accurata valutazione da parte del Parlamento per fare in modo che queste norme rispondano effettivamente a delle logiche che siano comprensibili ai cittadini e che siano valide per le istituzioni. Grazie.

Avv. Paolo Nesta

Grazie al Dottor Pasqualucci per il suo brillante intervento, certo che ci ha rappresentato una situazione che ci lascia veramente esterrefatti: da un lato mancanza di tecnica legislativa (ed è evidente), violazione di norme costituzionali, violazione di norme di legge, lo accennava prima il Professor De Rosa, fatta scientemente, perché nel momento in cui non si chiede il parere della Corte dei Conti in una materia dove è previsto da una legge vigente che si debba chiedere il parere su una questione poi di così grande rilevanza, io credo che veramente questo vada un pochino, oltre che far calare a picco propri o la fiducia del cittadino, che se solo fosse consapevole di tutte queste carenze, devo dire non so quale reazione avrebbe perché, siamo chiari, noi tecnici, noi giuristi siamo in grado di valutare e apprezzare tutte queste carenze ma il cittadino non lo è assolutamente. Se ne venisse a conoscenza io credo che la reazione non so quale potrebbe essere, certamente di grande sconcerto. Ora passerei la parola all'avvocato Sergio Auriemma, vice procuratore generale della Corte dei Conti.

Avv. Sergio Auriemma

Devo dire che devo resistere a tantissime suggestioni che sono venute sia dall'intervento del Procuratore Generale che del Presidente Pasqualucci, suggestioni sugli inquadramenti sistematici, sulle quali però non mi posso soffermare, perché era mia intenzione oggi parlare con voi dall'angolo visuale del P.M., quindi dall'angolo dell'operatore che si confronta con gli avvocati tutti i giorni, e con gli avvocati affronta in concreto, al di là di quelli che sono gli inquadramenti sistematici, e direi di più: al di là anche di quelle che sono le difettosità della legge, si trova nel concreto dell'aula di giustizia a confrontarsi l'uno con l'altro, a incrociare i codici, come suol dirsi, e a confrontarsi poi con le decisioni dei giudici. Però colgo solo una suggestione, se io dovessi dire se sono per la tesi risarcitoria o sanzionatoria, io direi che sono per la tesi chiara in cassazione, non da ora, dal 2000, con una pronuncia esplicita, la pronuncia riguardava un istituto tesoriere, l'Unicredito, addirittura allora si leggeva il principio della personalità della responsabilità come riferito alle sole persone fisiche, pensate, la personalità che era la non trasferibilità agli eredi veniva letta anche da qualche giurisprudenza come riferita a persone fisiche, e la cassazione ha chiarito che la responsabilità amministrativa non direi che è un *tertium genus* ma è certamente speciale, cioè partecipa dell'una e dell'altro aspetto, dell'aspetto risarcitorio e di alcuni profili anche di tipo sanzionatorio. Cioè non direi che è un ibrido, è una forma di responsabilità che nel suo complesso tiene conto di tutte quelle esigenze sottostanti di interessi, c'è l'interesse collettivo ad avere il risarcimento ma anche l'interesse collettivo, poiché è anch'esso collettivo, a non avere la paralisi nelle attività, a non avere operatori che poi non possono gestire enormi cifre se sanno che di fronte ad eventuali responsabilità, che non sono solo dolose, sono anche colpose, di fronte a quelle responsabilità dovrebbero risarcire l'intero. Cioè voi pensate (io mi immagino) a operazioni di frodi comunitarie, noi dobbiamo risarcire l'intero alla comunità e quindi noi ci porremmo il problema di un risarcimento per intero dell'operatore che, nel caso di frodi certamente ha il dolo e c'è il dolo, ma probabilmente nel caso di irregolarità o infrazioni di altro tipo comunitario, potrebbe aver omesso di vigilare, potrebbe aver compiuto delle azioni meno censurabili. Allora solo questo: il nostro tipo di responsabilità è un tipo di responsabilità che direi già nel giudizio a monte del legislatore, per come è stato configurata, sia pure con una serie di problemi che abbiamo già visto, già intuito in alcuni casi, sia pure con delle manchevolezze, però tiene conto di tutti quegli aspetti di cui parlavamo, ecco perché non è né dell'uno né dell'altro tipo. Ma mi fermo qui con le suggestioni e cerco di fare appunto il compito proprio del P.M. La mia idea era quella di parlarvi stasera, di fare una sorta di *check up* della giurisprudenza, e cioè delle problematiche applicative così come sono venute a svilupparsi, e come ad oggi, a stamattina si sono sviluppate. Io volevo dare atto pubblicamente al Procuratore De Rose, e sono contento che non c'è perché diventa appunto ancora un omaggio non fatto per ingraziarsi il Procuratore, volevo dare atto a De Rose del fatto che ha consentito in Procura Generale, fin dall'entrata in

vigore di questa norma, un approfondimento di tipo collegiale. Devo dire che in Procura Generale gli approfondimenti sono sempre collegiali, sono soliti, ma in questo caso sono stati particolarmente intensi e sono stati particolarmente intensi perché ci siamo prefigurati due obiettivi: io credo che siano due obiettivi che voglio sottolineare perché sono significativi secondo me, anche per una correttezza di rapporto dialettico con le difese private, i due obiettivi che ci siamo posti sono stati: da un lato nei limiti del possibile assicurare comportamenti se non omogenei almeno uniformi del Pubblico Ministero, che credo sia già una delle prospettive che può, senza situazioni monolitiche, quindi senza irrigidimenti di posizioni perché bisogna lasciare anche al Pubblico Ministero la libertà di comportarsi in sede processuale secondo il suo modo di vedere e nel rispetto della legge, l'unica cui è assoggettato anch'esso, però certamente una omogeneità nel modo di affrontare certe tematiche di ordine generale, credo sia un dovere dei pubblici ministeri, anche nel rapporto con i cittadini e quindi con le difese private. Ci siamo poi posti un altro obiettivo, io sentivo il procuratore che diceva "sono rimasto solo perché non si sono volute sollevare delle eccezioni di incostituzionalità". Io voglio precisare questo punto, non è affatto vero che la Procura Generale non ha voluto obiettare e sollevare questioni di costituzionalità, piuttosto si è messa in una diversa prospettiva, e cioè ha tentato di proporre ai giudici una lettura costituzionalmente orientata e solo in subordine ha sollevato delle eccezioni di incostituzionalità, su vari profili, non le posso elencare, ma su tanti profili. Ebbene, nonostante i pubblici ministeri solo in via subordinata le hanno sollevate, le decisioni nelle quali i collegi giudicanti respingono queste eccezioni, sia pure solo subordinate, sono tantissimi. Circa la questione di legittimità costituzionale l'articolo 1, eccetera, formulata in sede di parere richiamata dal Procuratore in quanto non prevede che in caso di impugnativa oppure in quanto non prevede il contraddittorio tra le parti, i giudici ci dicono il collegio ritiene manifestamente infondata la questione. Allora come vedete il problema non è tanto di sollevare le eccezioni perché il pubblico ministero, così come gli avvocati, a fronte di dubbi che hanno sulla costituzionalità delle norme le sollevano, ma ce lo ricorda Calamandrei il portiere non siamo né voi né noi, il portiere della Corte Costituzionale è il giudice, quindi sono i giudici che devono valutare la sussistenza o meno di profili di costituzionalità o di incostituzionalità. Io vi dico tra l'altro che personalmente non ho avuto finora questioni che attengano a infrazioni comunitarie, ma laddove io dovessi averle io solleverei la questione dell'infrazione, della violazione comunitaria laddove si dovesse applicare, in certi casi, l'ipotesi di condono. Ma ovviamente questo non dipenderebbe poi, perché non ho il potere del procuratore di informare direttamente la commissione di giustizia della commissione europea, però ovviamente la solleverei ai giudici affinché se ne facciano poi eventualmente portavoci successivi. Devo anche ricordare, guardate, che non dobbiamo secondo me dimenticare qual è stato l'impatto iniziale di questa norma, cioè quando è entrata in vigore la presa di posizione direi prevalente nella magistratura contabile è stata di accenti di particolare durezza. Se noi rileggiamo la

rassegna stampa, quindi la stampa quotidiana dei primi, del gennaio, noi vediamo prese di posizione dell'associazione Magistrati, del presidente della Corte, direi di quasi tutti i procuratori regionali nell'inaugurazione degli anni giudiziari. Quindi i toni erano toni molto accesi, e cioè valutazioni negative. Allora questo faceva temere (e io sono stato il primo a temerlo) le cosiddette resistenze interpretative, esegutiche. Ci si è preoccupati fortemente se può resistere per resistere applicando in modo distorto la norma, oppure sollevando eccezioni di costituzionalità. Noi ci siamo preoccupati pure di questo, cioè di evitare le pure resistenze interpretative, ma di porre soltanto a nudo quelli che – e qui lasciatemi esprimere poi la mia opinione personale – certamente sono gravi manchevolezze che ci sono nella norma, su questo non ci sono dubbi, e sono manchevolezze io direi biunivoche, e cioè non riguardano soltanto la posizione del P.M. ma riguardano anche la posizione delle parti. Ovviamente, come già detto in un'altra occasione, io posso riflettere su quelli che sono i profili di costituzionalità, interessano il P.M., non potendo certamente sostituirmi agli avvocati e quindi per esempio affrontare la tematica cui si accennava prima, dell'assolto in prime cure che poi sia coinvolto in un giudizio d'appello ad esempio per *litis consortio*, sia pure solo processuale, e quindi se può chiedere o non può chiedere, insomma la mia opinione ce l'ho però come pubblico ministero ovviamente non è che mi pongo il problema, e l'ho detto già in un'altra occasione, della parte. O meglio: nel momento in cui dovesse essere sollevato certamente ce lo porremo, anche perché come pubblici ministeri noi agiamo è vero come parte, ma agiamo nell'interesse della legge, e quindi la stessa preoccupazione che ha il cittadino privato ce l'avremmo noi come pubblici ministeri, e guardate – ripeto – le varie eccezioni, sia pure subordinate, che abbiamo tentato di sollevare erano tutte in questa logica biunivoca.

Finita questa introduzione soltanto farei due altre piccole premesse poi passo al concreto del *check up*. Direi che è un dato pacifico, incontestabile, inconfutabile, il fatto che siamo in presenza di una perimetrazione legislativa che non è stata adeguata, guardate non è nuova certamente la tecnica degli innesti ortopedici nella responsabilità amministrativa, cioè anziché fare riforme organiche, la stessa novella del 94 non è stata organica ma è stata un innesto un pò più grosso, diciamo una protesi un pò più grossa, che però poi è stata seguita da tante altre piccole protesi. Io credo che questo sia il limite di fondo dell'intervento normativo in materia di responsabilità amministrativa, e cioè mentre tutte le altre tipologie di responsabilità hanno avuto dei momenti di grande codificazione, e poi interventi anche rettificativi eccetera, noi la grande codificazione risale all'altro secolo, si è fermata là, perché tutto il resto non è stata né grande né piccola codificazione a mio avviso, ma sono stati innesti, interventi a macchia di leopardo via via inseriti per esempio in finanziaria con maxi emendamenti, quindi senza nemmeno discussione parlamentare o voti di fiducia, e non è il primo inserimento perché ci sono anche inserimenti o tentativi di inserimenti precedenti, e l'ultimo – lo abbiamo verificato – è stato l'inserimento della modifica del comma sulla prescrizione. Allora come vedete è

l'approccio, per cui io credo che questo approccio altro che porsi il problema se è risarcitoria o sanzionatoria, si pone soltanto il problema non direi di mettere delle piccole protesi ma di creare forse degli interventi ortopedici, a volte viene il dubbio al cittadino, per non far più camminare questo corpo perché se io gli creo tante di quelle protesi alla fine gli avrò potuto mettere pure quattro gambe, otto braccia, semmai pure le rotelline ai piedi e poi non riuscirà più a camminare. Quindi probabilmente c'è questa preoccupazione. E c'è una preoccupazione anche nel condono, il cosiddetto condono, che noi abbiamo un pò più eufemisticamente di chiamare "definizione agevolata dei giudizi" perché la norma parla di definizione del giudizio, però in questo condono certamente non siamo riusciti nemmeno ad individuare con esattezza la ratio, allora io vi dico subito non è una ratio deflattiva, e cioè se noi assistiamo a che cosa sta succedendo in sede di appello (e lo verificheremo a fine d'anno, con le statistiche, lo potremo verificare a fine 2007, il 2006 poi dirò è il primo anno di applicazione, quindi in ogni caso nel primo anno di applicazione ci sono difficoltà) noi vedremo che c'è un rallentamento dei processi, c'è un rallentamento dovuto probabilmente in parte alla legge ma in parte anche all'applicazione che si fa della legge, e quindi se io faccio camere di consiglio separate, poi faccio camere di consiglio prima, e poi faccio camere di consiglio a volte dopo, e poi creo tutta una procedura fatta in un modo particolare alla fine altro che deflazione o accelerazione, c'è un intasamento. Anche perché poi la deflazione opererebbe soltanto se la norma intervenisse se non prima dell'appello, addirittura forse nel giudizio di primo grado, però siamo in altre prospettive riformatrici. Quindi certamente non era quella la ratio e non può essere quella. Ma noi ci preoccupiamo che la ratio alla fine non possa essere nemmeno la sollecita riscossione delle somme perché la sollecita riscossione delle somme poi significa approntare un meccanismo per cui la riscossione vada fatta anno per anno, quindi per gli appelli pendenti nel 2006 si arrivi realmente, per come è congeniata la norma, a riscuotere nel 2006 e così via. Questo non sta succedendo quindi vuol dire che evidentemente, ammesso pure che sia quella la ratio, è una ratio per ora non raggiunta per come è stata congeniata la norma. Non mi sentirei nemmeno di dire poi che si voleva equiparare ad altre forme, non so, di giustizia negoziata, il condono, io non mi voglio soffermare sugli elementi ma noi abbiamo sostenuto e stiamo sostenendo in cassazione, a fronte di impugnative che sono venute dalle parti private, le nette differenze, dal punto di vista giuridico processuale rispetto a tutte le forme di giustizia negoziata, ovviamente rispetto al patteggiamento penale sicuramente, perché appunto lo accennava anche il Procuratore, qui non c'è concordamento né tra le parti né delle parti con il giudice, non c'è nessun concordamento, ma nemmeno con il condono tributario non solo con la conciliazione tributaria ma nemmeno con il condono, quello del 2002, della legge 289 del 2002, perché lì se ci riflettete bene, lì tutta la definizione avveniva al di fuori del giudizio, era una definizione fatta con l'amministrazione. Dopo di che fatta la definizione con l'amministrazione si portava questa situazione, cioè la dichiarazione di versamento, la comunicazione con la

quale gli uffici finanziari attestavano l'avvenuta definizione davanti al giudice, il giudice verificava la regolarità e si chiudeva. Allora se si fosse voluto realizzare un condono, la misura premiale, il premio, probabilmente questa era la strada, cioè un premio di tipo diverso. Per cui il giudice poi si trovava a questo premio che era stato fatto con l'amministrazione, anche perché io non riesco poi a capire, lo vedremo, in che modo, se non nel modo di cui abbiamo tentato di dare una lettura costituzionalmente orientata, in che modo il giudice possa decidere, possa fare quella sorta di estrazione per dire se il 10, 20 o il 30, perché il richiedente certamente sarebbe un folle a voler pagare il 30, quindi chiederà il 10. Però io mi chiedo l'estrazione in che modo avviene per arrivare al 30. Se non vogliamo che sia un'estrazione gli dobbiamo dare un significato. Questa è la prima parte. Seconda parte del check, quindi abbiamo fatto un piccolo *check up* su quello che è l'istituto nei suoi aspetti sistematici ma più che altro applicativi per le conseguenze che porta, vediamo il *check up* invece su un altro evento che credo sia una delle poche volte che si realizza, forse si è realizzato in altri settori, però nel settore nostro per la prima volta noi abbiamo in questo momento tre pendenze che io definisco di natura regolativa, davanti a tutte le magistrature. E cioè abbiamo questioni di costituzionalità davanti alla Corte Costituzionale, abbiamo questioni di impugnabilità dei decreti di diniego davanti alla Corte di Cassazione abbiamo questioni di massima davanti alle nostre sezioni riunite, perché noi abbiamo sollevato questioni di massima. In più abbiamo la giurisprudenza delle sezioni di appello. Quindi a partire dai giudici di merito fino alle istanze regolative massime, in questo momento è pendente l'intera definizione operativa del condono.

Vediamo Corte Costituzionale. Si accennava prima ricorso della provincia di Bolzano, la provincia di Bolzano ha fatto un ricorso, il 33/2006 che io vi dico come notizia che è stata stralciata la norma perché quello era un ricorso in via principale che impugnava l'intera finanziaria, varie norme della finanziaria, tra cui i commi 231 e 32. La Corte Costituzionale ha stralciato i commi, li ha resi oggetto di un giudizio autonomo ed è iscritto a ruolo per il 6 marzo 2007, imminente. Quindi noi avremo questa prima pronuncia, però sarà una pronuncia (quale che essa sia, o positiva o negativa) risolutiva? Questo dipende da come è fatto questo ricorso, e io vi dico, rapidamente, senza pronunciarmi nel merito, la provincia autonoma di Bolzano si è vero che ha detto che sono lese sue competenze statutarie perché in pratica non può più introitare l'intero danno, e questo è il primo profilo. Poi subito dopo ha messo un profilo in contraddizione e c'è una disparità di trattamento con gli assolti

Sapete qual è il rischio davanti alla Corte Costituzionale (voi siete più esperti di me) praticando le difese? È che viene fuori l'inammissibilità, la manifesta infondatezza, perché c'è questa complessità. Cioè sembra quasi che la provincia di Bolzano da un lato si lamenti di non ricevere tutti gli introiti e dall'altro dica: ma togliamo qualche cosa di condanna anche a quelli che non ce l'hanno ancora. Quindi come vedete una certa contraddittorietà ... E d'altro canto la provincia di Bolzano,

la provincia autonoma di Bolzano, io non posso dimenticarlo, è quella che ha sollevato qualche anno fa un'altra questione di costituzionalità, perché stava per inserire delle disposizioni che guardavano, guarda caso, guardavano la limitazione della responsabilità e la commisurazione a stipendi, uno stipendio, due stipendi. Come vedete, ripeto, mi sembra tanto che in questo ricorso ci sia un'eterogenesi di fini.

Vediamo invece la sezione di appello siciliana, la nostra. Non avendo seguito la strada che abbiamo seguito noi e che hanno seguito anche i nostri giudici, cioè di tentare una lettura costituzionalmente adeguata, è stato detto che la materia interferisce con la funzione giurisdizionale. Perché interferisce con la funzione giurisdizionale? Perché colpisce processi in corso. Poi è stato detto che c'è la lesione del principio del buon andamento, 97 della Costituzione. E io ricordo solo a me stesso che è costante l'orientamento della Corte Costituzionale che il 97 della Costituzione non c'entra niente con l'attività giurisdizionale, qui invece è fatto con riferimento al processo al giudice eccetera, quindi per il 97 già è destinato a cadere quel profilo di censura. E poi è stato detto: è censurabile la norma (dalla sezione siciliana) per assenza di criteri e di parametri di giudizio. Ora sì noi possiamo ragionare adesso, e ragioneremo di qui a poco sull'assenza dei criteri e dei parametri del giudice, cioè il giudice come fa a stabilire tra il 10 e il 30. Ma io mi chiedo se questi criteri e parametri non esistono, e perdonatemi non esistono, perché l'impugnativa parla di "espressamente enunciati dalla legge", se non esistono perdonatemi, non esistono nemmeno per il potere di riduzione. Il potere di riduzione, dice "ciascuno per la parte che vi ha preso", non dà nessun criterio al giudice. Quindi se è incostituzionale questa norma io credo che subito dopo noi potremmo sollevare un'eccezione di incostituzionalità del potere di riduzione, cioè di una cosa ancora più radicale. Quindi mi pare che sia debole anche la prospettazione che proviene dalla Sicilia. E tra l'altro la sezione d'appello siciliana, pur occupandosi poi di una regione a statuto speciale, non ha sollevato quel problema dell'articolo 81 e della lesione non più comunitaria ma di regione a statuto speciale che ha sua autonomia anche in entrate, non l'ha sollevata, quindi evidentemente ha ritenuto che non ci fosse quel profilo, cioè ha sollevato dei profili in un certo modo, ha ritenuto che non ci fosse l'altro profilo che invece poteva esserci, forse.

Vediamo la Cassazione. In Cassazione noi abbiamo in questo momento 4 impugnative, 3 già pendenti, 1 stiamo stendendo il controricorso. Le impugnative si incentrano su questo principio, badate bene, fatte da difensori privati in casi di dinieghi, quindi sono stati emessi dei decreti di diniego. Sono stati impugnati per eccesso di potere giurisdizionale e per violazione di legge, perché è stato detto che il giudice non deve fare altro che dare il condono, non si capisce bene però come fa a decidere tra il 10 e il 30 in quei ricorsi. Deve darlo, deve darlo seccamente, senza fare nessuna valutazione, e che è reclamabile (è l'altro punto) che se lo nega si può impugnare in cassazione. Si può impugnare in cassazione, badate bene, per il 111, VII comma della Costituzione, e cioè con ricorso straordinario, quindi in quei ricorsi c'è una lettura veramente forte del VII comma rispetto all'VIII, e cioè significa per intenderci, e

l'avete già capito ancor prima che ve lo dica, che le decisioni della Corte dei Conti, ma anche le decisioni del Consiglio di Stato, non solo sarebbero ricorribili per motivi di giurisdizione, ultimo comma, ma sarebbero ricorribili tutte le volte che c'è una violazione di legge con provvedimento decisorio e definitivo. A me risulta che tra i provvedimenti decisori e definitivi ci sono le sentenze, che è il primo per eccellenza, quindi praticamente questi ricorsi chiedono alla Corte di Cassazione di pronunciare una declaratoria di incostituzionalità, cioè sopprimere l'ultimo comma del 111 della Costituzione. Quindi io ho il timore che siano destinati, diciamo a soccombere quei ricorsi per questa prospettazione, non perché pongano il problema della reclamabilità che invece adesso vedremo, c'è ed esiste. Davanti alle Sezioni Riunite invece quali questioni noi abbiamo sollevato?

Noi abbiamo sollevato la questione se è pendente un appello del P.M. avverso la sentenza di condanna, dare il condono significherebbe praticamente sopprimere la facoltà di appello del P.M., tutte le volte che un soggetto è condannato chiedere il condono, il P.M. è inutile che appella perché gli si dà il condono. Questo è il meccanismo che verrebbe fuori. E allora questo ci preoccupa, e adesso siamo rafforzati dalla pronuncia non ancora motivata della Corte Costituzionale sulla legge Pecorella. Questo significa elidere la facoltà di appello del Pubblico Ministero, e badate che la facoltà di appello del Pubblico Ministero a volte viene esercitata dal Pubblico Ministero contabile non per, io leggo a volte sui giornali, l'intento persecutorio delle parti, noi a volte in appello mettiamo prue gli errori che ci sono nella sentenza, che vanno corretti, che vanno modificati, pur non essendo competenza o comunque pur non essendo teoricamente legittimati a sollevare, io stesso a volte segnalo per esempio che in una sentenza che viene appellata, a volte anche l'avvocato difensore non se ne accorge, è stato pronunciato erroneamente il vincolo di solidarietà in primo grado, e se nessuno lo cancella in fase di esecuzione quel vincolo di solidarietà significherà una cosa ben precisa, e a volte come pubblici ministeri lo segnaliamo, addirittura entrando quasi in un conflitto di interessi perché non è nostro interesse far venire meno il vizio in esame, però ... La prima questione vi dicevo è l'appello, e l'abbiamo sollevata perché c'è un contrasto, e c'è un contrasto all'interno della stessa sezione. Guardate io ho una sentenza fatta stamattina dalla Sezione Prima Centrale, 8/2007, sezione prima centrale, che dice che l'appello del Pubblico Ministero non interessa, nel senso che anche se c'è l'appello si dà il condono. Allora la sentenza, né questa né altre, hanno mai precisato che fine fa l'appello del Pubblico Ministero, perché va bene il condono, si definisce il giudizio, ma l'appello del Pubblico Ministero è un appello autonomo. Come si pronuncia? Non si sono pronunciati finora, anche quando hanno consentito, concesso il condono, le sezioni che hanno ritenuto non incostituzionale per questa parte la norma, non si sono pronunciate sull'appello del P.m., non hanno detto “è inammissibile” “si estingue” “rimane assorbito”, non hanno detto nulla, e poiché la camera di consiglio precede l'udienza, a volte non è avvenuta nemmeno la riunione dei giudizi. Noi abbiamo due giudizi diversi, l'appello P.M. e l'appello di parte, non riuniti, si decide solo sull'appel-

lo di parte e sul condono, e si dice “l’appello del P.M. non c’entra”. Allora io non vorrei che tra qualche anno noi saremo costretti a dire che fine hanno fatto i nostri appelli se continuano pronunce di questo genere. È questo il punto delicato. Ecco perché noi volevamo la soluzione dell’appellabilità. Ovviamente secondo la nostra prospettiva, ma noi siamo consapevoli che ci può essere una prospettiva diversa degli avvocati difensori. Ma qua non è il problema di quale prevale, che prevalga l’una o l’altra con la chiarezza dell’orientamento, perché la chiarezza degli orientamenti, anche giurisprudenziali, è una chiarezza la quale vi assicuro, perlomeno la Procura Generale, ma credo tutte le procure regionali, si adeguano, si uniformano di fronte però a decisioni che siano decisioni chiare. Perché sapete a cosa ha portato questa pronuncia di dire che l’appello del P.M. non conta niente? Guardate che dice questa decisione che non conta niente nemmeno l’appello della parte privata. Nella ipotesi in cui il richiedente il condono non sia appellante principale ma sia appellato, non importa di iniziativa di chi, procuratore o parte privata, cioè diventa lui un appellato e solitamente l’appellato fa un appello incidentale. In tale ipotesi, in quanto non è appellante principale, non può chiedere la definizione, altro che assolti in primo grado, qui stiamo parlando di appellanti che non possono chiedere il condono, altro che assolti in primo grado! E questa è giurisprudenza nostra, quindi ecco perché la Procura Generale ha sollevato queste questioni davanti alle sezioni unite, l’appello. E l’altra questione il contraddittorio. Guardate io personalmente (e gli avvocati che sono qui alcuni di loro mi conoscono, sanno benissimo che io sono tra i pubblici ministeri più aperti al contraddittorio pieno con le parti, ma tutti gli altri colleghi devo dire allo stesso modo), noi vogliamo il contraddittorio. Ma voi pensate che io ho bisogno del contraddittorio in camera di consiglio dopo che ho fatto un parere articolato?! Ma sapete quanto io mi sono impuntato sul discorso, ci siamo impuntati sul contraddittorio?! Quando avendo io fatto un parere articolato consegnato e depositato in sezione, il giorno della Camera di Consiglio è venuto l’avvocato, ed era purtroppo una camera di consiglio fatta insieme con l’udienza (anche questa cosa strana), è venuto l’avvocato dicendo “io non ho letto il parere del P.M., lo vorrei leggere”, e io stesso ho chiesto un rinvio per dargli la possibilità di leggere, perché il confronto tra le parti, guardate, è una garanzia di giustizia. Poi il confronto non significa che io sto dalla parte degli avvocati, ci mancherebbe altro, ci scontriamo continuamente, ma siamo per una dialettica processuale, direi siamo nella stessa barca, cioè abbiamo bisogno di dialogare tra di noi per dialogare con la giustizia e far dialogare con la giustizia il cittadino e l’amministrazione, o la collettività, della quale noi ci sentiamo portatori. Ecco perché chiediamo il contraddittorio. Eppure no: diniego di contraddittorio, perlomeno dico diniego di contraddittorio non in assoluto, poi vi dirò, ed è l’ultima parte, quali sono le oscillazioni, tra quali sezioni ci sono le oscillazioni, che speriamo attraverso queste pronunce regolative di sanare. Di sanare, ripeto, quale che sia poi il tipo di non sanatoria, il tipo di intervento compositivo, chiamiamolo così perché con le sanatorie poi andiamo su queste sanatorie che sono strane e che anche a me non piacciono.

Qual è lo stato attuale? Diciamo subito per dare grossi numeri, guardate i numeri sono in dinamismo totale, io ieri sera avevo dei numeri, adesso già ne ho degli altri, stamattina sono arrivate altre richieste, grossomodo 390 richieste pervenute, 210 esaminate, nel primo anno fino ad oggi, un accoglimento medio del 40%, quindi c'è un 60% di respingimento, un accoglimento del 40%. Questi sono i dati complessivi attuali, il respingimento è nel caso di dolo ovviamente. Quindi questo già è un indice sintomatico che ci fa capire pure una percentuale tra le ipotesi dolose e le ipotesi colpose, tante volte noi andiamo alla ricerca di quante sono le ipotesi dolose eccetera. Queste percentuali, non è precisa perché anche ovviamente in ipotesi colpose, come ricordava il Procuratore, ci può essere la parte che dice “non voglio nessun condono, io voglio andare all'assoluzione” e quindi non fa la richiesta. Però grossomodo questi sono i dati, e sono dati, che io insisto, non solo per i dati ma insisto anche per le oscillazioni giurisprudenziali, tenete presente siamo nel primo anno di applicazione di questa norma, quindi per quanto io mi accalori nel segnalare delle disfunzioni, alla fine direi non sono giustificabili perché non sono mai giustificabili, ma sono almeno umanamente comprensibili, a fronte di una legge, diciamo non ben fatta (e anticipo un concetto che vi dirò alla fine), a fronte di una legge non proprio ben fatta, non perfetta, non brillante, il fatto che in un anno ci siano solo questi profili, alcuni che residuano ancora, di incertezze, vuol dire che c'è uno sforzo congiunto poi della Procura, dei giudici e anche degli avvocati, per tentare di dare appunto corpo a questo essere che è apparentemente informe. Quali sono i punti? Li ho schematizzati in 5 o 6 punti: il momento di presentazione della richiesta e la sede. Qui c'è un'oscillazione, perché la Sezione Prima chiede la contestualità tra istanza e ricorso. Ora se la contestualità tra istanza e ricorso si può ritenere sì fattibile, io non credo però che sia un requisito fissato dalla legge, perché la legge parla di “in sede di impugnazione”, io teoricamente potrei farlo fino al giorno dell'udienza, non mi pare che ci sia proprio questa, però questo è un problema che si porranno gli avvocati perché noi non appena arriva la richiesta, in tempi rapidissimi esprimiamo il nostro parere. Allora le oscillazioni sono in Sezione Prima: la contestualità e richiesta decreto 50 e sentenza 233 (per chi vuole avere degli estremi), viceversa invece, le altre due sezioni, Seconda e Terza, ammettono anche il giorno dell'udienza la richiesta, quindi come vedete è una oscillazione, su tre sezioni una soltanto. Non c'è oscillazione invece per i casi di revocazione, in sede di revocazione si ritiene che non sia praticabile l'istanza di definizione, quindi noi abbiamo avuto una sentenza di appello nella quale ovviamente, poiché si tratta di appelli precedenti, non c'era nemmeno la norma, si va in revocazione, in revocazione non è stata concessa. Io vi dico la verità, anche questo è un problema da approfondire perché bisogna vedere, c'è una fase della revocazione nella quale non è concedibile ma forse ce ne è un'altra nella quale è concedibile, però, ripeto, mi sentirei troppo di fare l'avvocato quindi non lo voglio fare. In caso di abbandono è stato detto che anche qui, fino alla dichiarazione di abbandono è possibile la richiesta, ci stupisce un po' que-

sta decisione perché guardate la dichiarazione di abbandono, lo dice il termine, è una dichiarazione, cioè l'abbandono si è verificato alla scadenza di termini. Quindi se ad una certa data è intervenuto l'abbandono, insomma, però alcuna giurisprudenza dice che è possibile fino all'abbandono. E questo è il primo punto, quindi il momento della richiesta. Vediamo la forma della richiesta. Noi inizialmente avevamo detto che era necessario notificare al P.m., ma non perché volevamo la notifica, perché per noi basta il deposito, ma che il deposito avvenisse in sezione perché per noi il deposito in sezione equivale a notifica. Poi io mi faccio carico come P.m. Di andare a vedere le carte, ma quando qua si dava il deposito dall'ufficio ruolo e poi non si capiva bene dove andava questo decreto, signori, il Pubblico Ministero necessariamente voleva la notificazione perché noi non è che conosciamo l'ufficio ruolo, gli uffici intermedi e i piani della Corte, noi conosciamo le sezioni giurisdizionali e le segreterie. Come voi. Perché altrimenti io potrei dire che alcuni miei atti anziché depositarli in sezione vado all'ufficio Ruolo, il giorno dell'udienza, così voi avvocati non sapete nemmeno che ci sono. Non è possibile. Ecco perché volevamo la notifica. Superato finalmente il problema, adesso l'orientamento è uniforme, è sufficiente depositare l'istanza.

Mandato difensivo. Qui è oscillante, la Sezione Prima, decreti 9 e 18, e questa sentenza di stamattina, continuano a parlare di delega speciale. Bene, pure noi abbiamo sostenuto la delega speciale, ma non è ancora chiaro (e c'è oscillazione) se basta la firma della parte, se basta la firma dell'avvocato con mandato speciale o se sono necessarie tutte e due. Io vi potrei citare tre decreti, uno ha detto che basta solo la firma dell'uno, allora anche questo noi riteniamo, la posizione della Procura ve la dico chiaramente, noi riteniamo che è un atto dispositivo, quindi ci deve essere la firma della parte e poi non siamo molto formali sul mandato, cioè anche se è un mandato a formulazione abbastanza generica non ci impuntiamo su quello. Ora i giudici possono decidere pure diversamente, ma purché la decisione sia unica, più per voi che per noi perché per noi vi ho detto qual è la posizione nostra più o meno uniforme in Procura Generale, anzi direi uniforme perché ne abbiamo discusso. Questa è la forma. Arriviamo alla procedura camerale. Vi ho già detto, la sezione Prima è l'unica che non consente il contraddittorio tra le parti, Sezioni Seconda e Terza consentono il contraddittorio. La Sezione Prima è la sola sezione che a volte fissa camera di consiglio e contestuale udienza, adesso si stanno allineando anche altre sezioni. E questo significa però già aver deciso sulla reclamabilità o meno del decreto perché se io faccio nello stesso giorno camera di consiglio e poi udienza vuol dire che già ritengo che non è reclamabile. Però noi ci chiediamo poi perché la Sezione Prima che ritiene non reclamabile, a fronte di un reclamo fatto non a noi ma alla Corte di Cassazione, ha sospeso per l'articolo 295, cioè ha fatto una sospensione necessaria per pregiudizialità logico-giuridica. Scusate, ma se c'è la pregiudizialità logico-giuridica vuol dire che la sezione ha ritenuto che è reclamabile, sia pure alla Cassazione, è impugnabile in Cassazione. E come si concilia questa decisione, 295, con la decisione 8/2007 o con la deci-

sione 233/2007? Allora noi probabilmente amplieremo la questione di massima portando questa oscillazione giurisprudenziale di tipo orizzontale interno alla stessa sezione. All'interno della stessa sezione c'è una oscillazione, viceversa l'orientamento uniforme è lo stralcio, sempre per la procedura camerale, lo stralcio su singole richieste. Mi spiego: se c'è un giudizio in cui vi è un litis consorzio o comunque vi è un consorzio in lite di più soggetti, una sola richiesta viene trattata autonomamente, quindi viene fatta una camera di consiglio, due richieste avranno due camere di consiglio, il che naturalmente a volte può portare degli squilibri, però l'orientamento è uniforme, vengono stralciate le singole richieste, il che significa che si decide in camera di consiglio e poi si va all'udienza finale nella quale ci sarà però poi un soggetto che non ha fatto istanza, e poiché c'è la separazione dei numeri di giudizio, e poiché i giudizi sono separati, e nelle camere di consiglio non si sono riuniti, ma io mi chiedo, dal punto di vista processuale formale come funzioni questo meccanismo. Però i giudici così stanno decidendo e così andiamo avanti.

Arriviamo al IV punto: le condizioni di ammissibilità dell'*an*. È certamente orientamento uniforme, salvo un solo decreto, il fatto che sia alternativa rispetto alla discussione dell'appello, e cioè io chiedo la definizione agevolata, il condono, ovviamente questo significa che non andiamo al merito, si decide prima questo, mi pare ovvio, e questo è l'orientamento uniforme, salvo però un caso: sezione Seconda decreto 47, che ha ritenuto variabile in camera di consiglio l'ordine. E cioè: io faccio una richiesta in cui dico che è subordinato, poi vado in camera di consiglio, se l'avvocato cambia la richiesta si discute. Ed è pure questa una cosa strana, però io lo cito, decreto 47, sezione seconda. Orientamento uniforme in caso di dolo, o meglio era un orientamento quasi uniforme, ora vedremo se è ancora uniforme. Viceversa addirittura è stata esclusa la condonabilità in un caso di colpa con previsione, quindi non con dolo, colpa con previsione, decreto 41, sezione Seconda.

Quindi io direi sull'elemento soggettivo non mi sentirei di dire che ci sono delle oscillazioni, perché l'indirizzo assolutamente prevalente lo esclude in caso di dolo. Io poi se volete posso pure scendere nei dettagli analitici, noi a volte ci chiediamo quale sia la concezione del dolo perché noi per esempio leggiamo sentenze dei nostri giudici, forse anche in primo grado qualche volta, nelle quali riteniamo che non ci sia una netta distinzione tra il dolo generico e il dolo specifico, perché quando io leggo che il dolo c'è quando c'è la finalità, badate bene che il dolo nel caso del danno erariale ci sarebbe soltanto quando io non solo ho avuto la finalità di prendere i soldi ma io ho avuto la finalità di fare male all'amministrazione, io avevo proprio quel fine, cioè io li ho presi per far male all'amministrazione. Mi pare una cosa un pò troppo forte. Cioè il dolo specifico è una configurazione ben precisa, cioè per avere il dolo c'è la volontarietà e l'intenzionalità dell'azione, se io dimostro che l'azione è volontaria e intenzionale c'è dolo, però qui stiamo parlando di un dolo generale, il condono dice: quando c'è dolo non

viene dato. Non viene dato quando c'è il vincolo solidale in sentenza di primo grado, e vi ho detto però che c'è un pericolo, perché a volte il vincolo solidale, noi abbiamo sentenze di primo grado che pongono il vincolo di solidarietà anche non avendo pronunciato il dolo, allora poiché la solidarietà c'è solo in casi di dolo non in caso di colpa grave, io direi che sarebbe necessario sciogliere questo vincolo. E difatti un decreto, 26 Sezione Seconda, ha sciolto il vincolo apposto erroneamente, ed ha consentito la richiesta di definizione agevolata, perché altrimenti quell'errore impediva la richiesta, perché era un errore che determinava un vincolo di solidarietà. Sull'appello già ve l'ho detto, dico solo sull'appello, non a caso citavo la imminente sentenza, non abbiamo letto ancora le motivazioni ma sappiamo il dispositivo, lo hanno reso noto anche con un comunicato stampa, cioè lo squilibrio, l'asimmetria tra posizione del P.M. appellante e parte privata, lo stesso che si verifica in sede penale si verifica qua se il condono viene dato, anche quando per esempio il pubblico ministero ha impugnato proprio la quantificazione del danno. Se io ho impugnato la quantificazione del danno, io ho impugnato proprio quella parte che serve da base parametrica per stabilire il 10, 20 o 30%. E come si fa a dire che non conta l'appello? Allora veramente in quel caso il giudice deciderebbe senza criteri, lì ci sarebbe l'incostituzionalità, perché deciderebbe senza un parametro, senza un criterio, non avendo tenuto conto che è appellata e quindi sospesa per la parte relativa alla quantificazione del danno, perché l'appello significa anche sospensione ex lege. Quella decisione sulla quantificazione è sospesa proprio sulla quantificazione, e tu giudici eserciti il 10 il 20 o il 30? Mi sembra, appunto, pericoloso.

Come viene calcolato? Il danno quantificato noi avevamo proposto una lettura diversa ma ci adeguiamo e rispettiamo la lettura che è stata data, e cioè il danno quantificato è quello quantificato nella sentenza, al netto direi del computo dei vantaggi e del potere riduttivo, quindi è il danno finale che si legge nel dispositivo della sentenza di primo grado. Vi dico noi abbiamo fatto acquiescenza perché noi avevamo sollevato un'eccezione di incostituzionalità anche su questo punto, poi ci siamo adeguati a quelle che sono le spiegazioni che ci hanno dato i giudici, e quindi attualmente l'orientamento qui è uniforme. Invece c'è un orientamento prevalente per quanto riguarda la rivalutazione degli interessi, cioè la maggior parte dei decreti computa a parte la rivalutazione degli interessi, quindi si paga il 10, 20 o 30% e poi a parte si calcolano rivalutazione di interessi secondo le indicazioni presenti nella sentenza di primo grado. Di solito la sentenza di primo grado indica la decorrenza, qualche volta, nei casi di colleghi più precisi, indicano anche il criterio di computo (indice Istat ecc.), di solito indicano solo la decorrenza. A parte vengono calcolate le spese di giudizio, sia di primo grado che le spese di giudizio di appello. Quindi la richiesta del condono significa avere il 10 20 o 30, pagare a parte gli interessi e rivalutazione, e pagare a parte spese di giudizio. Qual è il criterio utilizzato per stabilire 10, 20 o 30? Io qua devo essere sincero, noi stiamo studiando ma non l'abbiamo ancora intuito, nei decreti non

riusciamo a capire qual è il decreto. Io personalmente ho formulato due pareri dando delle indicazioni parametriche, cioè cercando di spiegare, io mi sono opposto a una richiesta minima e ho chiesto la richiesta massima dando delle motivazioni. Non sempre nel decreto, io riesco a capire dal decreto perché a fronte di una richiesta di 10 si è passati al 30. Allora io mi chiedo: se ci preoccupiamo tanto che non ci sono parametri, tanto è vero che addirittura qualcuno dubita delle legittimità costituzionali (leggi sezione siciliana e appello), com'è che poi invece addirittura i parametri non li utilizziamo, eppure ci potrebbero essere, e nei decreti non li utilizziamo? Quindi il criterio di quantificazione sulla banda di oscillazione 10-30 la giurisprudenza non lo ha ancora definito.

Chiudo con la reclamabilità, sul punto del *check up*. C'è un orientamento negativo che ve l'ho detto, è essenzialmente della prima sezione ma sono anche le altre sezioni, quindi orientamento è: non sono reclamabili. Con argomentazioni che leggerete nelle sentenze, a noi come procuratori a volte di udienza ma anche nei confronti che abbiamo tra di noi, non convincono dal punto di vista giuridico i motivi che vengono portati per la non reclamabilità. Una cosa sia chiara, e questo sia chiaro per gli avvocati e sia chiaro per noi, io l'ho detto pure tra i colleghi qui delle due una: se non è reclamabile vuol dire che è definitivo, decisorio e definitivo, e se è decisorio e definitivo è impugnabile in Cassazione. Da qui non si esce. Quindi la Cassazione ci farà uscire perché ce lo dirà la cassazione, però non si esce, non è che si può dire “non è reclamabile perché io giudice della Corte dei Conti non posso nemmeno esaminare i reclami”, va beh, gli esaminerà qualche altro giudice. Perché altrimenti è un provvedimento decisorio perché decide su istanza di parte, decisorio con effetti sugli interessi dell'altra parte, che è il pubblico ministero, e non ha nessun tipo di rimedio, nemmeno la reclamabilità, e badate bene che la reclamabilità è un rimedio interno non è che è proprio un rimedio di quelli forti, però è un rimedio che assolve dai dubbi più forti di costituzionalità.

Io concludo. Dopo un anno vi dicevo le variabilità interpretative sono giustificabili, però permettetemi di fare una conclusione, io solitamente non le faccio ma voglio fare due citazioni storico-letterarie che mi sono trascritto. La prima la conosciamo, ce la ricordiamo benissimo tutti quanti, Filangieri *La scienza della legislazione*, la legge ben fatta, vi ricordate accennavo all'inizio? *La legge ben fatta serve a togliere quanto si possa all'innocente ogni spavento, al reo ogni speranza e ai giudici ogni arbitrio*.

Io non so se questa legge ha tolto ai giudici l'arbitrio, non lo so, perché è una legge, non so se è ben fatta, me lo chiedo se è ben fatta, perché togliere l'arbitrio significa anche dare criteri, regolare in un certo modo. E mi chiedo se questo arbitrio non lo toglie la legge o non se lo auto-toglie il giudice, perché pure il giudice si può togliere l'arbitrio dandosi qualche regola, che sono regole tratte dall'ordinamento, non giurisprudenza creativa, assolutamente, tratte tutte quante dall'ordinamento. Guai a fare invece della giurisprudenza che fosse creativa, lì

avremmo il dovere di sollevare eccezioni di incostituzionalità.

Ma mi viene in mente (e qui la citazione è un pò più lunga ma ve la voglio leggere perché ci riguarda tutti e due, pubblici ministeri e avvocati) Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza* e lui diceva anche *dell'aggiudicazione*. Lui fa le frecciate sia ai giudici che agli avvocati, ai giudici: *quando si parla di magagne della giurisprudenza e si tratta di purgarla ciò non vuol dire che s'abbia a distruggere o bandire questa necessaria professione o scienza, né che si voglia abbattere o sminuire l'ordine e il coro dei suoi professori (il coro), vuol dire che, per quanto fosse possibile, sarebbe bene il deputarla e il liberarla da assaissimi suoi difetti, col renderla più bella e utile al pubblico per quanto si può* (torno a dire), *per ciò che la scienza legale, bisogna confessarlo, anch'essa ha dei difetti intrinseci, non meno della morale della medicina, ai quali non si potrà mai apprestare rimedi* (e questa è la frecciata ai giudici). Quindi “assaissimi difetti”, però qualcuno ce lo possiamo togliere, ma pure per gli avvocati eh, perché Muratori ci ricordava che *talvolta si cimentano a far comparire nuvole e nebbie dove è sereno*. Qui corriamo il rischio che se mettiamo in un posto dove già c'è nebbia su questa materia, ci mettiamo altra nebbia, io non so se basteranno i fari anti-nebbia per tutti. Guardate quell'era di desiderio illuministico della legge ben fatta, stavamo con l'Illuminismo, poi Filangieri era un meridionale come me quindi c'è l'ottimismo del meridionale, io però devo dire la verità non mi convince né Filangieri perché il muto della legge ben fatta è solo un mito, qui la legge vengono corrette il giorno dopo, anzi forse devono essere corrette il giorno prima che le fanno prima ancora del giorno dopo. E anche le preoccupazioni di Muratori non mi convincono, cioè non mi convincono per quello che vi dicevo. Noi come pubblici ministeri ci siamo sforzati di fare delle interpretazioni. Io devo dare atto che anche gli avvocati, lo sforzo intelligente, l'approfondimento anche da parte degli avvocati, tenuto conto che siamo insieme in un'aula di giustizia, mi dà l'ottimismo, quindi è l'ottimismo dell'impegno umano e non l'ottimismo illuministico del mio conterraneo. Grazie.

Avv. Paolo Nesta

Grazie all'avvocato Auriemma, il quale ci ha fornito un excursus molto approfondito dello stato attuale della giurisprudenza presso la Corte di Conti e anche delle tematiche di carattere processuale sottese alla problematica che oggi stiamo trattando. Io vorrei rivolgere una preghiera ai relatori che seguiranno. Noi abbiamo ancora circa un'ora a disposizione per fruire della sala, quindi se fosse possibile contenere l'intervento nell'arco di circa 20 minuti ciascuno potreste parlare tutti compiutamente. Darei la parola al Professor Eugenio Picozza, ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università di Roma “Tor Vergata”.

Prof. Avv. Eugenio Picozza

Io sicuramente rimarrò nei venti minuti, il mio primato personale sono 4 minuti e 30 secondi, me lo impose il compianto Professor Benvenuti dall'alto della sua autorità, ed era una materia molto delicata perché era l'introduzione della consuetudine tecnica d'ufficio nel processo amministrativo.

Anch'io voglio iniziare con una citazione, però pittorica, perché sono stato recentemente ad Siena e ho rivisto l'allegoria del buono e del cattivo governo di Ambrogio Lorenzetti. Nel buon governo sono cittadini che portano un nodo, una corda doppia che da una parte si annoda alla bilancia la giustizia e dall'altra parte si annoda ai saggi, i 9 saggi che erano il governo.

Nel cattivo governo, purtroppo, il governo c'è lo stesso, ha le forme del diavolo e la giustizia è una donna stratonata e vilipesa e buttata per terra. Quindi tra governo e giustizia la storia lo dimostra impietosamente che chi perde è la giustizia, mai vinto la giustizia nella storia, ha sempre vinto il governo, tanto è vero che Platone, adesso si ricomincia un pò a studiare filosofia, diceva che la giustizia è la legge del più forte. È una visione direi molto concreta, e questa legge del più forte però poi doveva essere razionalizzata, per cui il diritto.

Ora in questa situazione abnorme, io sono stato molto stimolato, come sempre, dalla relazione del Professor De Rose che è veramente un esperto della prima ora del diritto comunitario. E quindi vorrei, anche per dare un contributo, se possibile “da professore”, io ho sempre l'ombra del mio maestro Massimo Severio Giannini quindi mettiamoci subito la “p” minuscola, comunque tentiamo, e vederlo proprio in chiave di evoluzione degli ordinamenti, sia con riferimento all'ordinamento europeo, sia con certe tendenze invece in riferimento alla common law che ci stanno procurando non pochi danni. Non perché questi ordinamenti non abbiano una loro rispettabilità, ma perché si basano su una concezione tra ripartizione dei poteri che non è la nostra, non è quella data dalla rivoluzione francese ma dalla rivoluzione americana. E quindi il giudice crea la legge, il diritto giurisprudenziale, e soprattutto il giudice è intoccabile, e del giudice si ha veramente paura. Vorrei fare una battuta a proposito, se prendete i 1700 e passa commi della finanziaria ce ne è uno che meriterebbe la denuncia penale da parte del primo presidente della Corte di Cassazione, perché dice che gli stipendi dei dirigenti non possono superare quello del primo presidente della Corte di Cassazione. E questa è una cosa che è talmente divertente e talmente anche infamante per far capire come poi il legislatore tratta i giudici, come tratta gli avvocati già si è capito perché si è già visto queste misure c.d. di liberalizzazione, senza nemmeno rendersi conto poi se esse vadano a tutela del cittadino consumatore, utente o invece vadano in direzione contraria e fomentino la corruzione. Comunque questo poi ci porterebbe lontano.

In poche parole, dove va l'ordinamento a cui noi apparteniamo? E qui ha ragione il presidente De Rose: va nella logica della responsabilità civile. Tanto è vero che non sono ammesse zone franche. Non solo è stata compresa la responsabilità giurisdizionale, la sentenza del 30 settembre del 2003, ma addirittura nel giu-

gno del 2006, riportato da quel succedaneo giuridico che è Edilizia e territorio e guida al diritto, ormai, si è detto che la legge sulla limitazione della responsabilità dei magistrati va contro il diritto comunitario perché troppo lasca, è troppo debole, quindi figuriamoci la responsabilità dei funzionari. Là si sta attentissimi, e ci sono forme di controllo anche raffinate per vedere che uso fa del pubblico denaro il funzionario. Quindi la matrice comune alla responsabilità civile e alla responsabilità erariale è proprio quella del fatto risarcitorio. Che poi effettivamente ci possano essere stati dei correttivi per non fare una commisurazione impossibile, anche se ci sarebbe l'obiezione che secondo me è abbastanza calzante, che ci sono forme di assicurazione volontaria, come ce le stiamo facendo noi in previsione che, a differenza del presidente, non godremo forse della pensione, perché arriverà qualche riforma che impingendo sui diritti-quesiti ce la ridurrà o ce la toglierà, non si può sapere. Quindi quando si parla di elementi della responsabilità, i principi della certezza, della sicurezza, della prevedibilità, del divieto di retroattività, della buona fede sono principi generali del diritto europeo. E il richiamo che il presidente faceva al fatto che poi sia la comunità europea e sia la corte dei diritti umani, la Ceidu, poi pretendano di prendere lo Stato come ostaggio e garante, ha portato – e lo vediamo nella finanziaria – ad un rovescio di questa responsabilità sugli enti locali con procedure di ordinanza quasi *ancien regime*, perché la finanziaria prevede un recupero quasi immediato. Non hanno avuto il coraggio di incidere sul trasferimento dei fondi, perché in questo il principio di sussidiarietà del federalismo è il *political correct* ... Però non lo hanno fatto per gli enti locali perché, dice, siamo sulla stessa barca, però poi se non è zuppa è pan bagnato, tanto è vero che i comuni sono preoccupatissimi.

Quindi emerge da questa riflessione dell'ordinamento europeo che misure non solo di questo condono, che sono d'accordo anch'io non è affatto una forma di condono, non c'è giustizia negoziata, c'è un tentativo di mischiare secondo me la logica del patteggiamento a quella del potere riduttivo, una specie di aborto, neanche ben spiegato dal punto di vista giuridico, va contro la civiltà nella quale noi dobbiamo integrarci.

Vorrei offrire uno spunto in più però, ci sono due sentenze della Corte Costituzionale, che volutamente anche la dottrina ha passato sotto silenzio, ma una importantissima perché il relatore è un grande costituzionalista, il Professor Gaetano Silvestri, la 406 del 2005, poi c'è la 129 del 2006, che dicono che quando la norma ferisce interessi comunitari, dato il nuovo articolo 117, il giudice deve rinviarla anche come norma di costituzionalità. Quindi si salda l'argomento che si diceva del danno erariale che comporta il recupero con un problema di costituzionalità interna del sistema. Quindi un piccolo aiuto nel caso che il problema non fosse gestibile diversamente.

Quindi se noi vogliamo effettivamente integrarci nella comunità europea, la dobbiamo piantare con questa commedia. Io non so se abbiamo contato i condoni che sono stati fatti, nel settore edilizio non solo i tre condoni dell'85, del 94 e del

2003, ma anche quella forma di condono permanente che è l'accertamento di conformità. Ma perlomeno nella logica del condono edilizio c'è la logica del pezzo di carta, in una società così marasmatica e così complessa come quella italiana il principio della sanatoria, che Giannini diceva era un principio immanente, perché gli antichi romani dicevano *ex facto oritur ius* (?) Quindi se è fatto e compiuto in qualche modo bene o male io lo devo sistemare, almeno la ratio del pezzo di carta c'è, in fin dei conti si consente al comune di regolarizzare, di aggiornare il piano regolatore. E poi ci sono state anche iniziative sociali come i piani di recupero delle zone abusive, lo abbiamo visto adesso nelle borgate delle nostre città, un tentativo di recuperare il tessuto. Ma nel tributario ci può essere anche un problema di cassa, non ci dobbiamo scandalizzare se lo Stato fa pubblicità in televisione ai giochi d'azzardo, cosa che scandalizzava Giannini tremendamente, ogni volta lo ripeteva, siamo arrivati a questo perché c'è la pubblicità in televisione, non ci dobbiamo scandalizzare che se nella incertezza di prendere cento si accontenti di dieci, almeno quei dieci ci sono. Ma qui no, perché se si fa una analisi economica delle somme di responsabilità qui c'è un intento deresponsabilizzante, cioè c'è il contrario di quello che dovrebbe servire la responsabilità erariale. Ed è uno dei più grossi difetti assieme ad un altro che è quello sulla responsabilità di lesioni di interessi legittimi, perché non esiste una norma di raccordo fra la 205 e l'obbligo del funzionario superiore di denunciare chi si è reso colpevole della responsabilità per lesione di interessi legittimi. Quindi come diceva con la sua saggezza il presidente, paghiamo noi. È sempre dal prelievo tributario che si paga l'uno e l'altro, è una forma di tassazione indotta dell'illecito e nel momento in cui noi già siamo a livelli quasi di maggioranza, Giannini avrebbe detto che i cittadini dovrebbero esercitare il diritto di resistenza, non nel senso in cui aveva, poi ha detto che è stato revocato, detto del precedente capo del governo, ma nel senso che comunque il cittadino si deve attrezzare un attimino a vedere se ciò che gli viene chiesto passa la soglia della giustizia, perché nel momento in cui, noi come avvocati lo abbiamo vissuto sulla nostra pelle, ci sono dei colleghi nel penale che ci hanno rimesso la pelle per quanto si sono identificati, ma anche chi fa l'amministrativo e il civile, se è un buon avvocato e lavora da molti anni, sente la sofferenza. Io ho difeso diversi processi contabili, anche diciamo importanti, e ho sentito anche le sofferenze e il gioco delle parti alle volte, soprattutto da parte della componente politica, di estraniarsi e buttare a mare il braccio esecutivo. Quindi sono cose serie, come diceva giustamente il Professor Auriemma, bisogna trovare il contraddittorio tra le parti.

Però che cosa sta succedendo? E questo è l'altro aspetto meno nobile. Noi ci stiamo allontanando dal sistema dello stato di diritto, questo è il punto, nonostante i tentativi che tutti dicono, che tutti fanno, se noi prendiamo puntualmente una serie di norme di indici di riferimento ci stiamo allontanando. Un solo esempio: la distinzione fra gli atti di indirizzo e di gestione. Era stata introdotta molto chiaramente nella legge del 91, oggi ci troviamo brandelli perché la classe politica si è ripresa una serie di atti che con l'indirizzo e controllo non c'hanno nulla a che vedere, ci

sono i programmi, i criteri, perfino la determinazione delle quote di somma. Il secondo: l'atteggiamento verso gli organi di giustizia, che tende sempre, non solo nei confronti ovviamente della magistratura contabile, ma di tutta la magistratura, compresa per certi aspetti anche quella amministrativa, perché ad esempio nel mentre gli si dà la giurisdizione esclusiva però non si precisa che questa giurisdizione esclusiva dovrebbe dare una giustizia completa effettiva, non gli si attribuisce per esempio l'azione di nullità, e non attribuendo l'azione di nullità di fronte a comportamenti gravemente illeciti dell'amministrazione Poi per un malinteso senso di corporazione finisce che questi ordini giurisdizionali litigano tra di loro, come è successo per le ordinanze della cassazione del giugno che sono molto europeistiche, perché le ordinanze della cassazione che cosa dicono? Che l'atto amministrativo se è frutto di un illecito va visto come fatto anti-giuridico, non è la pregiudizialità che può coprire come un ombrello il parafulmine, e allora invece di tentare di trovare un limite e di nuovo una distinzione fra ciò che è correttamente obiettivo politico e ciò che è invece gestione secondo l'imparzialità del buon andamento si tira la coperta da una parte e dall'altra, e noi avvocati, come sa l'avvocato Manzi, finiamo per dover fare 2, 3, 4 sedi giudiziarie, addirittura tirarle a sorte perché non sappiamo più dove andare a chiedere giustizia.

La seconda parte della riflessione è invece cosa c'è dietro questo tentativo. Su questo io vorrei portare qualche contributo giuridico. C'è una moda fra gli accademici, gli accademici sono una categoria (perdonatemi, quindi mi ci metto anche io di mezzo, poi chi mi conosce sa se è vero o meno) che secondo il padre della psicanalisi, Cesare Musatti, è malata di narcisismo. Il problema è che ci si innamora delle tesi, e una volta che ci si innamora delle tesi le si vuole far passare a tutti i costi. Da una decina di anni a questa parte circola una meravigliosa frase, che si chiama analisi economica del diritto. Senza andare a studiare cosa è veramente l'analisi economica, dove è nata, cioè nella Chicago degli anni 30 del Novecento, in un sistema di common laws, e allora si dice sempre bisogna fare l'analisi costi-benefici, se i benefici sono minori dei costi non si deve intervenire. Questo poi non è valido sotto tutti i luoghi e sotto tutte le stagioni, perché quando si tratta di benefici politici allora, chissà perché, l'analisi economica si mette molto da parte, quando si tratta per esempio di incentivare gli stipendi dei dirigenti e di legarli a doppio filo con lo spoil system l'analisi economica non si fa. Probabilmente in queste misure, compresa questa legge, il vero presupposto è questo, cioè non c'è il concetto classico che noi ci portiamo dall'antica Grecia, ma forse anche dall'egitto, della giustizia come tendenza nei limiti dell'umano di riprodurre l'ordine divino, perché poi la giustizia è questo in realtà. Paradossalmente ci sta arrivando una disciplina che più materialista non può essere, cioè le neuroscienze. Le neuroscienze stanno arrivando a questa definizione di ordine di programma intelligente, e invece il diritto che già ce l'avrebbe perché basterebbe aggiornare le regole del diritto romano e ci saremmo, non lo vuole fare, o – appunto – è la politica che non lo vuole rendere possibile al diritto.

Allora queste misure vengono fatte semplicemente perché si ritiene che siano il modo più semplice per semplificare le situazioni. Cioè in fin dei conti si dice: abbiamo troppi detenuti, non possiamo costruire più carceri, abbiamo pochi soldi e andiamo a dare l'indulto. Poi ci sono anche motivazioni politiche più interessanti. “Ci sono troppi giudizi di responsabilità, gli amministratori poi non vogliono più amministrare, facciamogli pagare poco”. Tra l'altro il fatto non è tanto secondo me di far pagare poco, il vero scandalo è che ad un certo punto si dà un colpo di spugna su quello che era la distinzione una volta tra il buon amministratore e il cattivo amministratore, quella era la distinzione: chi avesse passato un processo della Corte dei Conti e ne fosse uscito assolto forse aveva ancora una stella in più, chi lo aveva subito ed era stato condannato, non era un buon amministratore, cioè bisognava tenerne conto. Invece così si fa una equiparazione totalmente come se con la moneta si possa arrivare dappertutto, perché il discorso di fondo pericoloso del tutto è quello della moneta, perché è lo stesso discorso che oggi si fa in questi nomi e paroloni, la finanza strutturata immobiliare, la finanza struttura mobiliare, i prodotti a rischio e così via. E quando abbiamo avuto occasione in altri convegni, e io ho detto a uno di questi grandi analisi “ma il demanio pubblico è sorto come proiezione secolare della autorità divina, perché era proprio il cittadino che era il sovrano e quindi doveva godere del bene demaniale”. Quindi il discorso della valorizzazione veniva riportato all'uso eccezionale, appunto eccezionale, altrimenti l'uso normale che il cittadino dovesse godere, per carità, adesso io non so se dovremo pagare fra poco anche una tassa sulla respirazione, perché ci diranno: poiché l'aria è inquinata e noi dobbiamo prendere delle misure anti-inquinamento tu per il fatto che respiri devi contribuire. Questo è molto pericoloso, ma è pericoloso soprattutto perché viene fatto con un sistema all'italiana. Che significa il sistema all'italiana? Viene fatto nel senso che la classe politica, che negli altri paesi soprattutto dell'unione Europea è in recesso come compiti, cioè si sta riducendo proprio perché dà più spazio al manager, alla parte tecnica, alla parte economica, al giudice, qui invece si sta gonfiando. Questo è un paradosso tutto italiano, è vero che l'Italia è un laboratorio, lo diceva già Guicciardini, molto particolare, ma noi stiamo andando avanti verso un processo contrario a quello che sta succedendo in altri paesi, mentre lì l'importanza della classe politica si riduce, la Corte di Giustizia dice che anche il potere politico in realtà non è un potere libero nei fini ma ha dei vincoli, è un potere discrezionale, noi invece stiamo imboccando una strada, ma almeno fosse una politica di esperti perché se fosse questo si potrebbe dire, secondo quello che diceva il grande Carl Smith *Chi decide è chi decide nello stato di eccezione*, siamo in un momento di eccezione e dobbiamo per qualche anno fare dei provvedimenti eccezionali. No, qui si fanno dei provvedimenti che non hanno nulla di razionale, che non hanno nulla di continuità con un passato e non si inseriscono nemmeno, giustamente è stato ricordato la tecnica dell'innesto, in una cornice o in una delle tesi che pure si poteva, per esempio dire: leviamo il carattere di responsabilità civile alla Corte dei Conti, diamogli proprio il contenuto di un potere di sanzione edit-

tale, limitiamo a un principio di proporzionalità ma che abbia una funzione dissuasiva. Questa è logica.

Oppure si poteva dire: tutti, poiché si possono assicurare, devono rispondere come gli amministratori delle società per azioni private del resto, che hanno un loro regime, quindi se non sono scemi si cautelano. Come ce l'abbiamo noi. Non credo esista più un avvocato che non paghi fior di migliaia di euro per fare un'assicurazione, e alla volte ha il patema d'animo perché non copre neanche con l'assicurazione.

Dunque è l'irrazionalità di fondo che sta padroneggiando il nostro sistema. E questo è molto pericoloso perché in questo concorso è proprio quello che diceva il presidente Pasqualucci. Che cosa succede alla fine di questa fiera? Il ritorno del giudice penale, solo che questa volta se tornerà il giudice penale non colpirà una parte o una parte e mezza, colpirà tutto il sistema. E cosa succede dietro l'angolo? L'unica speranza restano i giovani. Se i giovani si sono mantenuti in dirittura morale, perché poi alla sostanza è solo un problema etico, cambia ma è lì, allora forse il paese ha un futuro, altrimenti ci aspetta qualcosa che non voglio nemmeno nominare. Grazie.

Avv. Paolo Nesta

Grazie al Professor Picozza per il suo brillante intervento, che costituisce una conferma certamente dello stato di estrema incertezza, lo ha detto autorevolmente il Professor Picozza, ed era quello che accennavo in precedenza, speriamo, speriamo nei giovani, nel futuro, chissà, certo qualche dubbio ce l'abbiamo.

Darei la parola ora al mio amico consigliere dell'ordine Professor Giulio Prosperetti, Ordinario di Diritto della Sicurezza Sociale presso l'Università di Tor Vergata.

Prof. Avv. Giulio Prosperetti

Siamo arrivati a parlare dei massimi sistemi, io che pensavo di parlare di una scosa a questo punto sono troppo sollecitato dall'andazzo che ha preso la discussione. Anche perché io tendo sempre a vedere il bicchiere mezzo pieno e non mezzo vuoto. Allora proprio a completamento del quadro che faceva il mio collega e amico Picozza, volevo un attimo invece dire cosa si deve valutare positivamente di questo contesto.

Ora è indubbio che noi stiamo vivendo un processo di avvicinamento alla *common law*. Quando ci sono processi evolutivi è chiaro che l'evoluzione è contraddittoria, l'evoluzione di Eraclito dove la contraddizione porta proprio alla evoluzione, sarà che io coltivando il diritto del lavoro e la sicurezza sociale ne abbiamo viste di tutto e di più. Anche in fase di giurisprudenza creativa che la pratica del

lavoro è proprio eminentemente quello. Però questa esperienza non va demonizzata, perché tutto quello che è evoluzione va studiato in quell’ambito, è chiaro che è in profonda contraddizione con i principi della nostra tradizione, del nostro ordinamento. Ma io non sono mai stato sicuro che l’idea illuministica napoleonica della giustizia sia la migliore; che il giudice macchina sia la migliore. Napoleone abolì gli avvocati, soltanto dopo sei anni furono restituiti, per sei anni non ci sono stati gli avvocati perché c’è la legge, che a quel punto tutte le questioni che discutevano i giuristi romani non c’erano più, ormai l’abbiamo scritto, il diritto è questo, a che servono gli avvocati, ci vuole soltanto un esperto che dichiari il diritto. Quindi noi ancora un pochino viviamo dell’utopia illuministica da questo punto di vista, cioè il fatto di dover trovare tutto nella legge. E siamo così pervasi di questo che abdichiamo a una valutazione importante, che è quella che nel nostro ordinamento c’è forse la massima indipendenza della magistratura in tutti i settori. Questo è un dato di una importanza fondamentale, quindi non possiamo permetterci di piangerci addosso quando abbiamo questa ricchezza che possiamo esprimere. Quindi il discorso della giurisprudenza creativa va visto proprio in confronto con quello che è la legislazione alluvionale, c’è la legislazione alluvionale, la giurisprudenza ha questo compito, non può più demandare nulla, non può aspettarsi nulla dal legislatore perché la giurisprudenza può fare di più del legislatore in tanti settori. Noi vediamo che tante leggi sono state (proprio riporto la mia esperienza di lavorista) l’ipostatizzazione di acquisizioni giurisprudenziali, i passi avanti li ha fatti la giurisprudenza, il legislatore ha seguito la giurisprudenza, ha ipostatizzato con legge quello che erano già delle acquisizioni.

Ecco che allora lo sforzo deve essere proprio quello di creare e di colmare anche, con una attività interpretativa e a volte anche creativa, le lacune dell’ordinamento.

Ma ovviamente, questo poi anche in maniera più o meno empirica, la giurisprudenza l’ha sempre fatto, è stata interessantissima la relazione dell’avvocato Auriemma su quello che è proprio questo travaglio della giurisprudenza della Corte per cercare questo. Ma del resto la Corte si è già disimpegnata benissimo in questo settore, lo ricordava anche il collega Picozza quando ha dato i canoni del potere di riduzione che cosa ha fatto? Si è proprio cimentata in un campo dove la normativa taceva in maniera assoluta, con queste due paroline “potere di riduzione”, ha creato una serie di situazioni nelle quali ha ricompreso anche alcune fattispecie di dolo, in alcuni casi, quando il dolo c’erano fatti ambientati, cose, eccetera, che potevano in qualche maniera attenuare la responsabilità, anche dolosa, della persona.

Quindi indubbiamente le fattispecie sono molto varie, quelle nelle quali si è esercitato il potere di riduzione della Corte, dalla mancata formazione del dipendente alle prassi *contra legem* seguite nell’ufficio, alla disorganizzazione dello stesso, e quindi questa giurisprudenza ha creato in realtà delle fattispecie così peculiari di sanzione del comportamento del pubblico funzionario, che sembrano quasi avvicinarsi a quella logica dei danni punitivi che vediamo nel diritto anglosassone,

dove veramente la libertà del giudice non ha limiti, non c'è un fatto né ripristinatorio né risarcitorio, ma il risarcimento deve essere afflittivo tant'è che è più potente la company che ha commesso determinate azioni in danno di qualche persona più sarà forte il danno perché lo deve sentire, non c'è nessuna comparazione tra il danno subito, il danno reale subito da chi fa la causa, perché quella macchina aveva un piccolo difetto, per cui ci sono voluti 5 minuti per ripararlo, però quello lì avrebbe potuto creare danni incredibili a migliaia di persone, e quindi il danno punitivo non deve essere commisurato in maniera tale non al danno collettivo ma al fatto che chi ha causato il danno senta il peso di questa sanzione.

Quindi il giudice è veramente giudice, arbitro di un assetto di politica sociale che proprio lui determina con queste sue ...

Allora io dico questo perché penso che il giudice italiano, sia il giudice penale, sia il giudice civile, sia il giudice contabile, non deve avere paura dell'esercizio di questi poteri perché questo corrisponde proprio all'evoluzione della nostra società, cioè a situazioni nelle quali non è prevedibile, non siamo in situazioni prefigurate, in cui se fai questo succede questo se fai quest'altro la pena sarà quest'altra eccetera, perché siamo sempre di fronte a fattispecie nuove, siamo sempre di fronte all'esigenza di affrontare problemi assolutamente inediti, e quindi qualsiasi prefissione di criteri sarebbe di per sé, in questa società, in questa veloce evoluzione, sarebbe di per sé già incongrua nel momento stesso in cui fosse ipostatizzata dal giudice con una determinata sanzione. Quindi io credo ci voglia questa apertura nell'approccio con questa materia.

Ora, venendo al problema specifico, io sono d'accordo con Picozza che sostanzialmente la ratio è una ratio mista questa del, non so come chiamarlo perché già chiamarlo condono o sanatoria già dà una connotazione che secondo me non è reale. C'è indubbiamente una ratio di patteggiamento, e la ratio di patteggiamento è collegata all'alea del giudizio. Sì, ma c'è anche il problema, si diceva, dell'appello del pubblico ministero anche in materia di quantificazione. Io azzarderei una tesi, perché non si capisce perché dice dal 10 al 20 e poi quello dal 30 invece, questa è una incongruenza che hanno notato tutti, volendo fare giurisprudenza creativa: il 30 è quando c'è l'appello del pubblico ministero, perché dice "sentito il pubblico ministero può dare il 30". Allora questa secondo me può essere una ricostruzione che avrebbe anche un dato testuale, dicendo che la richiesta è dal 10 al 20, se c'è l'appello del pubblico ministero allora si può arrivare al 30. Dicevamo ratio del patteggiamento, ma c'è anche la ratio relativa alla realizzazione dei crediti, perché questo noi lo vediamo col fatto che l'appello si intende definito dopo il deposito della ricevuta del pagamento, quindi questa ratio c'è della realizzazione del credito, anche perché spesso io ho visto amministratori condannati a miliardi e miliardi, quindi il tentativo di recuperare anche un 10% in situazione, io ho sentito gente "no, se mi avessero condannato a cento milioni mi sarei preoccupato, ma siccome lo hanno condannato a cento miliardi, tanto ..."

Quindi sostanzialmente anche questo criterio a mio avviso c'è. E poi c'è un

criterio che è quello forse dell’ampliamento, ampliamento e procedimentalizzazione in questi casi del potere di riduzione. Anche questo c’è, anche perché credo che la motivazione che ha spinto la politica a questa norma sia proprio quella appunto, come ricordava anche Picozza, del rapporto ad alcuni amministratori.

Perché questo, che senso avrebbe questo? Perché un potere di riduzione esercitato in maniera costante, al di fuori di questo condono, creerebbe precedenti pericolosi, cioè la acquisizione che l’amministrazione che è in quelle situazioni eccetera eccetera, allora è giusto ridurgliela eccetera, creerebbe precedenti pericolosi. Mentre invece quegli stessi criteri all’interno di questa logica di condono potrebbero avere una potabilità maggiore. Quindi io vedo tre logiche: una del patteggiamento, una quella dell’ampliamento e procedimentalizzazione del potere di riduzione, l’altro quella della realizzazione dei crediti.

Il patteggiamento però, se c’è la logica del patteggiamento allora c’entra anche il dolo, non è che si può a priori escludere l’ipotesi dolosa, perché se è una logica di patteggiamento l’alea del giudizio permane. L’ultimo problema è quello che aveva posto anche dal principio nella sua introduzione Paolo Nesta quando diceva: che succede per chi è assolto in primo grado e poi si è esposto alla condanna in secondo grado. Se fosse condannato in primo grado avrebbe potuto chiedere il patteggiamento, siccome è assolto in secondo grado ormai, ci avrebbe dovuto pensare prima. Però è difficile una persona che è stata assolta che chiede poi ...

Allora io credo che qui ci voglia veramente uno sforzo di buona volontà da parte della Corte, che è quello in questi casi di usare del potere di patteggiamento e ridurre comunque al condannato, alla persona assolta in primo grado che è stata poi condannata di ridurgli al 30%. Questo proprio per riportare ad equità il sistema.

Avv. Paolo Nesta

Grazie al Professor Prosperetti il quale devo dire è stato l’unico che ha avuto una visione un pochino positiva, diciamo, di questa normativa, di fronte a tanto pessimismo, il bicchiere mezzo pieno, ne prendiamo atto. Però mi volevo ricollegare proprio a quest’ultima notazione del collega Prosperetti, con riferimento alla possibilità di accordare il condono anche nell’ipotesi di dolo. Prima uno degli illustri relatori faceva riferimento proprio a quella norma che dovrebbe essere vigente in virtù della quale, anche nel caso di falso, ove la sentenza non sia passata in giudicato in effetti si deve dedurre implicitamente che si abbia la possibilità di fruire, di accordare il condono. Allora questo vuol dire che anche nel caso di dolo si deve dare la possibilità di fruire del condono. A conferma di quello che diceva prima il collega Prosperetti, il problema che mi pongo, un dubbio che ho che vi sottopongo. Ora chiudiamo il convegno con l’intervento dell’avvocato Luigi Manzi, illustre esponente del Foro Romano.

Avv. Luigi Manzi

Io dico che il Professor Prosperetti si è allineato agli illustri magistrati della Corte dei Conti in una funzione di interpretazione additiva di questo sistema normativo, funzione dalla quale noi avvocati, non teorici come non sono teorico io, ma operatori del diritto che ci occupiamo di una parte di quei 390 casi in cui è stata richiesta la applicazione di questa normativa, noi rifuggiamo assolutamente da questa interpretazione additiva, anche se apprezziamo gli spunti che potrebbero effettivamente, ma forse in altra sede e dopo altre tappe intermedie, portare ad adottare e seguire questi prospetti.

Ora la storia di questo sistema normativo è una storia breve, perché si è bruciata fino ad ora nell'arco di un anno e un mese. Nasce, questo sistema, con il maxi-emendamento inserito nella finanziaria del 2005, approvato con legge 23 dicembre del 2005. E vediamo che è successo subito, perché da quello che è successo noi possiamo trarre una sicura convinzione di quella che è stata l'interpretazione a caldo di tutti, poi modificata perché il sistema lo esigeva. L'interpretazione a caldo è stata nel senso di un binario netto, deciso, fissato da questa legge al giudice contabile, che si è immediatamente ribellato. Basta che noi andiamo ad esaminare una bellissima relazione di sintesi predisposta da Pisana delle relazioni inaugurali degli anni giudiziari del 2006, per vedere come praticamente tutti i presidenti erano d'accordo nel denunciare di incostituzionalità quel sistema normativo, salvo uno, per quel che io sappia, poi può darsi che fossero altri nelle righe delle relazioni che non ho tutte lette, anche se ne ho viste una discreta parte, ed era il presidente della regione Lombardia, il quale fin dal suo primo intervento ha detto che a suo avviso l'istanza di definizione immediata, richiesta nel presupposto dei requisiti formali (e vedremo quali sono i requisiti formali) non poteva essere disattesa dal giudice contabile, perché la legge non autorizzava una distinzione tra condannato per fatto colposo e condannato per fatto doloso. Questa era una convinzione talmente entrata al primo momento nella mentalità del giudice contabile che noi abbiamo queste relazioni le quali tutte hanno prospettato vari profili di costituzionalità dicendo "ma un momentino, questa legge vincola la Corte dei Conti perché toglie alla Corte dei Conti l'esercizio del potere al quale essa è deputata". Che vuol dire questo? Vuol dire che si sapeva, si riteneva, o perlomeno che la prima interpretazione che si dava a questo sistema normativo era nel senso che in presenza dei dati formali (e vediamo dopo quali sono) non si poteva fare altro, il giudice contabile non poteva fare altro che accogliere la domanda di definizione, restando limitato l'ambito di discrezionalità per il giudice contabile nella determinazione della misura dal 10 al 30%. Sì non si capisce perché dal 10 al 20 o al 30, ma questo è poco importante, sta di fatto che questa istanza, sentito il Pubblico Ministero, poteva essere elevata fino al 30%. Mai in prima battuta si è pensato che il giudice contabile potesse dire no, non ti ammetto. Io questo lo posso dire perché sono un operaio, un operatore di questo contenzioso, la sensazione e la convinzione che ho tratto ma che ho visto che era comune a tutti i colleghi con i quali io scambiavo le mie idee, ma chissà

come si regoleranno tra il 10 e il 30, ma mai pensando ... Poi quando è arrivato il primo decreto, perché tutto qui si è svolto nell'ambito di pochi mesi, quando è arrivato il primo decreto che dice “no, io non accolgo l'istanza perché siamo in presenza di una condotta dolosa, perché non si può concedere al concussore, al corrotto, a quello che ha preso grosse tangenti, non si può concedere questo beneficio” a quel punto ci siamo un pò congelati.

Quindi dopo le relazioni dei presidenti sono arrivate le docce fredde, i primi decreti di rigetto, di rifiuto. Andiamo ad esaminarli questi decreti di rifiuto. Qui si dà per scontato – e mi permetto di dire che anche il Procuratore Auremma, che onora come gli altri magistrati questo convegno ha fatto questa sera – nessuno ha affrontato il problema quasi che fosse scontato della applicazione del beneficio alla condotta per dolo. Si è parlato di tante cose, di tanti altri profili che io non toccherò affatto perché a me interessa il profilo primo, che è quello della estensione dei limiti del giudice contabile nell'esaminare la istanza di condono. Estensione dei limiti che (dico subito) a mio avviso non possono che essere limitati alla verifica dei presupposti per la presentazione della istanza, i requisiti formali, ma non solo formali, anche sostanziali per la presentazione di questa domanda. Ma non posso attingere al merito della condotta se non ai fini della determinazione della somma da corrispondere, quindi per una graduazione dell'importo dovuto dall'istante tra il 10 ed il 30%. È in questo ambito che si può esercitare il potere discrezionale del giudice in sede di esame di queste domande. Non oltre questo ambito, perché la legge non lo autorizza, la legge è chiara, la legge, io sottoscriverei un bando nel dire che è una legge fatta male, che è una legge incostituzionale forse anche sotto i profili denunciati dalla ordinanza 4 della Regione Sicilia, quindi non soltanto sotto i profili di incostituzionalità che noi avvocati, a tutela dei nostri rappresentati, possiamo denunciare, esporre e raccomandare all'attenzione, ci auguriamo, della Corte dei Conti, ma se questo non basterà, all'attenzione della Corte di Cassazione secondo il percorso che adesso vedremo. Sono pronto a sottoscrivere questo perché in effetti questa è una legge sulla quale si sono trovati d'accordo gli schieramenti politici contrapposti, diciamocelo pure chiaramente. E quindi serve.

È una legge fatta male, però che sia una legge non chiara proprio non lo direi, perché l'interpretazione letterale della legge non può che condurre a questa interpretazione, ogni interpretazione diversa è una interpretazione additiva, che non può essere ammessa in questo sistema normativo che è connotato dalla eccezionalità della legge, questa non è una legge come le altre, che può essere interpretata in modo estensivo o applicata analogicamente, questa è una legge particolarissima che per una volta, e ci auguriamo per una sola volta nella storia, ha detto: beh sapete che facciamo? Facciamo uno sconto e veniamo incontro a soggetti disagiati e danneggiati e facciamo questa riduzione. Ma basta, questa è una legge che va applicata per quello che è, non per quello che forse anche la teorica del diritto potrebbe portare a dire, ma è una teorica del diritto che non può avere ingresso nella specialità o nella eccezionalità di questo sistema normativo. Non fa distinzione tra

condotta colposa e condotta dolosa, bene la condotta dolosa è ricompresa in questo, ma ci sono i peculatori, i concussori, bene gli dai il 30%. Non basta nella nostra coscienza? Ebbene non basta nella nostra coscienza, diciamo che il legislatore non è stato proprio brillante in questa iniziativa, ma la legge c'è e va applicata. L'ho sentito dire dai signori magistrati questa sera "la legge c'è e va applicata".

Abbiamo avuto gli approfondimenti dottrinari, teorici, tra l'altro di maggiore spicco proprio quello che si rifà al Procuratore Auriemma in sede di corso di formazione e specializzazione della presidenza della Corte dei Conti. Beh in questo studio, molto accurato, si individua l'ambito di applicazione e si vedono esattamente quali sono le tre soluzioni prospettabili: quella di ritenere il potere della Corte dei Conti limitato alla verifica dei presupposti di ammissibilità della domanda (1); quello di ritenerlo esteso alla valutazione del merito, ma solo con riferimento alle valutazioni compiute dal giudice di primo grado nella espressione della condanna; e poi il terzo, il terzo presupposto è addirittura andare oltre, fare anche una prognosi o una delibazione sommaria del fumus dell'appello, e dal contesto, anche se non si assume proprio una posizione ben netta si capisce che un giurista come il Procuratore Auriemma non poteva spingersi alla terza soluzione, perché quella sarebbe significata proprio una sopraffazione dei diritti di difesa dell'appellante con l'anticipare in sede di delibazione sommaria una valutazione delle ragioni da lui prospettate che invece dovevano trovare compiuta, completa, approfondita, sereno esame nella natura sede dibattimentale.

Quello che si dice (questo è un notevole passo avanti) che a suo avviso il decreto che decide sulla domanda di ammissione è un decreto non decisorio, e come tale è reclamabile, non definitivo. "Non decisorio" è una espressione usata da altro commentatore, se accoglie l'istanza è decisorio di tutto il procedimento perché il procedimento di diritto è definito con il deposito dello strumento attuativo di questa ammissione, di questo provvedimento di ammissione, e cioè con il pagamento della somma determinata dalla Corte. Però diciamo che con questo non si percorre tutta la strada, perché se è reclamabile questo reclamo sarà esaminato da qualcuno, credo sarà esaminato dalla stessa Corte, adesso ancora non abbiamo proprio degli esempi, è un appello del Pubblico Ministero fatto al primo presidente della Corte e come tale dichiarato inammissibile. Ci sono dei reclami fatti da me che però ancora non sono stati decisi e quindi non so come ... Saranno respinti, però questo, che non è una prospettiva lungimirante, perché nel momento in cui saranno respinti ancor meglio e ancor più se saranno respinti con una declaratoria di inammissibilità, si ripropone il discorso sul provvedimento che ha respinto questi decreti. A quel punto questo provvedimento sarà impugnabile da qualche parte, perché anche gli ammirati magistrati di questa sera non è che hanno: no, poi a un certo momento basta, ci si ferma lì. Anche perché andiamo a vedere, io l'ho visto e ne ho trovato conferma in un mirabile studio del Presidente Giacchetti, il quale è parecchio che non vediamo nella sede giurisdizionale perché se ne sta nelle sezioni consuntive, però devo dire che è ben messo lì perché produce lì delle cose di una

importanza, di una rilevanza e di una finezza giuridica, è vero che si dice le decisioni o i provvedimenti della Corte dei Conti non sono impugnabili in Cassazione per difetto di giurisdizione interna, sarebbero impugnabili per difetto di giurisdizione esterna, ma qui non c'è nessun organo che possa essere indicato come alternativa alla Corte dei Conti, per cui il difetto di giurisdizione esterna non è neppure prospettabile. Però ci si dimentica che esiste anche la carenza assoluta di potere, il difetto di giurisdizione assoluta del potere giurisdizionale nei confronti di altro potere dello Stato, perché non ci dimentichiamo che esistono degli altri poteri. Qui noi abbiamo un contrasto, ipotetico, tra un soggetto, un organo del potere giurisdizionale, Corte dei Conti, in sostanza contro un potere diverso che è il potere legislativo, perché si vuole sostenere che quella legge che interviene (non mi sto a ripetere) per una questione speciale, una questione eccezionale che va interpretata in un certo modo, quella legge vuole dire qualche cosa che non dice. Questo nessuna Corte dei Conti ha il potere di farlo, e i profili di incostituzionalità che sono prospettabili nell'ipotesi di interpretazione della norma in senso additivo nel modo che ho su detto, pongono questioni di costituzionalità, questioni di costituzionalità che dovrà pure qualcuno portare alla Corte Costituzionale. Non sarà la Corte dei Conti perché la sezione giurisdizionale della Sicilia si l'ha portata però devo dire, a onore della onestà intellettuale dei giudici siciliani, la seconda questione di costituzionalità prospettata è una questione che è aperta a 360 gradi, e quindi non soltanto a tutela della integrità del potere della Corte dei Conti, ma si apre ad una speculazione, ad una interpretazione che potrebbe veramente riaprire il discorso in senso molto più vasto.

Se non lo farà la Corte dei Conti di denunciare, lo dovrà fare la Corte di Cassazione, proprio per quel difetto assoluto di potere giurisdizionale. Qui io arrivo alla conclusione, arrivo alla conclusione nel senso che io mi auspico che veramente, siccome sono fautore anche della incostituzionalità di questa legge, sotto tutti i profili (i loro e i nostri) che venga la questione portata alla Corte Costituzionale, però sotto tutti gli aspetti prospettabili. Io non posso fare a meno, prima di concludere, di ricordare un altro studio molto importante, accanto a quello del Procuratore Auriemma, quello del Procuratore Cinzia Pinotti, perché anche qui io devo apprezzare una onestà intellettuale che veramente è eccezionale, perché anche lei fa quella suddivisione delle soluzioni prospettabili, interpretazione letterale, interpretazione sistematica con riferimento alla sentenza di primo grado, estensione alla valutazione prognostica del fumus, però poi dice: la prima mi sembra quella logicamente più accettabile, più aderente, intanto ai criteri ermeneutici perché all'interpretazione additiva dobbiamo ricorrerci quando è incerto cosa volesse dire il legislatore, ma quando il legislatore è stato chiaro, a torto o a ragione, nel bene o nel male, tu non puoi fare una interpretazione additiva, puoi denunciare la legge per i profili di incostituzionalità che si possono ravvisare.

Facciamo questo, vediamo se riusciremo, adesso io non lo so se in sede di reclami ci sarà l'apertura del contraddittorio, io mi auguro che il contraddittorio,

così come è stato aperto, almeno in due delle tre sezioni, sulle istanze di condono, come anche ritenuto positivamente apprezzato dal Procuratore Auriemma, non so se ci sarà l'apertura anche del contraddittorio su queste domande di revoca o di annullamento. Io mi auguro di sì, perché io penso che non sarà offensivo per nessuno, neanche per la Corte, riuscire a sostenere e ad argomentare che non succede nulla se si chiede alla Corte Costituzionale di esaminare tutti i profili di incostituzionalità, perché non ci sarebbe bisogno neanche di fare i convegni se non ci fossero questi problemi in sede applicativa. Se ci sono questi problemi vuol dire che i problemi vanno risolti, e allora mettiamoci tutti nella stessa barca (per ricordare la sua espressione) a perseguire questa chiarezza, quale che sia, della Corte sulla legittimità di questa norma e quindi sulla applicazione della stessa.

Avv. Paolo Nesta

Con l'intervento dell'avvocato Manzi, che si è soffermato da par suo, su problematiche di grande rilevanza, un intervento di grande respiro, dichiaro chiusi i lavori del Convegno, ringrazio ancora tutti gli intervenuti, i relatori, e l'avvocato Fiorante Carletti che ha avuto questa ottima idea.

Avv. Fioravante Carletti

È tutta la sera che mi sento ringraziare per l'organizzazione di questo convegno, e sono contento di aver preso l'iniziativa di farlo, ma io devo ringraziare invece l'entusiasmo, i magistrati presenti che hanno accettato con grande entusiasmo di intervenire, tutti quelli che sono presenti, anche i professori e gli avvocati che sono intervenuti. Ma voglio anch'io ringraziare una persona che è stata un pò l'artefice di queste cose, che è l'avvocato Fernando Ianniello, il quale veramente, quando gli ho prospettato questa cosa mi ha preso per mano e mi ha portato a conoscere tutte le persone che sono qui presenti perché altrimenti non sarei potuto arrivare a loro così facilmente. Grazie Fernando e grazie a tutti.

Roma, Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma
Mercoledì 4 aprile 2007 -Centro Studi-
ore 16,00
Auditorium della Cassa Nazionale di Previdenza Forense
Incontro sui rapporti tra diritto e letteratura in relazione al libro di Domenico Marafioti "GIUSTIZIA E LETTERATURA" Editore Spirali Milano

Presiedono

Prof. Avv. Alessandro Cassiani
(Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma)
Avv. Maurizio De Tilla
(Presidente della Cassa Nazionale Forense)

coordina

Avv. Giovanni Cipollone
(Consigliere dell'Ordine degli Avvocati di Roma)

relatori

Prof. Guido Alpa
(Presidente del Consiglio Nazionale Forense)
Avv. Manfredo Rossi
(Foro di Roma)
Avv. Titta Mazzuca
(Foro di Roma)

interventi

Avv. Carlo Martuccelli
(Consiglio Nazionale Forense)
Avv. Domenico Condello
Consigliere coordinatore Centro Studi
Avv. Francesco Storace
(Consigliere Ordine Avvocati di Roma)

Presentazione del libro di Domenico Marafioti: "Giustizia e letteratura" di Giovanni Cipollone

È con immenso piacere e con gioia che ho accettato l'incarico del nostro consiglio dell'ordine di organizzare questa riunione tra amici, per rendere omaggio a Domenico Marafioti, uno dei più eclettici avvocati del Foro romano e apprezzato scrittore.

È notevole il suo impegno sociale che si riscontra in tante sue pubblicazioni e, soprattutto, è evidenziato dai numerosi articoli di politica giudiziaria o, meglio ancora, di costruttiva "polemica giudiziaria".

Da sempre egli persegue un ideale di rinnovamento che risvegli negli spiriti eletti e anche meno eletti, una coscienza sociale di giustizia basata su principi di assoluta imparzialità ed efficienza.

Di notevole rilevanza alcune sue pubblicazioni: vedi “la Repubblica dei Procuratori”, con prefazione di Giuliano Vassalli nel 1983, “La supplenza”, libro finalista al premio Città di Scala – Ravello, del 1985.

Negli anni 1989-1992 fondò e diresse la nota rivista “il giusto processo”, quaderni trimestrali di cultura giudiziaria che preconizzarono gli aspetti evolutivi delle successive riforme giudiziarie.

Nello stesso periodo pubblicò con l’editore Cedam uno dei suoi scritti di più pregnante significato “Toga sommersa, interno di un difensore”, resoconto di un quarantennio di esperienza forense da porre negli ampi parametri tra memoria e profonda riflessione.

Notevole la raccolta di versi satirici ed epigrammatici nell’opera “senza attenuanti – poesie” del 1987.

Un elenco delle sue pubblicazioni richiederebbe molto tempo. Mi limito a indicare una delle pubblicazioni più recenti: “Metamorfosi del giudice – riflessioni su magistratura e potere” che è del 2004.

Nel libro “Giustizia e letteratura” sul quale focalizzeremo la nostra attenzione e sentiremo le opinioni di illustri commentatori, Domenico Marafioti si cimenta in una approfondita indagine sul tema della giustizia attraverso le opere letterarie, mettendo in risalto i nessi esistenti tra diritto e letteratura, nello specchio rifrangente che attesta le tante ambiguità della idea stessa della giustizia.

Scrivere vuol dire fortificarsi e il suo narrare è l’espressione fedele dei suoi sentimenti.

Egli rende partecipi gli altri di ciò in cui realmente crede.

Leggendo le opere di Domenico Marafioti e apprezzando la purezza del suo mondo interiore, possiamo dire con Balzac: “la nostra coscienza è un giudice infallibile, quando non l’abbiamo ancora assassinata”.

Guido Alpa

LAW AS (OR IS) LITERATURE?

Diritto e letteratura. Binomio, dilemma o altro?

I titoli come i nomi, sono premonitori: non solo creano aspettative nel lettore o nell’ascoltatore, ma sono il frutto delle scelte dell’ordine del discorso. Ora, se si sceglie di giustapporre il diritto alla letteratura, così facendo si lascia trasparire una concezione di fondo, secondo la quale per l’appunto il diritto e letteratura sono due entità (nozioni, categorie) tra loro distinguibili; questa distinzione è accolta acriticamente dai più, e sembra così appartenere al senso comune. Ma alla contrapposizione si può pervenire quale risultato di un processo cognitivo e valutativo; nel nostro

caso invece, siamo ancora all’inizio del percorso, perché vogliamo porre l’interrogativo se il diritto sia una forma o un tipo di letteratura, e quali effetti conseguano alla interpretazione dei testi giuridici con i criteri propri della critica letteraria¹.

Questo aspetto della problematica enunciata dall’endiadi “diritto/literatura”, sul quale di recente si è raccolta una imponente produzione nell’ambito della cultura giuridica statunitense² non è nuovo per la dottrina italiana. In questo settore non si è verificato quel ritardo culturale che ha contrassegnato un altro settore, in qualche modo interferente con questo, che si usa denominare “analisi economica del diritto”, o, più frequentemente, *economic analysis of law*. Pur avendo Pietro Trimarchi rivestito un compito di pioniere nell’augurare l’indirizzo gius-economico nell’analisi del diritto civile già all’inizio degli anni sessanta, si è formato un vuoto di quasi trent’anni, e l’interesse per l’indirizzo gius-economico si è rinverdito a seguito della discussione diffusasi negli stati uniti, ad opera di Ronald Posner, e quindi oggi si tratta di un indirizzo per così dire importato da quella esperienza.

Per contro, l’indirizzo ermeneutico, inaugurato in Italia nel secondo dopoguerra da Emilio Betti, Gino Gorla, Rodolfo Sacco, e poi coltivato da Luigi Mengoni e, più di recente da Pietro Rescigno e Natalino Irti, oltre che da filosofi come Giuseppe Zaccaria, non ha mai cessato di essere vitale, anche se, per l’imperante indirizzo giuspositivista (inteso da noi nell’accezione più rigida, che portava ad un arido formalismo), per più di un trentennio ha occupato una posizione del tutto marginale nel panorama degli indirizzi interpretativi più accreditati.

Analogo destino ha segnato l’indirizzo gius-realista, inaugurato da Giovanni Tarello, Silvana Castignone ed Enrico Pattaro.

Il versante ermeneutico, anche grazie al successo che questo indirizzo ha meritato presso le scuole filosofiche, tra i seguaci di Heidegger, tra i “costruttori del pensiero debole”, in particolare ad opera di Gianni Vattimo e di Maurizio Ferraris, oggi si è rafforzato.

Negli ultimi anni si sono registrati i contributi di Emilio Betti, Hans-Georg Gadamer, Paul Ricoeur e Ronald Dworkin, ponendosi a raffronto testi letterari, testi storici e testi giuridici³. In questo senso, ciò che accomuna testi aventi natura ed oggetto diverso, come un testo di fantasia (*fiction*), un testo storico o un testo giuridico, è l’approccio ermeneutico, cioè la riappropriazione di ciò che è estraneo al testo, in una lotta contro la distanza nello spazio e nel tempo. Ciò che si persegue è la “riproduzione creativa della produzione originaria, tramite un’attualizzazione critica del senso entro le condizioni poste da una situazione culturale nuova”⁴. Così

1 Alpa, *Law & Literature: un inventario di questioni*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 1997, II, p.175 ss., e *L’arte di giudicare*, Roma-Bari, 1997, cap.I

2 Da ultimo, v. Cavalaglio, *Literature v. Economics*, ovvero *Richard Posner e l’analisi giusletteraria*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1997, p. 2015 ss.

3 Zaccaria, *L’arte dell’interpretazione*, Padova, 1990,

e già *Ermeneutica e Giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984; Mengoni, *Ermeneutica e doglianza giuridica*, Milano, 1996; Bussani, con la direzione di Derrida e Vattimo, *Diritto, Giustizia Interpretazione*, Bari-Roma, 1998, Bussani, *Choix et défis de l’herméneutique juridique. Notes minimales*, in *Rev.int.dr.comp.*, 1998, p.735 ss.

4 Zaccaria, *L’arte*, cit, p.122

rappresentata, la problematica inerisce alla scelta del metodo dell'analisi che non diverge da un testo ad un altro, in ragione dei suoi contenuti e dei suoi scopi, anche se tra i testi giuridici si prestano più facilmente a questo tipo di indagine non tanto le disposizioni, ma piuttosto le sentenze, quale precipitato di un procedimento cognitivo, valutativo e dispositivo nell'ambito del quale occorre individuare i fatti, interpretarli e qualificarli per assumere la decisione⁵. Lo stile dei giuristi, l'impiego dei molteplici generi letterali, la rappresentazione del diritto nell'immaginario collettivo, il ricorso ai simboli e ai riti della giustizia sono stati oggetto di numerose analisi. Proprio le sentenze, per l'esercizio del ragionamento giuridico, per l'uso del "precedente", per il tramonto del ruolo di nomofilachia esercitato dalla corte di cassazione, hanno costituito il terreno di elezione delle analisi dei giuristi positivi, civilisti e processualisti *in primis*. Francesco Galgano, e la redazione di *questa rivista*, ha costruito proprio sul "Dialogo con la giurisprudenza" un autentico programma di politica del diritto, da un lato contribuendo a qualificare la giurisprudenza in termini di fonte, ancorchè non primaria, del diritto, dall'altro richiamando l'attenzione sulle aporie insite nel ragionamento dei giudici. Il diritto giurisprudenziale è divenuto uno dei capisaldi dello studio del diritto positivo, e il metodo casistico, inaugurato da gino gorla e proseguito da mario bessone e dalla sua scuola, è ormai uno dei metodi didattici seguiti nell'insegnamento universitario.

Il dibattito su "diritto e", in particolare il dibattito su "diritto e letteratura" ha assunto anche una intonazione ideologica, dal momento che l'esame del testo giuridico ha valenza normativa effettuato alla stregua di un testo letterario appare a molti atto a svilire la sua natura sostanziale, minarne il prestigio, tradirne il significato e, soprattutto, a legittimare l'arbitrio dell'interprete, che, al contrario, dovrebbe prevenire l'incertezza del diritto⁶.

Sempre la dottrina recente ha segnalato i risultati della discussione svoltasi negli stati uniti, anche ad opera della reazione provocata dall'analisi economica del diritto applicata nelle sue forme più estremiste.

L'interpretazione letteraria è stata oggetto, infatti, di tesi riduttive ad opera di posner, riassumibili in alcune proposizioni (assunte con toni quasi provocatori) che conviene tenere a mente per comprendere anche le finalità dei cultori della concezione "letteraria" del diritto. Ribadendo le sue opinioni nella seconda edizione del volume su *law and literature*, originariamente pubblicato nel 1988, e rivisto a dieci anni di distanza, posner ha sostenuto che:

i valori forti della letteratura possono essere d'ausilio per i giudici nel pensare in modo più efficace e nel redigere in modo più accurato i loro scritti;

5 Anche a questo proposito i contributi sono una messe immensa; per tutti v. Ivainer, *L'interprétation en droit*, Parigi, 1988.

6 Alpa, *L'arte di giudicare*, cit., p.5 ss. E v. Papadopoulos, *Interpretazione artistica ed ermeneutica giuridica. Variazioni su un tema di Ronald Dworkin*, in *Riv.dir.civ.*,

1998, p.211 ss. Oltre ai contributi di Dworkin e Posner, si segnalano gli interventi di vari Autori ai dibattiti organizzati su 60 *Tex. L. Rev.*, 1982 e su *South. Calif. L. Rev.*, 1985. Una coerente trattazione dei profili letterari del diritto è ora svolta da Van Roermund, *Law, Narrative and Reality. An Essay in Intercepting Politics*, Dordrecht, Boston, London, 1997

L'interpretazione giuridica e l'interpretazione letteraria non hanno nulla di utile in comune.

Gli sforzi dei cultori dell'indirizzo riassunto nell'endiadi “*law and literature*” sembrano produrre effetti incoerenti, ed essere destinati ad ottenere risultati modesti, quali un minimo, e circoscritto comune denominatore tra la critica letteraria e la critica giuridica.

Gli indirizzi maturati nell'esperienza statunitense, a cui si possono coniugare quelli maturati nell'esperienza italiana dimostrano - al contrario - che l'approccio letterario al diritto non solo è scientificamente corretto ed affidabile, ma può produrre risultati cospicui.

2. Alcune definizioni stipulative

Per muovere dall'interrogativo di base occorre procedere ad alcune definizioni stipulative: cosa si intende, o meglio, che cosa intende il parlante per “diritto” e per “letteratura”?

In sintesi, si può dire che l'espressione “diritto”, in questo contesto, comprende sia la legge scritta, sia la legge interpretata e applicata dai giudici, cioè la giurisprudenza, sia la legge come descritta e interpretata dai giudici, cioè la dottrina. Già così descrivendolo, ci allontaniamo dalla concezione kelseniana, e da quella - se possibile ancor più formalista - dei molti che ancora oggi configurano il diritto come un rigido sistema di comandi. Noi siamo dalla parte del “diritto mite”, secondo l'accezione di Gustavo Zagrebelsky, o “flessibile”, secondo l'accezione di Jean Carbonnier: un diritto che si forma ed è imposto non solo dall'alto, ma con il concorso dei singoli, dell'autonomia privata, delle prassi, e così via; un diritto quindi non solo costituito dalle fonti scritte, ma anche dalle fonti “non scritte”⁷.

I paradigmi della critica letteraria si possono applicare tendenzialmente solo al diritto scritto, mentre quelli della critica teatrale si possono applicare al diritto come è celebrato nei tribunali, o ai riti della giustizia, come ci ha illustrato Antoine Garapon⁸. Ancor più facile è la loro applicazione agli scritti dei giuristi di cui si osservano le capacità stilistiche; tra le analisi più famose si segnala quella di Benjamin Cardozo. Nella letteratura sull'ermeneutica giuridica si considerano documenti giuridici rilevanti ai fini interpretativi anche gli atti processuali, sia come categoria a sé, quale può essere la confessione⁹, sia i fascicoli inerenti a processi celebri, quale il processo alla monaca di Monza, a Galileo, ai neri dell'amistad, il processo di Norimberga, e così via, che colpiscono ancor oggi l'immaginario collettivo.

Il terreno dell'indagine sulle forme espressive dei giuristi allora si estende a comprendere non solo le sentenze e gli atti processuali, ma anche gli scritti dei giu-

7 È questo il titolo del II volume del *Tratt. di dir. priv.*, diretto e coordinato da Rodolfo Sacco, in corso di preparazione per i tipi della Utet.

8 Di questo A. v. ora *Bien Juger*, Parigi, 1998

9 Brooks, *Narrare storie senza timore? La confessione in diritto e letteratura*, in *Ann. Ermen. giur.*, 1996, 1, p. 313 ss.

risti (accademici, giudici, avvocati) oltre che i testi normativi, cioè le costituzioni, i codici, le leggi speciali, etc.

Con l'espressione "letteratura", in questo contesto, si vuol alludere sia alla fiction, sia all'epopea, alla prosa, alla poesia, sia alle altre forme espressive che si riconducono alla narrazione; ad essa, dunque, si possono ascrivere anche la letteratura economica, la letteratura sociologica, la letteratura storica, la letteratura religiosa e così via¹⁰. Non vi sono dubbi che anche i testi giuridici siano testi letterari in senso ampio: la monografia, il saggio, il commento, la recensione, appartengono alla letteratura giuridica; ma anche le sentenze sono prodotti letterari, il cui pregio segnala la grandezza del loro estensore: si pensi alle sentenze di Benjamin Cardozo, a quelle di Lord Denning, a quelle del buon giudice Magnaud; e pure i testi normativi possono essere apprezzati come testi letterari, come accade per il Codice di Hammurabi, la legge delle XII tavole, i dieci comandamenti, le venerabili dichiarazioni dei diritti e le costituzioni francesi e statunitensi della fine del settecento, e così via.

Per circoscrivere i confini del discorso, occorre restringere le accezioni di letteratura e diritto: per letteratura, dunque si intenderà d'ora in poi la semplice *narrativa*; per diritto si intenderà soprattutto il *testo normativo*, e quando occorra, la sentenza. L'indagine si condurrà mediante raffronto di testi: testi di fantasia (TF), testi religiosi o sacri (TS) e testi afferenti il diritto, cioè testi giuridici (TG). L'essere la narrazione raccolta in un testo costituisce il minimo comun denominatore di questi differenti oggetti. Anche un testo normativo implica una narrazione: spesso si apre con l'enunciazione degli scopi perseguiti dal legislatore, contiene un "cuore" in cui si articolano le disposizioni, e un "finale" in cui si fissano le regole di applicazione temporale e le regole transitorie.

Gli esempi che si possono addurre sono molteplici: si pensi alle disposizioni di apertura della disciplina dell'aborto, con cui il legislatore italiano si preoccupa di precisare che le disposizioni sono ispirate al principio della tutela della vita umana fin dal suo inizio e a favorire le nascite; oppure alle disposizioni di apertura della disciplina delle banche di dati personali, in cui si richiama il valore della dignità della persona e i principi volti a tutelare la riservatezza e l'identità personale dell'individuo; oppure ancora alle direttive comunitarie, precedute da una teoria di "considerando" in cui si esplicitano gli scopi dell'intervento della comunità, e così via.

Ciò che vorremmo scoprire è in cosa differiscano questi oggetti (essendo essi trattati tutti come testi narrativi, nell'accezione indicata) e a quali risultati si può approdare trattando un testo a contenuto giuridico (qual è o) come se fosse un testo di letteratura.

¹⁰ Sul tema v. soprattutto Wellek e Warren, *Teoria della letteratura*, Bologna, 1959, rist. 1971, p.9 ss.; e l'antologia curata da Raimondi e Bottoni, *Teoria della*

letteratura, Bologna, 1975. Per una critica alla nozione v. ora Todorov, *La notion de littérature, et autres essais*, Parigi, 1987, p. 9 ss.

Che cosa sia un *testo* è presto detto. Mutuando la definizione di Ricoeur, testo è ogni discorso fissato dalla scrittura¹¹. Più complicato è descrivere le operazioni che si fanno sul testo: spiegare, comprendere, applicare, etc. In ogni caso, il testo, di per sé, non dice nulla, in quanto occorre collocarlo nel suo contesto, anche storico, e trattarlo in modo dialettico, con gli apporti del lettore¹². Ancora più complicato è spiegare perché si scrive un testo: il letterato addurrà la forza dell'ispirazione, il redattore o il traduttore del testo sacro addurrà la forza di uno spirito superiore, il redattore del testo giuridico dovrebbe rispondere candidamente “per comandare”¹³. Testo, contesto, co-testo, interpretazione in ambito giuridico sono da tempo strumenti cognitivi di cui si avvalgono anche i cultori del diritto positivo¹⁴.

3. I caratteri distintivi dei testi.

L'individuazione dei caratteri distintivi dei testi è affidata all'arbitrio, alla fantasia e alla competenza dell'interprete. Generi, stili, modelli e così via sono alcuni dei capisaldi di catalogazione e distinzione dei testi. In ogni caso, i caratteri distintivi che subito vengono alla mente riguardano aspetti assai diversi tra loro. Eccone qualcuno.

L'individuazione del testo.

Il testo narrativo è ricostruito attraverso i manoscritti, le diverse edizioni, le lezioni esaminate e proposte dai filologi, le revisioni dell'autore, la tradizione, le traduzioni, etc.; il testo di religione è un testo sacro, e discende, oltre che dalla rivelazione (per i credenti) dalla formazione progressiva, stratificata di parti, versi, libri etc.; il testo normativo, come potrebbe essere una costituzione o un codice civile, nella sua originaria composizione è il testo come approvato dall'autorità che lo ha emanato, ma anch'esso costituisce il risultato della stratificazione, della tradizione di testi anteriori, della definizione di modelli: si pensi alla trasposizione delle regole del *code civil* dalle pagine di domat e pothier, e alle successive versioni di quel “code impossibile”, oppure alle diverse redazioni del BGB, da quella più teorica coordinata da Windscheid a quella più pratica redatta dai funzionari ministeriali.

Più oltre si dirà che ogni testo, a qualunque categoria esso appartenga, è di per sé muto, come ci ha insegnato rodolfo sacco, e può vivere solo se interpretato. Esso dunque presuppone un lettore, presuppone un lettore con un proprio universo concettuale, presuppone un prima (il processo che ha portato alla redazione del testo) e un dopo (il processo che ha portato alle successive interpretazioni del testo); presuppone inoltre un contesto storico, politico, economico, sociale; l'analisi

11 Ricoeur, *Dal testo all'azione*, Milano, 1989, rist. 1994, p.134. La discussione è aperta: v. Segre, *Testo letterario, interpretazione, storia: linee concettuali e categorie critiche*, in *Letteratura italiana. IV. L'interpretazione*, a cura di Asor Rosa, Torino, 1985, p.39 ss.

12 Samonà, *Sui rapporti fra storia e testo letterario (Soggettività, norma sociale, trasgressione)*, in *Insegnare la letteratura*, Parma, 1979, p. 75 ss.

13 Bonnan, *Ecrire le droit pour commander. Technique et signification de l'écriture dans quelques droits orientaux*, in *Interpréter le droit: le sens, l'interprète, la machine*, a cura di Thomasset e Bourcier., Bruxelles, 1997, p.34.

14 Belvedere, *Testi e discorso nel diritto privato*, in *Ann. Ermen. giur.*, 1997, 2, p. 137; Irti, *Testo e contesto*, 1998

si strutturale del *code civil* di Arnaud documenta in modo sorprendente come quel codice fosse originariamente lo specchio della società dalla quale era stato creato e a governare la quale era destinato.

Una volta identificato, cioè fissato nel tempo, il testo può assumere caratteri di sacralità, anche se non ha contenuto religioso: si pensi alla divina commedia, oppure al *code civil*, o al *bill of rights* statunitense o alla dichiarazione dei diritti dell'uomo dell'O.N.U., e così via. Fissato nel tempo, può essere cambiato dal suo autore o da altri: il TF solo dal suo autore, il TS è immutabile, il TG solo da un'autorità avente pari grado rispetto all'autorità che lo ha emanato. Anche il TG, come gli altri testi, può divenire un feticcio¹⁵, un mostro sacro, un monumento, o rappresentare la totalità delle cose terrene (“*voilà le firmement, tout le reste c'est procedure!*”).

La lingua.

Nel TF la lingua è creazione dell'autore: si pensi all'italiano di Manzoni, che diviene il modello della lingua dell'Italia unita, oppure alla lingua inventata da Garcia Marquez in cent'anni di solitudine, per non parlare dell'influenza dell'Illiade e dell'Odissea per il greco antico, delle orazioni di Cicerone per il latino, della Divina Commedia per la lingua volgare. Nel TS la lingua talvolta diviene il nerbo della lingua volgare, come è accaduto per il tedesco della Bibbia luterana o per l'inglese della versione autorizzata di Giacomo, ma normalmente la lingua del testo sacro è una lingua che presenta codici particolari (si pensi all'ebraico della Bibbia, al greco del Vangelo) ed in ogni caso per i credenti è la creazione, il messaggio, la rivelazione della divinità. Nel TG la lingua è scelta dall'autorità, che può utilizzare quella parlata dai sudditi, oppure la propria, se diversa (si pensi alla lingua dell'esercito di occupazione) oppure altra lingua propria della cancelleria (si pensi al francese usato in Inghilterra nel medioevo). La lingua dei testi giuridici può anche essere disciplinata per legge, come accade per quegli ordinamenti nei quali la presenza di minoranze linguistiche impone il bi - o trilinguismo, o può essere bersaglio di istanze censorie o scioviniste, come è accaduto in Italia in epoca fascista per la soppressione dei termini (oltre che dei cognomi e dei nomi) stranieri, e di recente in Francia, ove si sono banditi persino dalle insegne dei negozi tutti i termini non francesi.

Le parole.

Le parole usate dall'autore di un TF sono anch'esse scelte con fantasia, con competenza, con gusto etc., nell'ambito di un vocabolario usuale oppure astruso (si pensi al vocabolario di Virginia Woolf, così ricercato da risultare poco comprensibile ai lettori non anglofoni); le parole usate dal TS sono per l'appunto sacrali (si pensi, per le preghiere, al padre nostro), ma, come per il TF, esprimono la mentalità dell'autore, e risentono dell'epoca e del luogo in cui sono create; allo stesso

¹⁵ Catta, *Codification et loi fétiche*, in *Interpréter le droit*, cit., p.63

modo per il TG. In questo però le parole hanno una loro accezione propria, che può coincidere o può divergere dal senso comune, usuale, del linguaggio abituale.

I destinatari.

Il TF ha per destinatari l'intera umanità; il TS i credenti, ma mentre per la Bibbia ebraica i destinatari sono solo coloro che sono nati ebrei, cioè il popolo eletto, per la Bibbia cristiana i destinatari sono anche i non cristiani, in quanto la religione cristiana è volta al proselitismo; per il Corano i destinatari sono quelli che Allah ha chiamato a sé, e quindi solo ad essi è riservato lo studio del libro; in ogni caso, sia TF sia TS sono destinati a rimanere per l'eternità; questi caratteri di universalità, e di perennità, non sono presenti nel TG, in quanto il TG è destinato ai sudditi, ai regnicoli, ai cittadini, e non sempre a tutti, ma ha confini territoriali ben definiti, anche se i modelli giuridici circolano volentieri, ed ha confini temporali fatalmente limitati, anche se la vocazione dell'autorità è per la perennità del testo (si pensi alla vita dei codici civili o delle costituzioni).

Nelle diverse epoche, e in diversi settori, i destinatari dei testi sono distinti per etnie, per caste, o per sesso. Ad esempio, la Bibbia, secondo la Mekhila e il Midrach, è destinata, per le teste di capitolo, alle donne, e per il testo dettagliato agli uomini¹⁶. I testi normativi sono destinati a tutti, ma non sono creati da tutti (in Italia, fino al 1948 le donne non avevano diritto di voto e quindi non potevano essere elette in parlamento) né interpretati da tutti (in Italia, fino al 1964, le donne non potevano accedere alla magistratura).

Il ruolo marginale riservato alle donne nell'area dell'interpretazione religiosa e nell'area dell'interpretazione giuridica si è a poco a poco rafforzato, spesso dando luogo a reazioni strane che hanno portato alla inaugurazione di una teologia femminista, e a una interpretazione femminista del diritto, bandiera dei c.d. *Radical lawyers*.

La intellegibilità.

Il TF può essere ermetico, ed è una scelta dell'autore rendere poco accessibile il suo messaggio; anche il TS può essere ermetico: si pensi alla tradizione ebraica della *kabbalà*; sicché sia nel primo sia nel secondo caso la sua interpretazione ha il significato di “disvelamento”¹⁷. Spetta al destinatario del messaggio saper risalire i diversi livelli di lettura e quindi di comprensione, via via superando gli ostacoli che l'autore ha frapposto tra il testo e il lettore per riservare ai più capaci il risultato di cogliere il messaggio più riposto; ma poiché non si saprà mai se si è arrivati alla fine della scala, si può dubitare che vi sia sempre un livello in più al quale non si sa attingere; di qui la necessità di studiare e meditare il testo, per poterne disvelare tutti i messaggi; talvolta, però, l'oscurità è una forma di difesa dell'autore, perché

16 Paperon, *Exègèse des textes sacrés et interprétation juridique*, in *Interprétation et droit*, cit., p. 73 ss.; Thomas, *Issues of Biblical Interpretation*, in *58 South. Calif. L. rev.*, 1985, p. 29 ss.; Avril e Lenhardt, *La lettura ebraica della*

Scrittura, Magnano, 1984, rist. 1989

17 Ricoeur, *Dal testo*, cit., p.192

l'autore non è libero di esprimersi apertamente e vuol evitare ogni forma di persecuzione¹⁸.

Anche il TG può offrire, anzi, molto spesso offre difficoltà interpretative, anche se non dovrebbe essere così, in quanto la situazione in cui il destinatario si trova è qui ben diversa da quella in cui si trova il lettore di un TF o di un TS: nel primo caso, il lettore poco attento o poco dotato non coglierà il rigoglioso frutto estetico dell'autore; nel secondo caso, non coglierà il messaggio della divinità.

Nel caso del TG i destinatari hanno l'obbligo di conoscere il testo (*ignorantia legis non exusat*) per poter uniformare il proprio comportamento ad esso e non incorrere in sanzioni per l'inosservanza; ma per conoscere il testo debbono poterlo comprendere; di qui il problema dello stile di scrittura dei testi, il problema del livello di cultura assunto a modello dal legislatore (i due punti di maggior distanza sono dati dall'aristocratico BGB tedesco e dal popolare Codice Civile svizzero). Per il TG però l'interpretazione è obbligatoria e vincolata. Obbligatoria, in quanto tutti sono tenuti ad osservarlo, mentre il TF o il TS possono essere (e in larga parte sono) ignorati mentre il TG si presume noto; vincolata, in quanto l'interprete - lo si dirà tra breve - non può "tradirne" il significato.

Le tecniche espositive.

Ogni autore ha la sua cifra, con la quale rende riconoscibile il proprio testo; il TS, come il TF, ricorrono a tutti i generi letterari; il TG presenta una uniformità che varia solo nelle epoche; il testo di una legge del secolo scorso si riconosce dai termini impiegati, ma non è molto diverso nello stile dal testo di una legge redatta oggi. Se il testo normativo si esprime attraverso comandi, la loro formulazione è univoca; ma oggi il testo normativo si esprime anche mediante atti ostativi, mediante preamboli, mediante definizioni e così via¹⁹. Il problema dell'interprete, allora, consiste - una volta isolato il testo giuridico - nello stabilire se la formula contenuta nel testo abbia natura giuridica, se abbia vigore, se sia conforme ai principi costituzionali e comunitari, etc.

Come il testo di fantasia e il testo sacro anche il testo normativo ricorre alla finzione, alla metafora, alla sinecdoche e così via.

La costruzione del testo.

Il contenuto del TF è l' "intrigo"²⁰. Anche il TS ha alla sua base l'intrigo come dimostrano il libro di Ester, il libro di Giuditta, il libro dei Re, etc. Nel TG l'intrigo può essere interno ed esterno; interno, quando si deve sciogliere il nodo degli scopi perseguiti dal legislatore, e l'interprete si sforza di riconoscere tali scopi nel testo da interpretare; esterno, perché l'intrigo si svolge prima della redazione del

18 Strauss, *Scrittura e persecuzione*, Venezia, 1990, p.20 ss. 20 Ricoeur, *op.cit.*, p.218

19 Belvedere, *op.cit.*, p. 137

testo, durante la redazione e dopo la redazione; prima, ad opera delle lobbies, durante, ad opera dei parlamentari, e dopo ad opera dei giudici e degli interpreti laici.

I fatti oggetto del TF possono essere reali o immaginari; e così pure quelli del TS; quelli del TG possono essere solo reali, ma l’immaginazione sta nella proiezione nel futuro di comportamenti assunti dal destinatario. In ogni caso, essi sono oggetto di normazione e di interpretazione, secondo regole che variano da epoca ad epoca e da ordinamento a ordinamento²¹.

I valori stanno alla base del messaggio etico (ove esista) dell’autore del TF e così pure del TS; nel TG i valori sono relativi, variano da epoca a epoca, da regione a regione²²; ma la relatività connota anche il TF e il TS. In un’opera che ha contenuti giuridici e filosofici, ma ha anche notevoli pregi letterari, Guido Calabresi ha illustrato e commentato gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nel loro rapporto con il diritto, e ci ha insegnato che anche di questi fattori si intesse il testo giuridico²³.

La prescrizione di comportamenti è estranea al TF, mentre è tipica del TS e del TG, e così pure la sanzione.

4. L’interpretazione dei testi.

I criteri di interpretazione dei testi sono spesso identici o simili: l’interpretazione letterale, storica, strutturale, ambientale, economica, politica, è propria di tutti i testi; ma anche quella teleologica, tipica del TG, non è estranea né al TS (ove si disvelano le finalità dell’autore). Per i testi di fantasia si distinguono il testo filologico e il contesto culturale, i criteri linguistici da quelli stilistici, lo statuto semiologico e il contenuto psicologico, l’analisi letteraria da quella sociale, l’afflato politico da quello realistico, e così via²⁴. Per i testi religiosi si distinguono i criteri letterali, quelli simbolici, quelli storici, quelli antropologici, e così via²⁵, e si registra una sostanziale uniformità di indirizzi sia in campo protestante e cattolico, sia in ambito ebraico. Per i testi religiosi si distinguono i criteri di interpretazione propri dei testi normativi, criteri di interpretazione per le sentenze, criteri di interpretazione per gli atti privati, ciascuno di essi essendo riconducibile, per il *civilian* ad un altro testo normativo, per il *common lawyer* alla tradizione²⁶.

21 Ivainer, *op.cit.*, p.35

22 Stein e Shand, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1980

23 *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.), 1982

24 Un catalogo perspicuo dei criteri di lettura del testo di fantasia è offerto da Caprettini, *Le strutture e i segni. Dal formalismo alla semiotica letteraria*, in *Letteratura italiana*, cit., p.495 ss.

25 A titolo esemplificativo si v. AA.VV., *La Bibbia nel suo contesto*, Brescia, 1994; Maynet, *Leggere la Bibbia*,

Milano, 1998; Coggins, *Introduzione all’Antico Testamento*, Bologna, 1998; AA.VV., *Letture attuali della Bibbia*, Brescia, 1978; oltre, naturalmente, ai metodi interpretativi, quali il metodo storico-critico, l’analisi retorica, l’analisi narrativa, l’analisi semiotica, l’analisi ermeneutica, etc. (*L’interpretazione della Bibbia nella Chiesa*, a cura della Pontificia Commissione biblica, Città del Vaticano, 1993). L’applicazione di criteri letterari all’interpretazione del testo biblico è magistrale in Frye, *Il grande codice. La Bibbia e la letteratura*, Torino, 1986 e *Il potere delle parole. Nuovi studi su Bibbia e letteratura*, Firenze, 1994.

26 Per tutti Tarello, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980; Alpa, *I principi generali*, Milano, 1993

L'impressione che si riceve esaminando i manuali che si occupano di interpretazione dei testi è che i criteri di interpretazione siano più liberi per i testi fantasia e via via si restringano quando si passa ad esaminare i testi religiosi e i testi giuridici. Per i testi religiosi, tuttavia, da tempo oramai si sono affermati indirizzi pluralistici di analisi, linguistici, semiotici, filologici, gnoseologici, che considerano il testo come un'opera aperta²⁷. Questi indirizzi, trapiantati dalla critica letteraria a quella del testo religioso, non solo sono consentiti dalle autorità, ma addirittura promossi; è significativo il fatto che la pontificia commissione biblica elenchi, tra i metodi e gli approcci per l'interpretazione della Bibbia, il metodo storico-critico, l'analisi retorica, l'analisi narrativa, l'analisi semiotica, l'approccio sociologico, psicologico, antropologico, l'approccio liberazionista e quello femminista, nonché quello fondamentalista.

Ma chi stabilisce i criteri di interpretazione?

Per il TF i critici letterari; per il TS o l'autorità religiosa che indica l'interpretazione ufficiale (si pensi alle encicliche o ai documenti pontifici), o l'interprete riconosciuto dalla comunità come tale (il rabbino) o ciascun credente (il cristiano protestante); per il TG vi sono o regole scritte in un testo apposito, come accade per le disposizioni preliminari al codice civile italiano, o per la legge sulle disposizioni generali tedesca, oppure regole emergenti dalla prassi giudiziaria e dalla tradizione, come accade per il *common law*. Ma la comunità dei giuristi, costruendo un linguaggio ad hoc e formule espressive, oltre che regole di ragionamento giuridico, si è appropriata di questo compito, e lo tratta in termini monopolistici.

Per tutti i testi, siano essi di narrativa, di religione, di diritto, si istituisce il "circolo ermeneutico", cioè il passaggio dal testo all'autore e dall'autore al lettore e così via. La precomprensione è propria di ogni testo, e il metodo ermeneutico è sperimentato con successo per i testi narrativi, per i testi sacri, per i testi giuridici.

Per il diritto, oltre ai criteri interpretativi presenti nelle leggi, dobbiamo tener conto dei criteri interpretativi utilizzati consapevolmente o inconsapevolmente dall'interprete: la vicenda dei principi generali del diritto, relegati *sub specie* di *analogia iuris* all'ultimo gradino della gerarchia nel disposto dell'art.12 preleggi hanno riguadagnato terreno, e si sono ormai collocati al primo posto della scala gerarchica dei criteri, grazie all'opera della giurisprudenza e ad alcune correnti della dottrina.

5. Le differenze residuali.

Da quanto fin qui detto ci si avvede che non vi sono differenze determinanti tra un testo di narrativa, di religione o di diritto. L'uno differisce dall'altro perché nell'immaginario collettivo l'uno è classificato come testo di fantasia, l'altro come testo di religione, l'altro ancora come testo giuridico. Spesso, questi testi sono per così dire intercambiabili: un testo sacro può divenire un testo giuridico (si pensi al diritto divino che è una branca del diritto canonico, oppure alla rilevanza giuridica

27 Oltre alla comunicazione della Commissione pontificia v. Alonso Schoekel e Bravo Aragon, *Appunti di ermeneutica*,

della Bibbia nel diritto israeliano o nei diritti nazionali in cui rilevi lo *status* di ebreo, o del Corano nel diritto dei paesi islamici); un testo giuridico può presentare spiccati caratteri letterari (per i testi normativi si pensi, alla chiarezza e all'eleganza del *code civil*, come riconosciuto da Stendhal; per le sentenze, si pensi al colore delle decisioni inglesi o statunitensi, rispetto alla piattezza delle decisioni italiane o alla corposità delle decisioni tedesche; per le opere accademiche, si pensi all'*acient law*, di Maine, oppure al *common law* di Holmes, o alla *jurisprudence* di Austin); un testo sacro può presentare spiccati caratteri letterari (come il Cantico dei cantici), un testo letterario può acquisire rilevanza religiosa (si pensi al *profeta* di Gibrán, ai libri sullo zen, e almeno fino a qualche tempo fa, ai libri di Hesse).

Permangono tuttavia alcune differenze residuali:

la strumentalità del testo, la sua vincolatività e la sua sindacabilità;

la correlazione tra testo e sanzione;

la libertà o la coattività che connota e gradua i processi formativi dei testi.

(i) il TF non ha finalità specifiche, se non quella di trasmettere il messaggio dell'autore; per contro il TS può avere finalità prescrittive; il TG (se normativo) ha solo finalità prescrittive, in quanto l'autorità che lo emana vuol raggiungere un determinato risultato e per raggiungerlo impone ai destinatari l'osservanza di determinati comportamenti; la sentenza ha un contenuto dispositivo; sia il testo normativo sia la sentenza sono sindacabili; il primo, se sia in contrasto con la costituzione o il diritto comunitario, la seconda se non si sono osservati i precetti stabiliti dalla legge. In ogni caso, il testo normativo deve essere osservato, il dispositivo della sentenza deve essere ottemperato nella “regola del caso”.

(ii) il TF non può essere violato, se non attraverso il plagio, la mutilizzazione, la riproduzione non autorizzata, la lesione del diritto morale del suo autore; in questi casi saranno comminate sanzioni, il cui risultato andrà a beneficio dell'autore. Per contro, la violazione del TS comporta sanzioni di natura religiosa, e di natura anche giuridica se il TS è anche un TG, ma il risultato della sanzione non porta vantaggi all'autore del testo. La violazione del TG comporta sanzioni di natura afflittiva o di natura pecuniaria, ed anche qui il vantaggio derivante dalla sanzione non va a beneficio dell'autore del testo, ma dell'aggregato sociale nell'ambito del quale il testo deve essere osservato, oppure a vantaggio della parte la cui domanda è stata accolta in giudizio. Il rapporto tra autore e testo è configurato in termini di proprietà (temporanea) per il TF, di paternità per il TS (la legge di Dio o di Mosè o gli ammaestramenti di Gesù, o i detti del profeta di Allah), di fonte per l'autorità laica che ha elaborato e approvato il testo giuridico.

(iii) vi è una progressione tra TF, TS e TG: dalla libertà alla costrizione, dall'ampiezza alla finitezza, dalla causalità alla necessità, dalla futilità alla strumentalità.

Va da sé che i criteri con cui si analizza un testo normativo tengono conto dello scopo del testo, e quindi sono calibrati proprio in questo senso *funzionale*: il lettore si deve porre nell'ottica dello scopo perseguito dal testo, che ha una funzione specifica propria, certamente diversa dalla funzione del testo di fantasia.

6. Tentativi di risposta.

Ai due interrogativi di apertura si può dunque tentare di dare risposta: non si può contrapporre il diritto alla letteratura, perché il diritto è letteratura; la separazione tra testi letterari e testi giuridici è interna, non esterna, alla categoria dei testi, anche se il diritto, ovviamente, non è solo interpretabile mediante criteri letterari.

I benefici derivanti dal considerare il diritto alla stregua della letteratura sono molteplici, sia dal punto di vista metodologico, sia dal punto di vista ermeneutico, sia dal punto di vista politico. La risposta a questi interrogativi, perciò, dà la cifra dell'interprete, è una cartina di tornasole che si può usare per predire il risultato dell'interpretazione.

Roma, Convegno, LE PROVE CIVILI
 martedì 17 aprile 2007, LE PROVE COME STRUMENTO
 ore 15,00 Aula Avvocati DI RICERCA
 Palazzo di Giustizia

Avv. Carlo Silveti

1) il tema della prova da sempre appassiona i logici, i matematici, i filosofi, gli scienziati e i giuristi di ogni branca (civili, penalisti, amministrativisti, tributari, avvocati rotali, operatori del diritto di ogni paese, epoca e tendenza).

Prima di parlare della prova giuridica, è opportuno riflettere un momento sul concetto di prova in assoluto che – come vedremo – ha non poche conseguenze sul come il legislatore di ogni epoca “organizza” quel particolare momento del processo costituito dall’assunzione della prova.

1.1) partiamo dai processi del pensiero e dalla inferenza micidiale della prova: ciò agevolerà, io credo, la comprensione del meccanismo dello strumento di comparazione costituito dalla prova (carnelutti). “occorre per la scelta un termine di confronto: qualche cosa che sia fuori dalle affermazioni delle parti. Conviene che il giudice faccia con le due diverse affermazioni delle parti quel che fa l’orafo col metallo per sapere se è prezioso: adoperi la pietra di paragone. Questa pietra di paragone è la prova.

La parola stessa, per la significazione propria che ha nel nostro linguaggio, mostra questa funzione comparativa della prova. Il significato elementare del vocabolo attiene al controllo di una affermazione o del risultato di una operazione (si pensi alla prova della operazione aritmetica): prova è tutto ciò che serve al giudice per il controllo delle domande o delle affermazioni delle parti”.

1.2) si diceva dei processi del pensiero; il pensiero è illimitato: possiamo pensare tutto e su tutto: quel che si trova fuori o al di là del pensiero è rigorosamente impensabile.

Esso può produrre modelli di spazio-tempo limitati o infiniti, in espansione o in contrazione. Ci permette di articolare il ricordo e l’avvenire, anche se di rado riflettiamo sulla fragilità logica del tempo futuro.

Possiamo, per breve tempo, trattenere il respiro: non v’è prova che possiamo trattenere il pensiero; così come è impossibile avere la prova – al di fuori di noi stessi – dei nostri pensieri.

Niente e nessuno può penetrare i miei pensieri in modo verificabile. Dire che un altro «legge» nel mio pensiero è solo una figura retorica. Posso nascondere completamente i miei pensieri.

Nessun essere umano può pensare i miei pensieri per me.

Ma, le interposizioni tra pensiero ed atto sono molteplici come la vita.

Nessun pittore, per quanto capace, può trasferire appieno sulla tela la sua visione interna o quel che crede di vedere di fronte a sé. Perfino nella sua forma più rigorosa, la musica incorpora solo parzialmente il complesso di sentimenti, idee, relazioni astratte del suo compositore.

«non ho le parole per dirlo» dice l'amante, l'uomo colpito dal dolore; ma anche il poeta e il filosofo.

L'opera d'arte, per quanto sovrana, il progetto politico o militare, l'edificazione materiale, il codice giuridico scendono a compromessi con l'ideale, con la finzione necessaria dell'assoluto.

Le correlazioni fallite tra il pensiero e la sua realizzazione, tra ciò che abbiamo concepito e le realtà dell'esperienza, sono tali che non potremmo vivere senza speranza.

1.3) ora, queste correlazioni noi le stabiliamo con un procedimento di verifica interno: con le prove, appunto (si pensi alle prove d'amore); documentali, testimoniali, logiche, sociali, ambientali (chi sono, dove sono e perché) che ci dimostrano quel che siamo e la lontananza da quel che abbiamo pensato.

La c.d. Prova giuridica è enormemente influenzata dalla prova logica e matematica, scientifica e dalla prova storica.

1.3.1) la prova matematica

Si intende per prova matematica il risultato di un percorso rigorosamente logico sostenuto per dimostrare la consistenza della tesi assunta nei confronti dell'ipotesi data

Esempio

Ipotesi: a, b, c sono numeri; a è uguale a b, e b è uguale a c

Tesi: dimostrare che a è uguale a c

Prova

Se a è uguale a b allora $a-b$ è uguale a zero. Se b è uguale a c anche $b-c$ è uguale a zero, quindi $a-b$ è uguale a $b-c$ e si scrive $a-b = b-c$. Ma $b-c$ si può anche scrivere $c-b$ visto che sono uguali e che la loro differenza da' sempre zero. A questo punto anche $a-b=c-b$, per cui elidendo dall'equazione $-b$ si ha il risultato: $a=c$.

1.4) Kurt Gödel nel 1931 (aveva solo 25 anni) ha rivoluzionato lo studio della matematica con saggi che, non a caso, si chiamano «la prova di Gödel» che portano a questi sconvolgenti risultati:

Incompletezza delle teorie formali e impossibilità di dimostrare all'interno delle stesse la loro coerenza.

Ciò significa che in ogni teoria formale di un certo tipo specificato, esisterà una proposizione non dimostrabile né refutabile (viene da pensare subito al ricorso per cassazione ex art. 360 n. 5 c.p.c.). È un micidiale attacco al principio di non contraddizione di aristotele.

1.4.1) Gödel (ma v. Anche Kant nella "Critica della ragione pura" e nei "Prolegomeni ad ogni metafisica futura") dimostra come sia possibile costruire/dedurre una proposizione, a partire da un insieme di assiomi di una teoria (aritmetizzabile, o sufficientemente complessa, ad esempio la teoria dei numeri interi di peano), che non è possibile dichiarare né vera né falsa verso gli assiomi stessi. Con un linguaggio più preciso possiamo dire che se la teoria è non contraddittoria, allora non può riconoscere la verità o la falsità di tutte le proposizioni che

possono essere costruite all'interno della teoria stessa (prima parte del teorema di Gödel).

Il teorema dimostra l'incompletezza sintattica dei sistemi assiomatici coerenti (simili a quelli esemplificati nei *principia mathematica* di Bertrand Russell), cioè l'impossibilità di dimostrare alcune proposizioni (che possono essere vere) e le loro contraddittorie dall'interno del sistema. Dimostra inoltre che la coerenza (la non-contraddittorietà) del sistema non è dimostrabile, o formalizzabile applicando il linguaggio del sistema stesso (quello dell'aritmetica e della logica elementare).

Si può dire, quindi, che la verità matematica di una proposizione non può essere ridotta alla verità logica, nel senso che non può essere dimostrata all'interno di un certo sistema formale.

Se tuttavia si va oltre la struttura formale della teoria si può dimostrare che alcune di queste proposizioni sono vere. Per superare questa situazione dobbiamo allargare la nostra teoria assumendo che la proposizione che non si è potuto dichiarare né vera né falsa, ovvero "indecidibile", sia un ulteriore postulato della teoria. In questo modo la teoria originaria avrà dato origine a due nuove teorie, fra loro incompatibili, che possono essere sviluppate autonomamente e portare alla costruzione di altre proposizioni. A un certo punto inevitabilmente ci imatteremo nuovamente, sia nella prima che nella seconda teoria, in una proposizione indecidibile e con la stessa tecnica vista prima arriveremo alla nascita di quattro teorie incompatibili e così via all'infinito. I risultati della matematica non sono quindi più validi in assoluto, ma solamente all'interno di una certa teoria, perché esiste sempre un'altra teoria che afferma cose completamente diverse, come nel caso della geometria euclidea e di quella non-euclidea.

Gödel ha, inoltre, dimostrato anche che la proprietà di una teoria di essere coerente è proprio una di quelle proposizioni "in decidibili" di cui abbiamo parlato (seconda parte del teorema di Gödel).

Le conseguenze di tutto questo sembrano devastanti, non solo per ogni teoria logica, che non si può mai pretendere di essere vera/coerente (vedi ad esempio la pretesa di teorizzare tutta la matematica da parte degli assiomi di Hilbert, oppure la teoria degli insiemi di Zermelo-Frenkel), ma per ogni "verità" scientifica. In realtà, tutto il nostro universo si basa su un cardine fondamentale della fisica attuale delle particelle (quantistica), detto "principio di indeterminazione" (di Heisenberg) che afferma che "non è mai possibile conoscere con esattezza al medesimo istante la posizione e la velocità di una particella (elettrone, fotone, atomo che sia)", ovvero se ne conosci la posizione non puoi sapere quale sia la sua velocità, oppure se ne conosci la velocità non puoi sapere dove sia! Poiché questo è vero (ammesso che questa parola abbia ancora un senso) per ogni particella fisica, ogni corpo/oggetto dell'universo è soggetto al principio di indeterminazione, e sembrerebbe essere tutto aleatorio, se non intervenisse in nostro soccorso, almeno (e per fortuna!) Per gli oggetti macroscopici (vedi ad esempio la luna di Einstein: "...se mi giro a non guardarla, potrebbe non essere là) un effetto che possiamo definire di

compensazione, che tende ad annullare, o quasi, le oscillazioni quantistiche dei miliardi delle particelle componenti l'oggetto. Per cui si può affermare che "grosolanamente" l'oggetto non è soggetto ad indeterminazione (la luna è ferma dov'è). Se applichiamo tutto questo a quanto abbiamo sinora detto, possiamo anche affermare che ogni teoria assiomatica/scientifica/logica/concettuale possa essere "grosolanamente" vera, consistente e completa, e di questo (noi fortunati mortali) dobbiamo e possiamo accontentarci: il mondo va così!

(capitolo del dr. Carlo Piacentini).

1.4.2) la classe dei controfattuali – codificati grammaticalmente dalle proposizioni ipotetiche, al congiuntivo – é incommensurabile. Possiamo negare, trasmutare, «disdire» persino ciò che é più ovvio, più saldamente stabilito.

Da un punto di vista logico, la verità dell'enunciato é indipendente dalla verità delle singole proposizioni che lo compongono (per es. "se Cesare non fosse stato assassinato, oggi roma dominerebbe ancora il mondo").

Per essere un buon matematico non basta la logica, occorre anche immaginazione, intuizione, visione, ovvero tutte le qualità di un artista. Le dimostrazioni matematiche sono, di solito, l'ultimo passaggio di un complesso processo creativo, che ha molto dell'attività artistica. Talvolta la dimostrazione é necessaria per mantenere unita la struttura, un pò come l'acciaio negli edifici, ma altre volte, quando sei veramente riuscito a mettere tutto assieme, la dimostrazione diventa soltanto l'ultimo tocco di vernice alle pareti (Michael F. Atiyah).

Quante affinità con il nostro mestieraccio! (v. Satta, De Marsico, Biamonti, Fornario, ecc.)

1.5) prova scientifica

Si tratta di una procedura di accertamento della validità di teorie, della utilità di metodologie di indagine, della correttezza di risultati ottenuti, mediante un metodo (scientifico) rigoroso di valutazione avente caratteristiche di riproducibilità nello spazio e nel tempo e che presenti significatività ed utilità per lo scopo che la prova stessa intende perseguire.

Perché la prova possa essere definita scientifica il metodo di valutazione deve essere condotto secondo un percorso logico che comprende i seguenti passi:

Osservazione dei dati oggettivi disponibili;

Selezione, condotta da soggetto di provata esperienza, dei soli dati significativi;

Impiego di leggi o teorie scientifiche applicabili al caso in oggetto;

Valutazione finale come sintesi ragionata dei precedenti punti.

(capitolo del prof. Lucio Laurenti).

1.5.1) la ricerca della "verità" attraverso la prova scientifica.

La ricerca della verità attraverso la ricerca della "prova" ha spinto sempre più l'uomo ad affinare e sviluppare, teorie, tecniche, procedure e metodologie scientifiche sempre più rigorose, nell'intento di dimostrare la validità delle tesi sostenute, con la maggior certezza possibile.

La certezza della prova scientifica è misurata dal limite della conoscenza.

La conoscenza che si alimenta della scienza è in continua evoluzione e mai come oggi la scienza pone in discussione se stessa e le teorie che sono stati i cardini dello sviluppo del XX secolo. Ovvero il pensiero scientifico e le sue teorie sono una variabile continua che non ha mai valore assoluto, ma lo sono solo in relazione al sistema di riferimento. Ancora oggi non esiste una teoria scientifica univoca in grado di descrivere l'universo, ed ogni teoria è caratterizzata da un grado di approssimazione.

Pertanto, la logica che governa gli studi scientifici è ispirata da quella che popper definiva "la precarietà delle teorie scientifiche", qualificata dalla rapidissima evoluzione che nel tempo, ogni branca scientifica ed ogni metodologia subiscono costantemente, in contrapposizione con le regole del rito processuale, caratterizzato da una tendenziale stabilità.

In questi anni di grande sviluppo tecnologico stiamo vivendo la più grande rivoluzione scientifica di tutti i tempi.

La rivoluzione di cui stiamo parlando, iniziata negli anni trenta e ormai consolidata da continue verifiche, è conosciuta come la "teoria della meccanica quantistica". Le sue implicazioni nella tecnologia e nel nostro quotidiano sono talmente sconvolgenti da risultare quasi incredibili perfino per gli stessi scienziati che la concepirono.

I fondamenti della meccanica quantistica possono essere (anche se in modo semplicistico) così riassunti:

" non esiste una realtà obbiettiva della materia ma solo una realtà di volta in volta creata dalle asserzioni dell'uomo".

La conclusione che si può trarre da questa teoria è che:

"la realtà è tale solo se è presente l'uomo con le sue osservazioni, con i suoi esperimenti".

1.5.2) a differenza delle precedenti rivoluzioni scientifiche le quali avevano posto l'uomo ai margini dell'universo, la teoria quantistica riporta l'uomo (l'osservatore) al centro della scena. È dal rapporto tra mente e materia che si costruisce la realtà, ovvero molte sono le realtà possibili.

Seppure fortemente avversa al suo apparire (lo stesso einstein per manifestare la sua contrarietà arrivò a dire "dio non gioca a dadi"), la meccanica quantistica è oggi universalmente accettata ed è in grado di spiegare razionalmente molti misteri dell'universo.

Il principio di indeterminazione postulato da Heisenberg che è alla base della meccanica quantistica, ha mutato l'edificio della scienza "tradizionale" basata sulla dualità.

Il presupposto alla base della fisica classica, che osservatore e osservato fossero entità distinte, è definitivamente caduto. In sostanza è stato provato che non è possibile interagire con l'universo senza modificarlo. Questa è la straordinaria novità introdotta dalla fisica quantistica, ovvero la dipendenza della realtà obietti-

va del mondo atomico di cui è costituito tutto l'universo, rispetto alle scelte effettuate da colui che si trova davanti alla apparecchiatura di misura. Se ad esempio lo sperimentatore decide di rilevare la posizione di una particella, questa "cesserà" di esistere nella dimensione velocità, e posizione, e parleremo solo di probabilità di localizzazione (principio di indeterminazione).

1.5.3) I fisici si sono spinti così profondamente nell'analisi della materia e quindi dell'energia, da rendersi conto della verità di ciò che avevano sempre negato: la interdipendenza totale tra oggetto e soggetto.

Esiste pertanto una relazione illimitata tra osservatore e osservato, ovvero la realtà si può modificare nel momento in cui diviene oggetto di indagine.

L'osservazione, lo studio, alterano dunque la natura del reale, ovvero l'universo ci appare tale perché lo osserviamo. Se non la osservassimo la natura dell'intera creazione sarebbe altra.

La meccanica quantistica pone fine al sogno di un'intera civiltà scientifica che si è sempre basata sul fatto indiscusso che osservatore e osservato fossero realtà indipendenti e che fosse possibile studiare una realtà "esterna" senza alterarla.

Le grandi rivoluzioni della scienza sono spesso seguite da sconvolgimenti in campo filosofico e sociale. Certamente si tratta di teorie e ogni teoria è migliorabile o sostituibile. Ora, lentamente ma inesorabilmente, la meccanica quantistica sta entrando nella nostra vita, mettendo in discussione antiche certezze, facendoci considerare che molto spesso le realtà sono più di una e di questo bisogna tenere conto anche nel "metodo scientifico", soprattutto quando viene assunto come prova.

La ricerca scientifica non ha mai fine e non approda mai a verità ultime. Le leggi scientifiche frutto della ricerca descrivono spesso realtà parziali; la massa di un corpo, ad esempio nella meccanica classica è una costante, mentre nella meccanica relativistica è una grandezza che varia con la velocità dell'oggetto.

Le due teorie si contraddicono, anche se di poco, e le loro verità non sono mai state dimostrate con totale certezza, anche se la possibilità di avvicinarsi alla verità è molto alta. Ma anche nella meccanica quantistica dobbiamo parlare di probabilità.

Una delle conseguenze rivoluzionarie della fisica quantistica è la modificazione del principio causa/effetto.

La fisica classica è deterministica: dato a, allora possiamo avere b. Una pallottola sparata contro una finestra manda sempre in frantumi i vetri.

Su scala quantistica ciò è solo "probabilmente vero": la maggior parte dei miliardi di particelle subatomiche che compongono la pallottola si scontrano con le particelle subatomiche del vetro, ma un certo numero va altrove e la traiettoria di ciascuna particella può essere prevista solo facendo appello alle leggi statistiche delle probabilità, e non a quelle di causa/effetto.

1.5.4) Quanto sopra esposto esaspera talvolta alcuni concetti base della teoria classica e di quella quantistica, all'unico scopo di farci riflettere che la "prova scientifica" può avere molti limiti e affinché la probabilità che si avvicini alla real-

tà diventi ragionevolmente alta, deve essere sempre ricercata nel modo più rigoroso possibile attraverso metodologie e protocolli sempre riproducibili.

Il metodo scientifico utilizzato nella ricerca della prova non deve essere mai parziale ma devono sempre essere sviluppati tutti (poiché possono essere più di uno) i possibili protocolli di indagine chimico fisica, e le metodologie tecniche utilizzate devono essere rese pienamente attendibili dal livello del sapere acquisito dalla comunità scientifica, nel tentativo di avere la maggior probabilità possibile di avvicinarsi alla verità.

“La verità è figlia del tempo”, aveva detto Menandro l’ateniese nelle sue sentenze. Ma purtroppo il fattore tempo richiesto dal metodo scientifico per il controllo e la sperimentazione, porta spesso a lavori parziali determinando clamorosi errori che si ripercuotono pesantemente nell’andamento processuale, considerando che la scienza è prova fino a equivalente prova contraria.

(i capitoli nn. 1.5.1, 1.5.2, 1.5.3 e 1.5.4, sono del dr. Davide Collini).

1.5.5) Prova farmaceutica

Possiamo definire come prova farmaceutica tutto l’insieme della documentazione sulla sperimentazione farmacologica che si deve presentare alle autorità sanitarie per convincerle a concedere l’autorizzazione alla registrazione, e quindi alla commercializzazione, di un nuovo farmaco.

La sperimentazione degli effetti farmacologici di un farmaco si sviluppa attraverso diverse fasi finalizzate alla progressiva acquisizione degli elementi di valutazione concernenti l’efficacia e la tollerabilità del farmaco. Si distinguono per lo meno due fasi principali: sperimentazione preclinica e sperimentazione clinica.

Sperimentazione preclinica

Il primo obiettivo della sperimentazione preclinica è quello di verificare che la molecola identificata possieda effettivamente le proprietà terapeutiche che le sono state attribuite sulla base di studi preliminari puramente teorici. A questo scopo vengono utilizzati i cosiddetti modelli sperimentali della malattia. Si tratta di sistemi biologici in cui vengono ricreate sperimentalmente le stesse caratteristiche della patologia: si possono usare colture di cellule fatte crescere in laboratorio, i cosiddetti modelli in vitro, oppure si può ricorrere agli animali da laboratorio - in questo caso si parla di modelli in vivo.

Il secondo obiettivo della preclinica è quello di verificare la potenzialità del nuovo farmaco di indurre effetti tossici negli animali come per esempio provocare mutazioni genetiche, nuocere alla capacità riproduttiva dell’animale, oppure provocare danni ai vari organi esaminati. Queste prove effettuate su animali sono regolate da specifiche norme e linee guida che servono a tutelare sia gli animali utilizzati, sia la riproducibilità ed attendibilità delle prove stesse.

In pratica, la sperimentazione preclinica è il banco di prova del farmaco, superato il quale esso potrà procedere alla sperimentazione sull’uomo.

Sperimentazione clinica

L'obiettivo degli studi clinici è quello di verificare se e in che misura un nuovo farmaco sia efficace. Il più delle volte gli studi clinici confrontano un nuovo approccio terapeutico con lo standard di cura già in uso. Perché la risposta sia soddisfacente dal punto di vista scientifico, si procede a un confronto diretto, condotto in base a regole precise, su un gruppo omogeneo di pazienti, che vengono sottoposti in maniera del tutto casuale ad una o all'altra terapia. Giacché anche la suggestione di coloro che partecipano allo studio (pazienti e medici) rischia di avere un effetto sull'efficacia della cura e sull'interpretazione dei risultati, nella sperimentazione clinica si ricorre, ogni volta che è possibile, agli studi detti "in cieco". Ne esistono di diversi tipi: è "cieco" lo studio in cui i pazienti non sanno se stanno assumendo la sostanza in studio o quella di confronto; è in "doppio cieco" lo studio nel quale non solo i pazienti ma anche i medici che somministrano il farmaco non sanno a quali pazienti è stata somministrata la molecola in sperimentazione.

A tutela dei diritti dei malati che prendono parte alla sperimentazione, la legge impone che ogni studio clinico sia prima approvato da un comitato etico, composto da persone di diversa professionalità (medici, ricercatori, giuristi, filosofi, religiosi, ecc.). Il loro compito consiste nel verificare in via preliminare che le ricerche siano realizzate nel modo migliore e nell'interesse del malato. Nessuna sperimentazione può essere avviata senza il parere favorevole del comitato etico. È comunque opportuno ricordare che l'uso di un nuovo farmaco nell'uomo è preceduto da anni di studi in laboratori di farmacologia e tossicologia.

Gli studi clinici vengono generalmente classificati in tre fasi successive:

Studi di fase I

Sono i primi studi condotti sull'uomo, su un piccolo numero di volontari sani (in genere poche decine). Lo scopo è quello di fornire una valutazione preliminare sulla sicurezza della sostanza e di confermare nell'uomo i dati ottenuti nella fase di ricerca preclinica, ovvero in laboratorio e sull'animale.

Studi di fase II

Sono chiamati anche "studi terapeutici pilota". Il loro scopo è di dimostrare l'attività e di valutare ulteriormente la sicurezza di un farmaco in pazienti affetti da una malattia o da una condizione clinica per la quale il farmaco è proposto. Gli studi vengono condotti su un numero limitato di pazienti (100-200) e spesso, in un momento successivo, anche in modo comparativo con un placebo (sostanza inattiva) o con un altro farmaco. In questa fase si decide anche la dose più efficace e meglio tollerata.

Studi di fase III

Sono condotti su gruppi di pazienti più numerosi al fine di determinare il rapporto sicurezza/efficacia anche per cure prolungate nel tempo. Si indagano quindi le caratteristiche delle più frequenti reazioni avverse e degli effetti collaterali. In questa fase sono coinvolti in genere migliaia di pazienti in diversi paesi.

Sulla base delle “prove farmaceutiche” fornite dagli studi condotti nella pre-clinica e nelle prime tre fasi della clinica, le autorità sanitarie internazionali e nazionali verificano sicurezza ed efficacia del nuovo farmaco e ne autorizzano l'immissione in commercio (registrazione).

L'intero processo dall'inizio della sperimentazione alla registrazione dura generalmente circa 10-12 anni.

(Il capitolo é opera del dr. Fabrizio Samaritani).

1.6) Prova storica

Nel secolo scorso autorevole dottrina affermava che:

“al pari dello storico il giudice ha di fronte a sé il fatto non come una realtà già esistente, ma come qualcosa da ricostruire. Gli strumenti dell'euristica, le accortezze dell'ermeneutica, l'esperienza del modo in cui di solito vanno le cose naturali ed umane e quindi l'attitudine a intuirne secondo verosimiglianza il corso quando ne siano noti solo alcuni elementi, sono armi comuni dello storico e del giudice, in tale processo parallelo delle loro intelligenze” (Calogero).

In realtà, é un confronto fuorviante ove si intenda stabilire che il giudice é un ricercatore di verità al pari dello storico, e ciò per la semplice ragione che la ricerca del giudice avviene nell'ambito di un contesto (v. Dopo, cap. N. 2.3) che é diverso da quello che caratterizza la ricerca dello storico.

Può, quel raffronto, riuscire di qualche utilità se é utilizzato come una via per individuare se, quali e quante delle tecniche di ricerca dell'uno siano utilizzabili dall'altro.

2) La ricerca della verità

Tradizionalmente la funzione della prova é stata ritenuta quella di scoprire la verità, dando origine ad un mito con conseguenze molto profonde.

Nel senso della ricerca della verità si pronunciò tutta la dottrina del XIX secolo e anche buona parte di quella contemporanea: «le prove sono i diversi mezzi attraverso i quali l'intelligenza giunge alla scoperta della verità» (Bonnier) senza pretendere di porre questioni metafisiche (la verità che si raggiunge con l'intelligenza), fisiche (la verità che colpisce i sensi), o storiche (la verità che altri ci narcano), possiamo dire che oggi é opinione comune che quell'aspirazione fosse troppo ambiziosa.

2.1) Però, anche attualmente si contrappone uno schema di processo teso alla ricerca della verità materiale e un altro che si accontenta di una verità convenzionale; e si aggiunge che il primo modello é tipico di un'ideologia del processo per la quale lo stato assume su di sé il compito di rendere giustizia sostanziale, mentre il secondo é uno schema cui fa ricorso lo stato che, tramite il processo, mira ad assicurare la pace sociale.

Rientrano nel primo modello i processi sovietici, tedeschi (Hitler), italiani dell'epoca fascista, e molto alla lontana, ed inteso *cum grano salis*, il processo del lavoro del 1973.

2.2) Quanto al secondo modello di processo, lo stesso risponde alle concezioni prevalenti nel mondo occidentale: ciò non vuol dire che non esista l'aspirazione a processi «giusti» prospettandosi un ampio ventaglio di soluzioni che danno vita a diversi modelli di processi caratterizzati dalla diversa maniera di disciplinare le modalità di accertamento dei fatti.

Proprio dalla matematica (il c.d. teorema di Bayes, sul calcolo matematico al fine del giudizio di probabilità) é venuto l'ammonimento di chi ha ricordato come il processo deve essere comprensibile alla collettività per la quale deve servire.

2.3) La necessità di rinunciare alla ricerca della verità emerge dalla semplice considerazione di alcune circostanze che sono connaturate con il processo civile (ricordate la diversità dell'indagine tra lo storico e il giudice? Accennata al precedente cap. N. 1.6).

(deduzione)



A) i fatti non affermati almeno da una delle parti non esistono per il giudice, il quale non può andare alla ricerca degli stessi;
(principio di non contestazione)



B) i fatti affermati da entrambe le parti o affermati da una e ammessi dall'altra esistono per il giudice, il quale non può disconoscerli nella sentenza;
C) rispetto i fatti controversi occorre ricordare che l'attività probatoria non é investigativa, ma semplicemente di verifica; ne consegue che:

2.3.1) In senso stretto, investigazione significa andare alla ricerca o alla scoperta di alcuni fatti sconosciuti ed é evidente che questo non é il presupposto del processo civile; in esso le parti hanno la facoltà esclusiva di affermare alcuni fatti e il giudice si limita a verificare l'esattezza di queste affermazioni, solo nel caso in cui esse siano state negate o contraddette. Soltanto rispetto ai fatti controversi occorre produrre la verifica o riprova.

2.3.2) Gli elementi oggetto di verifica non sono stabiliti discrezionalmente dal giudice, ma sono indicati dalle parti (che hanno il diritto di scegliere il mezzo di prova). In altri ordinamenti giuridici, quelli basati su una concezione autoritaria del giudice, quest'ultimo può decidere senza istanza di parte l'adozione dei mezzi di prova.

Il giudice può non ammettere un mezzo di prova proposto dalle parti, ma non può ammettere un mezzo di prova da esse non richiesto (v. Però, artt. 421, 117, 118, 210, 257, II c., c.p.c.).

2.3.3) L'attività di verifica si deve realizzare in conformità con il procedimento previsto dalla legge, e non in altra forma.

2.3.4) Nella verifica non si può utilizzare tutto, ossia non si possono sacrificare diritti che si considerano superiori alla stessa verità, come appare chiaro nella illiceità della prova, che non consente di utilizzare alcune conoscenze al fine di considerare provati determinati fatti.

2.3.5) Regole legali di valutazione della prova.

3) Convincere il giudice

Cosa ben distinta é il convincimento psicologico del giudice (e qui l'avvocato deve essere magnetico, far trasparire quanto crede nelle ragioni del suo assistito), per il quale la prova é l'insieme di operazioni che servono a formare il suo convincimento su elementi processuali determinati. Abbandonata la pretesa di ottenere la verità, ossia la realtà oggettiva dei fatti, emerge la funzione di raggiungere un'altra realtà, anche se soggettiva: il convincimento del giudice.

3.1) Vi sono molti sistemi legali di raccolta delle prove. Analizzando decenni della nostra scienza processual civilistica possiamo rilevare – senza tema di smentita – il fallimento del principio di immediatezza e l'allontanamento del giudice civile dalla c.d. prova-orale rappresentativa (Chiovenda, l'oralità e la prova, "riv. Dir. Proc.", 1924).

Affermare che il giudice del fatto é in grado di apprezzare convenientemente l'attendibilità delle prove orali soltanto quando le assume di persona «dal vivo», perché così può valorizzare elementi «metatestuali» come il tono della voce, l'espressione, la mimica dei dichiaranti, etc., é sicuramente un luogo comune della letteratura processualistica di ogni tempo, dal famoso rescritto dell'imperatore adriano al passo di mario pagano. («nella viva voce parla eziandio il volto, gli occhi, il colore, il movimento, il tuono della voce, il modo di dire, e tant'altre picciole circostanze, le quali modificano e sviluppano il senso delle generali parole [...]).

Guardate come le idee influenzano il legislatore; un riflesso del mito di Chiovenda, "il nostro maestro" (come lo definiva Calamandrei per impedire a Carnelutti di impadronirsi del diritto proc. Civ. più di quanto fece) vi é nell'art. 207, III c., c.p.c. del codice "Grandi" del 1940. Norma quasi mai applicata.

3.2) Sta in contrario che tutti i più autorevoli studi di psicologia della testimonianza, almeno da quello di Cesare Musatti fino ai nostri giorni, insegnano che per il giudice le probabilità di ricavare seri giudizi di sincerità o di mendacio da queste impressioni immediate sono esattamente uguali a quelle che potrebbero darsi con il lancio di una moneta (Cavallone).

Questo perché – come insegna George Steiner – nessuna vicinanza, che sia biologica, emotiva, sessuale, ideologica, o che sia quella di tutta una vita condivisa, di una coesistenza domestica o professionale, può permetterci di decifrare senza alcuna incertezza i pensieri di un altro.

Lo stesso risultato si ottiene con il ricorso alle "droghe della verità" nelle varie oscenità degli interrogatori. Abbracciamo l'essere amato, teniamo tra le braccia il bambino adorato, l'amico più caro ci stringe la mano. Tuttavia, non abbiamo alcuna prova dei pensieri suscitati, registrati internamente in quel momento. Nell'unione erotica, la corrente del pensiero, di ciò che é intensamente immaginato, scorre molto spesso altrove. Internamente, facciamo l'amore con un altro. Dietro il sorriso adorante del bambino, dell'amico intimo, può esserci la verità della noia, dell'indifferenza o perfino della repulsione. L'abilità di mentire, di nascondere e di mettere in atto finzioni é organica alla nostra umanità. Le arti, il comportamento sociale, lo stesso linguaggio sarebbero impossibili senza di essa.

3.3) Ma, allora perché insistere con le prove testimoniali? Qui c'è il paradosso. Il nucleo inaccessibile della nostra singolarità, il più intimo, privato, impenetrabile dei nostri possedimenti è anche un luogo comune moltiplicato per miliardi. Benché espressi, detti o non detti, in forme lessicali, grammaticali e semantiche diverse, i nostri pensieri sono, in misura schiacciante, un universale umano, una proprietà comune. Sono stati pensati, sono pensati, saranno pensati milioni e milioni di volte da altri.

Inaccessibilità, dunque, e comunanza; finzione e identità di pensiero.

Impenetrabilità e reiterazione del nostro linguaggio, della nostra cultura, tempo ed ambiente. La prova, poi, verte non sul pensiero inteso come concepimento, ma sul pensiero tradotto in azione, che si è realizzato “materialmente” (un'opera, una organizzazione, un fatto).

È comune, appartiene all'universale l'ideazione (pur così particolare) che ramifica in qualcosa di percepibile, di comprensibile, e quindi di riferibile.

3.4) Forse se ne sta rendendo conto perfino il nostro legislatore che – con l'art. 22 d. Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 – ha introdotto l'art. 816 ter c.p.c. per l'istruttoria probatoria nel procedimento arbitrale (o forse no?):

“gli arbitri possono assumere direttamente presso di sé la testimonianza, ovvero deliberare di assumere la deposizione del testimone, ove questi vi consenta, nella sua abitazione o nel suo ufficio: possono altresì deliberare di assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono” (finora tutta la compatta giurisprudenza ha ritenuto le dichiarazioni dei terzi meri argomenti di prova).

Per la tesi dell'incostituzionalità di tale norma, v. Rubino – Sammartano, “il diritto dell'arbitr.”, Padova, 2006, 766).

L'umile abbandono della verità porta a definire la prova come l'attività processuale che tende a raggiungere la certezza del giudice rispetto agli elementi adottati dalle parti, certezza che, in alcuni casi, deriverà dal convincimento psicologico dello stesso giudice e, in altri, delle norme legali che fisseranno i fatti.

Il giudice non può decidere «in coscienza», giacché la necessità di motivare la sentenza deve portarlo a spiegare in modo ragionato come sia giunto a formare il proprio convincimento partendo dai mezzi di prova assunti.

Tutto ciò senza mai dimenticare l'art. 2697 cod. Civ. che ha la funzione di impedire sentenze di non liquet, e costituisce una scelta di civiltà giuridica giacché si proibisce al giudice di dare per esistenti fatti di cui non gli sia stata offerta prova piena e convincente.

IL DOCUMENTO INFORMATICO, IL TELEFAX

Avv. Maria Cecilia Barbaria

1) Disciplina a formazione progressiva

L'Italia è stata il primo Paese in Europa a dotarsi di una disciplina in materia di documento informatico e firma digitale, con l'adozione dei primi provvedimenti normativi in merito alla attività della pubblica amministrazione (v. Art. 15, II c., L. N. 59/1997, nonché il successivo regolamento contenuto nel D.P.R. n. 513/1997, il regolamento tecnico 8 febbraio 1999).

Il D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 ha abrogato il D.P.R. 20.11.1997, n. 513 ed è stato successivamente modificato con il d.lgs. 23.01.2002, n. 10 che ha recepito la direttiva comunitaria 1999/93/CE e con il d.p.r. 7.4.2003 n. 137.

Alla direttiva comunitaria appena citata (nata dall'esigenza di garantire la sicurezza e l'affidabilità sia dei rapporti commerciali sia delle comunicazioni elettroniche, che possono essere raggiunte solo infondendo fiducia nelle firme elettroniche e nei servizi ad esse connessi che consentono l'autenticazione dei dati) ha fatto seguito la direttiva 2000/31/CE "sul commercio elettronico".

1.1) Il Codice dell'amministrazione digitale approvato con D.Lgs. 07.03.2005, n. 82, in vigore dal 1° gennaio 2006 e successivamente modificato con d. Lgs. 04.04.2006, n. 159 in vigore dal 14.05.2006, ha dettato norme di riordino in materia, in particolar modo con riferimento al regime di validità ed efficacia sostanziale del documento informatico ed alla sua efficacia probatoria.

L'art. 2 del Codice dell'amministrazione digitale stabilisce che *"le disposizioni di cui al capo II concernenti i documenti informatici, le firme elettroniche, i pagamenti informatici, i libri e le scritture, le disposizioni di cui al capo III, relative alla formazione, gestione, alla conservazione, nonché le disposizioni di cui al capo IV relative alla trasmissione dei documenti informatici si applicano anche ai privati ai sensi dell'art. 3 del decreto del Presidente della Repubblica 28.12.2000, n. 445"*.

2) Definizione del documento informatico

Il Codice dell'amministrazione digitale definisce il documento informatico come: *"la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti"* (v. Art. 1, lettera p, d.lgs. N. 82/2005 cit.).

Il termine "documento" rimanda etimologicamente ad un contenuto informativo, conoscitivo, da trasmettere ad altri: "docere", attuare la rappresentazione di un fatto, che a sua volta presuppone una tecnica di manifestazione e quindi di comunicazione.

È quindi d'obbligo ricordare la definizione carneluttiana di documento quale opera dell'ingegno umano tendente a conservare e fornire ad altri la conoscenza.

Il termine "informatica", invece, indica una tecnica che consente il trattamento automatico di qualunque informazione o dato grazie all'espedito di espri-

mere quelle informazioni attraverso i valori di un linguaggio simbolico estremamente elementare, caratterizzato dal ricorso all'alternativa fra due simboli organizzati in sequenze variamente composte (positivo e negativo, zero e uno, luce e buio, sì e no, etc.), tecnica di espressione detta linguaggio binario, le cui unità elementari sono dette *bit* (crasi per *binary digit*, unità binaria). I sistemi informatici permettono, tramite i relativi programmi (*software*), l'elaborazione automatica dei nessi tra le informazioni espresse tramite il sistema binario, utilizzando un apparato materiale (*hardware*).

La peculiarità del documento informatico non sta solo nelle caratteristiche del supporto materiale, ma nella natura dei segni che il supporto materiale reca su di sé.

Documento informatico può essere definito quindi non solo un testo, ma anche un suono, o più suoni, una o più immagini o tutti questi elementi insieme (per alcuni *documento informatico multimediale*), come pure una serie di dati intelligibili soltanto attraverso l'elaboratore.

2.1) Introduzione alla disciplina del documento informatico

Il sistema tradizionale di imputazione delle dichiarazioni documentate è costituito dalla sottoscrizione, cioè dalla apposizione di proprio pugno (autografa) sul documento ed in calce alla dichiarazione documentata, del nome anagrafico completo del suo autore.

La scienza, come abbiamo visto, ha portato a smaterializzare la scrittura e a togliere sostanza al segno grafico, così che vi sono molti altri modi per cogliere l'espressione del pensiero e per conservarla.

La volontà, infatti, trova il veicolo, per esprimersi, nella forma, che può essere verbale, scritta, digitale, elettronica. In quanto "fatto espressivo", la forma è libera; però è oggetto di limitazioni quando un determinato tipo di forma è richiesto dalla legge, o per volontà delle parti, a pena di nullità dell'atto.

Il codice dell'amministrazione digitale ha cura di disciplinare la validità ed efficacia del documento informatico, facendo sempre riferimento alla disciplina della tradizionale forma scritta, per equipararne o meno gli effetti in dipendenza del tipo di firma elettronica ad esso apposta (questa impostazione è stata già criticata, ritenendosi da alcuni autori che la materia richiedesse un inquadramento a parte, in sé e per sé considerato).

2.2) Le firme elettroniche

Esaminiamo, quindi, preliminarmente, quali tipi di firma elettronica possono essere apposti al documento informatico.

L'art. 1 del Codice dell'amministrazione digitale, così definisce al punto q) la firma elettronica: "*l'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica*".

Spetta all'interprete di individuare quali siano nella realtà le firme elettroniche c.d. semplici o deboli. Ad esempio potrebbero essere ritenute tali, come vedremo, l'uso di una parola chiave, o di un nome utente per la formazione di un documento.

Il medesimo articolo 1, alla lettera r) stabilisce che la firma elettronica qualificata è *“la firma elettronica ottenuta attraverso una procedura informatica che garantisce la connessione univoca al firmatario, creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo e collegata ai dati ai quali si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi sono stati successivamente modificati, che sia basata su un certificato qualificato e realizzato mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma”*.

L'unico tipo di firma elettronica qualificata attualmente espressamente disciplinato dall'ordinamento è la firma digitale.

La lettera s) dell'art. 1 definisce la firma digitale come *“un particolare tipo di firma elettronica qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici”*.

L'art. 24, poi, indica i requisiti della firma digitale, precisando: *“la firma digitale deve riferirsi in maniera univoca ad un solo soggetto ed al documento o all'insieme di documenti cui è apposta o associata.*

L'apposizione di firma digitale integra e sostituisce l'apposizione di sigilli, punzoni, timbri, contrassegni e marchi di qualsiasi genere e ad ogni fine previsto dalla normativa vigente.

Per la generazione della firma digitale deve adoperarsi un certificato qualificato che, al momento della sottoscrizione, non risulti scaduto di validità ovvero non risulti revocato o sospeso.

Attraverso il certificato qualificato si devono rilevare, secondo le regole tecniche stabilite ai sensi dell'art. 71, la validità del certificato stesso, nonché gli elementi identificativi del titolare e del certificatore e gli eventuali limiti d'uso.”

L'art. 25 del Codice disciplina la firma autenticata: *“ si ha per riconosciuta, ai sensi dell'art. 2703 del codice civile, la firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato.*

L'autenticazione della firma digitale o di altro tipo di firma elettronica qualificata consiste nell'attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma è stata apposta in sua presenza dal titolare, previo accertamento della sua identità personale, della validità del certificato elettronico utilizzato e del fatto che il documento sottoscritto non è in contrasto con l'ordinamento giuridico.

L'apposizione di firma digitale o di altro tipo di firma elettronica qualificata da parte del pubblico ufficiale ha l'efficacia di cui all'art. 24, comma 2. (...)”

2.3) Vale la pena di menzionare anche la circostanza che la legge prevede anche un meccanismo per la validazione temporale del documento, per far sì che la data e l'ora di formazione del documento siano certi ed opponibili ai terzi.

2.4) La legge disciplina il documento informatico sotto il profilo della validità e rilevanza giuridica da un lato, e sotto il profilo dell'efficacia probatoria dall'altro, sempre facendo riferimento alla presenza o meno della firma ed al tipo di firma apposta.

2.4.1) Rilevanza giuridica del documento informatico

L'art. 20 del Codice dell'amministrazione digitale stabilisce, al comma 1, che *“il documento informatico da chiunque formato, la registrazione su supporto informatico e la trasmissione con strumenti telematici conformi alle regole tecniche di cui all'art. 71 sono validi e rilevanti agli effetti di legge, ai sensi delle disposizioni del presente codice.”*

A) La legge stabilisce che il documento informatico con firma digitale o firma elettronica qualificata, soddisfa “comunque” il requisito della forma scritta, senza che sia necessaria la valutazione del Giudice.

Infatti, il secondo comma dello stesso articolo 20 dispone che: *“il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche stabilite ai sensi dell'art. 71, che garantiscono l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, si presume riconducibile al titolare del dispositivo di firma ai sensi dell'art. 21, comma 2, e soddisfa comunque il requisito della forma scritta, anche nei casi previsti, sotto pena di nullità, dall'art. 1350, primo comma, numeri da 1 a 12 del codice civile”.*

Per quanto riguarda la presunzione di riconducibilità al titolare del dispositivo di firma, si rinvia, come fa la norma, a quanto si dirà in seguito in ordine alla efficacia probatoria prevista dall'art. 21.

Per quanto riguarda l'esclusione del n. 13) dell'art. 1350 c.c., c'è da chiedersi se tra *“gli altri atti indicati dalla legge”*, rimangano esclusi tutti i casi espressamente disciplinati dal codice civile, quali, ad esempio, il patto di prova ex art. 2096 c.c., la vendita di eredità ex art. 1543 c.c., la cessione dei beni ai creditori, ex art. 1978 c.c. Etc., ovvero se essi siano compresi nella disposizione in questione, atteso il suo disposto: *“soddisfa comunque il requisito della forma scritta, anche ...”*. In tale ultima ipotesi rimane problematico il motivo dell'esplicita indicazione dei numeri da 1) a 12) del 1350 c.c. Il termine “comunque” può ritenersi, invece, riferito al comma 1, per escludere che sia necessaria l'indagine lì indicata, da parte del giudice.

La disposizione in esame va, quindi, correlata con tutti quei casi in cui è richiesta la forma *ad substantiam*, e cioè sinteticamente e per categorie, quando la forma è richiesta a pena di nullità: 1) per la favorevole combinazione di 3 variabili, ossia natura del diritto, contratto ad effetti reali, oggetto beni immobili; 2) per la

natura del vincolo (es. Negozi astratti che prescindono dalla causa che si ritiene sostituita, appunto, dalla forma, negozi familiari, vincolo societario), o per la gravità dell'impegno (locazioni e donazioni); 3) per la funzione del negozio (contratti prodromici, preliminare, mandato, opzione, patto di preferenza e negozi di secondo grado, riesame, revisione, conferma).

B) Secondo il comma 1 bis, dello stesso art. 20: *“l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità, fermo restando quanto disposto dal comma 2”*.

Quando l'oggetto di un giudizio sia, quindi, ad esempio, la validità di un contratto per il quale è prevista la forma scritta *ad substantiam*, ed occorra stabilire se un documento informatico privo di firma, o firmato con firma elettronica semplice, sia idoneo a soddisfare il requisito della forma scritta, l'oggetto dell'indagine sarà un requisito oggettivo, cioè un certo grado di sicurezza, integrità ed immodificabilità del documento, la riconoscibilità delle alterazioni, e ciò analogamente a quanto avviene per il tradizionale documento sottoscritto, che consente di riconoscere cancellature, abrasioni, annotazioni, glosse, etc. Anche per il documento informatico, il legislatore ha voluto raggiungere il fine di cristallizzare nel tempo determinati atti o fatti.

Pertanto, nel suo sindacato il Giudice dovrà tener conto delle regole stabilite dall'art. 71, che rinvia a decreti del P.d.C.M.

Il documento informatico, quindi, soddisfa il requisito legale della forma scritta se il contenuto non è alterabile o se le alterazioni sono riconoscibili.

3) Efficacia probatoria del documento informatico

Come noto a tutti, la forma può essere imposta dalla legge per la validità dell'atto o per la prova di esso. In questo secondo caso ci si riferisce alla forma della prova e non alla forma dell'atto. Dunque quando diciamo che la transazione deve essere provata per iscritto, vogliamo dire che la prova della transazione si può dare fornendo dichiarazioni scritte dei contraenti.

Pertanto, anche se la prova di un atto viene data per iscritto tramite, ad esempio, la confessione, la quietanza, il riconoscimento, l'atto informale rimane tale.

Laddove, comunque, la forma sia richiesta per la validità dell'atto, la stessa è richiesta anche per la prova.

3.1) l'art. 23 del Codice, “copie di atti e documenti informatici”, al I comma stabilisce: *“all'art. 2712 del codice civile dopo le parole “riproduzioni fotografiche” è inserita la seguente “informatiche”*.

Dunque, nell'ipotesi di documento in forma informatica per così dire “puro e semplice”, si prescinde da qualsivoglia tecnica di sottoscrizione: esso rileva in quanto tale, nella sua oggettività (nel senso di mera rappresentazione di un fatto, di un atto, di un dato), e quindi “fa piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale è prodotto non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime”.

Non mi soffermo su questo punto già esaminato dal collega Silvestri, limitandomi a richiamare la sentenza della Cassazione n. 11445/2001 ed a sottolineare che, in virtù della disposizione sopra richiamata, il documento informatico privo di sottoscrizione può acquistare valore probatorio solo se nel giudizio si è instaurato il contraddittorio e, quindi, non è ritenuto utilizzabile nei procedimenti a contraddittorio c.d. Differito, quale il procedimento monitorio.

3.2) Il comma 1 dell'art. 21 “valore probatorio del documento informatico sottoscritto” stabilisce: *“Il documento informatico, cui è apposta una firma elettronica, sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità”*.

Poiché esistono molte tipologie di firma elettronica semplice, gli utilizzatori di questo tipo di firme non potranno conoscerne con certezza preventivamente gli effetti sotto il profilo probatorio.

Il documento informatico in questione, comunque, anche nel giudizio ordinario, deve essere preliminarmente valutato dal giudice: nell'ambito di detta valutazione la parte contro la quale il documento è prodotto può assumere che esso sia stato formato abusivamente o è stato alterato, allegando e provando l'abuso. Il tutto nell'ambito di un normale incidente probatorio che ha per oggetto l'utilizzabilità della prova, non ritenendosi necessario l'espreso disconoscimento disciplinato dall'art. 214 c.p.c.

È stato correttamente osservato che questa è una prova documentale di nuovo genere.

3.3) Il comma 2 del medesimo art. 21 stabilisce: *“il documento informatico, sottoscritto con firma digitale o con altro tipo di firma elettronica qualificata, ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 del codice civile. L'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria.”*

Si è verificata, quindi, la espressa equiparazione del documento sottoscritto con firma digitale o firma elettronica qualificata, alla scrittura privata.

Occorre, però, rilevare che, in realtà, con riferimento all'eventuale giudizio di verifica, instauratosi a seguito del disconoscimento, il comma 2 dell'art. 21 detta un'inversione dell'onere della prova.

Infatti, mentre colui contro il quale è esibita in giudizio una falsa scrittura cartacea può limitarsi a disconoscere la propria firma generando in capo alla controparte che intenda avvalersene l'onere di promuovere lo speciale procedimento di verifica, colui contro il quale venga esibito in giudizio un falso documento informatico sottoscritto con firma digitale, oltre a disconoscere la propria firma, deve anche fornire le prove della sua falsità, con un'inversione dell'onere della prova.

Tale impostazione è stata criticata, perché ingiustificata, sia dalla dottrina, sia dal Consiglio di Stato nel parere 7 febbraio 2005.

Contestazioni e disconoscimento, casistica delle possibili contraffazioni

I primi commentatori della normativa vigente ritengono quasi all'unanimità che sia possibile il disconoscimento ai sensi dell'art. 214 c.p.c. del documento informatico sottoscritto con firma digitale o con firma elettronica qualificata.

La questione investe, però, il punto se oggetto del disconoscimento sia non solo la firma o la scrittura in concreto, ma l'effettivo utilizzo del dispositivo di firma da parte del titolare.

I casi che possono verificarsi, dunque, sono stati sino ad oggi identificati, a titolo meramente esemplificativo, nei seguenti.

1. Patologia della titolarità

Certificazione della chiave pubblica compiuta indicando un nome altrui o un nome immaginario: la legge attribuisce al certificatore, se non prova di aver agito senza colpa o dolo, la responsabilità del danno cagionato a chi abbia fatto ragionevole affidamento sull'esattezza e sulla completezza delle informazioni necessarie alla verifica della firma in esso contenute alla data del rilascio e sulla completezza rispetto ai requisiti fissati per i certificati qualificati, sulla garanzia che al momento del rilascio del certificato il firmatario detenesse i dati per la creazione della firma corrispondenti ai dati per la verifica della firma riportati o identificati nel certificato.

2. Patologia della circolazione

Compromessa l'esclusività del controllo sull'impiego di chiavi di firma validamente attribuite. Installazione di software destinati ad attivarsi in occasione dell'impiego del dispositivo personale per l'utilizzo della firma digitale. In questo caso è necessaria l'ispezione del computer tramite il quale il titolare ha apposto almeno una firma vera.

3. Vulnerabilità della crittanalisi

Anche se allo stato delle tecniche per decifrare un documento criptato non può procedersi per tentativi, non può escludersi che detti tentativi possano portare alla forzatura del sistema, come pure non può escludersi che nel tempo possa inventarsi un sistema per forzare una coppia di chiavi asimmetriche. Proprio per questo è stabilito che la coppia di chiavi ha validità limitata non superiore a tre anni.

4. sottrazione del dispositivo di firma e della parola chiave

Obblighi del titolare: è tenuto ad assicurare la custodia del dispositivo di firma e ad adottare tutte le misure organizzative e tecniche idonee ad evitar danno ad altri; è altresì tenuto ad utilizzare personalmente il dispositivo di firma. Nel caso di sottrazione, quindi, è necessario richiedere la sospensione o la revoca del certificato.

L'apposizione ad un documento informatico di una firma digitale o di un altro tipo di firma elettronica qualificata basata su un certificato elettronico revocato, scaduto o sospeso equivale a mancata sottoscrizione. La revoca o la sospensione, comunque motivate, hanno effetto dal momento della pubblicazione, salvo che il revocante o chi richiede la sospensione, non dimostri che essa era già a conoscenza di tutte le parti interessate.

5. Sulla contraffazione: ove non fosse possibile far trasparire, tramite i più sofisticati sistemi informatici, un vizio del corretto funzionamento dell'applicazione delle due chiavi, ne conseguirebbe che il documento informatico sarebbe frutto di un falso irricognoscibile e, dunque, imputabile all'apparente sottoscrittore così come avviene per la firma falsificata dal più abile dei contraffattori, che esce indenne dalla procedura di comparazione.
6. Sull'abuso: buona fede, principio della tutela dell'affidamento incolpevole del destinatario del documento informatico e colpa del soggetto cui viene opposta l'apparenza sono i criteri guida anche nell'ambito dei documenti informatici sottoscritti con firma digitale sotto nome altrui.

Come rilevato in precedenza, e come affermato dal Consiglio di Stato nel parere espresso il 7 febbraio 2005: “ *il meccanismo introdotto della presunzione della riconducibilità dell'utilizzo del dispositivo della firma al titolare, salvo che sia data prova contraria, indebolisce la suddetta equiparazione (del documento sottoscritto con firma digitale alla scrittura privata n.d.r.) E genera il dubbio che la fiducia nell'atto informatico, che in questi anni è andata diffondendosi, possa notevolmente ridursi. Sarebbe almeno opportuno individuare il tipo di prova che consente il disconoscimento secondo un criterio di responsabilità nella conservazione e nell'utilizzo della chiave privata.*” Ed inoltre, sembrano rilevanti le seguenti osservazioni: “*Da un lato sembra giusto superare i vecchi concetti di falso, strettamente legati al principio di paternità della firma e non a quello di responsabilità per la firma; dall'altro occorre fare assoluta chiarezza sulle ipotesi in cui è consentito dimostrare l'assenza di responsabilità (per esempio, errore, violenza, dolo, abuso del mandato, contrarietà a patti interni, abusivo riempimento da parte di colui che aveva la legittimazione). Basti osservare che la dottrina più accreditata, richiamando i principi di autoresponsabilità, affidamento, apparenza, rappresentanza, certezza dei rapporti, ha limitato alle sole ipotesi di violenza e di dolo la possibilità di fare valere i vizi della volontà, escludendo per esempio l'errore, così come la violazione di patti interni, salva l'ipotesi della conoscenza o riconoscibilità da parte del terzo contraente*”

Documento informatico, fax e telex e trasmissione a distanza

La maggior parte della dottrina ritiene erroneo annoverare il fax ed il telex tra i documenti nuovi, trattandosi, invece, di strumenti di trasmissione a distanza di

documenti formati altrove, fattispecie peraltro non ignota al nostro codice che già negli anni quaranta disciplinava il telegramma.

Il fenomeno del documento informatico presenta, peraltro, un connotato del tutto differente rispetto al detto meccanismo di trasmissione a distanza a mezzo fax, quasi in tempo reale, di un documento che preesiste alla trasmissione stessa, attraverso i nuovi apparati elettronici, per cui ciò che perviene è una copia di quel documento.

Diversamente, infatti, accade per il documento informatico: la trasmissione, lo scambio dei documenti informatici avviene da un apparato all'altro, in modo tale che il documento viene creato e direttamente incorporato dalla memoria fissa di un elaboratore elettronico attraverso la scomposizione e la successiva ricomposizione degli impulsi elettronici che lo formano, ma sempre in originale, quindi non attraverso un meccanismo analogico, ma digitale.

Nel caso del telefax, quindi, il documento originale che viene trasmesso rimane sempre nel possesso di chi ha effettuato la trasmissione, pertanto sotto questo profilo le questioni investono la conformità del fac-simile all'originale.

Il documento teletrasmesso può anche essere sottoscritto. Si tratta, qui di sottoscrizione autografa, a differenza del documento informatico nel quale la funzione della firma viene, come visto, assolta da un meccanismo che nulla ha a che vedere con la sottoscrizione manuale.

Secondo Verde, la disciplina del telegramma e del fax *“non riguarda una prova documentale diversa, ma regola in modo specifico un caso particolare di efficacia probatoria di copia di atti e documenti”* da ricondursi nell'alveo dell'art. 2719 c.c. e non, come altra parte della dottrina ritiene, in quello dell'art. 2712 c.c.

In particolare si ritiene che se il destinatario intende utilizzare come prova la copia ricevuta, l'assenza della contestazione da parte del mittente farà assumere alla copia il valore di prova legale.

La contestazione da parte del mittente, però, viene parificata al disconoscimento di scrittura privata, sul presupposto che la copia ripete la propria efficacia probatoria dall'originale.

La posta elettronica certificata

Strettamente connesso con quest'ultimo tema della trasmissione a distanza di atti o documenti, è il tema della posta elettronica.

L'e-mail può consistere in un documento informatico contenente esso stesso una dichiarazione, come tale sottoposta al regime del documento informatico; ma la posta elettronica è anche un mezzo di trasmissione e notificazione di atti o documenti informatici.

L'art. 45 del Codice stabilisce al comma 2, che *“il documento informatico trasmesso per via telematica si intende spedito dal mittente se inviato al proprio gestore, e si intende consegnato al destinatario se reso disponibile all'indirizzo elettronico da questi dichiarato, nella casella di posta elettronica del destinatario messa a disposizione dal gestore”*.

L'art. 48, inoltre, disciplina la posta elettronica certificata: *“La trasmissione telematica di comunicazioni che necessitano di una ricevuta di invio e di una ricevuta di consegna avviene mediante la posta elettronica certificata ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 11.02.2005, n. 68.*

La trasmissione del documento informatico per via telematica, effettuata mediante la posta elettronica certificata, equivale, nei casi consentiti dalla legge, alla notificazione per mezzo della posta.

La data e l'ora di trasmissione del documento informatico trasmesso mediante posta elettronica certificata sono opponibili ai terzi se conformi alle disposizioni di cui al D.P.R. 11.2.2005, n. 68 ed alle relative regole tecniche”. Come è noto, nell'ambito del diritto processuale civile la L. N. 183/1993 prevede la possibilità per l'avvocato di trasmettere attraverso mezzi di telecomunicazione la copia di un atto del processo ad un altro avvocato.

La legge 21.01.1994, n. 53 consente la possibilità di notificare gli atti civili, amministrativi e stragiudiziale ad opera degli avvocati stessi.

Il D. Lgs. 5/2003 che ha introdotto il processo societario ha disposto che la posta elettronica ed il fax siano mezzi idonei per la notificazione o la comunicazione degli atti.

Analogamente, l'art. 170 c.p.c. è stato riformato per i processi iniziati dopo il 1 marzo 2006, per effetto della L. 28 dicembre 2005, n. 263, con la previsione che *“il giudice può autorizzare per singoli atti, in qualunque stato e grado del giudizio, che lo scambio o la comunicazione di cui al presente comma possano avvenire anche a mezzo telefax o posta elettronica (...)”.* Analoghe disposizioni sono state introdotte nel codice di procedura civile con riferimento alla notificazioni e comunicazioni delle ordinanze e degli atti del procedimento.

In tutti i casi è previsto il rispetto della *“normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e teletrasmessi”.*

L'ARTICOLO 2712 C.C. E CONTESTAZIONE DELLA PARTE LA RIVOLUZIONARIA C.T.U. PREVENTIVA EX ART. 696 BIS C.P.C.

Francesco Silvestri

Ringrazio anzitutto gli organizzatori, ed in particolare Carlo Silveti, della fiducia, spero ben riposta.

Nel tema oggetto dell'incontro, "*prove nuove e prove vecchie*", gli argomenti affidatimi presentano indubbiamente motivi riflessione, essendo caratterizzati entrambi, se pur sotto profili diversi, dall'attributo della "*innovatività*": difatti, ed in particolare, mentre l'art. 2712 c.c. relativo alle "*riproduzioni meccaniche*" da acquisire in giudizio rappresenta una norma, per così dire, "*vecchia*", ma incontestabilmente sottoposta alla "*novità*" dei repentini ed incessanti mutamenti tecnologici, l'art. 696 bis c.p.c. rappresenta non solo una norma formalmente "*nuova*" (invero introdotta dal c.d. "*decreto sulla competitività*" convertito nella l. N. 80/2005), ma importa nel nostro ordinamento un concetto indubbiamente "*innovativo*" di perizia, se pur - come spesso avviene e come vedremo - recepito dall'orientamento, per l'appunto più "*innovativo*", della giurisprudenza.

1) L'articolo 2712 c.c. e contestazione della parte

1.a) Il contenuto testuale della norma

È utile rammentare la testuale portata della norma (titolata "*le riproduzioni meccaniche*"), che sembrerebbe (solo in apparenza) non comportare problemi interpretativi di rilevante entità:

“le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime”.

1.b) La "*ratio*" della norma

La disposizione in esame, sin dalla sua origine, come esplicitamente anticipato anche nella relazione al codice civile (che riporto nella mia relazione scritta a vostra disposizione), se pur con l'eccezione della locuzione "*riproduzioni informatiche*" recentemente e formalmente inserita dall'art. 23, co. I, d. L.vo n. 82/2005, a decorrere dal 1.1.2006 (pur se la giurisprudenza già riteneva integrata in tal senso la norma), con il significativo richiamo ad "*ogni altra rappresentazione meccanica*" ha codicizzato una "*illuminata*" apertura verso il progresso tecnologico, la quale consente, in tal modo, di ricondurvi agevolmente tutte le possibili riproduzioni magnetofoniche, videocinematografiche, digitali, informatiche (si è detto, introdotte anche formalmente con decorrenza 1.1.2006) o telematiche, di cui si conoscano attualmente le tecniche più sofisticate e collaudate (non senza un'ulteriore potenziale apertura verso futuribili modalità di rappresentazione di fatti o di cose, sempre più progredite, raffinate e complesse).

Siamo in ambito di prove documentali (inserite infatti nel capo ii, titolo ii, del libro iv del c.c., titolato testualmente “*della prova documentale*”), dunque precostituite al processo, ma di natura c.d. “*rappresentativa*” (verde), o meglio in tal caso “*riproduttiva*”, e dunque differenti dalle prove documentali per antonomasia, ossia dalle scritture private, di natura c.d. “*dichiarativa*”.

1.b.1) In particolare, sulle differenze tra prova documentale “*rappresentativa*” e “*dichiarativa*”

Come esemplarmente chiarito da verde, “*non sempre il documento rappresenta una dichiarazione: può riprodurre immagini (fotografie), anche in movimento (riprese cinematografiche) o suoni (o altri dati sensibili). Anche in questo caso, il dato probante non è il documento ma il fatto rappresentato, il quale, proprio ai sensi dell’art. 2712 c.c. in esame, sarà utilizzabile ai fini della prova se la parte contro cui è stato prodotto non lo disconosce*”.

Non può che conseguire, allora, che il problema probatorio della scrittura è diverso da quello che pongono le riproduzioni: nel primo caso, senza la sottoscrizione, la scrittura non è formata, nel secondo caso la riproduzione, in caso di contestazione, continua ad esistere come tale, anche se ne è messa in dubbio la sua capacità rappresentativa. Ne consegue che l’utilizzabilità del dato probante, in questo caso, ha bisogno di conferme *aliunde* e che a tal fine sono utilizzabili tutte le prove che l’ordinamento pone a disposizione del giudice per accertare un fatto (nel nostro caso, l’autenticità della riproduzione e la sua capacità rappresentativa).

1.b.2) Differenze con le riproduzioni e gli esperimenti endoprocessuali ex art. 261 c.p.c.

Le riproduzioni previste dall’art. 2712 c.c. sono anche logicamente distinte dalle “*riproduzioni, copie ed esperimenti*” di cui all’art. 261 c.p.c., non precostituite al processo come le prime, ed anzi “*costituende*” per antonomasia, venendo in essere per ordine del giudice.

1.c) In particolare, sull’onere di contestazione: termini, modalità ed effetti

L’efficacia probatoria (piena) delle riproduzioni meccaniche di cui all’art. 2712 c.c. è subordinata, in ragione della loro formazione al di fuori del processo e senza le garanzie dello stesso, all’esclusiva volontà della parte contro la quale esse sono prodotte in giudizio, concretatesi nella non contestazione che i fatti, che tali riproduzioni tendono a provare, siano realmente accaduti con le modalità risultanti dalle stesse.

Il relativo “*disconoscimento*”, pur non essendo, anche per unanime giurisprudenza, soggetto ai limiti ed alle modalità di cui all’art. 214 c.p.c., deve tuttavia essere “*chiaro, circostanziato ed esplicito*”, dovendosi concretizzare nell’*“allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta”* (v. Cass. 4.2.2000, n. 1247): non è dunque sufficiente la mera affermazione di non ricon-

ducibilità della riproduzione alla realtà, come in caso di disconoscimento ex art. 214 c.p.c., ma v'è un onere di allegazione, in sintonia con quanto previsto in via generale dall'art. 2697, II comma, cod. Civ.; anche se l'onere della prova primario grava sulla parte che si vuole avvalere della riproduzione.

Riteniamo che la differenza con il disconoscimento delle scritture private non possa che derivare dalla diversa e rammentata natura della potenziale prova documentale che si vorrebbe far acquisire al *thema probandum* (rappresentativa – riproduttiva da un lato e dichiarativa dall'altro), nel senso che una mera riproduzione della realtà, se pur disconosciuta dalla controparte, non può esser acriticamente tralasciata dal giudicante ai fini dell'accertamento della verità.

Quanto alla tempistica del disconoscimento, pur ribadendo che, almeno formalmente, non si applica la rigida tempistica prevista per il disconoscimento della scrittura privata (non essendovi in proposito alcuna normativa di raccordo), la giurisprudenza ha comunque ritenuto che l'attività disconoscitiva deve avvenire nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla rituale acquisizione delle riproduzioni stesse, giacché un disconoscimento tardivo verrebbe ad alterare l'iter cadenzato ed ordinato delle fasi processuali, tanto più nell'attuale e novellato rito civile (art. 183 c.p.c.).

1.d) La residuale efficacia probatoria delle riproduzioni disconosciute

Nonostante la norma non abbia previsto alcuna efficacia probatoria residuale alle riproduzioni disconosciute, la giurisprudenza ne ammette pacificamente la rilevanza, ancora - e logicamente - in considerazione della natura rappresentativa-riproduttiva di tale potenziale prova documentale:

Cass., sez. Lav., 11-05-2005, n. 9884:

“in ordine all’assunta contestazione dei dati del sistema informatico, è da osservare preliminarmente che, per l’art. 2712 c.c., la contestazione esclude il pieno valore probatorio della riproduzione meccanica, ove abbia per oggetto il rapporto di corrispondenza fra la realtà storica e la riproduzione meccanica («la conformità» dei dati ai fatti ed alle cose rappresentate); ove la contestazione (con questo specifico contenuto) vi sia stata, la riproduzione, pur perdendo il suo pieno valore probatorio, conserva tuttavia il minor valore di un semplice elemento di prova, che può essere integrato da ulteriori elementi; l’accertamento della sussistenza e del contenuto della contestazione, avendo per oggetto fatti materiali, è funzione del giudice di merito e, ove sia esente da vizi logici, in sede di legittimità è insindacabile”.

Sul significato di “*elemento di prova*” mi sembra opportuno, anzi doveroso, rimetterne l’analisi e le conseguenti valutazioni al contributo del consigliere paolo fiore in tema di “*valutazione della prova*”.

Al più, in questa sede ci possiamo limitare ad osservare che nell’intenzione del legislatore non è ormai più presente la tendenza ad irrigidire l’ammissione di determinati mezzi di prova: ed invero, ove non ricorrano (per la protezione di interessi pro-

cessuali od extraprocessuali superiori) specifici divieti probatori, sembrerebbe prevalere comunque la finalità conservativa nei confronti dell'efficacia probatoria del documento (o, se si preferisce, si impone un *favor* per la sua utilizzabilità processuale), sia pur a livello meramente indiziario, ma – analogamente al sistema di procedura penale ex art. 189 c.p.p.- l'ammissione, la sua idoneità ad accertare i fatti e le modalità della sua acquisizione vengono pur sempre rimesse al libero e sovrano apprezzamento del giudice, ai sensi dell'art. 116, co. I, c.p.c., soprattutto quando non sussistano garanzie precostituite di autenticità e/o di genuinità.

Può risultare interessante, al riguardo, un breve cenno ai divieti di utilizzabilità processuale che gli artt. 266 / 271 c.p.p. prevedono nel processo penale per le intercettazioni di comunicazioni o di conversazioni (le quali sono inquadrare fra i mezzi di ricerca della prova) e che, comunque, non risultano espressamente recepiti dall'ordinamento processuale civilistico.

In particolare, secondo un principio ormai consolidato, le registrazioni su nastro magnetico di conversazioni telefoniche ben possono costituire "fonte di prova", ai sensi dell'art. 2712 c.c. "se colui contro il quale la registrazione è prodotta non contesti che la conversazione sia realmente avvenuta con il tenore risultante dal nastro" e sia uno degli interlocutori della medesima, alla pari del soggetto che ha realizzato e fa valere nei suoi confronti la registrazione, giacché all'ammissibilità della prova non sarebbe di ostacolo la norma penale (*ex art. 615-bis c.p.*), la quale "*incrimina le debite interferenze da parte di terzi estranei alla conversazione, ma non ne vieta la riproduzione da parte del destinatario*".

1.e) Ipotesi esemplificative di "riproduzioni meccaniche"

Proprio in considerazione della rammentata clausola di "apertura" a nuove ipotesi inserita nella norma un'elencazione di fattispecie applicative non può che essere esemplificativa e non esaustiva; in questa sede, peraltro, per esigenze di tempo, mi limiterò ad affrontare succintamente le riproduzioni informatiche non formatesi, soprattutto sotto il profilo della relativa sottoscrizione, secondo la vigente disciplina normativa (che ci illustrerà successivamente la collega barbara), rimandando alla relazione scritta l'esame, anche dei relativi precedenti giurisprudenziali, riguardante la c.d. velina (ormai in disuso), le copie fotostatiche (per le quali vale richiamare anche l'art. 2719 c.c., complementare in tal caso all'art. 2712 c.c.), le bollette telefoniche, i dischi cronotachigrafi, le riproduzioni fonografiche.

1.e.1) In particolare, sulle riproduzioni informatiche

La giurisprudenza, direi consolidata, ritiene che i documenti informatici privi di firma digitale vanno ricondotti tra le riproduzioni fotografiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose, la cui efficacia probatoria è disciplinata dall'art. 2712 c.c., con la conseguenza che, anche per essi, il disconoscimento della loro conformità ai fatti rappresentati non ha gli stessi effetti del disconoscimento della scrittura privata, previsto dal-

l'art. 215, comma 2 c.p.c., perché, mentre quest'ultimo, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo di questa, preclude l'utilizzazione della scrittura, il primo non impedisce che il giudice possa accertare la conformità all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni (Cass. 6 settembre 2001 n. 11445, che nella specie ha confermato la decisione di merito, che ai sensi dell'art. 2712, e dell'art. 5 comma 2 d.p.r. 10 novembre 1997 n. 513, aveva ritenuto provato il fatto costituente giusta causa di licenziamento di un esattore di casello autostradale sulla base dei dati risultanti dal sistema informatico del datore di lavoro, pur contestati dal lavoratore).

Sul punto è indubbiamente interessante un raccordo con il contributo della collega barbaria, in quanto la giurisprudenza, attraverso la portata estensiva dell'art. 2712 c.c., attribuisce potenziale rilevanza probatoria anche al documento informatico non predisposto e/o sottoscritto ai sensi di legge (ad esempio, e-mail e fax non inviate secondo la normativa vigente ai sensi dell'art. 17, co. II, d. Lgs. N. 5/2003) al solito affidandosi al potere valutativo (e discrezionale) del giudice, comunque censurabile anche ai sensi dell'art. 360, n. 5), c.p.c. (significativo l'esempio di verde al riguardo, e proprio in ordine alla sentenza della suprema corte n. 11445/2001, la quale, si è visto, ha ratificato l'attendibilità attribuita dal giudice di merito alle risultanze del sistema informatico adottato dal datore di lavoro, si noti, peraltro, privato e non p.a.: si chiede verde, infatti, e se il datore di lavoro non fosse stato una grande azienda autostradale ma un modesto artigiano, che attendibilità avrebbe avuto il proprio sistema informatico, verosimilmente, mi si passi il termine, "casareccio" ? In tal caso, sarebbe risultata determinante ai fini del convincimento del giudice una circostanza, le dimensioni dell'azienda, estranea alle modalità di riproduzione meccanica; circostanza, questa, quanto meno opinabile, se pur anche in tal caso mi rimetto ed attendo le opportune osservazioni del consigliere fiore sulla metodologia di "valutazione delle prova").

Concludendo, mi permetto di ribadire che nella casistica (non esaustiva) rammentata il disconoscimento giudiziale non implica automaticamente l'estromissione della potenziale fonte di prova dal giudizio, affidando al giudice il compito (delicatissimo) di attribuire il livello, più o meno elevato, di residua rilevanza probatoria alla riproduzione comunque prodotta ed acquisita in giudizio, non risultando effettivamente un meccanismo di esclusione, anche formale, dal processo della riproduzione disconosciuta.

2) La rivoluzionaria c.t.u. preventiva ex art. 696 bis c.p.c.

2.a) Il contenuto della norma e cenni "storici"

In apertura, ed anche in tal caso, è senz'altro necessario riportare il dato testuale della norma in esame, titolata come è noto "*consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*":

"l'espletamento di una consulenza tecnica in via preventiva può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 696, ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti, derivanti dalla mancata o

inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo articolo 696. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti.

Se le parti si sono conciliate si forma processo verbale della conciliazione.

Il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale, ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Il processo verbale è esente dall'imposta di registro.

Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito.

Si applicano gli artt. Da 191 a 197, in quanto compatibili”.

Anche in tal caso per un cenno, per così dire “storiografico”, al concetto di consulenza tecnica in generale, mi riporto alla relazione a vostra disposizione.

L'innovativo art. 696 bis c.p.c. ha delegato al perito non solo la “determinazione” dei crediti, ma anche (e persino, almeno nell'ottica previgente) il loro “accertamento”.

2.b) Natura formalmente (e solo “apparentemente”) cautelare e sommaria del procedimento ex art. 696 bis c.p.c.

È significativa la collocazione dell'innovativa norma in esame, introdotta, come anticipato in apertura, dal c.d. “*decreto sulla competitività*” (convertito nella l. N. 80/2005), nella sezione IV, dedicata ai procedimenti di istruzione preventiva, nel capo dunque (il III, del libro IV) riguardante i procedimenti cautelari.

Ne consegue da una tale collocazione anzitutto la distinzione con la c.t.u. Prevista dal codice di rito agli artt. 191 e ss. nella sezione riguardante l'”*istruzione probatoria*” del processo di cognizione disciplinato dal libro II e, per definizione, antitetico ai procedimenti cautelari.

Sempre la collocazione e la numerazione stessa della norma (art. 696 bis c.p.c.) Sembrerebbe in apparenza condizionare essenzialmente la portata della disposizione dalla precedente, l'art. 696 c.p.c. (riguardante l'”*accertamento tecnico e l'ispezione giudiziale*”), sebbene il primo comma dell'art. 696 bis c.p.c. Chiarisce immediatamente e testualmente che l'espletamento di una tale consulenza tecnica “*può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 696 c.p.c.*”.

La conseguenza principale e diretta di una tale esplicita deroga non può che essere la mancanza della ricorrenza del c.d. “*periculum in mora*” (o meglio delle ragioni “*d'urgenza*” ai sensi dell'art. 696, co. I, c.p.c., se non proprio del pregiudizio imminente ed irreparabile ex art. 700 c.p.c.), al fine di potersi avvalere di tale innovativo strumento processuale e, pertanto, l'ovvia esclusione, quanto meno sostanziale se non proprio formale, di tale peculiare procedimento da quelli cautelari.

Ancora, in caso di mancata conciliazione e su istanza di parte, la relazione è utilizzabile nel successivo giudizio di merito, non esaurendo dunque tale accertamento la propria funzione in ambito sommario e preventivo rispetto al giudizio a cognizione piena.

2.c) Finalità della norma

Il legislatore ha opportunamente codificato l'esigenza della parte non tanto di preconstituirsì una prova prima del processo, quanto piuttosto di veder tutelato in maniera rapida ed effettiva il diritto sostanziale leso.

In altri termini, viene consentito l'accertamento del "*quantum*" (sia contrattuale che extracontrattuale), prescindendosi dall'"*an*".

Vaccarella, che ha dato il nome alla commissione che ha proposto anche l'introduzione di un tale strumento processuale, ha ritenuto che il fine di una tale innovazione fosse una "*conciliazione giudiziale favorita*": infatti, se il compito svolto dal c.t.u. "*preventivo*", vale a dire "*tentare ove possibile, la conciliazione della lite*", ha esito positivo, il giudice conferisce ufficiosità all'accordo raggiunto, consacrandolo nel relativo verbale di conciliazione. Il "*favor*" con il quale il legislatore guarda questo momento conciliativo è chiaramente testimoniato dal fatto che al verbale di conciliazione è attribuita la natura di titolo esecutivo, idoneo, perciò, ad iniziare persino l'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c. o la possibile iscrizione di ipoteca giudiziale, il tutto con il beneficio dell'esenzione dall'imposta di registro.

Nella relazione troverete anche lo stralcio della presentazione dei lavori della suddetta commissione per la riforma del processo civile, riguardante, al punto 52, il tema in esame.

La formulazione dell'art. 696-*bis* c.p.c. lascia trasparire l'intenzione del legislatore di attribuire all'istituto una duplice funzione, destinata a realizzarsi alternativamente: da un lato, e principalmente, la funzione di base di una possibile conciliazione; dall'altro, in caso di mancata conciliazione, e dunque in via subordinata, la funzione di supporto istruttorio del successivo giudizio di merito.

La prima delle due funzioni trova la sua ragion d'essere nel fatto che il contrasto tra le parti, sovente destinato a sfociare nella lite giudiziaria, trae fondamento, nella maggioranza dei casi, dall'ignoranza dei dati di fatto necessari alla composizione della contesa. L'istituto in questione si ispira ad una disposizione contemplata dall'ordinamento processuale tedesco, quella appunto della c.d. "*consulenza conciliativa*", la quale mira ad evitare l'instaurazione del giudizio di cognizione ordinaria attraverso lo svolgimento di un ben più rapido procedimento, con ovvio intento deflattivo del contenzioso civile.

Sebbene la conciliazione della lite costituisca lo scopo primario della norma, va rilevato che l'art. 696-*bis* c.p.c., intende altresì favorire l'espletamento di un atto istruttorio utile al successivo giudizio in caso di mancata conciliazione, in modo da evitare che la consulenza effettuata *ante causam* si risolva in uno spreco di energie.

La norma distingue tre attività: l'accertamento (elemento innovativo), la determinazione quantitativa (già propria della "vecchia" perizia) ed il tentativo conciliativo (innovazione anch'essa, ma non assoluta, essendo già stata prevista una finalità conciliativa, francamente ignota quanto in uso nella prassi, affidata alla c.t.u. contabile, ai sensi degli artt. 198 e 199 c.p.c.).

Se il predetto tentativo ha esito positivo, si è visto che al verbale di conciliazione viene dal giudice attribuita efficacia esecutiva "privilegiata", non nel senso di maggior

ampiezza degli altri titoli esecutivi previsti *ex lege*, ma in virtù della significativa, e già rammentata, esenzione dall'imposta di registro prevista dall'art. 696-bis, co. IV, c.p.c..

2.d) Aspetti procedurali

In via generale, non sembrerebbero configurabili particolari problemi sotto tale profilo: difatti, in analogia con quanto previsto per l'art. 696 c.p.c. (anche *ante novellam*), l'istanza di c.t.u. preventiva va formalizzata con ricorso, in calce al quale il giudice provvede con decreto alla fissazione dell'udienza per il giuramento del c.t.u. (nominato con lo stesso ricorso) e la formulazione dei quesiti; ai fini della fondamentale instaurazione del contraddittorio, anche in questa fase (e tanto più in considerazione della funzione conciliativa sottesa a questo mezzo processuale), il ricorso, completo del decreto del giudice, andrà notificato alla "controparte".

In astratto potrebbe apparire problematica l'eventuale proponibilità in corso di causa del ricorso ex art. 696 bis c.p.c..

Difatti, almeno formalmente è prevista l'esperibilità solo in via preventiva (la portata testuale della norma e la sua collocazione non lascerebbero apparentemente dubbi al riguardo); indubbiamente, anche in considerazione delle notorie e spesso inaccettabili tempistiche del processo ordinario (anche in seguito alla recente novella, soprattutto nel caso del differimento d'ufficio della prima udienza), la presentazione di un'istanza di consulenza preventiva in corso di causa (ad esempio, successivamente all'iscrizione a ruolo della causa), se pur forse in contrasto con la *ratio* della norma (almeno di quella preminente, finalizzata all'evitare il contenzioso e non ad abbreviarne la durata), indubbiamente fornirebbe un contatto molto più veloce con il giudice e la controparte, se pur solo ai fini conciliativi.

In ogni caso, concludendo sul punto, e mutuando una esemplificativa e chiara espressione della dottrina, mentre l'a.t.p. ex art. 696 c.p.c. è strumento che mira a costituire una prova "*prima del processo*" ed "*in vista dell'inevitabile processo*", l'istituto disciplinato dall'art. 696-bis c.p.c. pare configurare una prova "*in luogo del processo*".

2.e) Casistica

Come già segnalato, la recente emanazione della norma non ha consentito di rinvenire precedenti giurisprudenziali con le fonti ordinarie; tuttavia, l'ambito di applicazione della disposizione sembra potersi inquadrare tra quelle controversie in cui appaiono necessari accertamenti medico legali (cause di responsabilità professionale, casi di c.d. "*mobbing*", infortunistica stradale e comunque da fatto illecito) ovvero, ed ovviamente, accertamenti peritali in genere (infiltrazioni ed altri tipi di danni tra proprietà limitrofe, accertamento di confini, ecc.), ma anche fattispecie in cui è in contestazione la quantificazione di un credito derivante da un titolo contrattuale, dunque non solo aquiliano (applicazione indebita di interessi bancari, danno emergente e lucro cessante da inadempimento di un contratto preliminare o definitivo, ovvero anche ex art. 1337 c.c.).

LE PROVE ATIPICHE

Avv. Michele Pecorella

1) Per atipicità (alfa privativo) della prova si intende:

A) da un lato, la vera e propria *fonte probatoria* del convincimento del giudice, che non sia prevista e disciplinata da alcuna norma (si vedano, ad es.: lo scritto proveniente da terzi, di per sé estraneo ai paradigmi tipici degli artt. 2699 (atto pubblico) – 2702 (efficacia della scrittura privata) c.c. e dell’art. 213 (richiesta di informazioni alla p.a.) c.p.c.; la consulenza tecnica o la perizia stragiudiziale; la prova assunta od acquisita in altro giudizio; e così via);

B) dall’altro, il modo, il *metodo* o la *forma* dell’assunzione o dell’acquisizione di una prova, i quali differiscano ontologicamente dai *procedimenti tipici*, regolati dalla legge, o vi corrispondano solo in apparenza, non riproducendone gli essenziali requisiti di legittimità (si pensi, ad es., a un’ispezione non verbalizzata o ad una prova costituenda illegalmente formata, con una palese violazione del contraddittorio).

Alla seconda ipotesi della illegittima formazione e della acquisizione (procedimento atipico) viene – ovviamente - negata l’ammissibilità, coinvolgendola nelle medesime ragioni di rifiuto, che sanciscono l’inammissibilità, l’inefficacia o l’inutilizzabilità di una prova «illecitamente» o «illegittimamente» formata, acquisita ed assunta.

1.1 Nell’ambito del processo civile ordinario di cognizione, manca una norma testuale (per così dire, «di apertura» o, per converso, «di chiusura»), la quale espressamente preveda, oppure escluda, l’ammissibilità di qualsiasi «mezzo di prova», non contemplato dalla legge.

Al contrario, nel nuovo modello accusatorio del processo penale v’è una espressa norma di apertura, l’art. 189 c.p.p., che in positivo consente alle parti di richiedere (ed al giudice di ammettere, sentite le parti, anche con la fissazione di apposite modalità di assunzione) – una “prova non disciplinata dalla legge”, se risulta idonea ad assicurare l’accertamento dei fatti e non pregiudica la “libertà morale” della persona.

Siamo certamente di fronte ad un metodo di acquisizione “atipico” che dal processo penale si espande al processo civile di cognizione quando il processo penale si estingue ed il giudice civile (dinanzi al quale “prosegue” la lite dopo – per fare un esempio – una amnistia o la prescrizione del reato) può valutare – come argomenti di prova – le prove raccolte in quel processo (anche) con l’applicazione dell’art. 189 c.p.p.

1.2 Ancora, l’art. 669–sexies c.p.c. Per i procedimenti cautelari (art. 74 l. N. 353/1990) dispone che “il giudice... procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e fini del provvedimento richiesto”; e al II comma prevede l’assunzione di “sommarie informazioni”.

Si tratta chiaramente di fonti di prova strutturalmente e funzionalmente *atipiche*, sia nei contenuti, sia nelle forme di acquisizione, che il giudice – soprattutto nei procedimenti a cognizione sommaria ed in quelli camerati, qualificati da marcate componenti inquisitorie – può *assumere* d’ufficio (dalle parti o da terzi), al di fuori di qualsiasi pre-costituita formalità propria delle prove tipiche (e, soprattutto, al di fuori delle forme stabilite nel processo ordinario di cognizione per la prova testimoniale, cui tali *informazioni* sono parzialmente assimilabili).

Da tener presente che spesso nel giudizio di cognizione successivo le prove restano quelle raccolte nel procedimento cautelare.

Anche l’art. 738, III comma, c.p.c. (in tema di procedimenti in camera di consiglio) prevede che “il giudice può assumere sommarie informazioni”.

1.3) Ora, come accennato, non esiste nel nostro processo civile una norma di “chiusura che imponga la tassatività del catalogo delle prove e dei mezzi di prova ammissibili.

Al contrario, esistono chiare aperture per l’*atipicità*, sia in termini oggettivi ed ontologici, sia in termini modali. Nella prima prospettiva, si segnala subito la intrinseca atipicità dei «fatti noti» (identificati anche come fatti secondari, come *facta probantia* o come *indizi*) dalla cui comprovata e «certa» sussistenza il giudice può risalire, mediante razionali argomentazioni ed inferenze induttive, alla sussistenza di un «fatto ignorato» (*factum probandum* o fatto principale da provare), in forza delle «presunzioni semplici», non stabilite dalla legge, ma lasciate alla prudenza dello stesso giudice (artt. 2727 e 2729, 1° comma, c.c.) (v. Comoglio)

1.4) importantissimo, poi, l’art. 310, III comma, c.p.c. Il quale dispone che le prove raccolte nel processo successivamente dichiarato estinto sono valutate dal giudice (nel nuovo processo) a norma dell’art. 116, secondo comma, c.p.c. E, cioè, come “argomenti di prova”.

Prima di proseguire nella nostra analisi, ritengo sia opportuno chiarire la differenza di valore tra gli “argomenti di prova” e le prove in senso tecnico, la quale risiede in qualcosa di diverso dalla idoneità o meno degli argomenti di prova a fondare da soli il convincimento del giudice. Infatti, il carattere di *probatio inferior* degli argomenti di prova rispetto alle prove in senso tecnico va colto, non già in una loro minore efficacia legislativamente imposta in via di prova legale, bensì unicamente nella inidoneità degli argomenti di prova a giustificare da soli il giudizio di superfluità di cui all’art. 209 c.p.c. (“il giudice istruttore dichiara chiusa l’assunzione quando sono eseguiti i mezzi ammessi o quando, dichiarata la decadenza di cui all’articolo precedente, non vi sono altri mezzi da assumere, oppure quando egli ravvisa superflua, per i risultati già raggiunti, la ulteriore assunzione”) e forse anche ex art. 187, I comma, c.p.c., (“il giudice istruttore, se ritiene che la causa sia matura per la decisione di merito senza bisogno di assunzione dei mezzi di prova, rimette le parti davanti al collegio”) a fronte della richiesta della parte di offrire, attraverso una prova in senso tecnico, la prova contraria (Chiarloni, Proto – Pisani).

1.4.1) Abbiamo detto che le prove raccolte sono valutate dal giudice ai sensi dell'art. 116 secondo comma c.p.c.. Da notare che il suddetto articolo – precisa Cass. N. 597 del 1991 - riguarda soltanto le prove raccolte (e cioè a quelle orali, le ispezioni, le c.t.u., eccetera) e non a quelle documentali, in quanto le prime comportano un'attiva partecipazione del giudice che conferisce loro una garanzia che sopravvive all'estinzione del processo>.

In ossequio al principio dispositivo, “in difetto dell'istanza della parte interessata, il giudice non può trarre argomenti di prova dalle risultanze istruttorie del diverso procedimento estinto, assumendole dai relativi fascicoli d'ufficio” (v. Cass. 6 agosto 2003, n. 11842).

1.5) Proseguendo nell'analisi dei dati positivi, l'art. 50 c.p.c. disciplina il “materiale probatorio acquisito da un **giudice che ha dichiarato la propria incompetenza**, con riferimento alla riassunzione della causa dinanzi al giudice competente”.

Ebbene, gli atti istruttori mantengono la loro piena valenza probatoria e ciò per il principio dell'unità della giurisdizione, che presuppone la valida costituzione dell'intero procedimento e, quindi, anche degli atti istruttori assunti davanti al giudice incompetente inizialmente adito.

1.6) Precisato sino ad ora su quali presupposti codicistici è possibile supportare l'ammissibilità delle prove atipiche, occorre indicare come la giurisprudenza confermi l'esistenza di una vasta area di utilizzazione – con efficacia per lo più indiziaria – di prove e di mezzi probatori non espressamente previsti e disciplinati dalla legge: scritti di terzi, testimonianze rese in altri processi, c.t.u. Svolta in altro giudizio, c.t. stragiudiziale, c.t. di parte depositate nel processo, accertamento dei fatti raggiunto attraverso il sistema delle “informazioni” eccetera.

Ancora, le nuove prove imposte dal progresso della scienza e della tecnica (le indagini ematologiche o del dna, l'uso dell'autovelox per il controllo della velocità, l'etilometro per l'accertamento dello stato di ebrezza eccetera) (Ricci).

A questo punto della mia breve analisi – e mi avvio alla conclusione – credo giovi ribadire come dottrina e giurisprudenza, in termini pressoché pacifici, attribuiscono valore o **efficacia pressoché indiziaria alle prove atipiche o innominate** “liberamente apprezzabili” dal giudice, purché la loro credibilità od attendibilità sia confortata in positivo da altri elementi di giudizio o, per converso, non sia smentita in negativo dal raffronto con altre risultanze del processo.

1.6.1) Sempre che, sia ben chiaro, venga salvaguardato il rispetto di quei principi di rango costituzionale tesi ad assicurare un “giusto processo”:

inviolabilità del contraddittorio;

diritto alla prova contraria;

La necessità di una adeguata motivazione del giudice circa la particolare valutazione di dette prove atipiche;

La assoluta inutilizzabilità delle prove formate od acquisite con mezzi illeciti, illegittimi o incostituzionali.

2) Nel ringraziare tutti per la cortese attenzione prestata verso un tema non facile come quello che ho tentato, seppur brevemente, di tratteggiare, concludo rilevando che la “non chiusura” del legislatore verso le prove c.d. “atipiche” – di cui abbiamo detto poc’anzi – consente di utilizzare nel processo civile pressoché tutti gli strumenti concepibili dall’uomo, al fine di soddisfare quell’ansia e quel bisogno di verità materiale di cui vi hanno riferito prima.

E in quest’ottica, allora, perché non fondare il convincimento in fatto sulla lettura di uno scritto di un prestigioso terzo (che so, di indro montanelli)?

D'altronde, chiari sintomi di apertura verso il “nuovo” sono costituiti dall’art. 816 ter, II comma, c.p.c., entrato in vigore con il d.l.vo 2 febbraio 2006 n. 40, in materia di procedimento arbitrale, ove è data la possibilità agli arbitri di “assumere direttamente presso di sé la testimonianza, ovvero deliberare di assumere la deposizione del testimone, ove questi vi consenta, nella sua abitazione o nel suo ufficio. Possono altresì deliberare di assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono”.

O, ancora, il nuovo disegno di legge “Mastella”, approvato dal Consiglio dei Ministri del 16 marzo 2007, in base al quale, in funzione di pura accelerazione e semplificazione del processo, si prevede che, in alternativa alla prova delegata, si assuma la deposizione per iscritto del testimone, se le parti lo richiedono e la lite riguarda diritti disponibili.

LA VALUTAZIONE DELLA PROVA IN CASSAZIONE

Avv. Francesco Paolo Fiore

La sentenza, quale atto di composizione della lite, è il risultato di un processo giurisdizionale che si suole ricondurre al paradigma di logica formale del sillogismo aristotelico, per cui, premesse due proposizioni, una maggiore e l'altra minore, ne segue necessariamente la terza proposizione conclusiva.

...la **premessa maggiore**, appunto costituita dalla norma giuridica, che si risolve in una cognizione e in un giudizio *de jure*

...la **premessa minore**, costituita dal fatto, che si risolve in una cognizione e in un giudizio *de facto*

...la **conclusione**, costituita dagli effetti conseguenti alla sussunzione del fatto sotto la norma giuridica

Tale impostazione, tradizionalmente accolta (alcune pronunce della cassazione contengono un riferimento esplicito al sillogismo giudiziale), è stata ed è oggetto di critica, ritenendosi (v. la logica del giudice e il suo controllo in cassazione di Guido Calogero, filosofo e storico della filosofia) che *la sussunzione del fatto sotto la norma, lungi dall'essere idealmente determinata da un paradigma di logica formale, è una delicata operazione di riconoscimento, per la quale occorre tutto quanto si dice conoscenza delle cose, esperienza tecnico-giuridica, capacità ermeneutica, intendimento della volontà del legislatore*

Al di là del dibattito sul tema, certo si è che la sentenza, quale atto di composizione della lite, è costituita da tre momenti essenziali, che danno luogo a tre corrispondenti giudizi, pure funzionalmente collegati e ricondotti ad unità: a) l'accertamento del fatto; b) l'accertamento della norma giuridica applicabile; c) l'accertamento delle conseguenze derivanti dal riferimento del fatto accertato alla norma giuridica, accertata come applicabile.

Il primo dei tre momenti, costituisce appunto il giudizio di fatto, volto ad accertare la vicenda concreta, portata all'esame del giudice.

Tale accertamento è perseguito dal giudice non liberamente, ma attraverso e nell'osservanza di un insieme di strumenti di conoscenza dei fatti, che costituiscono il sistema probatorio.

Quale sistema probatorio debba essere adottato è decisione rimessa al legislatore e la scelta del sistema adottabile, tra sistema volto alla ricerca della verità materiale e sistema volto alla ricerca della verità formale, non è scelta ideologica, ma rappresenta l'esito di complesse valutazioni, fortemente condizionate da fattori storici, culturali, sociali e religiosi...: il nostro sistema probatorio ed i sistemi vigenti in altri paesi della comunità europea sono diversi tra loro... il sistema probatorio degli ordinamenti di diritto civile (di *civil law*), quale il nostro, è diverso da quello degli ordinamenti di diritto comune (di *common law*), quale quello inglese.

Il sistema probatorio del nostro ordinamento è informato a quattro regole fondamentali:

Il principio dell'onere probatorio, di cui all'art. 2697 c.c.: chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provarne i fatti costitutivi, chi contrasta quel diritto deve provarne i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi.

Principio in bianco..... Perché il suo contenuto deriva dalla fattispecie sostanziale e non da canoni processuali.....

l'identificazione del diritto fatto valere in giudizio;

l'inquadramento del diritto in una fattispecie legale;

l'interpretazione della fattispecie legale per individuarne i fatti rilevanti...costitutivi, impeditivi, estintivi e modificativi.

La distinzione dei fatti rilevanti ai fini del giudizio costituisce un problema: di facile soluzione quando quei fatti non siano contemporanei; di difficile soluzione quando quei medesimi fatti siano contemporanei, si perfezionino nello stesso momento (si pensi alla dichiarazione di volontà ed al suo eventuale vizio... volontà e vizio sono contestuali, hanno pari forza causale sul piano degli effetti...deve ricorrersi quindi a criteri empirici, non ultimo quello della maggiore o minore difficoltà per la parte di assolvere l'onere probatorio)

Principio bivalente..... Perché pone un *onere soggettivo per le parti* ed una *regola di giudizio per il giudice*, vietando il non liquet ed obbligando il giudice a pronunciarsi sul merito della controversia anche in difetto di prova dei fatti allegati dalle parti (così come deve pronunciarsi sulle questioni di diritto, anche in difetto d'apposita norma che disciplini il caso concreto, facendo ricorso all'analogia legis o juris, di cui all'art. 12, disposizioni sulla legge in generale)

Il principio della non contestazione, ricavabile per via di astrazione dalle norme processuali, secondo cui, e sempre che si verta in tema di diritti disponibili, i fatti affermati da una parte e non contestati dalla controparte non hanno bisogno di essere provati:

Principio - questo - di cui vanno ridisegnati la misura ed i limiti, a seguito delle novelle del codice di rito, introdotte dagli anni novanta (v. Cass. S.u. est. Evangelista n. 761/02... si pensi alle preclusioni introdotte dalla novella n. 353 del 1990 tra fase preparatoria ed istruttoria ... alla presenza di oneri di difesa, tra cui l'onere del convenuto di prendere posizione precisa sui fatti allegati dall'attore a fondamento della domanda, esplicitamente imposti dal dettato legislativo, nel più generale quadro di un processo scandito da preclusioni e da distinzione tra fase preparatoria e fase istruttoria... nel rito civile ordinario, antecedente alla novella, invece, oneri difensivi siffatti non sono imposti, al contrario manifestandosi, nel quadro generale di un processo caratterizzato dalla sovrapposizione tra fase preparatoria e fase istruttoria, segni tutt'affatto contrari, che militano per la provvisorietà della non contestazione dei fatti posti dall'attore a fondamento della domanda).

Il principio della disponibilità della prova, di cui all'art. 115 c.p.c.: salvi i casi previsti dalla legge (comportamento delle parti, interrogatorio libero, ispezione di persone o cose, richiesta informazione alla p.a., giuramento suppletorio ed estimatorio...), il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove propo-

ste dalle parti o dal pubblico ministero. Può tuttavia senza bisogno di prova porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto (fatti notori, ossia accadimenti storicamente individuati) che rientrano nella comune esperienza;

Principio di disponibilità delle prove, che, come chiarito dalla suprema corte, costituisce un vincolo per il giudice, il quale, al di là dei casi consentiti, non può provvedere d'ufficio all'acquisizione di prove non dedotte dalle parti e deve necessariamente provvedere sulle deduzioni istruttorio di parte, rilevanti per la decisione, laddove la rilevanza va valutata non per il probabile esito della prova offerta, ma per l'astratta influenza della stessa ai fini della decisione

Principio che si ricollega: a) al principio di disponibilità della tutela giurisdizionale (artt. 2907 c.c. e 99 c.p.c.) Per cui il titolare del diritto sostanziale è arbitro di decidere se proporre o meno l'azione in giudizio, e, dopo proposta, se continuarla o meno; b) al principio di disponibilità del diritto sostanziale

Il principio del libero convincimento di cui all'art. 116 c.p.c.: il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti (le prove legali, laddove è il legislatore ad anteporre una valutazione delle prove, vincolante per il giudice: atto pubblico; scrittura privata; scritture contabili; riproduzioni meccaniche; confessione; giuramento...)

E prudente apprezzamento non vuole dire arbitrio, né ricorso del giudice al proprio sapere privato, ma esercizio di *attività logica* e delle *massime di comune esperienza* (regole desunte da accadimenti, che si ripetono uniformemente e dalla cui osservazione vengono enucleati principi, che devono ritenersi validi anche in casi analoghi futuri), che sono i criteri conoscitivi in forza dei quali si effettuano le illazioni, le deduzioni, le inferenze probatorie (si pensi alla valutazione delle dichiarazioni di parte favorevoli al proprio interesse; alla valutazione della presenza di tracce di frenata nel luogo in cui è avvenuto un incidente stradale...)

Vuol dire, altresì, valutazione totale della prova, per cui il giudice deve prendere in esame l'intero materiale probatorio raccolto; e ciò, secondo principio di cosiddetta acquisizione delle prove, per cui una volta ammessa ed espletata la prova, il suo risultato è acquisito al giudizio e può essere valutato dal giudice anche contro la parte che l'ha chiesta.

Ma qual è il concreto rapporto che l'art. 116 c.p.c. pone tra principio di libera valutazione delle prove e limite delle prove legali? ... salvo che la legge disponga altrimenti, il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento...: la presenza di prova legale esclude l'operatività del principio di libera valutazione?

Per quanto la lettera dell'art. 116 c.p.c. lasci margine ad una diversa interpretazione, la giurisprudenza è fortemente orientata nel ritenere che il vincolo della prova legale non esclude ma limita l'ambito della libera valutazione delle prove, fatta eccezione per il giuramento, che preclude in modo assoluto ogni diversa valutazione del giudice: il giudice è sì tenuto ad assumere il fatto, come risulta dal mezzo di prova legale e con gli effetti che la legge vi ricollega, ma la valutazione di tale

fatto, unitamente a quel che risulta acquisito aliunde, secondo principio di libera valutazione, è precluso soltanto se la prova legale esaurisca l'attività probatoria.

Tale orientamento conferma l'opinione, di gran lunga prevalente anche in dottrina, del carattere eccezionale delle limitazioni raffigurate dalla prove legali, giacché il principio è quello della libera valutazione: con la conseguenza sul piano interpretativo (art. 14 disp. Sulla legge in generale) che le regole di prova legale devono essere interpretate in modo tassativo e restrittivo.

(Principio di prudente apprezzamento delle prove e salvaguardia di determinate ipotesi di prova legale, dunque: la scelta del nostro ordinamento sembra collocarsi a mezza strada tra i contrapposti sistemi: tra il moderno sistema della libera valutazione e quello delle prove legali, dominante nel passato. E tale scelta pare destinata a protrarsi per lungo periodo, dal momento che la stessa e più recente riforma del 1990 non si è occupata del problema.

La scelta di un sistema a mezza strada tra quelli contrapposti è il risultato di fattori stratificati nel tempo non del tutto decifrabili, e tra questi fattori indubbiamente si inserisce la maggiore o minore fiducia che si intende attribuire alla figura del giudice: maggiore per il sistema della libera valutazione, laddove è il giudice a valutare prudentemente le prove, e minore invece per quello delle prove legali, laddove è il legislatore ad anteporre una valutazione delle prove, vincolante per il giudice...come la valutazione libera non equivale ad arbitrio del giudice, dovendo essere frutto di attività logica, per di più controllabile, così la prova legale non equivale ad arbitrio del legislatore, essendo per lo più frutto di regole di comune esperienza, che per l'elevato grado di attendibilità si è ritenuto di codificare.

...Il sistema della libera valutazione, proprio perché non vincolato a predefinite determinazioni di valori probatori, tende a ricercare la verità materiale ed è più compatibile con un processo caratterizzato dalla oralità e dalla immediatezza, e relativo a diritti indisponibili; il sistema delle prove legali, invece, tende a ricercare la verità formale e privilegia esigenze di certezza, è più compatibile con un processo caratterizzato dalla scrittura e dalla mediatezza, e relativo a diritti disponibili).

A queste regole fondamentali, cui è informato il nostro sistema probatorio, si accompagnano poi quelle relative all'acquisizione delle prove nel processo: le regole, appunto, che disciplinano l'ammissione e l'assunzione dei mezzi di prova nel processo e che pure concorrono alla formazione del giudizio di fatto, alla cognizione ed all'accertamento della vicenda concreta, portata all'esame del giudice.

Il giudizio di fatto, dunque, non è un giudizio libero... ma vincolato al rispetto di determinate regole... al rispetto delle regole di acquisizione delle prove ed al rispetto delle regole di valutazione delle stesse prove... valutazione che anche quando non limitata dalla presenza di prove legali, il cui valore è predeterminato dal legislatore, deve essere operata prudentemente, ossia secondo logica e massime di comune esperienza.

Quanto sin qui chiarito consente ora di affrontare il tema della valutazione delle prove in cassazione, con ciò intendendosi le possibilità di sindacato della corte

di cassazione riguardo alla valutazione delle prove, che sia stata data in sentenza dal giudice di merito, nell'ambito dell'attività a lui riservata.

Ebbene, il sindacato che alla suprema corte è attribuito in materia è sì sindacato di legittimità, al pari degli altri configurati dall'art. 360 c.p.c., ma è sindacato per così dire indiretto, limitato - nei binari delle censure svolte in ricorso - alla verifica di idoneità astratta del procedimento e dei criteri seguiti nell'analisi e nella prudente valutazione del materiale probatorio da parte del giudice di merito, cui soltanto è attribuito il compito di valutarlo, nel rispetto delle regole previste allo scopo, che attengono anche al momento della sua acquisizione nel processo.

È sindacato di legittimità sul giudizio di fatto, è appunto sindacato di controllo - nei limiti delle censure svolte in ricorso - sul rispetto delle regole innanzi considerate, che il giudice è tenuto ad osservare nell'attività di acquisizione e di valutazione delle prove, al fine di pervenire all'accertamento della vicenda concreta, portata al suo esame.

Il mancato rispetto di tali regole di diritto dà luogo, ovviamente, ad una violazione di legge, che, in quanto tale, è sindacabile dalla corte di cassazione, ma non è anche di per sé sufficiente, al fine dell'annullamento della pronuncia del giudice di merito.

Perché la sentenza possa essere cassata, l'errore di diritto nell'acquisizione o nella valutazione della prova deve essere rilevante ed è rilevante solo ove abbia avuto effettiva incidenza sul convincimento del giudice di merito, perché, altrimenti, non avendo avuto influenza sulla statuizione del giudice, non può invalidarla.

Sotto questo profilo, l'errore di diritto nell'acquisizione o nella valutazione della prova è omologo al vizio di motivazione, di cui all'art. 360 n. 5 c.p.c., che rileva soltanto se riguarda un punto (ora fatto, d. Lgs. N. 40/06) decisivo per il giudizio.

Ed è omologo al vizio di motivazione anche sotto altri profili, quali quello del dovuto arresto al rescindente della sentenza della suprema corte, che deve disporre la reiterazione del giudizio di fatto innanzi ad altro giudice di merito, non potendo essa stessa provvedervi per suoi limiti istituzionali.

Resta da precisare, e mi avvio alla conclusione, la qualificazione del vizio derivante dal mancato rispetto delle regole anzidette nell'acquisizione e nella valutazione delle prove: se vizio inquadrabile nell'ambito del n. 3 o del n. 4 dell'art. 360 c.p.c.

Quanto alle regole relative alla valutazione delle prove, il vizio è tradizionalmente inquadrato nell'ambito del n. 3 dell'art. 360 c.p.c.

Quanto alle regole relative all'acquisizione delle prove nel processo, sorgono alcune perplessità: attesa la natura processuale, attribuita a tali regole, così da ricondurre la violazione nell'ambito del n. 4 dell'art. 360 c.p.c., e, di contro, attesa la peculiarità dei motivi, di cui allo stesso n. 4 dell'art. 360 c.p.c., che tradizionalmente si riferiscono a vizi radicali del rapporto processuale e/o della sentenza.

Nella giurisprudenza della suprema corte la questione non risulta essere stata specificamente affrontata, forse per lo scarso valore finora attribuitele, atteso che normalmente i motivi di ricorso sono formulati con riguardo ad entrambe le cate-

gorie di vizi e che normalmente la violazione è affermata o negata dalla suprema corte senza riferimento esplicito all'una o all'altra categoria di vizi, precisandosi soltanto che la valutazione delle risultanze probatorie, operata dal giudice di merito, si risolve in un apprezzamento di fatto che sfugge al sindacato della corte di cassazione, salvo che sussistano vizi di motivazione o siano violate le norme relative all'assunzione e all'efficacia della prova.

Quanto l'ultima novella del codice di rito, di cui al d. Lgs. N. 40/06 (art. 366-bis c.p.c. Formulazione dei motivi e quesito di diritto), in materia di ricorso per cassazione, inciderà sullo scarso valore finora attribuito all'anzidetto inquadramento, è tutto da verificare.

Prima di concludere, mi preme di sollecitare voi tutti a non cadere nell'errore in cui purtroppo non pochi cadono nella proposizione di ricorsi per cassazione, che solo formalmente prospettano la violazione di norme nella valutazione dei materiali probatori ad opera del giudice di merito, per risolversi invece in una sostanziale e, in sede di legittimità, non consentita richiesta di riesame del merito della controversia, attraverso una nuova e diversa valutazione di quei materiali.

Non mi resta, quindi, come avvenuto in altra occasione d'incontro, che rivolgere a tutti un sincero augurio di buon lavoro e di buon studio, così che ciascuno acquisti il ruolo ed il prestigio che gli si addice.

Roma, Giovedì
19 aprile 2007 –
ore 10,00

Aula magna della
Corte di Appello

Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma
-Centro Studi-

L'unione Internazionale Magistrati
Il Centro Studi Azione Internazionale
Giustizia
La rivista "il mondo giudiziario"

DAL TRATTATO COSTITUZIONALE EUROPEO ALLA
FEDERAZIONE DEGLI STATI SOTTO L'EGIDA DELL'O.N.U.

Presiedono Sen. Nicola Mancino

V. Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura

Avv. Alessandro Cassiani

Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma

Indirizzi di saluto Dott. Giovanni Francesco Lo Turco

Primo Presidente della Corte di Appello di Roma

Dott. Giuseppe Grechi

Primo Presidente della Corte di Appello di Milano

Dott. Raffaele Numeroso

Primo Presidente della Corte di Appello di Napoli

Dott. Antonio Mura

Segretario generale Unione Internazionale Magistrati –
sost. Proc. Corte Suprema di Cassazione

Relatore Dott. Gennaro Calabrese

Presidente aggiunto on. Corte Suprema di Cassazione

Intervengono Avv. Giovanni Cipollone

Consigliere dell'Ordine Avvocati di Roma

Avv. Fabio Maria Galiani

Avvocato in Roma

Avv. Fiorenzo Grollino

Avvocato in Roma

Avv. Federico Brusca

Direttore de "il mondo giudiziario"

Dott.ssa Wanda Montanelli

Esperta in scienza e patologia della comunicazione

Dott. Cristiano Zagari

Docente di azione esterna dell'unione europea Università Roma tre

Conclude Dott. Paolo Meucci

Dirigente ufficio per l'Italia del Parlamento Europeo

Il Consigliere Segretario Antonio Conte

Il Presidente Alessandro Cassiani

dott. Gennaro Calabrese

Le nazioni che si proclamano esportatrici dei valori della dignità umana, del progresso, della giustizia sociale, della libertà e della democrazia, ovunque esse operino nelle più disparate aree del mondo, in oriente come in occidente, sono tenute a rispettare i principi consacrati politicamente e costituzionalmente nella Carta dell'O.n.u..

Se si sottraggono a tale dovere degradano a squallidi esempi di oppressori della sovranità dei paesi che occupano, i cui cittadini già vivono, per le precedenti dittature, una vita disumana, sottomessa, ed al limite della sopravvivenza. Gli esseri umani in quanto tali, a qualunque continente appartengano, di qualsivoglia razza o colore siano, hanno tutti diritto ad avere riconosciuta una esistenza libera e dignitosa da parte dell'intera Comunità Internazionale. Le guerre decise unilateralmente e senza valutarne gli sviluppi e le conseguenze, le divisioni sempre deleterie, le ingiuste pretese di alcuni stati a discapito di altri debbono aver fine dando vita ad una Federazione Intercontinentale della Organizzazione delle Nazioni Unite.

Queste ultime hanno l'obbligo di intervenire a sostegno della sua esposta iniziativa in ossequio ai principi che ne hanno determinata la costituzione all'atto della loro istituzione.

Una omissione di tali doveri comporta una patente violazione della Carta delle Nazioni Unite che è stata posta a presidio della tutela dei Diritti Universali dei popoli che vengono prima dello strapotere delle singole nazioni che detta carta non osservano.

Conclusa la seconda guerra mondiale, iniziata la prospettiva dell'unità politica del nostro Continente a salvaguardia della pace e della libertà per l'intero popolo della comunità nella quale abbiamo costruito l'identità dell'unione, l'obiettivo concreto da realizzare rimane la costruzione omogenea, funzionale ed articolata degli Stati Uniti d'Europa.

Le quattro libertà sancite dal Trattato di Roma: libertà di circolazione dei beni, delle persone, dei servizi e dei capitali devono, a mio avviso, essere estese a tutti i popoli dalla Croazia alla Turchia ed ai restanti Paesi che aspirano al loro ingresso nell'unione Europea. Occorre garantire a tutti i cittadini del continente la libertà, risolvere le controversie territoriali nell'ambito comunitario, consolidare i diritti civili, promuovere il benessere della intera Comunità Europea, attraverso la crescita economica, la solidarietà tra Paesi e regioni più ricchi e più poveri, assicurando a questi ultimi progresso economico e giustizia sociale, anche avvalendosi dei necessari stanziamenti di bilancio a loro favore. I paesi che non hanno ancora ratificato il Trattato Costituzionale vanno aiutati nel superare i contrasti e le difficoltà che impediscono loro di far propri gli obiettivi e le aspirazioni del nuovo progetto dell'unità politica dell'Europa. Occorre dare maggiore impulso alla integrazione economica, creare nuovi strumenti più efficaci di cooperazione, favorendo il dialogo nella solidarietà tra i popoli dell'intera nostra Europa.

Dal trattato costituzionale europeo alla federazione degli stati ...

Il Trattato europeo, dopo la ratifica da parte di tutte le nazioni facenti parte dell'unione da portare a termine prima dello svolgimento delle elezioni al Parlamento Europeo del 2009 e il consolidamento della nuova realtà con l'inserimento in essa delle restanti entità politiche confluite nell'unione, dovrà costituire la premessa e l'avvio per il sorgere della auspicata ed ambita Federazione Intercontinentale della Organizzazione delle Nazioni Unite.

Il mondo del domani che dovremo consegnare responsabilmente alle future generazioni protese alla conquista degli spazi infiniti e non travolte dai massacri fratricidi che dilanano l'attuale realtà internazionale, potrà avverarsi soltanto se avremo l'accortezza, l'equilibrio, la pazienza e la saggezza di costruire nel progresso civile le premesse di una pace globale tra i popoli di tutti i continenti nel rispetto reciproco, nell'uguaglianza e nella tutela dei diritti di ognuno.

Il mondo d'oggi per un migliore domani necessita di una nuova armonia europea equilibrata e razionale nel superiore interesse di tutta l'umanità i cui valori non possono essere ulteriormente sacrificati alla prepotenza, alla ingiustizia ed alla guerra. Il benessere di tutti i continenti è indissolubilmente legato alla pace ed alla conquista di future risorse e di più avanzate prospettive dell'intero nostro pianeta. Tali obiettivi potranno essere raggiunti soltanto se l'Unione Europea avrà la forza di unificare l'intero Continente. Il quadro attuale comprende con il recente ingresso nell'unione della Romania e Bulgaria 27 stati. I restanti 25 che fanno parte del nostro Continente potranno, in tempi ragionevolmente brevi, inserirsi nell'Europa unita, dando, in tal modo, concreta ed effettiva attuazione all'auspicato disegno della realizzazione degli Stati Uniti d'Europa. In particolare la Russia dovrà accelerare il suo ingresso nell'unione, consentendo a questa di avere insieme alla Francia e al Regno Unito tre componenti su cinque nel Consiglio di Sicurezza dell'O.N.U..

Dalla città di Roma, nella quale convennero i Capi di Stato Europei per la firma del Trattato Costituzionale e che, pertanto, può ambire al titolo di Capitale d'Europa, parta questo appello: una saggia, equilibrata ed immediata risposta al tema del presente Convegno può venire soltanto da una nuova e meglio articolata politica europea a livello plurinazionale che deve concretizzarsi nella proposta di formulazione di una originale Democrazia Riformista Internazionale.

Una democrazia cioè rinnovata nei metodi e negli uomini, aperta a tutte le classi sociali ed ai nuovi assetti strutturali dell'economia globale, idonea a far fronte alle sfide imposte dai tempi e dalle necessità che da questi discendono, capace di porre fine alle non poche guerre locali ed ai disastri che queste di continuo determinano, con gravi perdite di vite umane e di enormi distruzioni, con conseguenti necessità di impiego di ingenti risorse che potrebbero essere invece destinate ad alleviare la fame nel mondo e sconfiggere le tante malattie che ancora dilanano intere popolazioni del nostro pianeta.

Una democrazia riformista internazionale non chiusa in sé stessa ma forte del consenso dei popoli e non delle caste che si appropriano del potere contro gli interessi legittimi dei cittadini che aspirano a vedere risolti i loro problemi di occupa-

zione, di impresa, di miglioramento del livello di vita, di utilizzazione delle risorse a favore dei più bisognosi e non a vantaggio sproporzionato di coloro che già dispongono di enormi ricchezze e di incontrollati poteri egemonici e assorti in maniera illecita.

Una democrazia interclassista al di sopra delle parti e non succube dei potentati economici che si giovano del potere politico a servizio delle loro egoistiche speculazioni, scatenando di continuo disastrose guerre che oltraggiano e disonorano la civiltà ed il genere umano. Quest'ultimo deve essere padrone del suo destino e non succube di pochi prepotenti che calpestano i più sacrosanti diritti individuali e condizionano il potere politico che degenera in vere e proprie dittature personali che si alleano tra di loro per distruggere i comuni valori di libertà, giustizia, solidarietà e pacifica convivenza nell'ambito della comunità internazionale. Questa necessità della condizione della reciprocità e non dell'assolutismo, del disfattismo e delle guerre immotivate.

L'Europa ha bisogno assoluto ed improcrastinabile della sua Costituzione per essere mediatrice tra gli Stati a presidio delle superiori esigenze della pace, della libertà, della giustizia, della tutela dei diritti civili e dell'uguaglianza tra gli esseri umani dei vari continenti. Essa deve portare a termine il Trattato già approvato da diciotto Stati dell'unione, anche in vista dell'intervenuta ammissione in questa della Romania e della Bulgaria.

La nuova Europa con i suoi 27 membri dovrà ergersi a Centro di coordinamento dei diversi sistemi in atto imperanti nelle diverse realtà internazionali ed assumere il ruolo che le compete per la sua storia, la sua cultura e la sua civiltà di promotrice di una Federazione Intercontinentale per una Società Multiculturale e Multietnica sotto l'egida unificatrice ed intermediatrice dell'O.N.U.. Tanto a salvaguardia degli equilibri instabili del mondo che diventano sempre più precari a scapito della democrazia e della pace. La situazione globale che si appalesa sempre più difficile ad essere governata a livello planetario di fronte ai pericoli del disordine e del disorientamento politico e sociale che si addensano con crescente intensità per i popoli e gli Stati, impone, con urgenza, la costruzione omogenea e funzionale sotto il profilo costituzionale dell'intero assetto politico, economico, istituzionale del Continente Europeo, senza ulteriori indugi o dilazioni, al fine della effettiva nascita degli Stati Uniti d'Europa.

La ratifica della Costituzione Europea da parte degli Stati che non vi hanno ancora provveduto deve continuare nei tempi più solleciti imposti dalla situazione innanzi prospettata. Mi auguro che il nuovo corso politico che sta per sorgere con il cambio di rotta nel Partito Laburista Inglese possa condurre alla revoca della già decisa sospensione di ratifica e che in Polonia abbia a determinarsi una analoga situazione in presenza della crisi insorta nell'attuale maggioranza di governo che potrebbe far sorgere una diversa soluzione alla precedente decisione di sospensione.

I popoli della Francia e dell'olanda potranno riconsiderare la loro adesione a seguito delle restanti approvazioni da parte di tutti gli altri partner europei.

Dal trattato costituzionale europeo alla federazione degli stati ...

Le dimensioni delle aggregazioni già raggiunte da altri continenti e le nuove realtà emergenti in campo mondiale come la Cina e l'India comportano una accelerazione del processo di realizzazione della Sovranità Politica, Economica e di Difesa di tutta l'Europa Unita per assicurare alle future generazioni un avvenire di serena convivenza e di comune benessere per l'insieme dei popoli della terra.

La necessità di una federazione degli Stati sotto l'egida dell'O.N.U. è dettata dal ritorno alla realtà dell'oggi imposta dalla esigenza che ogni popolo rimanga se stesso per l'umanità del domani che deve unire tutti i continenti di fronte alle sovrappiutte minacce a livello internazionale di nuovi conflitti, anche con armi nucleari.

Tanto per superare le sfide di alcune nazioni che aspirano in incessante e spericolata competizione al dominio globale del mondo che, invece, reclama, per ogni singolo Stato, una pace senza frontiere, per le nuove conquiste di civiltà, di benessere e di ordine nel progresso civile, nella stabilità e nell'equilibrio dell'intero universo.

Per realizzare tale obiettivo è necessario un valido e concreto apporto degli operatori della giustizia di tutti gli Stati a sostegno dell'azione dell'O.N.U.. Urge pertanto una solerte iniziativa concordata in seno alle Nazioni Unite protesa al raggiungimento dello scopo. Tanto in quanto l'ordinamento e gli organi di giustizia internazionale, nella gravissima crisi che è in atto del sistema di tutela dei diritti primari, di sicurezza e della pace, hanno posto in estrema evidenza lo scarso valore di esortazione e di raccomandazione dei medesimi.

La carenza di poteri decisionali vincolanti e la natura esclusivamente consultiva che caratterizzano le attuali organizzazioni internazionali, in caso di mancato accordo tra le parti contendenti, non consentono, salvo taluni casi nei quali è previsto l'intervento del Consiglio di Sicurezza dell'O.N.U. con le sue decisioni unanimi, una effettiva, reale, certa e conclusiva definizione delle questioni attinenti al mantenimento della pace, della sicurezza sia intercontinentale che locale.

L'incertezza, il mancato o insufficiente coordinamento tra i vari organi in esame, impongono una sollecita riforma, al fine di compiere ogni sforzo onde pervenire ad una soluzione pacifica delle controversie già insorte o di quelle che potranno in futura verificarsi.

Conclusosi il secolo XX, contrassegnato, nei suoi risvolti negativi, da due guerre mondiali e dalle non poche guerre locali, che hanno rubato all'umanità tante vite e sacrificato tanti irrinunciabili valori sull'altare dell'oltranzismo e delle dittature, le speranze delle giovani generazioni sono tutte rivolte ad un domani migliore per la salvaguardia dei diritti universali e l'affermazione dei principi generali di unità, libertà, solidarietà e cooperazione tra i popoli.

La violazione di tali diritti e la non adeguata tutela dei suindicati principi, malgrado gli accordi collettivi stipulati fra gli Stati, previsti nel Diritto Internazionale Generale e la configurazione come crimine internazionale in relazione a varie figure di reato, come il genocidio, la pulizia etnica e la rappresaglia contro i componenti le comunità che tali reali subiscono, non trovano ancora una credibile ed una adeguata risposta al tempo d'oggi.

A nulla sono valse le molteplici dichiarazioni dei diritti dell'uomo e dei principi dell'assemblea Generale dell'O.N.U.. Non si sono rivelate bastevoli le funzioni della Corte Internazionale di Giustizia che ha sostituito la Corte permanente di Giustizia Internazionale che funziona in base allo Statuto annesso alla Carta dell'O.N.U.. Non è servita l'istituzione del Tribunale Penale permanente del luglio 1998 in Roma. Stà di fatto che i delitti contro l'integrità fisica, morale e materiale dei singoli componenti le comunità che li subiscono si sono moltiplicati. Né il benché minimo risarcimento a favore dei soggetti lesi, attraverso una efficace ed immediatamente esecutiva procedura da parte dell'O.n.u., è ancora intervenuta, né si prevede in tempi ragionevolmente brevi. Di qui la esigenza che la Commissione di diritto Internazionale, costituita in base all'art 13 della carta delle Nazioni Unite dall'assemblea, con risoluzione 21 novembre 1947 n°174, assorba ed inquadri tutte le suindicate commissioni e convenzioni e curi la redazione di un progetto unitario per l'armonizzazione e il riavvicinamento delle norme già esistenti in materia. Occorre snellire le procedure e renderle concretamente applicabili sulla scorta di quanto previsto dall'art. 2 paragrafo 3-4 e dall'art. 33 paragrafo 1 della carta delle nazioni Unite che ribadisce l'obbligo delle parti di una controversia la cui continuazione sia suscettibile di mettere in pericolo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, perseguirne una soluzione "mediante negoziati, inchieste, mediazioni, conciliazione, arbitrato, regolamento giudiziale, ricorso ad organizzazioni o accordi regionali o altri mezzi di loro scelta".

Il capitolo VI della Carta delle Nazioni Unite che detta regole assai precise e dettagliate con le quali disciplina la funzione conciliativa del Consiglio di Sicurezza, con meri poteri di raccomandazione non destinati a sfociare mai in decisioni vincolanti, grazie anche ai veti sempre ricorrenti di uno qualunque dei suoi membri permanenti; l'art. 12 della carta, il quale prevede che l'assemblea deve astenersi dall'intervenire su questioni su cui si stia occupando il Consiglio; l'attività di mediazione del Segretario Generale dell'O.N.U. che è organo meramente esecutivo e subordinato all'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza o dell'assemblea generale, non soddisfano nè assicurano soluzioni concrete, tempestive e convincenti alle controversie che richiedono invece conclusioni energiche ed immediate.

Ecco perché si appalesa improcrastinabile una nuova e più funzionale organizzazione internazionale solidale e federale delle Nazioni Unite. Un libero e spontaneo movimento di opinione è a tal fine sorto, denominato Azione Internazionale Giustizia, nel quadro delle iniziative parallele ai compiti propri dell'associazione Internazionale dei Magistrati, con lo specifico intento di creare un valido supporto propositivo e propulsivo all'opera del Segretario Generale dell'O.N.U.. Esso, come forza di volontariato è articolato in distinti settori professionali, e, nell'ambito delle specifiche competenze ai vari livelli, persegue in tutte le aree del suo sviluppo futuro le seguenti finalità:

1) prospettare una organizzazione internazionale unitaria, tecnicoamministrativa della Giustizia delle Nazioni Unite che sia in grado di garantire in maniera globale il miglioramento delle condizioni di vita dei vari paesi;

Dal trattato costituzionale europeo alla federazione degli stati ...

2) unificare il diritto sul piano internazionale, tutelando la specificità ambientale e la identità ancorata alla presenza sul territorio sul quale vivono ed operano come soggetti di diritti e di doveri i singoli cittadini, ognuno in possesso del proprio status nell'ambito della comunità degli Stati;

3) agire in convergenza con la società civile internazionale al fine di istituire un unico ordinamento internazionale che garantisca la par condicio negli ambiti nazionali e sopranazionali;

4) rammodernare l'O.N.U. e il suo Consiglio di Sicurezza per realizzare un nuovo ordinamento internazionale democratico e paritario, prodotto di una Costituzione Universale dei popoli.

Soltanto un ordinamento improntato ai suindicati principi dotato di rinnovati organi istituzionali dell'organizzazione delle Nazioni Unite, di giustizia e garanzia internazionali potrà assicurare il rispetto Costituzionale dei diritti sanciti dalla Carta dell'O.N.U. per reprimere, con i necessari poteri decisionali di questa, adeguatamente rimodellata in uomini, mezzi e strutture, i conflitti e ristabilire la pace in via preventiva onde scongiurare qualsiasi pericolo di attentato alla stessa.

È necessario, a mio avviso, dotare l'O.N.U. di una Corte Costituzionale e del potere di indire referendum per i popoli dei singoli Stati al fine di risolvere democraticamente e legittimamente le annose questioni che travagliano da secoli il genere umano afflitto da insensate guerre intestine e da infinite sofferenze.

Nel 1947 a Montreux si costituì il Movimento Mondiale per il Governo Federale Mondiale con l'obiettivo di riformare l'O.N.U. al fine di rafforzare e di democratizzare tale istituzione.

Emery Reves nel suo libro *Anatomia della pace* affermava che “credere che possiamo mantenere la pace tra uomini che vivono in unità nazionali separate col metodo della diplomazia e della politica, senza la creazione di un legislativo sovrano, di istituzioni giudiziarie indipendenti e di organi esecutivi che esprimono la sovranità del popolo e vincolino tutti ugualmente, è puro sogno.”

Il modello cui si ispira Reves è quello della Convenzione di Philadelphia che in 4 mesi elaborò la Costituzione degli Stati Uniti.

Una sana ed effettiva democrazia, nell'ambito delle singole Nazioni Unite, presuppone la piena consapevolezza da parte dei cittadini di queste, che i loro rappresentanti politici abbiano l'autorità morale e dispongano del protrato consenso popolare in ordine alla loro attività di governo.

I bilanci di quest'ultima e non la sola continua e martellante presenza in televisione o sulla stampa devono essere alla base del giudizio sui comportamenti e le decisioni istituzionali ed amministrative al vaglio progressivo della pubblica opinione dei vari paesi che, alla fine degli specifici mandati, valuta, attraverso il voto, la sua fiducia nei confronti di coloro che hanno gestito il potere nel tempo in cui questo viene amministrato secondo gli interessi particolari o generali in rapporto alle diverse maggioranze che si alternano nei vari parlamenti nazionali.

Una comunità internazionale che si proclama democratica deve controllare e, se

del caso riformare, anche a mezzo dell'istituto del referendum, qualsiasi atto che sia in palese contrasto con l'interesse collettivo nazionale ed internazionale che non può essere asservito ai capricci e al tornaconto di pochi soggetti interessati i quali sono tenuti a osservare le leggi al pari degli altri e a non modificarle secondo il proprio arbitrio o piacimento, contro il dettato delle costituzioni e della carta dell'O.N.U., che non possono essere stravolte.

In una società universale nella quale la metà della popolazione mondiale vive con meno di due dollari al giorno, un quinto con meno di un dollaro¹.

Nonostante l'eccedenza di cibo ottocentoquarantamiliardi di persone sono ufficialmente considerate malnutrite perché non possiedono il denaro per comprarlo.²

A centomilioni di bambini viene negata l'istruzione elementare.³

Un terzo degli abitanti del mondo povero muore per cause che potrebbero essere evitate, quali malattie infettive, complicazioni dovute al parto e malnutrizione.⁴ *ibid*

La stessa percentuale non ha sufficiente accesso all'acqua potabile⁵ *ibid* a causa della scarsità di investimenti, dell'inquinamento e dell'utilizzo eccessivo di acqua da parte dell'agricoltura industriale.

I cambiamenti climatici provocati dalle emissioni di anidride carbonica e di altri gas oltre che a determinare violenti sconvolgimenti di maremoti ed uragani con notevoli disastri e perdite di vite umane, stanno riducendo ulteriormente, con ampliamento delle zone aride, l'innalzamento del livello dei mari e la riduzione della portata dei fiumi alimentati dai ghiacci- la capacità della terra di nutrire se stessa.

In parte per l'influenza esercitata dall'industria petrolifera, i governi del mondo ricco si sono rifiutati di concordare una riduzione dei combustibili fossili sufficiente ad arrestare il fenomeno. Le istituzioni fondate per "salvare le future generazioni dal flagello della guerra" hanno fallito (confr. intr.allo statuto O.N.U. 1945).

Dalla fine della seconda guerra mondiale circa trenta milioni di persone sono state uccise in conflitti armati. Per maggior parte erano civili.

L'ordine mondiale creato dai ricchi e dai potenti è stato prevedibilmente benevolo nei loro confronti.

Presi insieme i dieci individui più ricchi della terra nel 2002 possedevano un patrimonio che ammontava a duecentosessantasei miliardi di dollari (cfr. calc. da Luisa Kroll in collaborazione con Lea Goldman, *The world Billionaires 2002*)

Questa cifra corrisponde a cinque volte il gettito degli aiuti erogati dalle nazioni ricche ai paesi poveri ed è all'incirca sufficiente a finanziare tutti gli obiettivi sanitari proclamati dalle Nazioni Unite fino al 2015.

1 Banca Mondiale world Developirent Report 2000%2001 Altiicking Povertà, world Bank Group, Washington,2002.

2 Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura, the State of food insecurity, in the world 2002, FAO, Roma, 2002

3 Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo

economico, Preparing for the world summit: some information about sustainable development, redatto da V. Vitalis, OECD, Paris 2002.

4 *Ibid*

5 *Ibid*

Dal trattato costituzionale europeo alla federazione degli stati ...

Questo è il mondo nel quale viviamo arricchito da progetti per il futuro dalla ascesa al pianeta Marte dopo aver raggiunto la Luna, alla cui conquista si apprestano, dopo gli americani anche i cinesi.

Una comunità governata da oligarchie a livello planetario che condizionano le democrazie e illegalmente annullano in maniera sostanziale le costituzioni e la carta dell'o.n.u. nei loro principi fondamentali non corrisponde ai valori ed alle aspirazioni dei popoli di tutte le nazioni civili e progredite del mondo.

Soltanto le democrazie nel loro complesso unitario e non i gruppi egemonici che di fatto, tramite i loro sottoposti, gestiscono anche il potere politico e le iniziative parlamentari nei vari ambiti nazionali possono salvaguardare i superiori interessi delle comunità civili delle singole popolazioni dei vari stati.

La subordinazione delle istituzioni, governo, parlamento, amministrazioni locali e parte compiacente anche delle magistrature ai voleri delle diverse sovrastrutture e dei predominanti poteri egemonici che dispongono di enormi ricchezze, dei mezzi di comunicazione di massa e delle strutture economiche, finanziarie ed organizzative del grosso capitale, costituisce la più grave mortificazione della comunità delle democrazie nelle sue specifiche reali ed effettive attribuzioni. Il genere umano va salvato dalle interminabili guerre fratricide, alimentate dal terrorismo, dal fanatismo, dal servilismo e dall'assolutismo che provocano ferite mortali agli inani civili coinvolti in massacri sempre più cruenti in tanti paesi dei vari continenti, con l'impoverimento ulteriore dei più poveri e l'arricchimento crescente e sproporzionato dei più ricchi, mediante una lungimirante e severa politica di tutti i paesi democratici dell'universo i quali, attraverso una azione decisa e coordinata da espletare in seno alle Nazioni Unite, devono garantire il rispetto e l'attuazione in concreto dei principi inalienabili consacrati nella Carta di queste.

Non credo che sia necessario aggiungere altro tenuto conto dei brillanti interventi che mi hanno preceduto sul tema oggetto del presente convegno.

Ringrazio l'Ordine degli Avvocati di Roma, il Presidente Alessandro Cassiani e tutti gli altri componenti del predetto, unitamente agli altri partecipanti al convegno e rivolgo a tutti i presenti un fervido arrivederci per il prossimo incontro.

Giovanni Cipollone

Credo vada innanzitutto ricordato che fino alla seconda guerra mondiale, nel diritto internazionale non esistevano norme che garantissero tutte le persone, indipendentemente dalla loro nazionalità, fatta eccezione per i “*crimina iuris gentium*”, quali la pirateria e la tratta degli schiavi.

Il tema fondamentale della tutela dei diritti dell’uomo, ha successivamente avuto sviluppo a livello internazionale, con l’ingresso nei vari ordinamenti costituzionali nazionali.

In verità, il germe che ha dato luogo a tale progettualità, va ricercato nella dichiarazione costituzionale degli Stati Uniti d’America del 1776 e nelle relative dichiarazioni della Francia, risalenti al 1789 e al 1793.

Al tempo delle Società delle Nazioni, primo nucleo di coesione tra le varie nazioni, il settore preso in esame era quello della protezione dei diritti delle minoranze.

A seguito di tanti scempi e delle tante brutture che hanno caratterizzato la seconda guerra mondiale, causando tanti lutti e calpestando la dignità dell’uomo, fu sentita la impellente necessità di proclamare la celebre Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo, deliberata nel 1948 dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite e, a livello europeo, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma nel 1950.

Le Nazioni Unite elaborarono, quindi, i Patti Universali del 1966 e il Patto sui diritti civili e politici e quello sui diritti economici sociali e culturali.

L’evoluzione del diritto internazionale ha poi consentito di affermare, oltre la presa di posizione contro i crimini internazionali, la prospettiva di rispettare norme generali, a prescindere da quelle dell’ordinamento dello Stato di appartenenza.

In questo panorama generale, assume grande rilievo la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali che contiene una elencazione completa di tali diritti.

La Convenzione Europea ha anche previsto a Strasburgo un complesso meccanismo giurisdizionale.

Nel quadro della integrazione europea i risultati conseguiti sono lusinghieri.

Il Trattato costituzionale che legherà tutti i paesi della Comunità europea, servirà ad appianare i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario nel quadro delle norme internazionali ma, l’obiettivo finale non può essere se non quello della “democrazia integrale”.

Ciò consentirebbe la crescita di una umanità libera e responsabile. La tutela e la formazione di beni collettivi, quale ad esempio la pace, la salvaguardia dell’ambiente, costituiscono una imprescindibile finalità.

Bisogna superare le disuguaglianze, eliminare la divisione tra paesi ricchi e paesi poveri e favorire le opportunità sociali per tutti i singoli popoli, in una visione universalistica basata sull’etica, tenendo sempre presente che non può esservi legalità dove sono assenti i principi etici.

Dal trattato costituzionale europeo alla federazione degli stati ...

Punti fermi devono essere il rafforzamento dell'autorità delle Nazioni Unite, la loro riforma e democratizzazione, la nascita di un corpo permanente internazionale di polizia, sotto l'egida delle Nazioni Unite, la armonizzazione delle forme di giustizia ma, soprattutto l'impegno di tutti per una maggiore collaborazione e solidarietà sociale.

La contrapposizione tra i due blocchi Est e Ovest che ha caratterizzato gli ultimi cinquanta anni del secolo scorso, ha lasciato il posto ad uno scenario mondiale ancor più preoccupante, costituito dal terrorismo e dall'incognita del pericolo nucleare.

Il problema di sicurezza globale richiede un risveglio delle coscienze e una maggiore forza persuasiva da parte dei popoli che hanno una cultura di valori fondata sulla tolleranza e sul pacifismo.

Sono in gioco le sorti dell'umanità.

Bisogna rafforzare i poteri delle Nazioni Unite anche attraverso strumenti più efficaci, per rendere concretamente fattibili le sue decisioni, nel rispetto dei valori umani fondamentali e del bene comune.

Dott. Fernando De Angelis

Dapprima rivolgo un caloroso saluto a tutti i presenti intervenuti, ed in particolare all'indirizzo del Presidente dott. Gennaro Calabrese, Relatore dell'odierno convegno, all'Avv. Fabio Maria Galiani, alla Dott.ssa Wanda Montanelli, e, infine, all'Avv. Giovanni Cipollone, Consigliere dell'Ordine degli Avvocati di Roma, il cui intervento abbiamo ora avuto modo di apprezzare, e che mi ha chiamato ad intervenire qui sul momento.

Prima di affrontare l'argomento odierno mi sia consentita una divagazione storica, un *excursus*. Tra il diritto comunitario e lo *ius commune* medievale intercorre una significativa similitudine entrambi nascono in un'Europa politicamente frammentata e alla ricerca di un potere politico sovranazionale.

Tale si presentava la situazione del nostro continente all'indomani della fine del secondo conflitto mondiale e tale era alla caduta dell'impero romano d'occidente, nell'anno 476, che segna. Per convenzione, la fine dell'era antica.

L'uomo, in entrambe queste due epoche storiche, distanti tra loro, si trova solo con sé stesso, impaurito, chiuso nelle mura medievali nel v secolo e nei nuovi confini nazionali delineati al termine dell'ultima guerra mondiale.

Il diritto comunitario e lo *ius commune* nascono per travalicare le divisioni e le separazioni tra i popoli dell'Europa, che si apre a nuovi tempi da costruirsi giorno per giorno.

Si ricordi che già nel 1951 il trattato C.E.C.A., come poi quelli C.E.E. e C.E.E.A., è sottoscritto dalla Francia della IV repubblica e dalla Germania (allora R.F.T.), nella qualità di stati fondatori dell'istituzione comunitaria, nazioni che, solo pochi anni prima, si erano viste contrapposte in confliggenti sforzi bellici, anche in considerazione della loro vicinanza geografica e di vecchie ruggini internazionali, legate alle rivendicazioni tedesche sulla regione francese dell'Alsazia - Lorena, contesa fin dai tempi di Napoleone III.

Già in data 9 maggio 1950 (giorno che da quel momento sarà ricordato come festa dell'Unione Europea) l'allora ministro degli esteri francese Robert Schuman dichiarava pubblicamente l'intenzione di "mettere l'intera produzione francese e tedesca del carbone e dell'acciaio sotto una comune alta autorità, nel quadro di una organizzazione alla quale possono aderire altri paesi europei".

Ad oggi viene da chiedersi quale *forma juris* adotti, nell'ambito della comunità internazionale, la U.E., la cui costituzione del 2004 non è entrata, come noto, ancora in vigore, anche per le bocciature referendarie ad opera della Francia e dei Paesi Bassi.

Si è parlato, a riguardo, di federazione o confederazioni di stati.

Del resto già il quadro istituzionale nato dalla c.e.c.a. si può considerare come un compromesso tra i sostenitori della integrale unificazione del continente dal punto di vista politico (i c.d. federalisti) e coloro (i c.d. con federalisti), che, forse più animati anche da un senso di realismo storico, non ritenevano opportuna una esorbitante ingerenza nella sfera della sovranità dei singoli stati.

Dal trattato costituzionale europeo alla federazione degli stati ...

Questa seconda tesi fu sostenuta da Charles de Gaulle, il demiurgo della V Repubblica francese, e da Winston Churchill, anche se lo stesso Regno Unito non fu tra i paesi fondatori delle tre comunità.

Ma il grande statista inglese, in un discorso tenuto presso l'università di Zurigo nel settembre 1946 aveva già avuto modo di ammonire: "...noi dobbiamo costruire gli Stati Uniti d'Europa ... Il primo passo nella ricostruzione della famiglia europea dev'essere una partnership tra Francia e Germania".

La nascita della c.e.c.a. ha visto dunque prevalere la corrente di pensiero funzionalista nella diatriba tra i sostenitori della tesi confederalista e coloro che erano propensi all'opzione federalista nel delineare la struttura dell'istituendo organismo sopranazionale.

I funzionalisti, tra cui vanno annoverati lo stesso Robert Schuman e Jean Monnet, un altro politico francese padre dell'Europa, sostenevano che l'integrazione europea doveva attuarsi attraverso il graduale trasferimento di compiti e funzioni in settori ben determinati a istituzioni indipendenti dagli stati, capaci di gestire in modo autonomo le risorse comuni.

Trattasi della politica del c.d. *Sector by sector approach*; difatti la C.E.C.A. nasce come comunità settoriale.

Monnet, che sarà il primo presidente della Alta Autorità della C.E.C.A. nel 1952, già in tempo di guerra aveva espresso la propria aspirazione all'integrazione europea, cessati i fuochi del conflitto. Infatti il 5 agosto 1943 ad Algeri, nelle vesti di membro del comitato nazionale di liberazione, ebbe a dichiarare: "non ci sarà mai pace in Europa se gli stati si ricostituiranno su una base di sovranità nazionale", c'è bisogno "che gli stati d'Europa formino una federazione o un'entità europea che ne faccia una comune unità economica".

A riguardo però viene da chiedersi anche cosa si intenda dal punto di vista politico per stato federale e quali caratteri presenti una confederazione di stati sovrani. Sul punto necessitano dunque precisazioni terminologiche di carattere storico.

Storicamente, infatti, le confederazioni indicano unioni blande tra stati sovrani, che dal punto di vista internazionale mantengono una piena soggettività.

Tra tali stati non circola, nella maggior parte dei casi, una moneta comune e le relazioni economiche degli stati con paesi terzi sono gestite autonomamente dalle singole nazioni confederate. In tal senso si pensi oggi dalla confederazione della C.S.I., nata dal dissolvimento dell'U.R.S.S. o alle tredici colonie americane, nel periodo dei primi anni della indipendenza dalla Gran Bretagna, il quale si protrae fino alla costituzione del 1787.

Diversamente, la svizzera ad oggi viene definita comunemente una confederazione, ma solo per un retaggio storico, configurandosi in realtà come un ordinamento federale in senso stretto. Del resto anche per la U.E. l'adozione di una moneta comune ha accelerato il processo di un mutamento politico in senso federale; in realtà essa circola non in tutti i paesi membri, e, tra quelli di più recente adesione a far data dal 1 maggio 2004, nella sola Slovenia con l'inizio del corrente anno.

Inoltre la sola parziale comunitarizzazione del secondo e del terzo pilastro, su cui basa la U.E., e il deficit di significativi, seppur accresciuti da ultimo, poteri del parlamento nella formazione delle norme comunitarie, nella quale la commissione presenta un ruolo centrale, fanno emergere dubbi sulla possibile configurazione della u.e. quale stato federale.

Inter coetera troppe materie sono ancora di competenza esclusiva statale, quale quella penale, nonostante lo strumento della sussidiarietà ex art. 5 e 308 T.C.E., che allarga l'ambito di intervento normativo comunitario (sul punto si rimanda, più in generale, alla teoria sui c.d. poteri impliciti, come evolutasi nella esperienza costituzionale statunitense).

Ad oggi quindi l'U.E. è alla ricerca di una propria più ampia legittimazione politica, che non può prescindere da una valorizzazione della sfera dei diritti dei singoli cittadini degli stati nazionale in un ambito sovranazionale.

L'individuo non è più visto solo come *homo oeconomicus*; significativamente, con la firma del trattato di maastricht la C.E.E. ha adottato *simpliciter* il nome di C.E. pur tenendo fermo dal punto di vista politico *l'acquis communautaire* consolidatosi fino a quel momento. Si ricorda poi come, in tema di *bill of rights*, già la corte della C.E.D.U. aveva offerto una tutela significativa a partire dai primi anni della seconda metà del secolo scorso.

La giurisprudenza della corte della C.E.D.U. rappresenta dunque un patrimonio comune e una tavola di valori volti a stringere i rapporti tra i paesi firmatari di tale convenzione, che allo stesso tempo sono membri della U.E., come da ultimo allargata alla Romania e alla Bulgaria. Il T.U.E. all'art. 6 recita infatti con forte pragmatismo che tale organismo sovranazionale "rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali degli stati membri, in quanto principi del diritto comunitario", la costituzione europea si spinge oltre, prescrivendo che l'U.E. aderisce alla C.E.D.U., pur facendo salve le competenze dell'unione come tracciate dalla costituzione, ex art. 1-9, parte I, titolo II. Inoltre più generale ci si è interrogati sull'opportunità politica della decisione di adottare a Roma nel 2004, per la U.E., un costituzione (non certa snella nei contenuti, in considerazione dei suoi 448 articoli), atto politico per *forma juris* rientrante nella tradizione istituzionale degli ordinamenti costituzionalmente rigidi, ma pur sempre nazionali e statali (sul punto lo studioso tedesco Dieter Grimm ha approfondito la problematica).

Del resto il trattato, fonte di secondo grado del diritto internazionale, in quanto doverosamente rispettoso della consuetudine, si presenta come l'insieme di norme fondanti e sostanzialmente costituzionali per gli stati sovrani di un erigendo organismo sopranazionale.

Ma trattasi ad oggi di cavilli e bizantinismi, dato l'arresto nel processo di ratifica della costituzione da parte degli stati nazionali.

Dal trattato costituzionale europeo alla federazione degli stati ...

La costituzione risulta volta comunque a riempire il *deficit* democratico popolare comunitario, anche se, nella stesura finale, si è rinunciato a inserire il passo di tucidide (“la nostra costituzione ... si chiama democrazia perché il potere non è nelle mani dei pochi, ma dei più”). Inoltre si è avanzata la critica che la costituzione europea in più punti si presenti come mera consolidazione degli atti politici fondanti della u.e. susseguiti nel tempo.

Tale documento rimanda ai contenuti dei trattati U.E. e C.E., come modificati nel tempo, i quali risultano abrogati, a differenza di quello c.e.e.a. o euratom, *ex art. Iv/437 parte IV*. Ad esempio la carta di Nizza del 2001 è stata inserita nella seconda parte della costituzione europea, assumendo così valore giuridico e non solo politico, quale riveste ad oggi.

Inoltre frequentemente la costituzione europea è stata oggetto di dibattito, nell’opinione pubblica, in merito a questioni di scarso peso giuridico, o per meglio dire “ornamentali”. Si è discusso lungamente sulla mancata menzione, nel preambolo, delle radici cristiane o cristiano-giudaiche dell’Europa.

In realtà questa così accesa problematica presenta uno scarso rilievo per l’operatore del diritto. Infatti il preambolo costituzionale presenta senz’altro, in questo caso, una mera valenza politica e non giuridica; esprime voti, auspici, affermazioni di principio, spesso non puntualmente riscontrabili nel dettato costituzionale in senso proprio.

Tale natura prettamente politica è presente nel preambolo della costituzione statunitense del 1787. Diversamente presentano un carattere precettivo giuridico i preamboli delle costituzioni francesi del 1946 e 1958.

Volgendo poi lo sguardo al nostro ordinamento si può osservare che con difficoltà si è avuta la affermazione del principio del primato del diritto comunitario *intra moenia*.

Dapprima a livello costituzionale l’ordinamento dell’U.E., come anche il pilastro comunitario, è legittimato indirettamente dall’art. 11 *e, apertis verbis*, dall’art. 117, ma solo in seguito alla riforma della *devolution* del 2001.

Ma le norme comunitarie, in particolar modo quelle provviste di effetto diretto, non possono derogare ai principi del nostro ordinamento interno o pregiudicare principi inalienabili della persona umana, come ha statuito la consulta con sent. 115/1993.

Il giudice delle leggi ha anche avuto modo di regolare il rapporto tra le norme comunitarie e quelle interne, fino ad affermare il principio del primato del diritto comunitario, già affermato dalla corte di giustizia.

Ma il cammino si è presentato tortuoso.

La Corte Costituzionale con sent. 14/1964 aveva avuto modo di statuire che un atto comunitario (nella specie un regolamento) presenta lo stesso rango di una legge ordinaria italiana, dacché, nel caso di conflitto, tra le due normative, deve ricorrersi agli ordinari criteri (quali la gerarchia delle fonti, efficacia delle fonti nel tempo e nello spazio).

In seguito (decisione 232/1975) la corte cambia il proprio orientamento delineando una forza di legge passiva rinforzata delle fonti comunitarie rispetto alla legislazione interna ordinaria cronologicamente successiva.

Ma precisa che il giudice nazionale non può disapplicare autonomamente una normativa nazionale incompatibile con un atto comunitario, ma deve richiedere prima che venga, su tale *thema decidendum*, introdotto un giudizio di legittimità costituzionale davanti alla stessa consulta, la quale sia chiamata a pronunciarsi sul contrasto di competenza in questione. Il primato del diritto comunitario era stato comunque affermato *in nuce* dallo stesso giudice già con le decisioni nn. 98/1965 e 183/1973.

Da ultimo la corte con sent. 170/1984 stabilisce che la emanazione di un regolamento comunitario fa sì che, sulla stessa materia, il legislatore interno possa legiferare, non essendo la materia stessa sottratta alla sua competenza.

In caso di contrasto del regolamento con una norma interna successiva, il giudice di merito ha il potere di disapplicare *jure proprio* la normativa nazionale in contrasto con quella comunitaria. Inoltre la corte rileva che l'ordinamento comunitario e quello nazionale vanno configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione delle competenze stabilite dal trattato.

Sul punto la consulta si allinea a quanto deciso dalla Corte di Giustizia nella causa *Simmenthal* (sent. 106/1977).

Invero lo strumento del regolamento può essere volto a far rientrare nell'ambito del diritto comunitario anche materie in precedenza oggetto di convenzioni internazionali tra gli stati membri. A riguardo il regolamento c.e. 44/2001 ha comunitarizzato i contenuti della convenzione di Bruxelles del 1968 in tema di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

In conclusione il rango delle fonti comunitarie nel nostro ordinamento risulta comunque non sempre certo.

Nel caso delle direttive in senso proprio, che la costituzione europea rinomina leggi-quadro europee, esse occupano il rango delle fonti che le recepiscono, secondo un più generale principio di diritto internazionale.

Per i regolamenti, fonti ad efficacia diretta, che la costituzione del 2004 ribattezza leggi europee, il discorso si complica; essi vengono comunque collocati in una posizione intermedia tra la costituzione e la legge ordinaria, rispetto alla quale presentano una forza passiva rafforzata, potendo essere modificati ed abrogati da fonti comunitarie di pari rango.

Da ultimo, due casi pratici per comprendere l'incidenza delle fonti soprannazionali, non solo comunitarie, nel nostro ordinamento interno.

Trattasi, *razione materiae*, di questioni inerenti il diritto e la procedura penali assai concrete.

La prima è recentissima: sul punto la cassazione, con sent. I sez. Penale 11/10/2006-17/1/2007 n.1072 tratta degli apporti del diritto comunitario ed interna-

zionale ai fini del disposto dell'art. 270 - *sexies c.p.*, che precisa, con norma di interpretazione autentica, le condotte con finalità di terrorismo.

Più precisamente l'inserimento di un soggetto o di una organizzazione internazionale negli elenchi dei sospetti terroristi, formati a livelli sopranazionale (il c.d. *listing*), ha un valore meramente amministrativo e, sul piano processuale, indiziarlo ai fini del delitto citato, non essendo di per sé possibile desumere la natura terroristica dell'associazione di cui all'ars. 270-*bis c.p.* da una risoluzione del consiglio di sicurezza dell'O.N.U., nel caso la n. 1267 del 15/10/99 o da un regolamento comunitario, più specificatamente il n. 467/01, confluito poi nel 881/02, come modificato dal n. 561/03.

Donde la fonte comunitaria e la risoluzione non possono "riempire" in concreto il disposto dell'art. 270 - *sexies c.p.*

Altrimenti saremmo di fronte ad una prova legale nel processo penale, inammissibile nel nostro ordinamento, in quanto sottratta alla valutazione del prudente apprezzamento del giudice.

Inoltre si ricorda come la stessa risoluzione, atto dall'altissimo contenuto politico, vada inquadrata nell'ambito del c.d. *soft law*, di per sé non vincolante, pur potendo concorrere alla formazione della prima fonte del diritto internazionale, la consuetudine.

Sempre nell'ambito del processo penale si è avvertita poi l'esigenza di estendere lo strumento della revisione ai casi in cui il condannato, con sentenza passata in giudicato, abbia adito la corte della C.E.D.U., la quale abbia rilevato nel processo in questione una violazione della convenzione del 1950, che abbia portato alla ingiusta condanna definitiva dell'imputato. Ma ad oggi, *de jure condito*, il processo interno non si può riaprire in caso di accertamento di una detta violazione della C.E.D.U.

Infatti i casi di revisione (art. 630 *c.p.p.*) Si presentano come tassativi.

Sul punto la cassazione ha indirizzato al legislatore un monito, perché colmi tale lacuna normativa, potendosi chiaramente limitare ad un autorevole, seppur non vincolante, sollecitazione. Del resto in tal senso nella scorsa legislatura erano stati presentati diversi disegni di legge, che tali sono rimasti.

Nell'auspicio che il legislatore si riprometta di adempiere a tale dovere per ragioni di giustizia sostanziale, e con la speranza di aver portato un piccolo contributo alla discussione, seppur *summatim*, in un contesto odierno che si rifà al diritto interno e quello comunitario, nel più ampio ambito del diritto della C.E.D.U. e di quello internazionale, ringrazio ancora tutti i presenti.

Dott.ssa Wanda Montanelli

Signori partecipanti, signori rappresentanti delle istituzioni, signori avvocati e smagistrati, abbiamo tutti noi chiaro in mente un concetto: il futuro dell'europa non può non passare attraverso la sottoscrizione di un documento costituzionale comune. L'Europa che vogliamo, l'Europa che abbiamo in mente, l'Europa che abbiamo sognato e in cui sino ad oggi abbiamo sperato non può prescindere da una Costituzione riconosciuta da tutti i Paesi membri che contenga i principi e i valori a cui tutti noi facciamo riferimento.

La solidarietà, la giustizia sociale, la libertà di espressione, la considerazione della diversità come elemento di ricchezza, il rispetto della vita umana, sono tutti fattori naturalmente insiti nel nostro dna continentale, fanno parte della nostra stessa essenza e del modo di pensare di ogni cittadino europeo.

È la nostra storia, è la storia dei nostri padri, è il tratto somatico proprio di ognuno di noi. Di noi che vogliamo credere in un futuro fatto di Pace e cooperazione, in cui l'Europa, finalmente unita, reciti il ruolo di primo piano che la storia da sempre le ha assegnato e sia impegnata in prima linea in una battaglia per la Pace e per la comprensione.

Sì, una "Battaglia per la Pace", apparentemente una contraddizione in termini, ma in realtà un obiettivo alto e ambizioso che solo un'Europa unita può portare avanti con successo. Una battaglia che ognuno di noi è ansioso - questa sì - di combattere sin da ora.

Se provassimo oggi qui a fare un piccolo esperimento, a immaginarci per un istante un futuro in cui l'Europa non esistesse, ci troveremmo di fronte a ben poca cosa e anzi, a guardar bene, ci troveremmo di fronte a qualcosa che non sarebbe forse neanche possibile definire futuro. Pensate solo alle grandi emergenze del pianeta, pensate al problema dell'acqua, al surriscaldamento terrestre, al grido di aiuto che ci giunge giorno dopo giorno più forte dall'africa, pensate al rispetto dei diritti umani e della dignità personale.

Come potremmo far fronte a tutto ciò se non sapessimo di poter contare sulla prospettiva di un'europa unita, terra di Pace e di speranza? Come possiamo guardare al domani senza poter far pesare la lezione del passato, senza poter fare appello alle nostre radici e alla nostra identità? E, guardate, la nostra forza è proprio questa: la nostra forza è che noi Possiamo. Possiamo ma anche dobbiamo. L'Europa deve diventare un soggetto unico che mette al servizio del mondo l'autorevolezza internazionale e la conoscenza storica che le sono proprie e connaturali.

Portare a compimento il processo di unificazione e superare l'attuale l'orizzonte ridotto, e ormai inadeguato, è per tutti noi un dovere morale prima ancora che una facoltà. Gli obiettivi di benessere comune, di eliminazione delle nuove forme di schiavitù, di riconoscimento per ciascuno di noi del diritto ad avere pari opportunità nella vita, di sicurezza globale di fronte alla crescente minaccia del terrorismo, sono conseguibili soltanto attraverso uno sforzo comune e sinergico ad ognu-

Dal trattato costituzionale europeo alla federazione degli stati ...

na delle realtà del Vecchio Continente. E ancora la conferma e la vera realizzazione dei diritti delle donne, che pari agli uomini possano contare e incidere a costruire il futuro d'Europa con l'intelligenza e il talento femminile che al pari degli uomini finalmente abbia spazi e luoghi e occasioni di valere.

Sapete, in questo mondo sociale globalizzato non sembrano avere luogo il cambiamento e il progresso dei costumi, la conferma dei valori, la crescita della democrazia. Abbiamo tutti l'impressione di un inesorabile imbarbarimento dell'esistente, con danni costanti perpetrati con la violenza, gli abusi, l'uso cinico dei mezzi di comunicazione di massa. Le vite condotte ai soli fini di lucro. I messaggi del vivere per apparire. Il vuoto di contenuti in esseri umani che in tanti, troppi, perdono punti di riferimenti sicuri e lasciano che nei propri cuori attecchiscano idee e modalità esistenziali che sono dei veri e propri percorsi all'indietro. La contaminazione dal mondo globalizzato del brutto e dell'arretrato, delle privazioni di bambini che fino a venti anni fa ci avrebbero fatto inorridire

Ed a cui oggi ci andiamo assuefacendo perché risulta anche difficile ormai scandalizzarci e meravigliarci del "peggio" odierno che è minore di quello a cui assisteremo domani e inferiore a quello che i nostri occhi hanno visto ieri. Con criminalità originale e sfrontatezza sempre più estreme. L'esempio negativo fa presa nel "vuoto di ideali". L'involutione sembra essere inarrestabile.

Abbiamo bisogno dell'Europa per cercare il mondo migliore a cui abbiamo diritto e di cui abbiamo bisogno.

Questo si troverà solo innescando un movimento virtuoso d'opinione internazionale, favorito da un'apposita campagna di comunicazione politica che faccia comprendere ad ognuno degli interlocutori europei che il Trattato di Nizza, e il "Testo Unico" successivo, sono soltanto un punto avanzato di partenza da cui si potranno raggiungere gli obiettivi che ci stanno a cuore, agendo tutti insieme come un unico soggetto, con un'unica voce, un unico presidente ed un unico ministro per gli Affari Esteri, così come previsto proprio dal Trattato Costituzionale Europeo. Solo costruendo "La nostra patria Europa", per dirla con Alcide De Gasperi, si può pensare davvero di offrire una risposta concreta e adeguata a tutte queste istanze a alla complessità del momento che viviamo. Per determinare processi politici democratici maturi, fondati su elezioni libere ed eque, basati sul principio della legge e sul pieno rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

finito di stampare nel mese di marzo 2008
per i tipi della Ulisse Editrice s.r.l.
via Angelo Olivieri, 82 - 00122 Roma