

OMNIA *i*USTITIAE

ANNO XVIII NUMERO 1

Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore



EDITORIALE

È Sempre la stessa storia

HISTORIA ET ANTIQUITATES

La Tōrah, queste sono le norme
che tu esporrai loro

INSERTO

Regolamento per avvocati stabiliti
approvato con delibera del COA
n. 5 del 12.03.2021

**Periodico Quadrimestrale
dell'Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore**

Registrazione presso il Tribunale
di Nocera Inferiore
n. 184 del 23.02.2004

Presidente

Guido Casalino

Direttore Editoriale

Luigi Ciancio

Direttore Responsabile

Marianna Federico

Comitato di Redazione

Lucia Apuzzo
Marianna Arpaia
Barbara Barbato
Carmela Bonaduce
Antonio Coppola
Maria Coppola
Renata Gaeta
Gianluca Granato
Eliana Libroia
Emiliana Matrone
Andrea Milo
Angelo Mondelli
Marianna Polito
Gaetano Riccio
Giuseppina Romano
Eleonora Stefanelli
Rossella Ugliano

Hanno collaborato a questo numero

Gennaro Stefano Del Verme
Raffaele Giannola

Segretario di Redazione

Massimo De Martino Adinolfi

Proposte e suggerimenti ai contatti

Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore
Tel./Fax 081.929600 - 081.927432
e.mail:
omniaiustitiae@foronocera.it

Progetto grafico a cura di
Marianna Federico

Il materiale per la pubblicazione,
che dovrà essere inviato su supporto magnetico
formato Word, non sarà restituito

Realizzazione Editoriale

PIBIESSE srl

cell. 081 929449
info@pibiesse.it

Le immagini a corredo di questo numero sono
tratte dal web
© 2021 Foto
PIBIESSE srl

© 2021 Testi
Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore

s o m m a r i o

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	<i>Gaetano Riccio</i> <i>Eliana Libroia</i> L'addetto alle vendite si rifiuta di servire un cliente senza mascherina: è legittimo il licenziamento disciplinare?	29
VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA			
<i>La Redazione</i> Corso in materia di custodia e vendita giudiziaria	6	<i>Giuseppina Romano</i> La differenza tra il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza e il reato di estorsione secondo la sentenza delle Sezioni Unite Penali n. 29541 del 2020 depositata in data 23 ottobre 2020	32
<i>La Redazione</i> Corso di formazione tecnica e deontologica per l'abilitazione alla difesa d'ufficio	9	<i>Eleonora Stefanelli</i> Mediazione immobiliare e recesso del preponente-venditore: è vessatoria la clausola che riconosce la provvigione al professionista-mediatore in assenza di attività	35
GIURISPRUDENZA		DOTTRINA	
<i>Lucia Apuzzo</i> Istanza ex art. 35-ter O.P.: "spazio minimo disponibile" in cella comune e fattori compensativi	11	<i>Andrea Milo</i> Vaccinazione anti-covid del personale sanitario delle R.S.A come tutela del lavoratore ex art. 2087 c.c.: il caso del Tribunale di Belluno.	40
<i>Marianna Arpaia</i> Omessa diagnosi in Germania e decesso in Italia: questione di giurisdizione	17	<i>Angelo Mondelli</i> <i>Raffaele Giannola</i> Excursus normativo dottrinale relativo alla legislazione inerente alle sostanze stupefacenti e psicotrope. Ruolo fondamentale del T.U. 309/90	41
<i>Carmela Bonaduce</i> L'esclusione del giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo: questioni sottoposte alla valutazione della Corte costituzionale e loro definizione	19	HISTORIA ET ANTIQUITATES	
<i>Maria Coppola</i> Disapplicazione della proroga legislativa delle concessioni del demanio marittimo	22	<i>Emiliana Matrone</i> La Töräh, queste sono le norme che tu esporrai loro	46
<i>Gennaro Stefano Del Verme</i> La retrodatazione della decorrenza del termine massimo della custodia cautelare nell'ipotesi di plurime imputazioni connesse	24		
<i>Emiliana Matrone</i> Risponde di un'infrazione unica l'autotrasportatore che, sottoposto a controllo, non è in grado di presentare i fogli di registrazione del cronotachigrafo relativi alla giornata in corso e ai 28 giorni precedenti	26		

È sempre la stessa storia

Le inutili cerimonie di inaugurazione dell'anno giudiziario sono servite in passato e servono oggi solo a raccogliere le crescenti lamentele dei vertici della magistratura i quali evidenziano cose già note: la giustizia è allo sfascio.

Doglianze queste, confermate dalle tante classifiche stilate dai mille organismi preposti a tanto che relegano l'Italia ed il suo Stato di diritto tra gli ultimi del mondo.

I molteplici episodi che si succedono nel nostro Paese e registrati dalla cronaca nera con esasperata quotidianità, sono divenuti motivo di dibattito sullo stato della giustizia e su quanto si potrebbe o si dovrebbe fare per venire fuori da una forma d'impasse in cui ci si è cristallizzati.

Il dibattito che registra la partecipazione non solo degli addetti ai lavori ma anche del cittadino comune che, alla fine, è il diretto fruitore dei servizi del pianeta giustizia.

Dinanzi a decisioni contrastanti, benché afferenti analoghe fattispecie, il cittadino si domanda se i giudicanti operino facendo riferimento ad una medesima codicistica o se invece non siano arbitri di risolvere i casi loro affidati applicando regole personalistiche che finiscono per poi scontentare tutti.

E così la sfiducia nel funzionamento della giustizia diventa tema prevalente nella opinione pubblica sempre più sconcertata di fronte a decisioni che non sempre appaiono comprensibili se rapportate a fenomeni criminosi che, giorno per giorno, interessano il nostro Paese.

Ancor più se, sotto la spinta emotiva, si assumono provvedimenti legislativi discutibili e non in linea con i principi normativi di uno Stato serio e civile.

È indispensabile lanciare messaggi forti perché vi sia un recupero di credibilità nella giustizia.

La garanzia di sicurezza e di tranquillità può essere data solo da uno Stato capace di far sentire la sua presenza forte e di una giustizia che sappia applicare le leggi in maniera adeguata, senza alcuna violazione normativa.

Ma per garantire ciò è necessario che il nostro sistema giudiziario venga rivisitato e siano trovati i giusti rimedi che non ne hanno consentito sin qui un equilibrato funzionamento.

Una più moderna ed adeguata formulazione dei codici, una rimodulazione dei processi civile e penale, udienze più stringenti, sentenze più veloci, revisione delle tabelle di assegnazione degli affari giudiziari iscritti a ruolo.

Questi i segnali provenienti da un Parlamento che funzioni e decida rapidamente.

Cosa mai avvenuta pur considerando che i ministri della giustizia quasi sempre (o forse sempre) sono stati avvocati che probabilmente mai hanno realmente esercitato la professione.

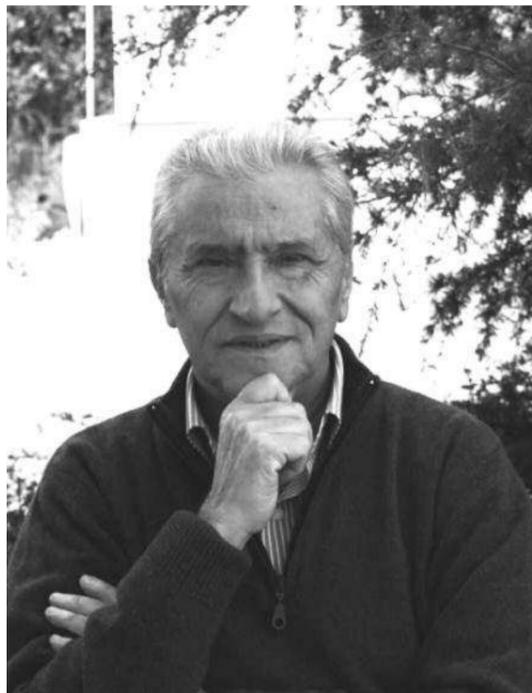
Affidiamo le nostre speranze al nuovo ministro che, a parte la non trascurabile nota di essere donna, è persona capace, diligente e operativa per averne già data ampia prova in tutti gli incarichi che fin qui ha ricoperto.

Auguriamoci che ognuno per la sua parte collabori assumendo atteggiamenti non conflittuali.

Il nostro Paese ha bisogno di ogni più utile risorsa perché si ritorni a respirare aria di legalità e si ritorni ad essere lo Stato di diritto che è sempre stato.

Si legiferi non sulla base di estemporanee emotività ma con la razionalità che il momento, sinceramente difficile, richiede.

Auguriamoci che non abbia più a ripetersi la stessa storia e che la prossima cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario registri plausi ricorrenti e non invece ripetute lamentele.



Voci dal Palazzo di Giustizia

La Redazione

Corso in materia di Custodia e Vendita Giudiziaria

Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, anche quest'anno, nonostante l'emergenza epidemiologica e le conseguenti restrizioni, ha fornito ai propri iscritti, in modalità webinar, una offerta formativa di ottima qualità, nella quale vi rientra sicuramente, per come è stato strutturato, l'evento in materia di esecuzione immobiliare.

L'idea di trattare la materia della esecuzione immobiliare nasce dalla esigenza innanzitutto di aggiornare gli iscritti sulle modifiche apportate dalla L. 12/2019 e di consentire agli stessi di poter presentare la domanda, per la nomina di esperti in materia, anche presso il Tribunale di Nocera inferiore.

La materia, come fatto innovativo, è stata trattata ed esaurita non più in un semplice convegno ma in tre incontri mensili da febbraio a marzo che hanno dato vita ad un vero e proprio corso formativo di taglio pratico. Il corso, presentato nella seduta iniziale dal Presidente del Consiglio dell'Ordine avvocato Guido Casalino, è

stato poi coordinato e moderato dal Consigliere dell'Ordine, avvocato William Nocera, ed ha avuto come relatori il dott. Luigi Bobbio e Pasquale Velleca, entrambi giudici dell'esecuzione immobiliare presso il Tribunale di Nocera Inferiore.

Nella prima lezione del corso, tenuta dal dott. Pasquale Velleca il 26.02.2021, l'argomento trattato è stato quello degli effetti e delle conseguenze ai tempi della pandemia, in materia di custodia e vendita.

Nella seconda lezione invece, tenuta dal dott. Luigi Bobbio il 23.03.2021 è stato ampiamente trattato l'argomento della custodia e dei risvolti dovuti a seguito dei provvedimenti normativi adottati per l'emergenza epidemiologica.

Invece la terza ed ultima lezione, tenuta in data 23.04.2021, ha avuto come relatore il dottor Pa-

squale Velleca, il quale magistralmente ha trattato, sempre in materia di esecuzione immobiliare, la stabilità e gli effetti della vendita.

Tutte gli eventi formativi, la cui durata è stata mediamente di 3 ore, sono stati caratterizzati dalla partecipazione degli iscritti, i quali, al termine di ogni lezione, hanno formulato ai relatori delle domande interagendo con gli stessi anche su questioni pratiche.

La partecipazione e l'interesse degli iscritti al seminario è stata immediata tant'è che, non appena è stato pubblicato sulla piattaforma del sito dell'Ordine dedicata alla formazione, ha visto esaurire in breve tempo i 275 posti disponibili.

Per la partecipazione all'intero corso è stato previsto anche il rilascio di un attestato di formazione in materia di esecuzione immobiliare con il riconoscimento di n. 7 crediti formativi.

Il corso, senza ombra di dubbio, ha destato l'interesse di tutti i partecipanti tant'è che nella prossima offerta formativa del Consiglio dell'Ordine sarà nuovamente inserito con l'auspicio di mettere a disposizione più lezioni e più posti ed ampliare la piattaforma web per consentire un maggior numero di iscrizioni.

Abbiamo sentito gli illustri relatori del Corso, chiedendo loro un breve resoconto della loro esperienza lavorativa presso l'Ufficio Esecuzioni Immobiliare del Tribunale di Nocera Inferiore e della collaborazione prestata al Consiglio dell'Ordine nell'ambito dell'offerta formativa specialistica che questi riserva ai propri iscritti:

Dottor Luigi Bobbio un suo parere sullo stato dell'Ufficio delle esecuzioni immobiliare di Nocera Inferiore alla luce della pandemia in atto

La pandemia in atto ha certamente avuto un forte impatto sulla gestione dell'Ufficio esecuzioni immobiliari ma esso, a mio giudizio, è stato certamente minore rispetto a quello determinatosi in altri settori del Tribunale. Infatti, la natura fortemente documentale dei procedimenti trattati, peraltro in modalità telematica, da un lato, e la decisione di continuare a favorire, nei limiti di sicurezza, il rapporto personale con i difensori da parte dello scrivente e della cancelleria, ha permesso di mantenere buoni livelli di efficienza e tempestività. Anche le udienze, malgrado la trattazione scritta, non hanno mostrato

evidenti criticità, anche grazie alla fattiva e altamente professionale attività dei difensori delle parti coinvolte nonché grazie alla elevata professionalità degli ausiliari del giudice.

Quali le attività da mettere in campo per migliorare il servizio giustizia nel delicato settore delle esecuzioni immobiliari

Questa domanda richiederebbe una risposta forse troppo articolata e complessa, certamente non compatibile con questa sede discorsiva.

Tuttavia, posso dire che è mia convinzione che il legislatore dovrebbe quanto prima mettere mano ad una serie di modifiche volte ad abbattere il livello ormai troppo elevato di opposizioni troppo spesso ripetitive tali da rallentare lo svolgersi delle procedure.

Del pari andrebbe meglio regolato il non sempre facile rapporto tra le liquidazioni individuali e quelle concorsuali.

Quale il suo rapporto con la Classe forense del Foro di Nocera Inferiore?

Ritengo il mio rapporto con la classe forense del Foro di Nocera Inferiore ottimo. Ho grande stima e considerazione degli Avvocati nocerini la cui alta professionalità, correttezza e garbo ho avuto sempre modo di apprezzare

Continuerà la collaborazione con il COA di Nocera inferiore nella formazione specialistica riservata agli avvocati del foro nella delicata materia dell'esecuzione immobiliare?

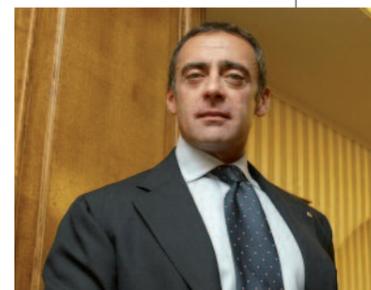
Se il COA di Nocera Inferiore lo vorrà, riterrò un grande onore ed un vero privilegio continuare a fornire la mia collaborazione in una attività di formazione nel settore delle esecuzioni immobiliari dei professionisti nocerini.

Come valuta in qualità di formatore l'esperienza della modalità webinar

La modalità webinar è ormai quella esclusiva e la sua gestione è diventata quasi normale. Tuttavia, auspico un pronto ritorno alla modalità in presenza, in grado di assicurare al relatore ed ai partecipanti quel contributo di "umanità" che ritengo indispensabile in un momento delicato quale è quello formativo.



William Nocera



Luigi Bobbio

evitare ulteriori rallentamenti nello svolgimento delle procedure esecutive; ciò nonostante la persistenza dell'emergenza sanitaria e la carenza di risorse dell'ufficio. Basti pensare che, a fronte di un circondario composto da Comuni che vantano una popolazione complessivamente pari a circa 500.000 abitanti, il ruolo delle esecuzioni è affidato a due soli magistrati, uno dei quali si occupa anche di procedure concorsuali.

Ne deriva che per l'efficienza dell'ufficio si rivela decisiva la capacità di selezionare ausiliari (esperti stimatori, custodi e delegati) seri e preparati, in grado di lavorare in sinergia con il g.e. secondo le disposizioni da quest'ultimo impartite; ciò anche in omaggio a quanto previsto dal legislatore, se sol si considera che l'art. 23 delle disposizioni di attuazione del c.p.c. pur enunciando il principio dell'equa distribuzione degli incarichi, specifica che ciò deve avvenire "senza danno per l'amministrazione della giustizia".

Peraltro, la crescente attenzione del legislatore nei confronti di questo settore della giurisdizione e la necessità di avvalersi di fidati professionisti si giustifica alla luce del rilievo che la tutela esecutiva occupa all'interno

dell'ordinamento, rappresentando il processo esecutivo il momento in cui trovano concretezza l'effettività della tutela giurisdizionale ed il principio della responsabilità patrimoniale generica enunciati rispettivamente agli articoli 24 della Costituzione e 2740 del codice civile. Tali osservazioni sono state felicemente sintetizzate in una recente sentenza resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella quale si legge che "primario interesse perseguito dall'ordinamento, consustanziale alla sua stessa esistenza, è l'effettività della tutela giurisdizionale del diritto e quindi del creditore, tale riconosciuto in un titolo esecutivo, al cui soddisfacimento tutto l'ordinamento è chiamato a destinare le proprie risorse; se non sono espressamente presi in considerazione dalla norma, non rilevano altri specifici contrastanti interessi, quali quello del debitore a contenere i disagi o di altri soggetti coinvolti dal processo a mantenere i propri privilegi. E' imperativa, anche allo stato della vi-

gente legislazione e perfino nelle emergenze più acute, l'esigenza di ripristinare il diritto comunque violato dall'inadempimento del debitore e quindi di portare a compimento in modo efficace ed effettivo l'esecuzione." (Cass. civ. n. 28387/2020). In altre parole: se il processo esecutivo non è in grado di consentire al creditore di ottenere rapidamente la soddisfazione del credito, allora il processo di cognizione diventa soltanto uno specchio per le allodole.

Quali le attività da mettere in campo per migliorare il servizio giustizia nel delicato settore delle esecuzioni immobiliari.

Senza pretese di esaustività o di verità, ed al netto della primaria necessità di implementare il personale in seno al Tribunale di Nocera Inferiore, ritengo che il servizio giustizia nel settore delle esecuzioni immobiliari possa essere migliorato in tre direzioni:

1. una legislazione chiara ed ispirata da una visione di lunga prospettiva, anziché mossa da esigenze temporanee ovvero da continui stravolgimenti. Basti pensare a quanto accaduto con riferimento all'art. 560 c.p.c. in tema di liberazione anticipata dell'immobile pignonato, avendo il legislatore modificato tale disposizione con il d.l. n. 59/2016 (conv. con legge n. 119/2016), salvo poi procedere ad una ulteriore riformulazione con il d.l. n. 135/2018 e, da ultimo, con la legge n. 12/2019. Del resto, è noto che i tempi dilatati nella soddisfazione del credito ed una legislazione eccessivamente mutevole rischiano anche di disincentivare gli investimenti stranieri, con evidenti ripercussioni sul sistema economico.
2. una modifica della disciplina delle opposizioni endoesecutive, con particolare riguardo ai casi in cui il titolo esecutivo sia di natura giudiziale, rischiando i numerosi incidenti di esecuzione oggi previsti (artt. 615, 617, 619, 591 bis c.p.c.) di rallentare eccessivamente i tempi della procedura esecutiva;
3. una implementazione dell'aggiornamento professionale degli ausiliari delle procedure esecutive, a dire il vero già in essere presso il Tribunale di Nocera.



Pasquale Velleca

4. Qual è il suo rapporto con la classe forense del foro di Nocera Inferiore.

Credo e spero di aver instaurato un rapporto cordiale ed al contempo rispettoso con il foro di Nocera Inferiore.

Ad oggi non ho riscontrato condotte in grado di incrinare tale rapporto, per cui spero che questo proficuo dialogo con l'avvocatura possa proseguire nella consapevolezza che, pur trattandosi di ruoli diversi, magistratura ed avvocatura risultano indefettibili per la concretizzazione della tutela dei diritti espressa all'art. 24 della Carta costituzionale.

Quale il suo rapporto con la Classe forense del Foro di Nocera Inferiore?

Credo e spero di aver instaurato un rapporto cordiale ed al contempo rispettoso con il foro di Nocera Inferiore.

Ad oggi non ho riscontrato condotte in grado di incrinare tale rapporto, per cui spero che questo proficuo dialogo con l'avvocatura possa proseguire nella consapevolezza che, pur trattandosi di ruoli diversi, magistratura ed avvocatura risultano indefettibili per la concretizzazione della tutela dei diritti espressa all'art. 24 della Carta costituzionale.

Continuerà la collaborazione con il COA di Nocera inferiore nella formazione specialistica riservata agli avvocati del foro nella delicata materia dell'esecuzione immobiliare?

Con piacere.

Come valuta in qualità di formatore l'esperienza della modalità webinar.

Credo che, pur portando con sé l'effetto negativo derivante dalla impossibilità di dialogare in presenza, l'organizzazione di incontri di formazione in modalità webinar abbia avuto anche conseguenze positive.

La prima riguarda la possibilità di consentire una partecipazione in misura maggiore rispetto a quanto accade con gli incontri in presenza, i quali impongono un limite numerico derivante dagli spazi limitati ove tali incontri avvengono. Il secondo effetto positivo concerne la possibilità di rivolgere più domande durante l'incontro utilizzando l'apposita chat, così da poter rispondere alle stesse al termine della relazione.



Vincenzo Sirica

La Redazione

Corso di formazione tecnica e deontologica per l'abilitazione alla difesa d'ufficio

Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore ha organizzato - per il biennio 2021/2022 - il "Corso di Formazione Tecnica e Deontologica del Difensore Penale", secondo quanto previsto dal D. Lgs n. 06 del 30 gennaio 2015 ("Riordino della disciplina della difesa d'ufficio") e dal Regolamento CNF del 12 luglio 2019 ("Regolamento per la tenuta e l'aggiornamento dell'elenco unico nazionale degli Avvocati iscritti negli albi disponibili ad assumere la difesa d'ufficio").

Il corso è suddiviso nelle seguenti 6 macroaree:

- deontologia forense;
- diritto penale;
- diritto processuale penale;
- cenni di diritto penale europeo;
- diritto penitenziario;
- misure di prevenzione.

Avrà una durata complessiva di almeno novanta ore ripartite nel biennio 2021-2022 e prevede la partecipazione ad udienze simulate e lo svolgimento di

quiz a risposta multipla alla fine di ogni lezione. Al termine del corso si terrà un esame di profitto, che sosterranno esclusivamente coloro che avranno conseguito la partecipazione ad almeno l'80% delle ore in cui è suddiviso il corso oltre al riconoscimento annuo di 20 cfo di cui quattro nelle materie obbligatorie. A coloro che avranno superato positivamente l'esame finale sarà rilasciato l'Attestato necessario per l'iscrizione nelle liste dei difensori di ufficio. Abbiamo sentito in merito all'iniziativa del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, l'avvocato Vincenzo Sirica, responsabile del corso, consigliere del Coa con delega ai rapporti con la Commissione difesa di ufficio e patrocinio a spese dello Stato del Consiglio Nazionale Forense, guidata dall'avvocato Giovanna Ollà.

«È un'organizzazione molto impegnativa, causa le direttive precise date dal Consiglio Nazionale Forense perché il corso sia riconosciuto come validamente tenuto».

Più precisamente? «Il corso deve essere obbligatoriamente spalmato sull'intero biennio, garantendo regolarità sulla tenuta degli incontri, che complessivamente devono avere una durata di almeno quarantacinque ore per anno e prevedere delle simulazioni pratiche in udienza».

I partecipanti potranno perciò anche andare in udienza e simulare attività processuale come se fossero stati nominati difensori di ufficio? «È la parte, a mio parere, più interessante introdotta dal nuovo regolamento varato dal CNF. Si esce dalla teoria per mettere in pratica ciò che si è appreso in tanti anni di studi».

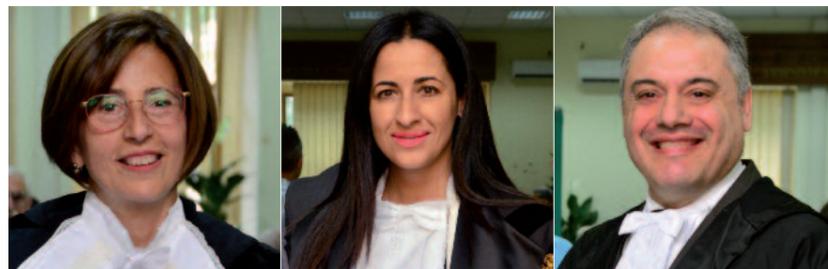
In questo momento storico il corso si tiene mediante webinar, come viene vissuto dai partecipanti? «Riceviamo molti complimenti da chi segue il corso per iscriversi nell'elenco dei difensori di ufficio ma anche da chi sta partecipando esclusivamente per interesse verso gli argomenti trattati, segnale che anche sotto forma di video lezione risulta essere interessante».

Il Corso è un'organizzazione complessa, ha dei costi importanti? «Fortunatamente no, questo grazie ai prestigiosi relatori che si sono alternati e si alterneranno durante le novanta ore di lezione a titolo gratuito, al sostegno offerto all'iniziativa dal Presidente Guido Casalino e dal Gruppo Affari Penali, composta da me e dai Consiglieri Provenza, Ferrara e Cammarano. Da sottolineare che il COA non ha previsto alcun aumento della tassa annuale, né richiesto un pagamento straordinario, pur rendendo disponibili l'ausilio del proprio personale, nonché l'utilizzo della strumentazione informatica. Gli incontri si tengono da remoto su apposite piattaforme, che consentono anche la somministrazione ai partecipanti di test a risposta multipla, con il supporto tecnologico del nostro funzionario Massimo De Martino Adinolfi».

I prossimi appuntamenti? «Il tre maggio abbiamo parlato di indagini difensive con gli avvocati Giovanna Ollà, Consiglio Nazionale Forense, e Laura Antonelli, Foro di Pisa. Il 26 maggio tratteremo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, relazionerà la collega Maria Mercedes Pisani, a giugno parleremo di ordinamento penitenziario, con l'incontro, in fase di preparazione, da parte del consigliere Maria Cammarano, e terremo le simulazioni pratiche».

Che cosa vi siete proposti, infine, con questo corso? «Consolidare il bagaglio teorico-pratico, conseguito durante gli studi universitari e la pratica forense, dei colleghi più giovani e che un giorno dovranno scendere nell'arena come difensori di ufficio. Il legislatore con la Legge 60 del 2001 - che ha riformato la difesa di ufficio - ha finalmente dato a questo istituto la dovuta considerazione perciò è fondamentale che il difensore di ufficio garantisca competenza, responsabilità e forte motivazione».

Ringraziamo il consigliere Vincenzo Sirica per il pregevole lavoro che sta portando avanti in collaborazione con i consiglieri del Gruppo Affari Penali.



Maria Cammarano

Caterina Ferrara

Giovanni Battista Provenza

Giurisprudenza

Lucia Apuzzo

Istanza ex art. 35-ter O.P.: "spazio minimo disponibile" in cella comune e fattori compensativi

Cassazione Penale, Sezioni Unite, 19 febbraio 2021 (ud. 24 settembre 2020), n. 6551 Presidente Casano, Relatore Rocchi

Con ordinanza n. 14260 dell'11 maggio 2020 (ud. 21 febbraio 2020) la I sezione della Corte di Cassazione, investita di un ricorso in tema di computo dello "spazio minimo disponibile" per ciascun detenuto, rilevata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale "foriero di incertezze interpretative", rimetteva le seguenti questioni alle Sezioni Unite: "a) se i criteri di computo dello "spazio minimo disponibile" per ciascun detenuto - fissato in tre metri quadrati dalla Corte EDU e dagli orientamenti costanti della giurisprudenza della Corte di legittimità - debbano essere definiti considerando la superficie netta della stanza e detraendo, pertanto, lo spazio occupato da mobili e strutture tendenzialmente fisse ovvero includendo gli arredi necessari allo svolgimento delle attività quotidiane di vita; b) se assuma rilievo, in particolare, lo spazio occupato dal letto o dai letti nelle camere a più posti, indipendentemente dalla struttura di letto "a castello" o di letto "singolo" ovvero se debba essere detratto, per il suo maggiore ingombro e minore fruibilità, solo il letto a castello e non quello singolo; c) se, infine, nel caso di accertata violazione dello spazio minimo (tre metri quadrati), secondo il corretto criterio di calcolo, al lordo o al netto dei mobili, possa comunque escludersi la violazione dell'art. 3 della CEDU nel concorso di altre condizioni, come individuate dalla stessa Corte EDU (breve durata della detenzione, sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella con lo svolgimento di adeguate attività, dignitose condizioni carcerarie) ovvero se tali fattori compensativi incidano solo quando lo spazio pro capite sia compreso tra i tre e i quattro metri quadrati". Le Sezioni Unite, con sentenza n. 6551 del 19 febbraio 2021 (ud. 24 settembre 2020) hanno enunciato i seguenti principi di diritto: "nella valutazione dello spazio minimo di tre metri quadrati da assicurare ad ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di

trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 della CEDU, si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento e, pertanto, vanno detratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, tra cui rientrano i letti a castello; i fattori compensativi costituiti dalla breve durata della detenzione, dalle dignitose condizioni carcerarie, dalla sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella mediante lo svolgimento di adeguate attività, se ricorrono congiuntamente, possono permettere di superare la presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU derivante dalla disponibilità nella cella collettiva di uno spazio minimo individuale inferiore a tre metri quadrati; nel caso di disponibilità di uno spazio individuale fra i tre e i quattro metri quadrati, i predetti fattori compensativi, unitamente ad altri di carattere negativo, concorrono nella valutazione unitaria delle condizioni di detenzione richiesta in relazione all'istanza presentata ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen". Con ordinanza, il Tribunale di Sorveglianza de L'Aquila rigettava il reclamo proposto dal Ministero della Giustizia avverso il provvedimento del Magistrato di Sorveglianza de L'Aquila che, in parziale accoglimento di una istanza presentata ai sensi dell'art. 35-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure private e limitative della libertà), inserito dall'art. 1, comma 1, di. 26 giugno 2014, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 117, aveva liquidato in favore dell'istante la somma di euro 4.568,00. Il Magistrato di Sorveglianza aveva riconosciuto che la detenzione del carcerato nelle Case Circondariali di Pianosa, Palmi, Reggio Calabria, Carinola, Napoli Poggioreale e Larino, per un periodo di 4.571 giorni, si era svolta in condizioni tali da violare l'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come interpretata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Il reclamante, richiamando la sentenza della Corte EDU, GC, 20/10/2016 (Muršić c. Croazia), aveva censurato l'ordinanza per l'adozione di un erroneo criterio di calcolo della superficie detentiva media goduta dal detenuto, che era stata determinata al netto dello spazio occupato dagli arredi, mentre avrebbe dovuto esserlo al lordo; secondo il ricorrente, il diverso metodo di calcolo avrebbe dovuto indurre il Magistrato di sorveglianza a respingere l'istanza con riferimento



ad alcuni periodi di detenzione trascorsi nelle Case Circondariali di Palmi e Carinola. Il Tribunale di Sorveglianza, ricordando che le condizioni di eccessivo sovraffollamento carcerario integrano una forma di detenzione inumana, richiamava il principio affermato dalla sentenza della Corte EDU, 16/07/2009, Sulejmanovic c. Italia, in base al quale sussiste una presunzione di violazione dell'art. 3 della CEDU, quando lo spazio personale riservato al detenuto è inferiore a tre metri quadrati, con la conseguenza che non è necessario prendere in considerazione altri aspetti della condizione detentiva. Secondo l'ordinanza, poiché la superficie di tre metri quadrati costituisce uno spazio destinato a permettere il movimento della persona, gli arredi fissi presenti nella cella devono essere scomputati dal calcolo, costituendo un ingombro che lo impedisce; in particolare, deve essere detratto dal calcolo l'ingombro dei letti (singoli o a castello), mentre gli arredi non fissi, quali sgabelli e tavolini, non devono essere considerati. Applicando questi principi alle condizioni di detenzione dell'istante nelle Case Circondariali di Palmi e Carinola, il Tribunale di Sorveglianza riteneva che la superficie *pro capite* delle celle fosse inferiore a tre metri quadrati. Il Ministero della Giustizia, in persona del Ministro *pro tempore*, ricorreva in cassazione, deducendo, con un unico motivo, violazione di legge e non corretta interpretazione, degli artt. 35 e ss. ord. pen., anche con riferimento alle decisioni della Corte Europea dei diritti dell'uomo. Secondo la circolare del D.A.P. del 18 aprile 2014, nel computo della superficie utile, devono essere calcolati sia il bagno di pertinenza della camera che lo spazio occupato dall'arredamento. Ciò che contesta il ricorrente è l'orientamento espresso, a partire dal 2016, dalla Corte di Cassazione, in base al quale lo spazio mi-

nimo individuale nella cella collettiva è quello fruibile dal singolo detenuto ed idoneo al movimento, sottratto, dunque, lo spazio occupato dai servizi igienici, nonché quello occupato dagli arredi fissi e dal letto. Detto criterio, a parere del ricorrente, sarebbe in netto contrasto con quanto sostenuto dalla Corte EDU, sia nella nota sentenza Muršić c. Croazia che in altre del 2017, in cui è stato affermato che per calcolare lo spazio *pro capite* nelle celle collettive, non si deve tenere conto dei servizi igienici, mentre si deve computare lo spazio occupato dagli arredi, ferma restando la necessità di valutare la possibilità per i detenuti di muoversi normalmente nella cella. L'interpretazione adottata dal Tribunale di Sorveglianza sarebbe, pertanto, in contrasto con l'insegnamento della Corte EDU che, ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen., è vincolante per il giudice nazionale. I giudici rimettenti, preliminarmente, osservano che l'art. 35 ord. pen. richiama l'art. 3 CEDU, secondo *“un meccanismo mobile il cui contenuto precettivo è etero-definito e si modella sull'interpretazione della stessa Corte che a sua volta diventa il nucleo centrale del precetto normativo”*, richiamando l'obbligo di lettura adeguatrice che incombe sul giudice nazionale. Alla luce della sentenza Muršić c. Croazia, è pacifico che dal calcolo vadano esclusi i servizi sanitari, mentre deve essere incluso lo spazio occupato dai mobili, ferma restando la necessità di verificare, in concreto, se i detenuti abbiano la possibilità di muoversi liberamente nella cella. L'orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, si legge nell'ordinanza, non è univoco circa i criteri da adottare per il calcolo dello spazio minimo da assicurare a ciascun detenuto. Diversità di opinioni si registrano sulla stessa nozione di “spazio disponibile” inteso quale “superficie mate-

rialmente calpestabile” ovvero “superficie che assicuri il normale movimento nella cella”. In particolare, secondo un primo orientamento, l'area occupata da tutti gli arredi deve essere sottratta dalla superficie lorda della cella; altro orientamento, successivo alla pronuncia Muršić c. Croazia, ha operato una distinzione tra strutture fisse, la cui superficie deve essere detratta dallo spazio minimo, ed arredi rimovibili, che non devono essere tenuti in considerazione nel calcolo. Ulteriore contrasto riguarda la superficie occupata dal letto: secondo un primo indirizzo, essa va in ogni caso sottratta; secondo altro, va sottratta solo se si tratta di struttura “a castello”. Un altro orientamento opta per una concezione lorda della superficie, che prescinde dalla mobilia. Ulteriore contrasto, evidenziano i giudici, concerne i “fattori compensativi”, idonei a mitigare lo scarso spazio disponibile per il detenuto. Essi rilevano, secondo un primo filone interpretativo, solo qualora la superficie minima individuale sia compresa tra i tre e i quattro metri quadrati; se è inferiore ai tre metri quadrati, la detenzione deve ritenersi, in ogni caso, non conforme all'art. 3 della Convenzione. Altre pronunce, invece, attribuiscono rilevanza ai criteri compensativi, qualunque sia la superficie individuale della cella, sostenendo che gli stessi possano rendere le condizioni della detenzione conformi agli standard convenzionali, anche se la superficie individuale è inferiore ai tre metri quadrati. A questo punto, la Corte ricostruisce le questioni sottoposte in questi termini: *“Se, in tema di conformità delle condizioni di detenzione all'art. 3 CEDU come interpretato dalla Corte EDU, lo spazio minimo disponibile di tre metri quadrati per ogni detenuto debba essere computato considerando la superficie calpestabile della stanza ovvero quella che assicuri il normale movimento, conseguentemente detraendo gli arredi tutti senza distinzione ovvero solo quelli tendenzialmente fissi e, in particolare, se, tra questi ultimi, debba essere detratto il solo letto a castello ovvero anche quello singolo”*. Orbene, preliminarmente, la Suprema Corte analizza le disposizioni di cui agli artt. 69 comma 6 lett. b), 35 bis e 35 ter, commi 1 e 2 ord. pen. La prima disposizione regola le funzioni ed i provvedimenti del magistrato di sorveglianza, che ha competenza *ex art. 35 bis* ord. pen., sui reclami dei detenuti e degli internati, concernenti *“l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizione previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla*

quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti”. L'art. 35 ter ord. pen. stabilisce che il pregiudizio subito può consistere nella violazione dell'art. 3 CEDU, sicché qualora sussistano tali condizioni, il detenuto ovvero il suo difensore munito di procura speciale, possono formulare istanza al magistrato di sorveglianza che, se accerta che le condizioni di detenzione subite in violazione dell'art. 3 CEDU siano proseguite per un periodo non inferiore a quindici giorni, dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva da espriare pari, nella durata, a un giorno ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio (art. 35-ter, comma 1, ord. pen.); se, invece, il periodo di detenzione non conforme all'art. 3 CEDU è stato inferiore a quindici giorni ovvero se il periodo di pena ancora da espriare non permette la detrazione per intero prevista dal primo comma, il magistrato di sorveglianza liquida al detenuto, a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio (comma 2). Se l'interessato ha terminato l'espiazione della pena detentiva in carcere ovvero se le condizioni contrarie all'art. 3 CEDU si sono verificate in conseguenza *«di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espriare»*, tale risarcimento è liquidato dal Tribunale civile in composizione monocratica, nelle forme di cui agli artt. 737 e seguenti cod. proc. civ. Al fine di impedire, poi, il permanere delle violazioni della legge penitenziaria e del relativo regolamento in danno dei detenuti, l'art. 35 bis prevede le modalità con cui il magistrato di sorveglianza può intervenire. Detta disciplina, come è noto, è frutto di due interventi legislativi: il decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, che ha modificato l'art. 69 ord. pen. e introdotto l'art. 35-bis ord. pen. ed il decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 117, che ha introdotto l'art. 35-ter cit., stabilendo anche una disciplina transitoria. Essi sono conseguenza dell'invito rivolto agli Stati nazionali da parte della Corte EDU, nella nota pronuncia 08/01/2013 Torreggiani c. Italia, ad introdurre *«un ricorso o una combinazione di ricorsi “... con effetti preventivi e compensativi, tali da garantire” una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in*

Italia». All'Italia veniva assegnato il termine di un anno per conformarsi alle prescrizioni. Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con risoluzione adottata l'8 marzo 2016, aveva dichiarato positivamente conclusa la procedura nei confronti dell'Italia in merito al caso Torreggiani e altri, così come anche la Corte EDU aveva riconosciuto espressamente l'adeguatezza delle misure adottate nella sentenza Corte EDU, 16/09/2014, Stella c. Italia. Per rimarcare il legame tra la normativa in esame e la sentenza Torreggiani, veniva inoltre richiamato l'art. 2 decreto-legge n. 92 del 2014 in base al quale coloro che avevano promosso il giudizio davanti alla Corte EDU potevano proporre domanda di risarcimento ai sensi dell'art. 35-ter dalla stessa norma introdotta. L'art. 35-ter ord. pen. introduce, dunque, un rimedio risarcitorio nuovo, stabilendo che il giudice nazionale è chiamato ad applicare i rimedi risarcitori a favore del detenuto nei casi in cui la Corte EDU, qualora adita direttamente dal detenuto, potrebbe condannare lo Stato italiano per la violazione dell'art. 3 della Convenzione. Ad avviso del Supremo Consesso, pertanto, in base all'art. 35-ter ord. pen., l'interpretazione dell'art. 3 CEDU, da parte della Corte EDU, diventa parte della norma che il giudice nazionale deve applicare. Gli orientamenti richiamati nell'ordinanza di remissione, si fondano sulle pronunce della Corte EDU e sulla loro interpretazione. Proprio richiamando i principi espressi nella sentenza Torreggiani c. Italia, tre pronunce (Sez. 1, n. 5728 del 19/12/2013, dep. 2014, omissis, Rv. 257924; Sez. 1, n. 53011 del 27/11/2014, Min. Giustizia, non mass. sul punto; Sez. 1, n. 5729 del 19/12/2013, dep. 2014, omissis, non mass.) avevano adottato il criterio del computo della superficie lorda della cella e argomentato che da essa dovesse essere detratta l'area occupata dagli arredi. Successivamente, la pronuncia della Grande Camera nel procedimento Muršić contro Croazia fu presa come riferimento dalla giurisprudenza della Cassazione (Sez. 1, n. 13124 del 17/11/2016), giungendo ad indicare quale spazio minimo, necessario per assicurare al soggetto ristretto il movimento all'interno della cella, quello al netto degli ingombri degli arredi fissi che, in quanto tali, impediscono il moto, fermo restando che, tra gli arredi fissi, va compreso anche il letto "a castello" che non può essere facilmente spostato, risultando irrilevante la "vivibilità" del letto per l'assolvimento di altre funzioni (sulla stessa scia si pongono ulteriori pronunce: Sez. F.,

n. 39207 del 17/8/2017, Sez. 1, n. 41211 del 26/05/2017). Altra decisione, approfondiva il tema relativo allo spazio occupato dal letto, non esplorato dalla Corte EDU nella sentenza Muršić c. Croazia, sostenendo che anche lo spazio occupato dai letti singoli dovesse essere detratto, riducendo lo spazio libero necessario per il movimento. Una pronuncia di segno opposto, considerava che dovesse essere sottratto il solo spazio occupato dai letti "a castello" che, di fatto, impediscono il momento, mentre i letti singoli venivano considerati amovibili al pari di sgabelli o tavoli e, pertanto, non sottratti dallo spazio. A questo punto, la Corte, dopo aver chiarito che, così come sostenuto più volte nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (fin dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007), le decisioni adottate dalla Corte EDU rappresentano una mera finalità di orientamento nell'interpretazione delle disposizioni nazionali, chiarisce la diversa portata che esse assumono in relazione all'art. 35-ter ord. pen. Ed invero, il contenuto precettivo della norma di cui all'art. 35-ter ord. pen. è determinato *per relationem*, tramite un rinvio mobile agli indirizzi interpretativi elaborati dalla Corte EDU in ordine all'art. 3 della Convenzione. Esso rappresenta il «*primo caso di espressa integrazione diretta del sistema normativo interno ai contenuti della giurisprudenza sovranazionale, elevati, in questa materia, a parametro normativo, vincolante erga omnes per l'interpretazione e qualificazione della condotta*». In tale materia, pertanto, gli orientamenti tratti dalle pronunce della Corte EDU rappresentano la fonte cui è demandata la determinazione della fattispecie, con ciò imponendo al giudice nazionale la costante conoscenza ed analisi delle decisioni emesse dalla Corte EDU sul tema in questione. E' opportuno, altresì, ribadire, scrive la Corte, che la giurisprudenza della Corte EDU non rileva solo rispetto alla condizione del detenuto in condizioni disumane e degradanti con specifico riferimento allo spazio minimo da assicurare al detenuto all'interno della cella, bensì anche rispetto alla violazione di altri obblighi previsti dall'art. 3 della CEDU. Quest'ultima disposizione non pone a carico degli Stati membri solo obblighi negativi, ma anche obblighi positivi di intervento, al fine di assicurare ad ogni individuo la salvaguardia della dignità umana (Corte EDU, Grande Camera, 26/10/2000, Kudla c. Poland). Le modalità di esecuzione della restrizione in carcere non devono provocare un'affli-

zione tale da eccedere l'inevitabile sofferenza legata alla detenzione. Sulla scorta di queste riflessioni devono essere letti alcuni passaggi di pronunce del giudice nazionale, nell'ambito del giudizio *ex art. 35-ter* ord. pen., con cui si appresta una maggior tutela ai detenuti, attraverso l'adozione di criteri differenti e più favorevoli rispetto a quelli previsti dalla giurisprudenza della Corte EDU, «*quando la soluzione adottata assicuri una maggiore garanzia al diritto fondamentale in gioco rispetto a quello che si intende far valere in forza della traduzione letterale delle pronunce della Corte EDU*» (Sez. 1, n. 46442 del 16/10/2019, omissis, non mass.). Il sistema fin qui delineato, tuttavia, non consente al giudice nazionale di adottare un'interpretazione dell'art. 3 CEDU difforme rispetto a quella fornita dalla Corte EDU, poiché ciò violerebbe il principio dell'obbligo per il giudice comune di uniformarsi alla giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente, nonché lo stesso art. 35-ter ord. pen. che rappresenta, come già ricordato, la fonte normativa della predetta giurisprudenza consolidata. Il rispetto del divieto di trattamenti inumani e degradanti viene il rilievo anche in relazione al mandato di arresto europeo (MAE). Anche in tal caso, la Corte di Giustizia UE ha negato la possibilità per il giudice nazionale, chiamato a decidere sull'esecuzione di un MAE, di adottare uno standard più elevato rispetto a quelli indicati nella giurisprudenza della stessa Corte. Nella pronuncia della Corte di Giustizia, GS, 15/10/2019, Dumitru-Tudor Dorobantu, si osserva che, in termini di condizioni di detenzione, se è lecito per gli stati membri prevedere standard minimi più elevati rispetto a quelli previsti dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali e dall'art. 3 CEDU, nondimeno uno Stato membro può subordinare la consegna, allo Stato membro emittente, della persona oggetto di un MAE, unicamente al rispetto di questi ultimi standards e non già a quelli risultanti dal diritto nazionale. Prima di procedere ad affrontare la questione sottoposta, la Suprema Corte ricorda che la condizione di detenzione non comporta per il soggetto ristretto la perdita delle garanzie previste dalla CEDU. In tale contesto, si colloca l'attenzione posta da parte della Corte di Strasburgo allo spazio che deve essere attribuito a ciascun detenuto. In una prima fase la Corte ha considerato il dato spaziale, unitamente ad altri fattori (durata della detenzione, qualità del riscaldamento, possibilità di usare i servizi igienici privatamente, ecc.)

omettendo di quantificare la misura dello spazio personale che deve essere attribuito a ciascun detenuto. Detto elemento, non rappresentava, pertanto, il criterio esclusivo per dichiarare la sussistenza della violazione dell'art. 3 CEDU (Corte EDU, 19/07/2007, Trepachkine c. Russia, § 92; Corte EDU, 6/12/2007, Lind c. Russia). Successivamente, l'esiguità della cella ha rappresentato l'elemento sufficiente per stabilire se si versa in un'ipotesi di trattamento disumano e degradante. In diverse pronunce, la Corte ha indicato in metri 3 quadrati il criterio minimo applicabile in materia di spazio personale per i detenuti in una cella collettiva (sent. 6/11/2009, Sulejmanovic c. Italia; Torreggiani c. Italia; sent. 5/3/2013, Tellissi c. Italia). In particolare, nella pronuncia della Corte EDU del 10/01/2012, Ananyev e altri c. Russia vengono indicati tre fattori per valutare la conformità della detenzione con l'art. 3 CEDU: uno spazio individuale destinato al riposo dentro la cella; la disponibilità di almeno 3 metri quadrati di superficie; la possibilità di movimento libero fra gli arredi. La mancanza di uno di essi non comporta l'automatica violazione dell'art. 3 CEDU, ma rappresenta una presunzione di detenzione in condizioni degradanti, lasciando allo Stato la possibilità di confutazione. La sentenza Muršić c. Croazia ha ribadito che la costrizione di un detenuto in uno spazio inferiore a 3 metri rappresenta una "forte presunzione" di violazione dell'art. 3 CEDU, presunzione che può essere vinta in presenza di diversi fattori: la brevità, l'occasionalità, la modesta entità della riduzione di spazio personale, la sufficiente libertà di movimento e lo svolgimento di attività all'esterno della cella; l'adeguatezza della struttura in assenza di altri aspetti che aggravino le condizioni generali di detenzione del ricorrente e, dunque, uno spazio personale dentro la cella, compreso fra i 3 e i 4 metri quadrati, può assumere rilievo nella prospettiva dell'art. 3 CEDU solo se l'esiguità della superficie si accompagna ad altri fattori di inadeguatezza del regime penitenziario (impossibilità di fare esercizio all'aria aperta, scarso accesso alla luce naturale e all'aria, insufficiente sistema di riscaldamento, omesso rispetto di basilari requisiti igienico-sanitari). Qualora lo spazio personale sia superiore ai 4 metri quadrati, al fine di una violazione dell'art. 3 CEDU, assumono rilevanza altri fattori, diversi dallo spazio. La Grande Camera, in definitiva, opta per una valutazione multifattoriale e cumulativa delle concrete condizioni detentive,

in cui assume rilievo anche il dato temporale. In merito alle modalità di calcolo dello spazio minimo, ritiene che nel calcolo dello spazio complessivo della cella non vadano ricompresi i sanitari, mentre deve essere incluso lo spazio occupato dai mobili. Ciò che assume rilievo è la verifica di effettiva mobilità, da parte dei detenuti, all'interno della cella. A questo punto, la Corte ritiene di dover chiarire quale sia la relazione intercorrente tra queste due ultime proposizioni. L'Avvocatura Generale per il Ministero ricorrente ed il Procuratore Generale, nelle memorie depositate, sostengono che la Corte EDU ha fatto riferimento ad una «*concezione lorda della superficie*» e che «*la valutazione sulla clausola aperta della verifica della possibilità del libero movimento in cella del detenuto deve essere sganciata dal calcolo metrico che, logicamente, la precede*». Dunque, tenere distinte le due preposizioni, valorizza un mero calcolo geometrico della superficie della cella e comporta che la verifica della possibilità del normale movimento dei detenuti nella cella rappresenti un accertamento di fatto. La Suprema Corte ritiene, al contrario, che le due preposizioni vadano lette congiuntamente affinché si possa aderire alle finalità perseguite dalla Corte e dalla legge in relazione al divieto di pene inumane e degradanti. La lettura congiunta consente, cioè, di attribuire rilievo, in una stanza chiusa quale è appunto la cella, ad un armadio fisso oppure ad un pesante letto a castello che equivalgono ad una parete; essi non possono essere spostati e rappresentano perciò uno spazio inaccessibile; tavolini, sedie, letti singoli, rappresentano, invece, mobili e, pertanto, possono essere spostati da un punto all'altro della camera. In definitiva, quando la Corte EDU stabilisce che il calcolo della superficie disponibile nella cella deve includere lo spazio occupato dai mobili, con tale ultimo sostantivo intende riferirsi soltanto agli arredi che possono essere facilmente spostati da un punto all'altro della cella, mentre è, al contrario, escluso dal calcolo lo spazio occupato dagli arredi fissi, tra cui rientra anche il letto a castello. Con riguardo, poi, alla seconda questione prospettata nell'ordinanza di rimessione, la Suprema Corte analizza il contenuto dell'art. 35-ter ord. pen., anche con riferimento al tema dei «fattori compensativi». I giudici rimettenti osservano che da due pronunce si ricaverebbe che quando lo spazio individuale nella cella collettiva è inferiore alla soglia minima di tre metri quadrati, la detenzione deve

ritenersi in ogni caso non conforme al divieto posto dall'art. 3 CEDU, a prescindere dall'esistenza di fattori compensativi. Invero, ad avviso della Corte a Sezioni Unite, da entrambe dette pronunce, non emerge tale principio. La prima (Sez. 1, n. 52992 del 09/09/2016) non aveva espressamente esaminato la problematica relativa ai fattori compensativi, privi di rilievo nel caso concreto in cui era dimostrato che il detenuto aveva goduto di uno spazio individuale superiore a 3 metri quadrati, previo scomputo degli arredi fissi. Analoghe considerazioni valgono per l'altra pronuncia (Sez. 1, n. 5835 del 15/11/2018) che aveva analizzato l'incidenza del lavoro interno (art. 20 ord. pen.) svolto dal detenuto e le relative condizioni di svolgimento al fine di valutare le condizioni di detenzione, anche in una cella collettiva nella quale lo spazio individuale era compreso tra i tre ed i quattro metri quadrati. Da entrambe le pronunce, osserva la Corte, emerge la valorizzazione di ulteriori elementi negativi della detenzione che, insieme allo spazio ridotto nella cella, possono portare a ritenere violato l'art. 3 CEDU. Altre sentenze, evocate nell'ordinanza di rimessione, attribuiscono rilievo a fattori compensativi, al fine di escludere la violazione dell'art. 3 CEDU, pur in presenza di uno spazio vitale inferiore a tre metri, in caso di consegna a Paese straniero. In una prima pronuncia è stato valorizzato il congruo numero di ore da trascorrere quotidianamente all'esterno delle celle, le adeguate condizioni di igiene, e, dopo l'espiazione di un quinto della pena, la possibilità di accedere al regime di detenzione cd. aperto (Sez. 6, n. 7979 del 26/02/2020); altra pronuncia (Sez. 6, n. 52541 del 09/11/2018) ha dato importanza al ridotto lasso di tempo (solo nelle ore notturne) trascorso in cella, all'igiene personale, ai pasti, all'areazione, a condizioni di illuminazione e climatizzazione adeguate, nonché all'accesso all'acqua corrente ed ai servizi sanitari e, ancora, alla possibilità di accedere a postazioni telefoniche ed informatiche, all'acquisto di generi di necessità, alle visite, alla possibilità di lavoro, allo svolgimento di attività educative, sportive, terapeutiche, con accesso agli spazi aperti. Entrambe le pronunce richiamano il principio, più volte espresso nella giurisprudenza della Corte EDU (Corte EDU, 23/10/2012, Dmitriy c. Russia, 5 53; Corte EDU, 27/11/2012, Kulikov c. Russia, 5 37; Corte EDU, 27/6/2013, Yepishin c. Russia, § 65) secondo cui bisogna tener conto delle complessive condizioni di detenzione. Sulla scorta di queste

considerazioni, la Corte a Sezioni Unite considera che nella giurisprudenza della Cassazione sia incontrastato il principio secondo cui se il detenuto è sottoposto al regime c.d. «*chiuso*», è necessario che gli venga assicurato uno spazio minimo di tre metri quadrati, detratto quello impegnato da strutture sanitarie e arredi fissi mentre, se, al contrario, è sottoposto al regime c.d. «*semiaperto*», ove gli venga riservato uno spazio inferiore a tre metri quadrati, è necessario, al fine di escludere o di contenere il pericolo di violazione dell'art. 3 CEDU, che concorrano i seguenti fattori: 1) breve durata della detenzione; 2) sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella assicurata dallo svolgimento di adeguate attività; 3) dignitose condizioni carcerarie (Sez. 6, n. 53031 del 09/11/2017). Una volta delineati i confini dell'intervento decisivo in esame, la Corte evidenzia che la questione di diritto posta dall'ordinanza di rimessione riguarda, in buona sostanza, i rapporti tra il sovraffollamento carcerario nelle ipotesi di allocazione congiunta e gli altri fattori, positivi e negativi, che incidono sulla condizione di detenzione del soggetto ristretto, che possono rilevare sia in senso favorevole sia in senso sfavorevole rispetto alla valutazione della conformità del trattamento penitenziario ai parametri di cui all'art. 3 CEDU. Nell'alveo della nozione di «fattori compensativi», ad avviso della Corte, sono compresi quelli di carattere positivo che, in una qualche misura, possono attenuare il disagio di uno spazio troppo ristretto all'interno della cella collettiva, pur precisando che anche i fattori di natura negativa possono interagire con il sovraffollamento carcerario ai fini della valutazione della violazione dell'art. 3 CEDU e dell'accoglimento del rimedio riparatorio di cui all'art. 35-ter ord. pen. Proprio a tal proposito, nella più volte citata sentenza Muršić c. Croazia, la Corte EDU ha stabilito che l'attribuzione di uno spazio individuale inferiore al minimo di tre metri quadrati non comporta inevitabilmente e di per sé la violazione dell'art. 3 CEDU ma fa sorgere soltanto una «*forte presunzione*», non assoluta, di violazione oltre a stabilire che tale presunzione può essere vinta dagli effetti cumulativi degli altri aspetti delle condizioni di detenzione. Orbene, tali fattori sono costituiti dalla brevità del periodo in cui avviene la restrizione in uno spazio personale inferiore al minimo obbligatorio, nonché dalla sufficiente libertà di movimento fuori dalla cella, dallo svolgimento di adeguate attività fuori alla cella e

dalle condizioni dignitose di detenzione in generale. Secondo la Corte EDU, tali principi devono essere dimostrati dal Governo, essendo onere dell'Amministrazione penitenziaria dimostrare che sussistono i «fattori compensativi» idonei a superare la presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU. Insomma, il riconoscimento di trattamenti disumani e degradanti è frutto di una valutazione multifattoriale della complessiva offerta trattamentale da parte dell'Amministrazione penitenziaria in caso di restrizione in una cella collettiva in cui lo spazio sia uguale o superiore al livello minimo di tre metri quadrati ma inferiore a quattro metri quadrati e, quindi, pur non violando la regola dettata dalla Corte EDU, possa costituire un fattore negativo ai fini della valutazione delle condizioni complessive di detenzione. In tale ipotesi, la contestuale sussistenza di altri fattori negativi potrà portare a ritenere violato l'art. 3 della Convenzione. Detti fattori negativi sono indicati nella mancanza di accesso al cortile o all'aria e alla luce naturale, nella cattiva areazione, in una temperatura insufficiente o troppo elevata nei locali, nell'assenza di riservatezza nelle *toilette*, nelle cattive condizioni sanitarie e igieniche fermo restando che, nella prospettiva della violazione dell'art. 3 CEDU, non è richiesta la contestuale presenza di tutti i fattori negativi. Nell'istanza presentata ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen., il detenuto dovrà quindi porre a fondamento della domanda risarcitoria, oltre alla detenzione in celle collettive con uno spazio individuale inferiore a quattro metri quadrati, anche alcuni dei fattori negativi sopra indicati. Da parte sua, l'Amministrazione potrà opporre i fattori compensativi per contrastare la domanda. Infine, se lo spazio individuale in una cella collettiva è stato superiore a quattro metri quadrati, il fattore sovraffollamento non rileverà in una domanda proposta ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen. che, pertanto, dovrà essere basata su fattori differenti.

Marianna Arpaia

Omessa diagnosi in Germania e decesso in Italia: questione di giurisdizione. Suprema Corte di Cassazione, SS.UU. sentenza n. 26986/2020.

Gli eredi di un cittadino italiano, defunto in Italia per gli esiti di un cancro al pancreas, adirano il Tri-

bunale di Agrigento, onde ottenere il risarcimento del danno per inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria da parte dello studio medico tedesco Radiologische Nuklearmedizin Praxis e, quindi, della Compagnia di assicurazione HDI-Gerling Privat Versicherung di detto studio. Più segnatamente, gli istanti esponevano che: il loro congiunto si era sottoposto in agosto del 2005 ad un'ecografia addominale presso la struttura sanitaria evocata in giudizio e sita in Germania; non gli era stato diagnosticato alcuno stato morboso relativo al pancreas; la malattia si era poi manifestata in Italia pochi mesi più tardi dall'esame; l'uomo aveva subito un intervento chirurgico e successivamente era deceduto. Dunque, i suoi eredi attribuivano al centro diagnostico tedesco la responsabilità dei danni per mancata tempestiva diagnosi.

L'elemento che ha condizionato l'esito dei tre gradi di giudizio è stato rappresentato da quello della sede della struttura convenuta, cioè lo Stato tedesco. Ed infatti, con decisione confermata in appello ed anche in Cassazione, il Tribunale di Agrigento aveva dichiarato il suo difetto di giurisdizione, condannando gli istanti alle spese di lite. La Corte d'Appello di Palermo, innanzi a cui era stata impugnata la sentenza di primo grado, a sua volta aveva osservato che, vertendosi in materia contrattuale, valessero le norme del Regolamento CE n. 44/2001, che prevedono il principio generale del domicilio del convenuto. L'art. 5 di detto regolamento al n. 1) stabilisce che è possibile convenire una persona domiciliata in uno Stato membro in altro Stato europeo davanti al Giudice dove l'obbligazione dedotta è stata o deve essere eseguita. Ma, con riferimento al caso in esame, l'omessa diagnosi era avvenuta in Germania, luogo dove aveva sede il laboratorio radiologico. Per la Corte territoriale neppure poteva essere utilmente richiamato il n. 3) del citato art.5, avente ad oggetto gli illeciti extracontrattuali, secondo cui la giurisdizione appartiene al giudice del luogo dove l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire (c.d. il danno iniziale), cioè il luogo dove l'azione o l'omissione è stata compiuta, senza che abbia rilievo il luogo ove si manifestano le conseguenze della lesione (c.d. danno conseguenza). Né poteva applicarsi la norma di cui all'art. 16 del citato Regolamento, riguardante la competenza per i contratti sottoscritti dal consumatore, perché nella specie non si verteva in alcuno dei casi elencati all'art. 15. Risultati soccombenti anche in secondo grado, gli eredi, in proprio e nella

qualità, decidevano di adire la Corte di Cassazione, proponendo quattro motivi di ricorso, tutti aventi ad oggetto la questione di giurisdizione.

Con il primo motivo veniva contestata la violazione e la falsa applicazione delle norme sulla competenza del giudice, deducendo che le norme del foro del consumatore, pur non potendo essere richiamate riguardo alle prestazioni rese dal servizio sanitario pubblico, potevano esserlo qualora la prestazione fosse stata resa in ambito privatistico. A supporto veniva richiamata la giurisprudenza nazionale come quella europea, volte entrambe ad assicurare ai consumatori il massimo grado di tutela giurisdizionale. Con il secondo motivo si rilevava l'omesso esame di un fatto decisivo oggetto di discussione tra le parti e cioè l'esistenza di due pronunce della Corte di giustizia dell'Unione Europea (la sentenza del 27 giugno 2000 nel caso Oceano/Marciano e la sentenza del 6 settembre 2012 nella causa C-190/11), favorevoli all'applicabilità del foro del consumatore ai sensi dell'art. 15 par. 1 lett. c del Regolamento CE n. 44/2001. Col terzo motivo si contestava la violazione e falsa applicazione delle norme sulla responsabilità extracontrattuale. La sentenza impugnata non avrebbe correttamente interpretato la giurisprudenza sull'argomento e non avrebbe considerato che *"l'obbligazione da fatto illecito sorge nel luogo in cui il fatto produttivo di danno, l'evento, si verifica e nella nozione di fatto rientra, oltre al comportamento illecito, anche l'evento dannoso che ne deriva"*. Ove i due luoghi non corrispondano, il *forum commissi delicti*, di cui all'art. 20 del nostro c.p.c., coinciderebbe con il luogo in cui l'evento è avvenuto. Anche a norma dell'art. 4 del Regolamento CE n. 864/2007 la legge da applicare alle obbligazioni extracontrattuali era quella del Paese ove il danno si era verificato ed in tal senso sarebbe stata anche la legge n. 218/1995, di guisa che l'obbligazione oggetto di causa avrebbe dovuto essere qualificata secondo le norme di diritto italiano. Infine, col quarto motivo si rilevava la mancata applicazione della Convenzione di Roma del 1980, a mente della quale i contratti conclusi dal consumatore sono regolati dalla legge del Paese dove il consumatore ha la residenza abituale. Come anticipato, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 26986/2020, ha respinto il ricorso in quanto, secondo i criteri normativi richiamati anche negli altri due gradi di giudizio, la giurisdizione era quella del giudice tedesco. Gli Ermellini hanno ri-

tenuto corretta la ricostruzione operata dalla Corte di Appello di Palermo che, ravvisando un caso di responsabilità contrattuale, in quanto la pretesa risarcitoria avanzata dai ricorrenti era derivata da un errore dello studio medico nell'aver omesso, nonostante l'ecografia, la diagnosi del tumore al pancreas, ha tenuto presente che nel caso in cui la legge che regola il contratto non sia stata scelta, esso è regolato *"dalla legge del paese col quale presenta il collegamento più stretto, e cioè il paese in cui la parte che deve fornire la prestazione ha, al momento della conclusione del contratto, la propria residenza abituale o, in caso di persona giuridica, la propria amministrazione centrale"* (art. 4 Convenzione di Roma del 1980). Di guisa che, il foro competente a conoscere della controversia era quello tedesco. I giudici, di poi, hanno osservato, che a parte l'evidente incoerenza nel richiamare norme in materia di responsabilità extracontrattuale, gli argomenti a sostegno delle pretese dei ricorrenti sul punto non potevano essere in ogni caso condivise per una duplice ragione. La prima era che la questione riguardava un caso di responsabilità contrattuale; la seconda era che a norma dell'art. 5 della Convenzione di Bruxelles del 1968, ai fini dell'individuazione della giurisdizione, dovesse considerarsi quale luogo dell'evento dannoso il luogo nel quale era avvenuta la lesione del diritto, non quello ove si erano poi manifestate le sue conseguenze. Nel caso di specie la Germania. La Corte di Cassazione, prima di concludere il suo iter argomentativo, ha preso in considerazione anche le eccezioni mosse dai ricorrenti in riferimento alla lesione del c.d. foro del consumatore, escludendone l'applicabilità alla fattispecie, essendo evidente che le parti convenute non svolgessero la propria attività commerciale o professionale nello Stato in cui era domiciliato il consumatore; né i ricorrenti avevano sostenuto che l'attività fosse diretta, con qualsiasi mezzo, verso l'Italia. Alla luce di tutti gli aspetti esaminati, la Suprema Corte concludeva confermando senza dubbio alcuno il difetto di giurisdizione del giudice italiano, in favore di quello tedesco, sul rilievo che il luogo in cui l'obbligazione era stata effettivamente prestata era la Germania, perché l'ecografia dalla quale i ricorrenti deducevano la responsabilità professionale aveva avuto luogo in territorio tedesco e che tale Paese, in cui aveva sede lo studio medico ove la condotta asseritamente inadempiente era stata compiuta, era pure il luogo con il quale il contratto presentava il collegamento più stretto.

Carmela Bonaduce

L'esclusione del giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo: questioni sottoposte alla valutazione della Corte costituzionale e loro definizione

La legge 12 aprile 2019, n.33, rubricata «Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo», ha attuato una delle più discusse riforme del sistema penale degli ultimi anni. Come la stessa rubrica afferma, il citato provvedimento normativo ha escluso la possibilità di chiedere la definizione del processo secondo le regole del giudizio abbreviato in caso di reati puniti con la pena dell'ergastolo. In particolare, la riforma *de qua* è stata attuata mediante l'introduzione di modifiche all'art. 429 c.p.p. (inserimento del comma 2-bis), all'art. 438 c.p.p. (inserimento dei commi 1-bis e 6-ter, e modifica del comma 6) ed all'art. 441-bis (inserimento del comma 1-bis). La norma chiave, indubbiamente, è rappresentata dal nuovo comma 1-bis dell'art. 438, ove testualmente è stabilito, appunto, che «Non è ammesso il giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo».

Non è la prima volta che il legislatore affronta il rapporto tra giudizio abbreviato ed ergastolo. Nella versione originaria dell'art. 442, comma 2 del codice di rito del 1988, si prevedeva espressamente che, in caso di definizione del processo nelle forme del rito abbreviato, la pena dell'ergastolo dovesse essere sostituita con quella della reclusione di anni trenta. Quindi, il rito abbreviato era senz'altro ammissibile in presenza di reati che prevedessero, in astratto, la applicabilità della pena dell'ergastolo. Su tale disciplina intervenne, però, la Corte costituzionale che, con la sentenza n.176/1991, dichiarò la illegittimità della sopra richiamata norma, nella parte in cui prevedeva la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella della reclusione di anni trenta in caso di celebrazione del giudizio abbreviato. Ciò in quanto la legge delega indicava esclusivamente - nella ipotesi di scelta di tale rito alternativo - il criterio della diminuzione di un terzo della pena editualmente prevista. Criterio che, a parere della Consulta, era inapplicabile ai delitti punibili con la reclusione a vita. Pertanto, a seguito di tale pronuncia della Corte costituzionale, il rito

abbreviato divenne inapplicabile ai procedimenti concernenti imputazioni per le quali fosse prevista la pena dell'ergastolo. Nel 1999, il legislatore, con la legge n.479 (c.d. legge Carotti), nell'apportare una serie di modifiche alla disciplina del giudizio abbreviato, introdusse un secondo periodo al comma 2 dell'art. 442 c.p.p., sancendo che «alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta», in tal modo ripristinando l'originaria soluzione del legislatore del 1988. Di poi, con il decreto legge n.341/2000, convertito in legge n.4/2001, precisò che «nell'art. 442, comma 2, ultimo periodo, c.p.p., l'espressione "pena dell'ergastolo" deve intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno» ed aggiunse allo stesso art. 442, comma 2, c.p.p., un terzo periodo: «alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno ... è sostituita quella dell'ergastolo». In seguito a tali novelle, quindi, il giudizio abbreviato tornò ad operare anche per i reati punibili con l'ergastolo. Da ultimo, la materia in parola, come anticipato, è stata interessata da un'ulteriore riforma: la legge n.33/2019 ha nuovamente previsto la impossibilità, per l'imputato al quale sia contestato un reato per il quale la legge preveda la astratta applicabilità del carcere, di optare per la definizione del processo a suo carico "allo stato degli atti". Il vigente art. 438 c.p.p. recita, infatti: «non è ammesso il giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo».

Tale norma è stata oggetto di diverse questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici di merito, esaminate contestualmente dalla Consulta e decise con la sentenza in commento.

Le corti rimettenti hanno evidenziato la potenziale violazione, da parte dell'art. 438, comma 1-bis, c.p.p., del principio di uguaglianza formale e sostanziale come sancito dall'art. 3 Cost., del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost., del principio della ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost.

Per quanto attiene alle questioni di legittimità costituzionale formulate dal Giudice dell'Udienza Preliminare presso il Tribunale di La Spezia, la Consulta ha ritenuto di non poterle affrontare in quanto giudicate «non rilevanti» rispetto al caso concreto sottoposto al vaglio del giudice rimettente. Infatti, a parere del Giudice delle leggi, i fatti attribuiti all'imputato erano stati commessi prima dell'entrata in vigore delle modifiche apportate alla disciplina del rito abbreviato, per cui il GUP di La

Spezia non avrebbe avuto alcuna preclusione ad accogliere la richiesta di definizione del processo con le forme del rito camerale. Rispetto, invece, alle questioni sollevate dalla Corte di Assise di Napoli e dal Giudice dell'Udienza Preliminare presso il Tribunale di Piacenza, esse sono state giudicate «non fondate».

In particolare, con riguardo all'art. 3 Cost., ciò che i giudici rimettenti hanno evidenziato è la difficile comprensibilità della scelta legislativa di erigere uno sbarramento totale e, a loro parere, indiscriminato, per gli imputati di reati puniti con una determinata pena edittale, senza l'inserimento, quantomeno, di ulteriori criteri selettivi volti a consentire al giudice una valutazione sulla personalità del soggetto ovvero sulla gravità, in concreto, del fatto-reato contestato, anche se solo nelle forme di un giudizio prognostico circa la specie di pena che potrà essere irrogata all'esito del giudizio. Nelle ordinanze con le quali la questione è stata sottoposta al vaglio costituzionale, si parla di sospetta irragionevolezza della legge e di arbitrarietà delle scelte legislative sul punto.

La Corte costituzionale risolve tali dubbi in senso negativo, affermando che la pena edittale dell'ergastolo, da considerarsi qualitativamente differente rispetto alla reclusione in ragione del suo carattere potenzialmente perpetuo, viene prevista in presenza di fattispecie delittuose per le quali il legislatore ha effettuato, a monte, una valutazione di speciale disvalore. Ed è sulla medesima premessa che si fonda la scelta del legislatore del 2019 di impedire l'accesso al rito abbreviato in presenza di reati punibili con la pena dell'ergastolo.

Così come non appare censurabile, a parere della Consulta, la scelta compiuta dal legislatore in sede di riforma della disciplina del giudizio abbreviato di ancorare la preclusione del rito alla pena edittale prevista per il reato per il quale si procede, in primo luogo, perché una simile opzione è stata posta alla base di diversi istituti del diritto penale sostanziale (ad esempio, la non punibilità per particolare tenuità del fatto) e di quello processuale (come nel caso delle misure cautelari); in secondo luogo, in quanto la irragionevolezza e/o l'arbitrarietà della scelta legislativa non possono in alcun modo dedursi dall'esame delle finalità perseguite dal legislatore. Rispetto a tale ultimo punto, la Corte costituzionale ammette che - senza dubbio alcuno - una delle finalità che hanno ispirato l'intervento di riforma oggetto di analisi fosse quella di conse-

guire un generale inasprimento delle pene concretamente irrogate per quei reati per i quali fosse prevista la pena edittale dell'ergastolo, precludendo la possibilità per l'imputato di accedere al giudizio abbreviato e, conseguentemente, allo sconto di pena per la scelta del rito. Ma, osserva la Corte, questa non era l'unica finalità dichiarata dal legislatore, il quale - nella proposta di legge C. 460 del 3 aprile 2018 - menzionava, tra gli scopi perseguiti, l'opportunità che rispetto ai reati più gravi previsti dall'ordinamento fosse celebrato un processo pubblico innanzi alla corte di assise e non ad un giudice monocratico, «con le piene garanzie sia per l'imputato, sia per le vittime, di partecipare all'accertamento della verità».

Ciò posto, la Corte osserva come tali finalità possano o meno essere condivise, ma «né le finalità in sé, né i mezzi individuati dal legislatore per raggiungerle, appaiono ... connotabili in termini di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà» trattandosi, fondamentalmente, di scelte discrezionali del legislatore, rispetto alle quali non è consentito alla Consulta sovrapporre la propria autonoma valutazione.

Altro profilo esaminato nella pronuncia della Corte costituzionale riguarda la compatibilità dell'art. 438, comma 1-bis, c.p.p. con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., in sé considerato ed in relazione agli artt. 2, 3 e 27, comma 2, Cost., anche in tal caso con esito negativo. La Consulta non ha condiviso l'analisi compiuta dai giudici rimettenti, secondo la quale la riformata disciplina, precludendo a taluni imputati l'accesso al giudizio abbreviato, vulnera il loro diritto costituzionale di difesa, di cui sarebbe parte integrante la possibilità di definire il giudizio mediante i riti alternativi previsti dall'ordinamento. Sul punto, la Corte richiama il proprio costante orientamento per il quale è sicuramente vero che «la facoltà di chiedere i riti alternativi - quando è riconosciuta - costituisce una modalità, tra le più qualificanti ed incisive, di esercizio del diritto di difesa, ma è altrettanto vero che la negazione legislativa di tale facoltà in rapporto ad una determinata categoria di reati non vulnera il nucleo incompressibile del predetto diritto» (ex plurimis, sentenze n.237/2012, n.273/2014, n.95/2015). Insomma, l'accesso ai riti alternativi costituisce parte integrante del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. soltanto quando il legislatore abbia previsto la loro esperibilità in presenza di certe condizioni, non potendo far

discendere dalla norma costituzionale un diritto di qualunque imputato ad accedere a tutti i riti alternativi previsti dall'ordinamento processuale penale.

Rispetto, poi, alla doglianza secondo la quale l'imputato, presunto innocente ai sensi dell'art. 27, comma 2, Cost., non potendo accedere al rito camerale, verrebbe costretto a rinunciare al proprio inviolabile diritto alla riservatezza ed essere sottoposto al dibattimento pubblico, la Corte, ancora una volta, conclude per la infondatezza della censura osservando che la pubblicità delle udienze è concepita - anche dalle carte internazionali dei diritti alle quali il nostro ordinamento è vincolato - come una garanzia soggettiva dell'imputato, ma ciò non esaurisce la *ratio* del principio della pubblicità del processo che «costituisce, sul piano oggettivo-ordinamentale, un connotato identitario dello stato di diritto, in chiave di "garanzia di imparzialità ed obiettività" di un processo che si svolge sotto il controllo dell'opinione pubblica, quale corollario sia del principio secondo cui la giustizia è amministrata in nome del popolo (art. 101 Cost.), sia della garanzia di un giusto processo (art. 111, comma 1, Cost.). Tale quadro di principi e garanzie viene maggiormente in evidenza, prosegue la Corte, quando vengono celebrati processi per reati più gravi, che colpiscono l'ordinata convivenza civile e che ledono il nucleo dei diritti fondamentali delle vittime, «di talché il mero consenso dell'imputato non basta a fondare un suo diritto costituzionale - opposto e, anzi, speculare al suo diritto alla pubblicità delle udienze - alla celebrazione di un processo "a porte chiuse", al riparo del controllo dell'opinione pubblica». La Consulta, quindi, conclude affermando che non può che ritenersi infondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla lamentata violazione del diritto di difesa in relazione al diritto alla riservatezza poiché non vi è sproporzione tra la necessità di tutelare la dignità e la riservatezza dell'imputato e la disciplina in esame, laddove impone la celebrazione di un processo pubblico, anche nell'ipotesi in cui l'imputato sarebbe disposto a rinunciare a tale garanzia.

Ulteriore profilo di possibile illegittimità esaminato dal GUP del Tribunale di Piacenza, riguarda l'art. 438, comma 1-bis, c.p.p. in relazione alla presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, Cost. Il rimettente ritiene che la riformata disciplina del rito abbreviato affidi al magi-

strato del pubblico ministero un potere molto ampio, dandogli, di fatto, la possibilità di impedire ad un imputato di accedere al rito abbreviato contestandogli, nel capo di imputazione, un reato per il quale il legislatore abbia previsto la pena dell'ergastolo.

La Consulta, nel dichiarare l'infondatezza di tale argomentazione, osserva che l'imputazione formulata dal magistrato inquirente è sottoposta al vaglio da parte del giudice dell'udienza preliminare, il quale - all'esito delle conclusioni rassegnate dalle parti - ben potrebbe riqualificare il fatto ascritto all'imputato, così da consentirgli l'accesso al rito alternativo, come sancito dagli artt. 438, comma 6 e 429, comma 2-bis del codice di rito. Va, altresì, considerato che un simile riesame della richiesta dell'imputato di accedere al rito abbreviato è previsto anche nella fase dibattimentale, laddove, in esito all'istruttoria, il fatto risulti diverso da come originariamente contestato dal magistrato del pubblico ministero (art. 438, comma 6-ter, c.p.p.). Quindi, anche sotto questo profilo, la Corte costituzionale ritiene che i diritti dell'imputato non vengano in alcun modo lesi dalla disciplina introdotta dalla legge n.33/2019.

Infine, la sentenza in commento ha affrontato anche la questione della compatibilità della preclusione dell'accesso al giudizio abbreviato in caso di reati punibili con l'ergastolo con il principio della ragionevole durata del processo. Il GUP del Tribunale di Piacenza si è interrogato circa gli effetti che l'onere di procedere in ogni caso con rito ordinario innanzi alla corte di assise per i reati *de quibus* avranno sui tempi processuali, ritenendo che tale scelta provocherà una inevitabile dilatazione dei tempi processuali, andando essa ad incidere sulla organizzazione delle corti il cui carico di lavoro andrà senz'altro ad incrementarsi.

Il Giudice delle leggi, anche in questo caso, respinge la censura ricordando che il bilanciamento tra gli inconvenienti provocati dalla disciplina esaminata e le finalità dalla stessa perseguite spetta al legislatore, anche in materia processuale. Potrà ravvisarsi una violazione del principio della ragionevole durata del processo solo nell'ipotesi in cui l'effetto di dilatazione dei tempi medi di definizione dei processi determinata da una specifica disciplina non sia sorretto da alcuna logica esigenza e si riveli privo di qualsiasi legittima *ratio* giustificativa (*ex plurimis*, sentenze n.12/2016 e n.159/2014).

In conclusione, ciò che emerge dall'analisi di questa pronuncia è che, nel rigettare, talvolta per inammissibilità e talaltra per infondatezza, le questioni sollevate dalle corti di merito, la Consulta ha compiuto un evidente esercizio di *self-restraint*, evitando di debordare dal suo ruolo e non invadendo la sfera propria del legislatore. Infatti, a fondamento delle proprie ragioni, la Corte ha in più occasioni richiamato la discrezionalità del legislatore, rispetto alla quale è stato manifestato un atteggiamento particolarmente favorevole, giudicando non arbitraria né irragionevole la scelta di precludere l'accesso al rito abbreviato in presenza di una contestazione per reati astrattamente punibili con l'ergastolo.

Maria Coppola

Disapplicazione della proroga legislativa delle concessioni del demanio marittimo.

Nota a T.A.R. Campania - Salerno, sez. II, sentenza 29.01.2021 n. 265.

Per il Tar Campania Salerno, la legge n. 145 del 2018, con cui lo Stato italiano ha dato il via libera alla proroga automatica delle concessioni balneari fino al 2033, sarebbe "confliggente con i principi euro-unitari sanciti dalla direttiva Bolkestein", con la conseguenza che detta proroga va disapplicata.

Premessa.

Addentrarsi in questa materia richiede la necessaria consapevolezza che la sorte delle concessioni demaniali marittime resta, ad oggi, in Italia, uno dei temi più controversi, sia a livello politico¹, sia per la più recente giurisprudenza.

Invero, da quando la legge n. 145/2018 ha istituito l'estensione della validità delle attuali concessioni demaniali marittime fino al 31 dicembre 2033, il provvedimento è stato oggetto di svariate sentenze, spesso contrapposte tra loro e che hanno scatenato una campagna mediatica di vasta eco. Su fronti opposti c'è chi vuole dimostrare la compatibilità della legge n. 145/2018 con il diritto italiano ed europeo e chi, invece, ne evidenzia la inadeguatezza, oltre che la contrarietà alle prescrizioni europee.

Secondo il primo orientamento, la Corte Costituzionale, con l'ultima sentenza in materia di con-

cessione demaniale (la n. 10/2021), avrebbe ribadito il proprio orientamento teso ad attribuire allo Stato nazionale la competenza esclusiva per disciplinare il settore e l'attribuzione alla legge n. 145/2018 della relativa regolamentazione².

Di segno opposto, la corrente che sostiene una vera e propria "bocciatura" della legge 145/2018, in quanto confliggente col principio eurocomunitario risalente alla direttiva Bolkestein del 2006³, la quale prevede che, quando c'è un numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività, ma vi è anche un limite per la scarsità di risorse naturali e delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri sono tenuti ad applicare la procedura di selezione tra i candidati potenziali. Le tante estensioni già concesse esporrebbero l'Italia al rischio di condanna, da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, perché con questi rinnovi non sarebbe stata rispettata la Bolkestein⁴.

La vicenda.

Il contenzioso oggetto di giudizio veniva promosso dal titolare di uno stabilimento balneare - che rivendicava l'estensione fino al 2033 della propria concessione demaniale marittima a mezzo di una proroga legale della stessa e in assenza di gara - nei confronti del Comune di Camerota.

Il Comune rimaneva contumace.

La domanda si fondava sul richiamo alla Legge nazionale di riordino n. 145/2018 ("*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*"), che ha imposto una generale revisione del sistema delle concessioni marittime, secondo modalità e termini da adottarsi con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, demandando a un successivo Dpcm la fissazione dei principi e dei criteri tecnici dell'assegnazione delle concessioni sulle aree demaniali marittime (ma anche di quelle lacuali/fluviali, in forza dell'art. 100, co. 1, D.L. n. 104/2020, convertito in L. n. 126/2020).

Invero, all'interno della richiamata Legge di Bilancio si rinvenivano importanti misure a favore del comparto balneare, riguardanti principalmente una proroga di 15 anni della concessione demaniale a favore sia delle imprese il cui titolo concessorio fosse stato rilasciato anteriormente al 31.12.2009 sulla base dell'articolo 1 comma 683 della stessa legge di bilancio, sia delle concessioni rilasciate successivamente a tale data sulla base

del comma 682, ma anche a favore delle cosiddette concessioni ancora "pendenti" alla data del 31.12.2009.

Peraltro, "al fine di contenere i danni diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19", la proroga fino al 2033 delle concessioni demaniali marittime, fluviali e lacuali aventi finalità turistico-ricreative era stata ulteriormente confermata dal D.L. n. 34/2020, convertito in L. n. 77/2020⁵.

La decisione del T.A.R. Campania - Salerno.

Con una pronuncia lunga e articolata il Tar di Salerno, prima di respingere il ricorso, ha ripercorso innumerevoli argomenti contrari all'estensione automatica delle concessioni balneari.

Ha, per esempio, fatto riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia Europea "Promoimpresa" del 14 luglio 2016⁶, ma anche ai più recenti ricorsi dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato contro il prolungamento fino al 2033 disposto da alcuni Comuni toscani⁷.

Secondo il Tribunale amministrativo campano, la legge n. 145/2018 "si presenta confliggente con i principi euro-unitari sanciti dall'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (cd. Bolkestein)" e, pertanto, "la proroga automatica quindicennale [...] si infrange contro l'indirizzo giurisprudenziale disapplicativo delle norme legislative dilatorie emanate in subiecta materia".

E, con un affondo, severo e tagliente, ha precisato che, rispetto all'intervenuta cessazione del rapporto concessorio, il titolare della concessione può vantare "un mero interesse di fatto a che l'amministrazione proceda a una nuova concessione in suo favore e non già una situazione qualificata in qualità di concessionario uscente, con conseguente inconfigurabilità di alcun obbligo di proroga ex lege o motivazionale dell'amministrazione".

Ha, così, escluso l'operabilità delle proroghe disposte dal Legislatore nazionale in ossequio alla pronuncia del 2016 del Giudice euro-unitario, rimarcando il principio secondo cui la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento⁸.

Niente più che una riflessione.

L'impressione è che, nonostante i vari "buoni propositi", i Governi che si sono succeduti abbiano

mancato l'obiettivo: quello di sostenere gli Enti pubblici, lasciati soli a districare una vicenda complessa e che travalica i confini dei propri territori.

Quale che sia l'orientamento prescelto, infatti, sembra chiara l'urgente necessità di un provvedimento organico nazionale sul demanio marittimo che dia seguito a quanto disposto dalla legge n. 145/2018: l'estensione fino al 2033 fu, infatti, introdotta soltanto come un periodo "transitorio", necessario ad approvare un impianto normativo stabile e completo che, oltre alla durata delle concessioni, stabilisse criteri certi per i rinnovi. Il governo non ha mai dato seguito a questo intento, nonostante la stessa legge n. 145/2018 imponesse di farlo entro il 30 aprile 2019.

Con la conseguenza del proliferare di sentenze tra loro confliggenti, da parte dei Tribunali italiani.

1. In merito, nei mesi scorsi è stata approvata una mozione parlamentare tesa a sollecitare la risoluzione della problematica dell'applicazione della direttiva Bolkestein, portandola all'attenzione della Conferenza Stato-Regioni.
2. In tal senso, per esempio, sentenze TAR Lecce, I Sez., nn. 454 e 459/2021.
3. La direttiva dell'Unione Europea 2006/123/CE, conosciuta come direttiva Bolkestein, è una direttiva dell'Unione Europea relativa ai servizi nel mercato europeo comune, tesa - almeno nelle intenzioni - a rendere l'accesso agli stessi il più possibile libero e de-regolamentato, dall'esercizio delle attività di servizi, che devono essere quelle del Paese di destinazione per non interferire con gli equilibri dei mercati locali. Si tratta di una direttiva che ha lasciato molta insoddisfazione, vuoi per coloro che speravano in una direttiva più liberale, e ritengono che i vantaggi economici saranno ora gravemente limitati, e parlano di un'occasione perduta per l'Europa; vuoi per coloro che abbracciano posizioni nazionaliste e non condividono il principio della limitazione dei poteri degli Stati e l'equiparazione dei diritti dei cittadini di altri Paesi europei.
4. In verità, è già pervenuta una lettera di messa in mora ai danni dell'Italia da parte dell'Unione Europea per le norme contenute nella legge n. 145/2018.
5. Cfr. art. 182, co. 2., D.L. n. 34/2020.
6. Corte di Giustizia UE, Sez. V, 14 luglio 2016, Cause riunite C 458/14 e C 67/15: con questa pronuncia la Corte di Giustizia dichiarava illegittima la proroga automatica delle concessioni demaniali in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati.
7. Il Tar Toscana ha accolto il ricorso dell'Antitrust che impugnava il provvedimento di proroga automatica fino al 2023 delle concessioni demaniali balneari adottato da due Comuni toscani, i quali adesso dovranno applicare la direttiva europea Bolkestein.
8. Principio, questo, sostenuto, anche da ultimo, dal Consiglio di Stato, con sentenza n. 1416/2021, secondo cui vi è necessità di gare per tutte le concessioni demaniali, sia per le "nuove" che per quelle già in essere e soggette a variazione o proroga.

Gennaro Stefano Del Verme

La retrodatazione della decorrenza del termine massimo della custodia cautelare nell'ipotesi di plurime imputazioni connesse.

Cass. S.U. 28 maggio 2020, n. 23166

Con la decisione in commento le Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione intervengono sul tema del computo del termine di durata delle misure cautelari personali per fatti tra loro connessi ai sensi dell'art. 12 comma 1 lett. b) e c), che già in passato era stato oggetto di rimessione al supremo consesso non ottenendo però soluzione data l'inammissibilità del ricorso.

L'interessante pronuncia in commento, risolve il contrasto giurisprudenziale sul tema: "se, in ipotesi di pluralità di ordinanze applicative di misure cautelari per fatti connessi, la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare, di cui all'art. 297, comma 3, c.p.p., deve essere effettuata frazionando la durata globale della custodia cautelare, ed imputandovi solo i periodi relativi a fasi omogenee, oppure computando l'intera durata della custodia cautelare subita, anche se relativa a fasi non omogenee".

Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario e più risalente, la retrodatazione dei termini di custodia cautelare andrebbe eseguita frazionando la durata globale della custodia relativa alla prima misura ed imputando alla seconda solo i periodi relativi a fasi omogenee, e ciò sulla considerazione che i termini di durata delle misure cautelari sono scanditi ed articolati in fasi procedurali pertanto non sarebbe consentito cumulare i periodi di custodia cautelare relativi a fasi non omogenee⁽¹⁾. In caso di c.d. "contestazioni a catena" dunque, la retrodatazione dei termini di custodia cautelare della seconda ordinanza applicativa andrebbe operata "scomputando"⁽²⁾ il periodo di custodia già subito dall'indagato con la prima ordinanza relativamente alla medesima fase. Solo sommando i due periodi di misura cautelare sofferti dall'indagato con le diverse ordinanze cautelari nella medesima fase, si può verificare se il termine massimo di fase sia stato superato ovvero residua ancora del tempo. In questo secondo caso, infatti, in base a tale orientamento,

laddove nel procedimento in cui sia stata applicata la prima ordinanza vi sia stato il passaggio alla fase successiva senza aver esaurito il suddetto termine, la seconda misura s'inserirebbe nel termine di fase non "utilizzato" dalla prima misura.

Tale orientamento maggioritario, come ben rilevato dalla sentenza in commento si presta all'insuperabile obiezione che così operando la retrodatazione, comporterebbe inevitabilmente una dilatazione dei termini massimi della misura cautelare consentendo, ad esempio, all'iniziativa degli organi cui è attribuito il potere cautelare, soprattutto nella fase delle indagini preliminari, di procedere all'ulteriore contestazione concatenata a ridosso del passaggio di fase del procedimento relativo alla prima ordinanza, eludendo quindi il principio fissato dall'art. 297, comma 3, c.p.p.

In effetti, la ratio dell'istituto della retrodatazione s'individua nell'esigenza di "comprimere entro spazi sicuri il termine di durata massima delle misure cautelari, in perfetta aderenza con quanto previsto dall'art. 13, ultimo comma, della Carta fondamentale" e quindi "alla avvertita esigenza di configurare limiti obiettivi e ineludibili alla durata dei provvedimenti che incidono sulla libertà personale e ciò con particolare riferimento alla fase delle indagini preliminari, la quale, per essere affidata alle iniziative investigative del pubblico ministero, mal si presta a controlli successivi sul sempre opinabile terreno delle relative acquisizioni"⁽³⁾.

Il meccanismo della retrodatazione, dunque, risulterebbe permeato da fattori non predeterminati relativamente alla durata della custodia cautelare, prestandosi ad aggirare il divieto di contestazioni a catena attraverso il frazionamento delle iniziative cautelari nonché a mirate scelte dei titolari del potere cautelare che ben potrebbe richiedere ed applicare la prima misura in prossimità del passaggio di fase, così da far decorrere per essa un periodo di fase ridotto impedendo, di fatto, il cumulo di termini non omogenei per la misura cautelare adottata per ultima, la cui durata verrebbe così artificiosamente ed arbitrariamente prolungata. Tale atteggiamento, tra l'altro, già è stato considerato arbitrario poiché lesivo del diritto alla libertà della persona sottoposta al procedimento penale, anche a livello sovranazionale dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, data la palese violazione dell'art. 5, §1 della Convenzione EDU⁽⁴⁾.

Secondo un diverso orientamento giurisprudenziale,

che si potrebbe definire intermedio e che pur aderisce alla tesi maggioritaria, il sistema di calcolo dei termini in costanza di plurime ordinanze applicative della misura custodiale, sarebbe applicabile soltanto quando entrambi i procedimenti nell'ambito dei quali le misure cautelari sono state emesse si trovino nella medesima fase, cosicché vi sarebbe una assimilazione della misura cautelare retrodatata alla primigenia, come se fosse stata emessa coevamente ad essa e conseguentemente la seconda ordinanza seguirebbe esattamente le sorti procedurali della prima e, dunque, intanto potrà essere dichiarata la perenzione della ordinanza retrodatata in quanto i termini massimi di custodia cautelare afferenti all'altra ordinanza siano effettivamente scaduti⁽⁵⁾.

Secondo la sentenza in commento, tale indirizzo si presta all'obiezione di operare una assimilazione della seconda ordinanza alla prima, tanto che ad entrambe si applicherebbero termini necessariamente più estesi, relativamente al procedimento per il quale si è già avuto il passaggio della fase delle indagini a quella successiva.

A fronte dei due suddetti orientamenti ve né uno considerato minoritario sebbene più recente, maturato in seno alla Sesta Sezione della Suprema Corte, che si discosta categoricamente dal criterio del computo dei termini per fasi omogenee, facendo applicazione dei principi espressi dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 233/2011 e 293/2013. Secondo tale indirizzo, infatti, "in ipotesi di pluralità di ordinanze applicative di misure cautelari per fatti connessi, la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare, di cui all'art. 297, comma 3, c.p.p., non deve essere effettuata frazionando la globale durata della custodia cautelare ed imputandovi solo i periodi relativi a fasi omogenee"⁽⁶⁾. Tale principio s'ispira alla finalità stessa dell'istituto della retrodatazione che consiste nel riallineare fattispecie cautelari che pur dovendo essere applicate in un unico contesto temporale si sono sviluppate in tempi successivi, quindi tale risultato non si otterrebbe laddove si procedesse solo alla sommatoria dei termini decorsi in fasi omogenee⁽⁷⁾.

A fronte di tale più recente e minoritario orientamento, le Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza in commento hanno ritenuto quest'ultimo maggiormente aderente sia al dato testuale dell'art. 297, comma 3, c.p.p., sia alla ratio dell'istituto della retrodatazione valorizzata dalle pro-

nunche della Corte costituzionale e dalla Corte EDU.

Quanto al rilievo testuale contenuto nella norma in esame, le Sezioni Unite rilevano come la norma non contenga alcuna indicazione circa la necessità di procedere ad ulteriori calcoli finalizzati alla sommatoria dei periodi di custodia cautelare in riferimento a ciascuna misura, né alcuna preclusione circa l'imputazione di periodi di custodia relativi a fasi processuali diverse ovvero che la retrodatazione debba operare analogamente allo scomputo dalla pena detentiva del periodo di pre-sofferenza.

Il sistema della retrodatazione del termine, dunque, si sostanzia in un meccanismo di sostituzione del termine iniziale di durata della misura adottata per ultima in modo tale che per calcolare il relativo termine di fase si dovrà necessariamente fare riferimento al *dies a quo* riferito alla prima misura. Ciò comporta che non sia possibile sommare i due periodi di custodia cautelare afferenti alle due misure né sarà possibile una loro distinta considerazione a seconda delle fasi processuali in cui ciascuna di esse interviene.

Da tali considerazioni le Sezioni Unite della Suprema Corte né fanno discendere il principio di diritto secondo cui: *“La retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare di cui all'art. 297, comma 3, c.p.p. deve essere effettuata computando l'intera durata della custodia cautelare subita, anche se relativa a fasi non omogenee”*. In conclusione, dunque, le vicende relative alle c.d. contestazioni “a catena” che importano l'applicazione in momenti diversi di misure cautelari custodiali, per fatti evincibili sin dall'applicazione della prima misura, sembra essere stato risolto attraverso un rigoroso ragionamento logico-giuridico improntato sul dato testuale della norma ed al principio ermeneutico dettato dall'art. 12 delle preleggi, nonché della ratio dell'istituto in parola cui si ispirano i principi più volte affermati dalla Corte costituzionale di *“favorlibertatis”*⁽⁸⁾.

1. In tal senso Cass. Pen., sez. 6, 6 febbraio 2013, n. 15736; Cass. Pen., Sez. Fer., 21 agosto 2014, n. 47581; Cass. Pen., Sez. 6, 12 novembre 2014, n. 50761;

2. Tale modalità di calcolo viene definita “a scomputo” da Cass. Pen., sez. 6, 6 febbraio 2013, n. 15736;

3. In tal senso C. Cost., sent. n. 89/1996;

4. cfr. Corte EDU, sent. 26 maggio 2020, I.E. c. Moldavia;

5. Di tale avviso è l'orientamento espresso da Cass. Pen., Sez. 4, 2 marzo 2017, n. 18111;

6. Cass. Pen., Sez. 6, 28 dicembre 2016, n. 3058

7. In tal senso si sono orientate anche Cass. Pen. Sez. 6, 30 marzo 2017, n. 20305; Cass. Pen. Sez. 4, del 6 giugno 2017, n. 36088; Cass. Sez. 6, del 12 febbraio 2019, n. 21177;

8. La Corte costituzionale si è più volte pronunciata sulla legittimità costituzionale del terzo comma dell'art. 297, c.p.p. nelle note sentenze n. 89/1996, n. 231/2011, n. 229/2005, ove ha espresso considerazioni improntate al principio del minor sacrificio della libertà personale, impedendo valutazioni imponderabili rimesse alla soggettività dei titolari del potere cautelare.

Emiliana Matrone

Risponde di un'infrazione unica l'autotrasportatore che, sottoposto a controllo, non è in grado di presentare i fogli di registrazione del cronotachigrafo relativi alla giornata in corso e ai 28 giorni precedenti.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza Sentenza del 24 marzo 2021, nelle cause riunite C-870/19 e C 871/19, dichiara quanto segue: *“L'articolo 15, paragrafo 7, del regolamento (CEE) n. 3821/85 del Consiglio, del 20 dicembre 1985, relativo all'apparecchio di controllo nel settore dei trasporti su strada, come modificato dal regolamento (CE) n. 561/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, e l'articolo 19 del regolamento n. 561/2006 devono essere interpretati nel senso che, in caso di mancata presentazione, da parte del conducente di un veicolo adibito al trasporto su strada, sottoposto a un controllo, dei fogli di registrazione dell'apparecchio di controllo relativi a vari giorni di attività nel corso del periodo comprendente la giornata del controllo e i 28 giorni precedenti, le autorità competenti dello Stato membro del luogo di controllo sono tenute a constatare un'infrazione unica in capo a tale conducente e a infliggergli per la stessa un'unica sanzione”*.

Il regolamento n. 3821/85, che ha abrogato e sostituito il regolamento (CEE) n. 1463/70 del Consiglio, del 20 luglio 1970, è stato a sua volta abrogato e sostituito dal regolamento (UE) n. 165/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 febbraio 2014, relativo ai tachigrafi nel settore dei trasporti su strada, che abroga il regolamento n. 3821/85 e modifica il regolamento n. 561/2006. Tuttavia, tenuto conto della data dei fatti di causa, il riferi-

mento normativo è rappresentato dal regolamento n. 3821/85.

L'articolo 15, paragrafo 7, del richiamato regolamento prevede quanto segue:

«a) Il conducente, quando guida un veicolo munito di un apparecchio di controllo conforme all'allegato I, deve essere in grado di presentare, su richiesta degli addetti ai controlli:

1) i fogli di registrazione della settimana in corso e quelli utilizzati dal conducente stesso nei quindici giorni precedenti,

2) la carta del conducente se è titolare di una sifatta carta, e

3) ogni registrazione manuale e tabulato fatti nella settimana in corso e nei quindici giorni precedenti, come richiesto dal presente regolamento e dal regolamento (...) n. 561/2006.

Tuttavia, dopo il 1- gennaio 2008, i periodi di tempo di cui ai punti i) e iii) comprenderanno la giornata in corso e i ventotto giorni precedenti.

b) Il conducente, quando guida un veicolo munito di un apparecchio di controllo conforme all'allegato I B, deve essere in grado di presentare, su richiesta degli addetti ai controlli:

1) la carta di conducente di cui è titolare,

2) ogni registrazione manuale e tabulato fatti durante la settimana in corso e nei quindici giorni precedenti, come stabilito dal presente regolamento e dal regolamento (...) n. 561/2006, e

3) i fogli di registrazione corrispondenti allo stesso periodo di cui al precedente [punto ii)] nel caso in cui in tale periodo abbia guidato un veicolo munito di un apparecchio di controllo conforme all'allegato I.

Tuttavia, dopo il 1- gennaio 2008, i periodi di tempo di cui al punto ii) comprenderanno la giornata in corso e i ventotto giorni precedenti.

c) Un agente abilitato al controllo può verificare il rispetto del regolamento (...) n. 561/2006 attraverso l'esame dei fogli di registrazione, dei dati visualizzati o stampati che sono stati registrati dall'apparecchio di controllo o tramite la carta del conducente o, in assenza di essi, attraverso l'esame di qualsiasi altro documento probante che permetta di giustificare l'inosservanza di una delle disposizioni quali quelle di cui all'articolo 16, paragrafi 2 e 3».

L'allegato I del citato regolamento stabilisce che per apparecchio di controllo deve intendersi l'apparecchio destinato ad essere montato a bordo di veicoli stradali per indicare e registrare in modo au-

tomatico o semiautomatico dati sulla marcia di questi veicoli e su certi tempi di lavoro dei loro conducenti; e che per foglio di registrazione deve intendersi il foglio concepito per ricevere e fissare registrazioni, da collocare nell'apparecchio di controllo e sul quale i dispositivi scriventi dell'apparecchio tracciano in modo continuo i diagrammi dei dati da registrare.

L'articolo 19 del regolamento n. 561/2006 dispone che gli Stati membri devono stabilire le sanzioni applicabili in caso di infrazione alle suddette disposizioni e adottare i provvedimenti necessari a garantirne l'applicazione.

Secondo la Direttiva 2006/22, le infrazioni dell'art. 15, paragrafo 7, del regolamento n. 3821/85, tutte qualificate come *«molto gravi»*, sono le seguenti: Rifiuto di essere controllato;

Non in grado di presentare registrazioni della giornata in corso;

Non in grado di presentare registrazioni dei precedenti 28 giorni;

Non in grado di presentare registrazioni della carta del conducente se il conducente ne è titolare;

Non in grado di presentare registrazioni manuali e tabulati fatti nella giornata in corso e nei precedenti 28 giorni;

Non in grado di presentare la carta del conducente; Non in grado di presentare tabulati fatti nella giornata in corso e nei precedenti 28 giorni.

In Italia, la Legge n. 727/1978 commina per simili infrazioni una sanzione amministrativa dell'importo minimo di euro cento.

Orbene, in occasione di due controlli stradali, effettuati il 26 luglio e l'8 agosto 2013 in Italia, veniva accertato che che i signori, rispettivamente, MI (causa C-870/19) e TB (causa C-871/19), nella loro qualità di conducenti di veicoli adibiti al trasporto su strada, non erano in grado di presentare i fogli di registrazione del cronotachigrafo installato a bordo del loro veicolo, relativi alla giornata in corso e a numerosi dei 28 giorni precedenti.

Pertanto, venivano elevati ai danni dei due autotrasportatori varie sanzioni amministrative per una serie di infrazioni della legge n. 727/1978.

Il giudice di primo grado rigettava i ricorsi presentati dai sig.ri MI e TB, i quali contro le rispettive decisioni proponevano appello innanzi al Tribunale di Firenze. Tale Giudice, con sentenze del 26 luglio 2016, decideva che il conducente aveva commesso un'unica infrazione della legge n. 727/1978, con la conseguente riduzione della condanna a

un'unica sanzione. La Prefettura Ufficio Territoriale del Governo di Firenze impugnava le decisioni del Tribunale di Firenze dinanzi alla Corte Suprema di Cassazione, prospettando che, "qualora il conducente non sia in grado di produrre alcuni dei fogli di registrazione del cronotachigrafo installato a bordo del veicolo, relativi alla giornata in corso e ai 28 giorni precedenti, occorre infliggere a tale conducente non già una sanzione unica a fronte di un'infrazione unica, bensì varie sanzioni per ciascuno dei periodi più brevi rientranti in tale periodo complessivo, il quale comprende la giornata in corso e i 28 giorni precedenti, e in relazione ai quali il conducente in questione non è in grado di produrre tali documenti".

La Cassazione evidenziava che esistevano in Italia migliaia di procedimenti identici alle controversie in esame e che la giurisprudenza nazionale era divergente in materia e, pertanto, riteneva che per risolvere la questione era necessario un intervento chiarificatore in ordine all'interpretazione dell'art. 15, paragrafo 7, del regolamento in parola.

In pratica, la Corte di Cassazione sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in entrambe le cause, che poi venivano riunite, la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 15, [paragrafo 7, del regolamento n. 3821/85] possa essere interpretato, per la specifica ipotesi del conducente dell'automezzo, quale norma che prescriva una unica complessiva condotta con conseguente commissione di una unica infrazione ed irrogazione di una sola sanzione ovvero può dar luogo, con l'applicazione del cumulo materiale, a tante violazioni e sanzioni per quanti sono i giorni in relazione ai quali non sono stati esibiti i fogli di registrazione del cronotachigrafo nell'ambito del previsto lasso temporale ("giornata in corso ed i 28 giorni precedenti")».

In sostanza, si chiedeva se la prefata disposizione dovesse essere interpretata nel senso che essa impone al conducente un unico obbligo, consistente nell'essere in grado, in caso di controllo, di produrre tutti i fogli di registrazione relativi all'intero periodo rilevante, la violazione di questa stessa disposizione configurerebbe un'infrazione unica, la quale potrebbe dar luogo soltanto all'irrogazione di un'unica sanzione.

Oppure, se l'articolo 15, paragrafo 7, del regolamento n. 3821/85 dovesse essere interpretato nel senso che esso prevede molteplici obblighi, le vio-

lazioni di questi potrebbero dar luogo a tante infrazioni quanti sono i giorni, o i gruppi di giorni, compresi nel periodo costituito dalla giornata del controllo e dai 28 giorni precedenti, in relazione ai quali non sono stati presentati i fogli di registrazione.

I Giudici di Lussemburgo argomentano così:

- I regolamenti nn. 3821/85 e 561/2006 mirano, da un lato, al miglioramento delle condizioni di lavoro dei conducenti cui si applicano tali regolamenti nonché della sicurezza stradale in generale e, dall'altro, alla definizione di criteri uniformi relativi ai periodi di guida e di riposo dei conducenti nonché al loro controllo.

- Infatti, detti regolamenti prevedono un insieme di misure, segnatamente criteri uniformi relativi ai periodi di guida e di riposo dei conducenti nonché il loro controllo, la cui osservanza deve essere garantita dagli Stati membri mediante l'applicazione di un regime sanzionatorio per qualsivoglia violazione dei medesimi.

- In particolare, i datori di lavoro e i conducenti sono tenuti a vigilare sul buon funzionamento dell'apparecchio eseguendo accuratamente le operazioni richieste dalla regolamentazione.

- In forza del regolamento, l'apparecchio di controllo installato a bordo dei veicoli adibiti al trasporto su strada, il cui funzionamento può essere analogico o digitale, deve consentire di indicare e registrare taluni dati sulla marcia di tali veicoli nonché sui periodi di guida dei loro conducenti.

- Nel caso in cui il veicolo adibito al trasporto su strada sia dotato di un apparecchio di controllo analogico, tali dati sono registrati su un foglio di registrazione inserito nell'apparecchio. Qualora il veicolo sia dotato di un apparecchio di controllo digitale, detti dati sono memorizzati sulla carta del conducente.

- L'articolo 15, paragrafo 2, di detto regolamento dispone che i conducenti utilizzano i fogli di registrazione o la carta del conducente per ciascun giorno in cui guidano, dal momento in cui prendono in consegna il veicolo, e che il foglio di registrazione o la carta del conducente sono ritirati solo alla fine del periodo di lavoro giornaliero, a meno che il loro ritiro sia autorizzato diversamente.

- In relazione a tale obbligo l'articolo 15, paragrafo 7, lettera a), del regolamento n. 3821/85 prevede che, su richiesta delle autorità di controllo, il conducente di un veicolo munito di un apparecchio di

controllo analogico sia tenuto, in particolare, a presentare, dopo il 1- gennaio 2008, i fogli di registrazione della giornata in corso e dei 28 giorni precedenti.

- Dunque, conformemente al suo tenore letterale, l'articolo 15, paragrafo 7, lettera a), del regolamento n. 3821/85 istituisce, relativamente ai fogli di registrazione, un obbligo in forza del quale il conducente deve essere in grado di presentare i fogli di registrazione relativi al periodo comprendente la giornata del controllo e i 28 giorni precedenti.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte giunge alla conclusione che "tale disposizione stabilisce un obbligo unico applicabile a questo intero periodo e non già obblighi distinti per ciascuna delle giornate in questione o per ciascuno dei fogli di registrazione corrispondenti".

In sostanza, la Corte afferma che "la violazione dell'obbligo prescritto dall'articolo 15, paragrafo 7, lettera a), del regolamento n. 3821/85 costituisce un'infrazione unica e istantanea, consistente nell'impossibilità, per il conducente interessato, di presentare, al momento del controllo, tutti o parte di questi 29 fogli di registrazione. Tale infrazione non può che dar luogo a una sola sanzione".

Peraltro, in sentenza, emerge che lo stesso articolo 19, paragrafo 1, del regolamento n. 561/2006, statuisce espressamente che "nessuna infrazione del regolamento n. 3821/85 è soggetta a più di una sanzione".

Dunque, la Corte chiarisce che, qualora, in occasione di un controllo, il conducente di un veicolo adibito al trasporto su strada non sia in grado di presentare i fogli di registrazione del cronotachigrafo relativi alla giornata in corso e ai 28 giorni precedenti, tale comportamento costituisce un'infrazione unica cui deve seguire una sanzione unica.

Occorre, altresì, puntualizzare che, in forza dell'articolo 19 del regolamento n. 561/2006, le sanzioni per infrazione dei regolamenti nn. 3821/85 e 561/2006 devono essere effettive, proporzionate, dissuasive e non discriminatorie.

Dal momento che un inadempimento relativo all'articolo 15, paragrafo 7, del regolamento n. 3821/85 non può essere considerato un'infrazione minore, è di tutta evidenza che la sanzione prevista per tale inadempimento deve essere sufficientemente elevata, in considerazione della gravità di tale infrazione, affinché essa possa produrre un

reale effetto dissuasivo.

Ne consegue, secondo il ragionamento della Corte di Giustizia, che, quand'anche il giudice nazionale reputasse l'importo massimo della sanzione amministrativa pecuniaria che può essere imposta nei procedimenti principali non sufficientemente elevato per produrre effetti dissuasivi, tale giudice non potrebbe imporre più sanzioni, ciascuna vertere su uno o più giorni rientranti nel periodo comprendente la giornata del controllo e i 28 giorni precedenti.

Purtuttavia, il giudice dovrà garantire il rispetto del principio di legalità dei reati e delle pene, sancito dall'articolo 49, paragrafo 1, prima frase, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Per giurisprudenza, tale principio richiede che la legge definisca chiaramente le infrazioni e le pene che le reprimono. Detta condizione si rivela soddisfatta qualora il soggetto sia in grado di sapere, sulla base del dettato della disposizione pertinente e se del caso con l'aiuto dell'interpretazione che ne è data dai tribunali, quali atti e omissioni implicano la sua responsabilità penale.

Gaetano Riccio - Eliana Libroia

L'addetto alle vendite si rifiuta di servire un cliente senza mascherina: è legittimo il licenziamento disciplinare?

Con la recentissima pronuncia del 13 gennaio 2021, n. 9 il Tribunale di Arezzo ha dichiarato illegittimo il licenziamento del lavoratore che si era rifiutato di servire un cliente privo di mascherina, condannando il datore di lavoro al reintegro del dipendente.

Nel caso di specie il giudice adito ha richiamato innanzitutto il diritto dei lavoratori riconosciuto dalla Costituzione di espletare le proprie mansioni lavorative nel rispetto di adeguate condizioni di sicurezza.

Va da sé che in un periodo storico come quello che stiamo vivendo attualmente, in cui il contagio da Covid-19 interessa tutte le categorie lavorative a contatto con terzi e/o colleghi, il concetto di "sicurezza" sul luogo di lavoro debba tenere conto anche dei presidi sanitari finalizzati a prevenire la diffusione del virus.

Ciò non è avvenuto nella vicenda che ha dato origine alla pronuncia in commento.

Più esattamente, durante la vigenza dell'obbligo nazionale di indossare la mascherina nei luoghi aperti al pubblico, un uomo sprovvisto di tale presidio medico entrava in un'attività commerciale della provincia di Arezzo e si approssimava alla cassa per comprare delle sigarette.

L'impiegato del punto vendita domandava, quindi, al cliente di utilizzare la mascherina o, qualora non ne avesse una a disposizione in quel frangente, di coprirsi almeno il naso e la bocca con la maglia che indossava.

L'uomo non solo non si conformava all'obbligo di legge, ma a gran voce sosteneva che esclusivamente i malati avrebbero dovuto indossare la mascherina e che sia il proprietario del negozio sia i suoi dipendenti non fossero altro che dei "ladri" interessati a vendere presidi medici che si approfittavano della paura ingenerata dalla pandemia.

L'addetto alla cassa si rifiutava, allora, di servire il cliente che, convinto di essere nel giusto, minacciava addirittura l'intervento delle forze dell'ordine per poi uscire dal negozio in malo modo.

Non contento, poco dopo l'uomo pubblicava sui social un post in cui si doleva della maleducazione del commesso.

Giunto a conoscenza di questi eventi, il datore di lavoro licenziava l'addetto alla vendita coinvolto, ritenendolo colpevole di non aver assolto i propri obblighi contrattuali violando le direttrici aziendali imposte per la pandemia e di aver recato un grave danno all'immagine dell'attività commerciale.

Ancora più nel dettaglio, per il datore, la condotta del dipendente perfezionava la fattispecie di cui all'art. 213, lett. f), CCNL Pubblici Esercizi, Ristorazione e Turismo, idonea ad integrare una giusta causa di recesso, ovvero quella del "diverbio litigioso seguito da vie di fatto, gravi offese alla dignità, all'onore o gravi fatti di pregiudizio agli interessi del proprietario, della sua famiglia, dei superiori, della clientela e dei colleghi di lavoro, previo accertamento delle responsabilità sul fatto avvenuto".

Il licenziamento era tempestivamente impugnato dal dipendente innanzi al Tribunale di Arezzo.

Il giudice di prime cure sin dalla fase sommaria, con l'ordinanza del 7 luglio 2020, dichiarava illegittimo il recesso del datore di lavoro perché fondato su un fatto insussistente e non riconducibile al dettato dell'art. 213, lett. f), CCNL Pubblici Esercizi, Ristorazione e Turismo.

Sulla base di queste considerazioni il Tribunale imponeva la reintegrazione del prestatore di lavoro ingiustamente licenziato.

Avverso tale decisione il datore di lavoro proponeva opposizione il 4 agosto 2020.

Il dipendente si costituiva in giudizio domandando che venisse rigettata la richiesta dell'opponente e ponendo a fondamento della sua difesa il diritto di espletare le proprie mansioni lavorative in un luogo sano e sicuro.

Il commesso ribadiva altresì di essere stato vittima delle offese del cliente che aveva definito "ladri" lui e l'attività commerciale nel suo complesso.

Il giudice aretino reputava l'opposizione priva di fondamento, confermando l'ordinanza del 7 luglio 2020 e la reintegrazione del lavoratore.

La decisione del giudice è motivata da evidenti considerazioni di ordine logico-giuridiche.

Innanzitutto, per l'autorità giudiziaria, le frasi attribuite al dipendente per invitare il cliente ad indossare la mascherina non potevano qualificarsi oltraggiose o gravi e nemmeno avrebbero potuto essere percepite in tal modo dall'avventore.

Infatti, quest'ultimo non si era lamentato nel suo post pubblicato sui social di presunte offese ricevute dall'addetto alla vendita, ma aveva fatto riferimento ad un'ipotetica "scortesia" che gli sarebbe stata serbata.

Pertanto, la condotta del dipendente è stata qualificata dall'autorità giudiziaria quale "reazione verbale giustificata dall'exasperazione per una condotta altrui omissiva, denotante ignorante sottovalutazione del fenomeno pandemico, accompagnata da frasi villane e sprezzanti della salute propria e degli altri clienti, oltreché del cassiere".

Secondo il giudice aretino, neanche il rigetto di servire l'avventore avrebbe potuto considerarsi un fatto grave idoneo a impedire la continuazione - pure solamente provvisoria - del rapporto lavorativo, dato che il commesso aveva anche proposto al cliente l'alternativa di coprirsi naso e bocca con il maglione, mostrandosi dunque ben disposto e cortese verso l'uomo.

Da qui, secondo il Tribunale, emerge palesemente come non fosse ravvisabile un'indisponibilità a priori a servire l'avventore.

Di conseguenza, in alcun modo l'operato del lavoratore avrebbe potuto integrare una "grave offesa alla dignità, all'onore o un grave fatto di pregiudizio agli interessi del proprietario", come imposto dal CCNL o, ad ogni modo, una generica viola-

zione dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c.¹, ai sensi del quale: "Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio".

Inoltre, l'autorità giudiziaria ha evidenziato come il dipendente, proponendo all'avventore l'utilizzo di presidi di sicurezza minimi, non abbia fatto altro che esercitare un suo diritto.

Nel dettaglio, basti tener presente che la Costituzione, oltre a sancire la salvaguardia della salute quale fondamentale diritto della persona ed interesse della collettività (art. 32 Cost.) ed a prescrivere una generale tutela del lavoro (art. 35 Cost.), prevede che l'iniziativa economica non possa "svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" (art. 41 Cost.).

Pertanto, sussiste un obbligo specifico per il datore di lavoro di assicurare un ambiente lavorativo sicuro.

Tale obbligo trova la sua fonte nel dettato della disposizione giuridica di cui all'art. 2087 c.c.², ove si prescrive di "adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro".

Ancora, durante la pandemia da Covid-19 si sono aggiunti gli adempimenti imposti dai "protocolli condivisi³ di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro" firmati dall'Esecutivo e dalle parti sociali, divenuti obbligatori per tutte le aziende con il D.P.C.M. 26 aprile 2020, rubricato "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6⁴, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale".

Infine, non può non ricordarsi che l'esimente dello stato di necessità legittima il dipendente, pure in carenza di una determinata previsione normativa, ad "astenersi dal lavoro poiché lo svolgimento della prestazione lo esponeva ad un rischio di danno alla persona".

Pertanto, il cliente di qualsiasi esercizio commerciale è obbligato, come prescritto dalla legge, ad indossare la mascherina all'interno del locale.

Il suo rifiuto di utilizzare tale presidio medico a tutela propria e degli altri (lavoratori ed altri clienti presenti nel locale commerciale) legittima l'addetto alla vendita a non servire l'utente del servizio e a chiedergli di lasciare il negozio.

In particolare, secondo l'organo adito, il rifiuto del commesso di svolgere la propria mansione lavorativa in tal caso non integra un illecito disciplinare. Di conseguenza, il licenziamento del lavoratore motivato da quest'episodio non può ritenersi legittimo, determinando il diritto del licenziato alla tutela reintegratoria.

1. Secondo Cass. civ., Sez. lavoro, 29 marzo 2017, n. 8131, in CED Cassazione, 2017, p. 1 ss.: "L'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c., integrato dai generali doveri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. nello svolgimento del rapporto contrattuale, deve intendersi come divieto di abuso di posizione attuato attraverso azioni concorrenziali e/o violazioni di segreti produttivi, o come divieto di condotte che siano in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del dipendente nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa, o che creino situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi della medesima, ovvero che siano, comunque, idonee a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto".

2. Per Cass. civ., Sez. lavoro, 29 marzo 2019, n. 8911, in CED Cassazione, 2019, p. 1 ss.: "La responsabilità del datore di lavoro per inadempimento dell'obbligo di prevenzione di cui all'art. 2087 c.c. non è una responsabilità oggettiva, ma colposa, dovendosi valutare il difetto di diligenza nella predisposizione delle misure idonee a prevenire danni per i lavoratori, in relazione all'attività lavorativa svolta, non potendosi esigere la predisposizione di misure idonee a fronteggiare ogni causa di infortunio, anche quelle imprevedibili".

3. Nell'Allegato n. 12 del Protocollo, DPCM 3 dicembre 2020, si legge che: "Il documento, tenuto conto dei vari provvedimenti del Governo e, da ultimo, del DPCM 10 aprile 2020, nonché di quanto emanato dal Ministero della Salute, contiene linee guida condivise tra le Parti per agevolare le imprese nell'adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio, ovvero Protocollo di regolamentazione per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID 19 negli ambienti di lavoro. La prosecuzione delle attività produttive può infatti avvenire solo in presenza di condizioni che assicurino alle persone che lavorano adeguati livelli di protezione. La mancata attuazione del Protocollo che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza. Pertanto le Parti convengono sin da ora il possibile ricorso agli ammortizzatori sociali, con la conseguente riduzione o sospensione dell'attività lavorativa, al fine di permettere alle imprese di tutti i settori di applicare tali misure e la conseguente messa in sicurezza del luogo di lavoro. Unitamente alla possibilità per l'azienda di ricorrere al lavoro agile e gli ammortizzatori sociali, soluzioni organizzative straordinarie, le parti intendono favorire il contrasto e il contenimento della diffusione del virus. È obiettivo prioritario coniugare

la prosecuzione delle attività produttive con la garanzia di condizioni di salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro e delle modalità lavorative. Nell'ambito di tale obiettivo, si può prevedere anche la riduzione o la sospensione temporanea delle attività. In questa prospettiva potranno risultare utili, per la rarefazione delle presenze dentro i luoghi di lavoro, le misure urgenti che il Governo intende adottare, in particolare in tema di ammortizzatori sociali per tutto il territorio nazionale. (...) L'adozione delle misure di igiene e dei dispositivi di protezione individuale indicati nel presente Protocollo di Regolamentazione è fondamentale e, vista l'attuale situazione di emergenza, è evidentemente legata alla disponibilità in commercio. Per questi motivi: a. le mascherine dovranno essere utilizzate in conformità a quanto previsto dalle indicazioni dell'Organizzazione mondiale della sanità; b. data la situazione di emergenza, in caso di difficoltà di approvvigionamento e alla sola finalità di evitare la diffusione del virus, potranno essere utilizzate mascherine la cui tipologia corrisponda alle indicazioni dall'autorità sanitaria; c. è favorita la preparazione da parte dell'azienda del liquido detergente secondo le indicazioni dell'OMS qualora il lavoro imponga di lavorare a distanza interpersonale minore di un metro e non siano possibili altre soluzioni organizzative è comunque necessario l'uso delle mascherine, e altri dispositivi di protezione (guanti, occhiali, tute, cuffie, camici, ecc...) conformi alle disposizioni delle autorità scientifiche e sanitarie; nella declinazione delle misure del Protocollo all'interno dei luoghi di lavoro sulla base del complesso dei rischi valutati e, a partire dalla mappatura delle diverse attività dell'azienda, si adotteranno i DPI idonei. È previsto, per tutti i lavoratori che condividono spazi comuni, l'utilizzo di una mascherina chirurgica, come del resto normato dal DL n. 9 (art. 34) in combinato con il DL n. 18 (art. 16 c. 1)".

4. Il D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19", è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 23 febbraio 2020, n. 45 ed è stato convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 5 marzo 2020, n. 13.

Giuseppina Romano

La differenza tra il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza e il reato di estorsione secondo la sentenza delle Sezioni Unite Penali n. 29541 del 2020 depositata in data 23 ottobre 2020

Nella sentenza n. 29541/2020 depositata lo scorso 23 ottobre, le Sezioni Unite Penali hanno affrontato l'annosa questione giurisprudenziale del *discrimen* fra il delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni commesso con violenza alle persone (art. 393 c.p.) e il delitto di estorsione (ex art. 629 c.p.), con particolare riferimento alla configurabilità o meno del concorso del terzo quale esecutore materiale della condotta criminosa. Il caso

esaminato in sentenza origina dal ricorso presentato da tre imputati avverso la pronuncia della Corte territoriale che li condannava per il delitto di tentata estorsione aggravata perché commessa da più persone avvalendosi del metodo mafioso. Nella vicenda giudiziaria *de qua*, l'imputato G., accompagnato da due complici, si presentava presso la sede della ditta di Costruzioni facente capo alle pp.oo. al fine di ottenere l'adempimento della prestazione civilistica cui le pp.oo. erano contrattualmente obbligate. Nello specifico tra la ditta edile e l'imputato G. era stato stipulato un contratto di permuta in forza del quale quest'ultimo cedeva alla prima un suolo edificabile libero da vincoli, sul quale l'impresa costruttrice avrebbe realizzato un complesso residenziale di più villette, obbligandosi a cedere a G. il 30% da calcolarsi sulla superficie lorda di ingombro del fabbricato degli immobili edificati, non appena ultimati. Tuttavia, la sorella dell'imputato G., ritenendo di vantare diritti dominicali sul fondo permutato, promuoveva un contenzioso civile contro l'impresa costruttrice la quale, a sua volta, chiamava in garanzia il permutante G., non provvedendo, in attesa dell'esito della causa, al trasferimento delle villette. Da qui il tentativo degli imputati di ottenere dalla persona offesa la prestazione (trasferimento delle villette) esercitando una sorta di coazione psicologica. Con motivi strutturalmente e contenutisticamente sovrapponibili, tutti e tre gli imputati si dovevano dinanzi alla Corte di Legittimità dell'erronea qualificazione giuridica dei fatti operata dalla Corte di Appello attraverso la trasfusione di una connotazione più propriamente estorsiva nella condotta degli imputati che avevano tentato (sia pure con condotte parzialmente differenti) di farsi giustizia da sé, ovvero di ottenere dalle persone offese l'adempimento della prestazione cui le stesse erano tenute in virtù di formale e regolare contratto di permuta stipulato *inter partes*. Richiamati tutti i precedenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali inerenti i rapporti tra le due fattispecie in commento, le doglianze dei ricorrenti convergevano nel senso della sussunzione del fatto storico nella fattispecie delineata dall'art. 393 c.p. tutte le volte che, come nel caso concreto, la condotta dell'agente fosse stata finalizzata ad ottenere la soddisfazione di un diritto giuridicamente tutelabile, anche in presenza di comportamenti caratterizzati da violenze e minacce piuttosto gravi, con conseguente declaratoria di non luogo a procedere

per difetto di querela. Il ricorso così articolato veniva assegnato alla Seconda Sezione Penale che con ordinanza n. 50696 del 25.09.2019 ne disponeva la rimessione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618, comma 1, c.p.p. rilevando l'esistenza di contrasti interpretativi in ordine ai reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni e di estorsione, alla natura giuridica (reato proprio o comune) e alla configurabilità in essi del concorso del terzo non titolare del diritto azionato, cioè del soggetto non qualificato. Il Supremo Consesso veniva, dunque, chiamato a dirimere la dibattuta questione "se il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone e quello di estorsione si differenziano tra loro in relazione all'elemento oggettivo o, invece, in relazione all'elemento psicologico, e, in tale ipotesi, come debba essere accertato siffatto elemento"; ancora "se il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni debba essere qualificato come reato proprio esclusivo e, conseguentemente, in quali termini si possa configurare il concorso del terzo non titolare della pretesa giuridicamente tutelabile". Nella stessa ordinanza di remissione si sottolineava la coesistenza di due maxi orientamenti in relazione ai casi in cui l'aggressione alla persona è funzionale alla soddisfazione di un diritto tutelabile dinanzi all'A.G., ritenendo pacificamente configurabili come estorsioni le condotte funzionali a soddisfare pretese prive di tutela giuridica o comunque illegittime. Secondo il primo orientamento il *discrimen* tra le due fattispecie delittuose va rintracciato nella materialità della condotta. Per l'altro orientamento, invece, il criterio differenziale è dato dall'elemento psicologico. Con un ragionamento di 39 pagine, partendo da una preliminare analisi della natura del reato di Ragion Fattasi, i Giudici del Supremo Consesso a Sezioni Unite con la sentenza in commento fissano un punto fermo cui i giudici dovranno, d'ora in poi, necessariamente ancorarsi nelle loro future decisioni. Nella stesura della motivazione le SSUU hanno preliminarmente affrontato il tema della classificazione della fattispecie *de qua* come reato proprio o ovvero come reato comune, stante l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine alla configurabilità del concorso di persone nei reati di cui agli artt. 392 e 393 c.p. posto che, l'ultimo approdo della giurisprudenza di legittimità li colloca tra i cc.dd. reati propri esclusivi o di mano propria, potendo essere commessi solo dal titolare del preteso diritto ovvero dal soggetto che lo eser-

citi legittimamente in vece del titolare o ancora dal *negotiorum gestor* previa intesa col titolare del diritto. Orbene le Sezioni Unite ritengono di condividere l'arresto giurisprudenziale testè citato riconoscendo alla fattispecie di cui all'art. 393 c.p. la natura di reato proprio, come tale commettibile solo da soggetto qualificato così come sopra chiarito. Non costituisce ostacolo in tal senso il dato letterale degli artt. 392 e 393 c.p. che indica come soggetto attivo del reato "chiunque" in quanto tale indicazione ricorre in molte altre ipotesi normative (si pensi ad esempio al reato di falsa testimonianza art. 372 c.p.). Una volta riconosciuta tale natura giuridica, sostengono gli Ermellini, occorre dirimere l'ulteriore questione se si tratta o meno di reato proprio "esclusivo" o di mano propria. A tal proposito le Sezioni Unite ritengono di non poter aderire all'orientamento condiviso dalla giurisprudenza maggioritaria (in tal senso Sez. 2 n. 46288 del 28.0.2016; Sez.5 n. 5241 del 20.06.2014; Sez. 2 n. 41433 el 27.04.2016; Sez. 1 n. 6968 n. 272285 del 20.07.2017) che colloca il reato di "Ragion Fattasi" tra quelli esclusivi o di mano propria (commettabili solo ed esclusivamente dal soggetto titolato). Argomentano i giudici del Supremo Consesso che "il significato meramente pleonastico tradizionalmente attribuito all'espressione in oggetto (da sé medesimo), mai messo in discussione, unitamente alla genericità di essa, di per sé considerata, non consentono di avvalorare l'orientamento che la valorizza per argomentare la natura giuridica di reati propri esclusivi, o di mano propria, dei reati di *quibus*". Ne deriva che il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni ha natura di reato proprio non esclusivo con conseguente ammissibilità della partecipazione di terzi concorrenti. Sul concorso dell'*extraneus* il massimo organo di nomofilachia ha, però, precisato che l'eventuale terzo che agisce deve avere un particolare legame con il creditore ed essere assolutamente privo di un interesse proprio. Occorre cioè che l'*extraneus* commetta il fatto al solo fine di esercitare il preteso diritto per conto del suo effettivo titolare, anche su espresso o tacito mandato senza, cioè, finalità personali; qualora il concorrente agisca in autonomia per il perseguimento di interessi propri si tratterà di concorso nel diverso reato di estorsione (Sez. 2 n. 8836 del 05.02.1991; Sez.2 n. 4681 del 21.03.1997; Sez. 5 n. 29015 del 12.07.2002 e Sez. 5 n. 22003 del 07.03.2013). Anche con riferimento alla posizione del terzo, dunque, rilevanza centrale è attribuita

all'atteggiamento psicologico dell'agente, e in particolare al fatto che l'estraneo possa essere considerato quale trasparente strumento ausiliario rispetto all'interesse del titolare della pretesa, un interventore *ad adiuvandum*, e non al contrario, un portatore di un interesse proprio e ulteriore. Dopo questa preliminare analisi, le SSUU analizzano il fulcro della questione ritenendo di aderire al filone soggettivistico, per cui il criterio differenziale tra i delitti di cui agli artt. 629 e 393 c.p. va individuato nell'elemento intenzionale ovvero nell'elemento psicologico. Più precisamente, nel caso degli artt. 392 e 393 c.p. l'agente persegue il conseguimento di un profitto nella convinzione ragionevole di esercitare un suo diritto giudizialmente azionabile; nell'estorsione invece, l'agente persegue il conseguimento di un profitto nella consapevolezza di non averne diritto. D'altro canto, dicono i Giudici, le due fattispecie criminose non sono materialmente sovrapponibili posto che l'effetto delle costrizioni della vittima è normativamente previsto solo per l'integrazione del reato di estorsione, essendo qui richiesta una sorta di coazione psicologica, di soppressione della libertà che induce la vittima del reato a compiere l'atto di disposizione patrimoniale. Che il *discrimen* vada rintracciato nell'elemento psicologico del reato lo si ricava anche dal fatto che sia l'art. 393 c.p. che l'art. 629 c.p. prevedono che la pena è aumentata se la violenza o minaccia è commessa con armi senza distinzione alcuna tra armi da fuoco e armi bianche. Ne consegue che non può essere il *quantum* di violenza il confine tra i due reati posto che l'uso di una violenza costringitiva ovvero sproporzionata è astrattamente contemplata anche con riguardo al reato di Ragion Fattasi. In altri termini è solo l'orientamento finalistico della volontà verso l'esercizio di un diritto con la coscienza che l'oggetto della pretesa possa essere giuridicamente conseguito a segnare la linea di demarcazione tra i due reati.

Nel primo caso il soggetto agisce con la coscienza e volontà di attuare un proprio diritto che si ritiene legittimo, a nulla rilevando che il diritto stesso sia effettivamente sussistente; nell'estorsione, invece, il soggetto è mosso dal solo fine di compiere un atto contra ius, privo di legittimazione giuridica nella consapevolezza di voler conseguire un profitto che non gli spetta. Non si richiede che la pretesa sia effettivamente fondata essendo sufficiente che la stessa non sia del tutto arbitraria ma possa

ragionevolmente essere oggetto di contestazione giudiziale (Sez. V , 46288 del 28.06.2026; Sez. 2 n. 24478 del 08.05.2017). Deve cioè ricorrere il profilo della tutelabilità dinanzi all'Autorità Giudiziaria del preteso diritto che il reo vorrebbe far valere perché possa dirsi integrata la fattispecie di cui all'art.393 c.p. (Sez. 2 n. 52525 del 10.11.2016; Sez. 2 del 12.05.2017 n. 26235).

La valorizzazione dell'elemento psicologico quale elemento discretivo tra le due fattispecie delittuose rischia, però, di renderne incerti i confini ogni volta si pretenda di indagare il solo aspetto soggettivo. Per questo motivo concludono i Giudici di legittimità a Sezioni Unite che l'accertamento dell'elemento psicologico deve avvenire in base alle ordinarie regole probatorie e cioè che la prova del dolo debba essere fornita solo da elementi esterni, da dati esteriori che analizzati con giudizio *ex ante*, permettano al Giudicante di ricostruire il processo decisionale.

È evidente che contrariamente a quanto ipotizzato dal giudice remittente, le due fattispecie sono alternative senza che possa residuare spazio alcuno per un ipotesi di concorso formale. Da qui la soluzione definitiva adottata dal supremo organo di nomofilachia. *“i reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni hanno natura di reato proprio non esclusivo”; “il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione si differenziano tra loro in relazione all'elemento psicologico, da accertarsi secondo e ordinarie regole probatorie”; “il concorso del terzo nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone è configurabile nei soli casi in cui questi si limiti ad offrire un contributo alla pretesa del creditore, senza perseguire alcuna diversa e ulteriore finalità”.*

Al di là di qualche ambiguità riscontrabile nei passaggi motivazionali della massima in commento, è fuor dubbio che essa rappresenti una nota sicura nell'ambito di una questione non solo oggetto di ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale ma anche di un' incessante produzione di orientamenti, sub-orientamenti e varianti interpretative spesso profondamente antitetiche.

Una pietra miliare in un percorso giurisprudenziale e dottrinale sovrabbondante, contraddittorio e privo di qualsivoglia certezza; una pietra miliare in un terreno che per troppi anni è stato caratterizzato da confini ambigui e confusi.

26.03.2021

Eleonora Stefanelli

Mediazione immobiliare e recesso del preponente-venditore: è vessatoria la clausola che riconosce la provvigione al professionista-mediatore in assenza di attività

Nota a Cassazione Civile, Sez. II, n. 19565 del 18 settembre 2020

I. Caso di specie

La vicenda trae origine da un decreto ingiuntivo con il quale veniva intimato il pagamento di una somma in favore di una agenzia immobiliare. Nello specifico, una somma dovuta per un recesso anticipato dal contratto di mediazione immobiliare eseguito dalla parte venditrice rappresentata, nel caso di specie, da una coppia di coniugi.

Con il suddetto contratto, le parti avevano affidato all'agenzia immobiliare l'incarico di vendere un immobile di loro proprietà con una specifica condizione, cristallizzata nella stessa operazione negoziale. Ovvero, che ciascuna parte avrebbe potuto recedere in via anticipata dall'accordo, previa corresponsione, in favore dell'altra, di un corrispettivo pari all'1% del prezzo di vendita del bene immobile.

Orbene, nel caso oggetto di studio, i ricorrenti avevano inteso recedere dal contratto laddove la valutazione del prezzo di vendita dell'immobile risultava essere incongrua rispetto alla stima eseguita da altre agenzie immobiliari. Recesso, tra l'altro, intervenuto a distanza i pochi giorni dalla stipulazione del contratto di mediazione.

Di qui, con citazione le parti contraenti si opponevano al decreto ingiuntivo sulla scorta di un duplice ordine di argomentazioni.

Per un verso, deducendo il carattere vessatorio della clausola inserita nel contratto di mediazione immobiliare; per altro, sottolineando l'errore essenziale in cui sarebbero incorse stante l'irragionevole stima del prezzo di vendita dell'immobile.

Opposizione che, in un primo momento, veniva accolta con conseguente revoca del decreto opposto; di guisa, il recesso così come esercitato dagli opposenti veniva, almeno in prima battuta, dichiarato legittimo per avere l'agenzia immobiliare sottostimato il prezzo di vendita del bene ed indotto, in tal

modo, i coniugi a siglare un negozio in base ad una rappresentazione distorta della realtà.

Seguiva appello dell'agenzia immobiliare; quest'ultimo, diversamente dalla posizione addotta dal giudice di primo grado, confermava la validità del decreto ingiuntivo e, consequenzialmente, della clausola inserita nel contratto. Ritenendo, nello specifico, che la condizione e/o clausola così come posta dal negozio giuridico non avesse creato alcuna asimmetria e/o squilibrio contrattuale, ponendo le parti su di un piano di assoluta parità. Ancor più, a detta del giudice di appello, non poteva ritenersi profilata una irragionevolezza circa la definizione del prezzo di vendita, laddove l'importo risultava essere inferiore di un terzo rispetto a quello previsto a titolo di compenso provvigionale. Né, secondo il giudice territoriale, poteva trovare accoglienza l'invocato errore essenziale in cui sarebbero incorsi i contraenti al momento della pattuizione, atteso che sul punto la coppia di coniugi si sarebbe limitata a produrre stime riguardanti il valore dell'immobile eseguite da altre agenzie senza, invero, fornire alcuna concreta prova in merito al vizio del contratto. Configurandosi, in tal modo, un mancato assolvimento dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c..

Avverso la suddetta pronuncia ricorrevano i contraenti/mandanti dinanzi al Supremo Consesso.

II. Uno sguardo alle fonti normative di riferimento

Gli ermellini accolgono il gravame proposto dai coniugi/mandanti, argomentando la propria decisione per il tramite dei riferimenti normativi nonché dei pregressi orientamenti, anche di matrice comunitaria.

Sicuramente la fonte di regolamentazione che viene ad assumere rilievo centrale è rappresentata dal D.Lgs. n. 206/2005, noto altrimenti come Codice del Consumo.

La logica finalistica che connota tale Legge è chiara: fornire una tutela pregnante e significativa alla parte c.d. *“debole”* della contrattazione (*recitius*: consumatore) essendo tradizionalmente dotata di una forza contrattuale minore rispetto all'altra, qual è il professionista.

Ben si comprende, pertanto, come la normativa settoriale sia rivolta finalisticamente ad evitare una violazione del principio di uguaglianza sostanziale tra soggetti titolari di poteri contrattuali distanti. Di qui il legislatore ha provveduto alla formula-

zione di una specifica e differenziata tutela a seconda del soggetto interessato e, dunque, in ragione della qualifica soggettiva rivestita dai contraenti.

Al riguardo, assume un ruolo focale la previsione normativa di cui all'articolo 3 del Codice del Consumo¹, atteso che si preoccupa di definire chiaramente l'ambito di operatività della normativa nonché le diverse categorie soggettive, rappresentate, rispettivamente, dal consumatore e professionista.

Spostando, invece, l'attenzione sul versante oggettivo, veniamo al nodo problematico della questione di cui si dibatte: il carattere vessatorio delle clausole contrattuali.

In proposito la disciplina, in forza del rinvio operato dall'articolo 1469-bis c.c., trova compiuta positività negli artt. 33 e ss. del Decreto legislativo n. 206 del 2005.

La previsione di cui all'articolo 33, primo comma, del Codice del Consumo enuncia un fondamentale principio generale. Difatti, definisce vessatorie le clausole che, nonostante la buona fede, determinano a carico del consumatore uno squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi scaturenti dall'operazione contrattuale².

Si evince, pertanto, che una clausola assume carattere abusivo allorché determini uno squilibrio avente ad oggetto l'insieme di diritti ed obblighi discendenti dal contratto (e non già il valore delle prestazioni reciprocamente poste a fondamento del regolamento contrattuale). Con la doverosa specificazione che l'attenzione che il legislatore rivolge alla tematica *de qua* emerge chiaramente anche dall'opera di tipizzazione che lo stesso compie, atteso che nel Codice è presente un elenco tassativo di clausole per le quali ricorre una presunzione assoluta di vessatorietà³.

A seguire, rileva anche la disposizione di cui all'articolo 34 laddove al secondo comma precisa i casi in cui la vessatorietà non possa dirsi configurata. Detto altrimenti, per il tramite della suddetta norma, viene ad essere statuito che non possono dirsi vessatorie le clausole che riguardano la determinazione dell'oggetto del contratto ovvero l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi. Sempre che tali ultimi elementi siano adeguatamente individuati, in modo da risultare in modo chiaro e comprensibile.

E proprio tale ultimo passaggio mette in luce il problema sottoposto al vaglio della Cassazione:

comprendere se il compenso del mediatore immobiliare possa trovare giustificazione allorché il recesso dei coniugi sia intervenuto in un termine alquanto breve rispetto all'effettivo svolgimento dell'attività di ricerca dei terzi interessati all'acquisto dell'immobile, quale prestazione propriamente spettante al mediatore. Valutazione, quest'ultima, che assume una valenza ancor più pregnante nell'ipotesi in cui la prestazione non abbia avuto alcuno inizio.

Al riguardo, i giudici di legittimità rilevano la necessità che l'indagine venga ad essere esercitata anche sulla scorta di un diverso dato normativo, qual è la lettera e) dell'articolo 33 del Codice del Consumo. A mente di tale ultima norma, infatti, viene ad essere sancita una presunzione di vessatorietà in riferimento alla clausola contrattuale che attribuisca al professionista la possibilità di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo recede o non conclude il contratto. Condizione, quest'ultima, che considerata isolatamente determina un effettivo squilibrio tra le parti aderenti alla contrattazione laddove non verrebbe ad essere prevista una adeguata tutela, soprattutto in favore del consumatore.

Di qui, viene sicuramente in rilievo l'importanza di garantire una effettiva e pari salvaguardia anche alla c.d. "parte debole", nell'ottica di una equa distribuzione dei diritti ed obblighi tra i contraenti. Salvaguardia che potrebbe dirsi soddisfatta solo con il riconoscimento di un pari diritto in capo all'utente/consumatore, qual è quello di ottenere dal professionista il doppio della somma corrisposta nel caso in cui sia quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere.

Quadro normativo che, a detta degli Ermellini, ben può trovare maggiore conferma e, dunque, rafforzamento in ulteriori referenti integranti l'impianto già circoscritto dal Codice. Venendo a rilevare, al riguardo, le fonti di derivazione comunitaria.

Nello specifico, la direttiva 93/13/CEE, disciplinante le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, con particolare riguardo all'articolo 6, paragrafo 1.

Tale ultimo dato normativo, infatti, statuisce espressamente che: "le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso

possa sussistere senza le clausole abusive".

Infine, con riferimento alla doglianza richiamante il carattere essenziale dell'errore in cui sarebbero incorsi i ricorrenti, il Supremo Consesso pone in evidenza la disciplina civilistica che interviene in tema di vizi del contratto, rilevando sul punto il disposto di cui all'articolo 1428 c.c.⁴ (c.d. "errore-vizio"⁵).

Nel dettaglio, evidenzia come l'errore - inteso quale vizio del consenso atto ad incidere sulla libera formazione della volontà - debba essere connotato e/o caratterizzato da specifici requisiti, normativamente positivizzati, quali: l'essenzialità nonché la riconoscibilità affinché possa assumere rilevanza ai fini dell'annullamento del regolamento contrattuale.

Situazione che, come sottolineato dai giudici nella sentenza in esame, non viene a profilarsi nel caso di specie laddove l'errore sulla valutazione economica del bene immobile, oggetto del contratto, non rientra tradizionalmente nella nozione di errore di fatto tale da giustificare una invalidità del negozio giuridico. Dunque, l'errore invocato dai ricorrenti fuoriesce dalla nozione offerta dal legislatore in tema di errore quale vizio del consenso, non potendosi discorrere di errore essenziale e riconoscibile e, come tale, non è idoneo a determinare un annullamento del contratto.

Soluzione, quindi, che trova la propria *ratio* giustificativa nel fatto che l'errore così come invocato dai ricorrenti non incide sulla qualità o identità della *res* traducendosi, invece, in una rappresentazione della realtà avente ad oggetto il valore del bene e, dunque, in una convenienza, in termini economici, dell'affare.

Tale ultima doglianza, tuttavia, seppur non accolta dagli Ermellini ha indotto i giudici a propendere ugualmente per un accoglimento del ricorso laddove, come già anticipato in premessa, gli stessi hanno fondato la decisione sulla natura eminentemente vessatoria della clausola inserita nel contratto di mediazione.

III. (Segue) Uno sguardo agli orientamenti giurisprudenziali

Gli Ermellini, nell'ottica di una risoluzione della fattispecie *de qua*, riportano diversi precedenti intervenendo sull'annosa questione involgente il carattere abusivo e/o vessatorio delle clausole inserite in dato negozio giuridico, quale operazione di scambio commerciale che richiede il necessario ri-

spetto, nella logica di un equo bilanciamento, delle rispettive posizioni contrattualmente sancite.

Indagine che deve essere condotta sulla scorta dei criteri informanti e caratterizzanti la tematica dei contratti, venendo qui a rilevare il concetto di "equità contrattuale".

Difatti, come abilmente evidenziato in sentenza, la determinazione della somma dovuta in caso di recesso determina uno squilibrio del sinallagma contrattuale allorché stabilita in una misura manifestamente sproporzionata e gravosa per il consumatore; squilibrio ancor più evidente nell'ipotesi in cui la corresponsione di tale importo venga ad essere richiesta in assenza di una effettiva attività svolta dal professionista.

Prestazione che, nel caso di specie, il mediatore non ha di fatto svolto stante anche i termini evidentemente ristretti entro i quali il recesso è stato esercitato dai contraenti/mandanti.

Sicché ricorrerebbe il diritto per i ricorrenti, rappresentanti la parte debole della contrattazione, di recedere senza corrispondere alcuna penalità, dovendosi richiamare integrativamente quanto sancito dall'articolo 64 del Codice del Consumo. Non ostando, ai fini di una piena operatività della suddetta previsione, il fatto che la norma (art. 64 cit.) si riferisca ai contratti e alle proposte contrattuali a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, atteso che non risulta dalla motivazione della sentenza (d'appello) impugnata se il contratto sia stato concluso o meno al di fuori delle sedi adibite all'esercizio dell'attività commerciale.

Di qui, la necessità che nei giudizi *de quibus* venga eseguita una concreta indagine circa la ricorrenza di una giusta causa che abbia condotto al recesso nonché sull'attività concretamente svolta dal mediatore. E, conseguentemente, sull'adeguatezza del corrispettivo posto a fondamento della pattuizione. Ciò al fine di scongiurare il carattere abusivo e/o vessatorio di una clausola di natura contrattuale e garantire un equo bilanciamento tra soggetti che risultano essere titolari di poteri negoziali diametralmente differenti; diversità che potrebbero sfociare in una violazione del principio di uguaglianza e, dunque, in una forma di tutela differenziata su base soggettiva.

Nell'ottica di tale bilanciamento muovono il legislatore, come confermato proprio dal Codice del Consumo, nonché le sentenze, anche della Corte di Giustizia Europea.

Difatti, come abilmente sottolineato nella pronun-

cia oggetto di disamina, è la stessa giurisprudenza comunitaria a muovere dall'idea che il consumatore si trova in una posizione di inferiorità nei riguardi del professionista, sia sotto il versante negoziale che informativo⁶. E partendo da tale argomentazione, giunge a considerare pregnante il ruolo che anche le fonti normative comunitarie assumono atteso che anch'esse vanno considerate alla stregua di norme equivalenti alle disposizioni nazionali che, nell'ordinamento giuridico interno, occupano il rango di norme di ordine pubblico⁷.

Ad integrazione delle tesi argomentative esposte in sede di interpretazione comunitaria, gli Ermellini pongono a sostegno del proprio iter logico-argomentativo anche precedenti della giurisprudenza di legittimità, avendo fornito un valido punto di riferimento per la disamina della *vexata quaestio* involgente la natura vessatoria delle clausole contrattuali.

Con riferimento all'operabilità dell'articolo 34 Codice Consumo, sottolineano come vi sia concordanza nel ritenere che *“la presunzione di vessatorietà possa essere vinta dal professionista dimostrando che la clausola, oggetto di censura, sia il frutto di una specifica trattativa individuale intercorsa tra le parti e non già unilateralmente posta dallo stesso”*⁸.

Con la precisazione, tuttavia, che il carattere vessatorio di una clausola ben può discendere dal riconoscimento, in capo al mediatore (professionista), di un compenso allorché non vi sia stata effettuazione dell'attività; ancor più se le parti non abbiano espressamente provveduto, mediante pattuizione, ad un adeguamento dell'importo rispetto alla prestazione concretamente eseguita dal mediatore sino a quel dato momento storico⁹.

Di qui, in riferimento all'indagine sull'equilibrio contrattuale, i giudici rilevano come la valutazione in concreto dell'attività svolta dal mediatore non possa essere svincolata dal diritto alla provvigione; dunque, la corresponsione del compenso nei riguardi del mediatore non può trovare giustificazione alcuna nell'ipotesi di mancato espletamento dell'attività professionale, di guisa che non può in alcun modo esser fissato in misura indipendente rispetto al tempo e alla prestazione svolta dal professionista. A maggior ragione se trattasi di compenso particolarmente oneroso nonché di ipotesi in cui la mancata conclusione dell'affare (*rectius*: compravendita dell'immobile) sia dipesa dall'esercizio del diritto potestativo di recesso¹⁰.

IV. La soluzione offerta dai giudici di legittimità: l'enunciazione del principio di diritto

Il massimo organo giurisdizionale, come già anticipato nei paragrafi che precedono, ha inteso accogliere il ricorso presentato dai coniugi, propendendo per una soluzione di segno positivo che poggia le sue fondamenta su importanti quanto risolutivi principi di diritto.

Ovvero che: *“la clausola che attribuisca al mediatore il diritto alla provvigione anche in caso di recesso del venditore può presumersi vessatoria quando il compenso non trova giustificazione nella prestazione svolta dal mediatore”*.

Precisando, al riguardo, che *“si presume vessatoria la clausola che consenta al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere”*.

Infine, con riguardo al sindacato giurisdizionale sulla vessatorietà delle clausole contrattuali, viene ad essere specificato quanto segue: *“è compito del giudice di merito valutare se una qualche attività sia stata svolta dal mediatore attraverso le attività propedeutiche e necessarie per la ricerca di soggetti interessati all'acquisto del bene”*.

1. A rilevare, sul punto, sono le lettere a) e c) dell'art. 3, Codice del Consumo. La lettera a) si sofferma sulla nozione di utente o consumatore sancendo che vada inteso quale: “persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, eventualmente svolta”. Diversamente, la lettera c) della norma in commento si sofferma sulla definizione del professionista, statuendo espressamente che si tratta di: “persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario”.

2. Articolo 33, primo comma, Codice del Consumo, prevede quanto segue: “Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”.

3. Cfr. articolo 33, secondo comma, Codice del Consumo.

4. Cfr. articolo 1428 codice civile, propriamente rubricato “Rilevanza dell'errore”. A livello contenutistico statuisce quanto segue: “L'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente”. Di qui, si evince che l'errore può dirsi rilevante sempre che ricorrano due specifiche condizioni normativamente previste, quali: l'essenzialità nonché la riconoscibilità.

Quanto all'essenzialità è presupposto ampiamente e detta-



giatamente disciplinato dal disposto di cui all'articolo 1429 c.c.; quest'ultimo, difatti, individua in chiave tassativa le ipotesi in cui l'errore possa definirsi essenziale, ovvero quando cade: sulla natura o sull'oggetto del contratto o sull'identità dell'oggetto della prestazione; su una qualità dello stesso che, in relazione alle circostanze ed il comune apprezzamento, deve ritenersi determinante del consenso; sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso; infine, quando trattasi di errore di diritto deve essere stata la ragione unica o principale del contratto.

Relativamente all'ulteriore presupposto qual è la riconoscibilità occorre fare delle precisazioni guardando anche alle diverse ricostruzioni sul punto sviluppatesi. Anche in tale ipotesi, invero, il legislatore si è preoccupato di definire quando l'errore possa definirsi riconoscibile venendo sul punto a rilevare l'articolo 1431 c.c. secondo il quale: “l'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo”. Tuttavia, diversamente dal precedente requisito, la riconoscibilità è ancorata ad una valutazione che richiama parametri puramente oggettivi che rilevano sotto un triplice ordine di considerazioni: il contenuto del contratto, le circostanze del contratto nonché la qualità dei contraenti. Precisandosi che è comunemente inteso quale applicazione del dogma dell'affidamento, baluardo, quest'ultimo, che caratterizza ed il nostro sistema giuridico.

Ancor più, ci si è chiesti se la riconoscibilità dell'errore vada ad integrare ovvero a sostituire un altrettanto fondamentale criterio quale è la scusabilità. Invero, entrambe le fattispecie presentano un punto di contatto nel senso che sono finalisticamente dirette a salvaguardare colui che è il destinatario di una dichiarazione. Per il resto, vanno poste su due piani assolutamente distinti. Difatti, come già sopra anticipato, la riconoscibilità si fonda sul principio dell'affidamento mentre la scusabilità si fonda sul diverso principio dell'autoresponsabilità.

Di qui ben si comprende come l'applicazione di uno non determini automaticamente l'adozione dell'altro, nel senso che la riconoscibilità non opera necessariamente in funzione della scusabilità e viceversa. Ciò in quanto un errore ben può dirsi scusabile ma non già riconoscibile. Fermo restando che la suindicata distinzione non deve essere equiparata in alcun modo ad una situazione di assoluta ed inderogabile conflittualità tra le due fattispecie ben potendo anche configurarsi entrambe in rapporto ad uno stesso errore. Più precisamente, scusabilità e riconoscibilità potrebbero anche coesistere, laddove, come detto uti supra, la ricorrenza di un presupposto non vale a fondare in automatico l'esclusione dell'altro.

5. L'errore- vizio, quale causa di annullamento del contratto (ex articolo 1428 c.c.) non va confuso e, dunque, non può considerarsi in chiave sinonimica rispetto al diverso errore-ostativo. Difatti, quest'ultimo va a colpire la dichiarazione ovvero la trasmissione della stessa, venendo qui a rilevare la norma di cui all'articolo 1432 c.c.. Quest'ultima disposizione normativa prevede che: “la parte in errore non può doman-

dare l'annullamento del contratto se, prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere”. Detto altrimenti, con la suddetta disposizione è preclusa alla parte (contraente) che sia in errore la possibilità di esperire l'azione di annullamento allorché abbia avuto conoscenza dell'offerta di rettifica dall'altra parte; difatti, la rettifica si sostanzia in un atto unilaterale che non esige alcuna accettazione ai fini del suo perfezionamento (sugli atti unilaterali e la relativa efficacia occorre distinguere tra atti unilaterali c.d. recettizi e non. In particolare, i primi producono effetto dal momento in cui pervengono nella sfera di conoscenza della persona cui sono destinati (cfr. art. 1334 c.c.); diversamente, la natura recettizia degli atti unilaterali va esclusa allorché producano effetti dal momento in cui vengono ad esistenza, indipendentemente dalla conoscenza che ne abbia il destinatario. In tale ultima ipotesi, ben si colloca la disciplina involgente la revoca della proposta contrattuale (ex articolo 1328 c.c.) atteso che trattasi di atto mancante del carattere recettizio; difatti, produce (la revoca della proposta contrattuale) effetti senza che sia necessario che entri nella sfera di conoscibilità del soggetto cui è destinata.

6. Cfr. Sentenza del 17 luglio 2014, Sánchez Morcillo e Abril García C-169/14 punto 22.

7. V. sentenze del 6 ottobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones C-43/08, EU:C:2009:615; sentenza del 21 dicembre 2016, Sutiérrez Naranjo e a., C- 154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, punto 54; Corte di Giustizia UE sez. I, 26/01/2017, n. 421.

8. Sul punto, Cass. civ. n. 6802/2016; Cass. civ. n. 24262/2008.

9. Cassazione Civile, sez. III, n. 23357 del 03/11/2010.

10. Sul punto rilevano anche orientamenti della Corte comunitaria, avendo, quest'ultima, in più occasioni, affermato la necessità che la valutazione del carattere abusivo delle clausole del contratto spetta anche al giudice, atteso che il mancato controllo giurisdizionale non avrebbe potuto garantire il rispetto dei diritti conferiti dalla direttiva 93/13 (Cfr. sentenza del 13/09/2018, Profit Credit Polska, C- 176/17, EU: C. 2018:711).

Più recentemente, poi, la Corte di Giustizia è intervenuta sull'acquisizione d'ufficio, da parte del giudice, dei mezzi istruttori volti ad accertare la natura abusiva delle clausole, in caso di procedimento contumaciale. In proposito, ha affermato che tale indagine deve essere eseguita qualora ricorrano perplessità sul carattere abusivo delle clausole, spettando ai giudici nazionali decidere se e in quale misura una disposizione nazionale possa essere interpretata in conformità alla direttiva 93/13, senza incorrere in interpretazioni contra legem della disposizione nazionale. Ciò nell'ottica di garantire una interpretazione conforme, con la precisazione che i giudici nazionali possono modificare, se del caso, un orientamento costante e maggioritario allorché venga a profilarsi una interpretazione del diritto nazionale non compatibile con le finalità proprie della direttiva comunitaria (sentenza del 04/06/2020, causa C-495/19; sentenza del 17 aprile 2018, Egenberger, C-414/16, punti 71 e 72).

Dottrina

Andrea Milo

Vaccinazione anti-covid del personale sanitario delle R.S.A come tutela del lavoratore ex art. 2087 c.c.: il caso del Tribunale di Belluno

È balzato agli onori della cronaca, suscitando un ampio dibattito, il caso che ha visto come “protagonista” il Tribunale di Belluno e alcuni infermieri e operatori di una RSA non hanno fatto il vaccino anti covid 19 pur essendo lo stesso a loro disposizione, perché appunto operatori di RSA.

La problematica in esame nasce dalle disposizioni contenute dal TU sulla sicurezza sul lavoro (d.lgs. 81/2008), che, come è noto elenca tutte le misure generali di tutela del sistema di sicurezza aziendale che vanno poi integrate con le misure di sicurezza previste per rischi specifici o settori di attività. Il Testo Unico si rivolge a tutti i lavoratori, quindi sia ai lavoratori dipendenti, che agli autonomi o parsubordinati e, in particolare, ha introdotto il tema della valutazione dei rischi come “adempimento di assoluta centralità”, e “deve esporre quali sono tutti i rischi per la sicurezza e salute dei lavoratori compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari”.

Inoltre, tratta altri punti cardine come: valutazione di tutti i rischi, eliminazione dei rischi o se non è possibile la riduzione di essi in relazione alla tipologia, utilizzo limitato di agenti chimici, fisici e biologici sui luoghi di lavoro, controllo sanitario dei lavoratori, programmazione delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo del livello di sicurezza, anche attraverso l'adozione di codici di condotta e buone prassi ecc. L'attuale crisi pandemica che ha colpito anche il nostro Paese ha costretto il Ministero della Salute ad aggiornare il TU inserendo un'apposita sezione alle linee guida da tener presente sul luogo di lavoro per contrastare l'accelerazione del contagio.

A tal riguardo, si è posto il quesito se la vaccinazione anti-covid rientrasse tra i presidi imposti al datore di lavoro dal TU sulla sicurezza sul lavoro. La risposta è certamente positiva.

Infatti, le norme a tutela della sicurezza sul luogo di lavoro impongono all'azienda su conforme parere del medico competente, la messa a disposizione di vaccini efficaci per i lavoratori non immuni all'agente biologico presente nella lavora-

zione e da somministrare a cura del medico competente stesso (art. 18, comma 1, lettere g) e bb), D.Lgs. n. 81/2008). Quindi al datore di lavoro non resta che attenersi alle disposizioni previste dal medico curante e quindi a far sì che si eviti il fenomeno pandemico vaccinando i lavoratori.

Infatti, ove l'inosservanza di tali obblighi sia causa di un'infezione da Covid-19, può sorgere a carico del datore di lavoro come del medico competente l'addebito di omicidio colposo o lesione personale colposa.

Nel caso del quale si è occupato il Tribunale di Belluno, il medico competente ha pronunciato nei confronti degli infermieri e degli operatori della RSA, che si erano rifiutati di effettuare la vaccinazione, un giudizio di inidoneità alla mansione specifica.

La controversia approda, dunque, alle aule di giustizia, per la precisione sotto forma di giudizio cautelare ex art. 700 c.p.c. avanti al Giudice del lavoro, il quale si pronuncia per il rigetto del ricorso per i motivi che seguono.

Innanzitutto, il giudicante adito ricorda la funzione dell'art. 2087 c.c., che è sicuramente quella di imporre all'imprenditore l'adozione, nell'esercizio dell'impresa, delle misure, le quali, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.

A tal uopo si ricorda che nel caso in cui non adotti le misure previste, sempre secondo l'art. 2087 c.c., il datore di lavoro è sempre responsabile dell'infortunio occorso al lavoratore, anche qualora esso sia ascrivibile non solo ad una disattenzione, ma anche a sua imperizia, negligenza e imprudenza. È invece esonerato da ogni responsabilità solo nel caso in cui il comportamento del lavoratore assuma caratteri di abnormità, inopinabilità e esorbitanza, necessariamente riferiti al procedimento lavorativo tipico e alle direttive ricevute, in modo da porsi quale causa esclusiva dell'evento.

Nel caso specifico, rileva il Giudice, i ricorrenti sono impegnati in mansioni a contatto con persone che accedono al loro luogo di lavoro ed è pertanto evidente il rischio per i ricorrenti medesimi di essere contagiati.

Inoltre, sottolinea che “la permanenza dei ricorrenti nel luogo di lavoro comporterebbe per il datore di lavoro la violazione dell'obbligo di cui all'art. 2087 cc.” e “che è ormai notorio che il vaccino per cui è causa – notoriamente offerto, allo

stato, soltanto al personale sanitario e non anche al personale di altre imprese, stante la attuale notoria scarsità per tutta la popolazione – costituisce una misura idonea a tutelare l'integrità fisica degli individui a cui è somministrato, prevenendo l'evoluzione della malattia”.

Nella fattispecie, i ricorrenti sono stati messi in ferie dal datore di lavoro: il che, secondo il giudice del lavoro, è legittimo, perché, conclude il giudice, nella gestione del diritto alle ferie, nel caso di specie l'esigenza del datore di lavoro di osservare il disposto di cui all'art. 2087 cc. prevale sull'eventuale interesse del prestatore di lavoro di usufruire di un diverso periodo di ferie.

Il problema si porrà certamente se e quando i lavoratori medesimi avessero esaurito il periodo di ferie loro spettante e non si fossero sottoposti al vaccino. In questo caso, l'art. 279, comma 2, lett. b), del TU 81/2008, stabilisce che, in caso di inidoneità del lavoratore espressa dal medico competente, il datore di lavoro potrebbe disporre l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procure di cui all'art. 42; dette procedure stabiliscono che il lavoratore, inidoneo alla mansione specifica, possa essere adibito ad altra mansione compatibile con il suo stato di salute e anche a mansioni inferiori, conservando però la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originaria.

Quindi, in presenza di lavoratori non vaccinati, il datore di lavoro dovrebbe preventivamente verificare la possibilità di adibire tale lavoratore a mansioni diverse anche inferiori. Ciò prima di pervenire ad una sospensione o addirittura ad un licenziamento per giusta causa.

Angelo Mondelli
Raffaele Giannola

Excursus normativo dottrinale relativo alla legislazione inerente alle sostanze stupefacenti e psicotrope. Ruolo fondamentale del T.U. 309/90

Un giusto approfondimento, che nel corso del tempo si è dimostrato un vero e proprio “cancro” della società moderna e contemporanea, è rappresentato dal consumo ingiustificato delle sostanze stupefacenti. Gli interventi normativi che si sono

succeduti, hanno dato luogo a diverse impostazioni ideologiche che, come diretta conseguenza, sfociavano in scelte normative più o meno invise a parte della popolazione. Con l'entrata in vigore del Codice Rocco, le previsioni normative di cui agli artt. 729 e 730, mettevano in campo un primo strumento giuridico che volgeva alla repressione del commercio clandestino di sostanza stupefacente e al consumo delle stesse. Infatti, mentre da un lato si puniva la persona che abusava di sostanze stupefacenti: “chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico o in circoli privati di qualunque specie è colto in stato di grave alterazione psichica per abuso di sostanze stupefacenti, è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda da lire cento a duemila”¹ dall'altro sanzionava anche chi consegnava, tra l'altro, anche sostanze stupefacenti: “chiunque essendo autorizzato alla vendita o al commercio di medicinali, consegna a persona minore degli anni sedici sostanze velenose o stupefacenti, anche su prescrizione medica, è punito con l'ammenda di euro 516”. Dottrina autorevole (Manzini) riteneva che, “ai fini della configurabilità della contravvenzione prevista dall'articolo in questione, sia indifferente il titolo lo scopo o le condizioni alle quali è effettuata la consegna, trattandosi di divieto assoluto ed inderogabile”². Nel corso degli anni cinquanta si rendeva indispensabile porre all'attenzione una riforma della materia che culminava con la Legge 1041/54³. La citata norma poneva in risalto sia la detenzione “non autorizzata” di sostanza stupefacente, ed equiparava il consumatore allo spacciatore. Le critiche mosse alla disciplina normativa innanzi delineata erano soprattutto riconducibili alla mancanza di strumenti utili a reprimere tale fenomeno ma, in particolare modo, sostanzialmente non prevedevano forme riabilitative per i malcapitati. Una particolare innovazione legislativa avveniva con l'entrata in vigore della legge 685/75⁴. L'introduzione del concetto di “modica quantità”, quale causa di non punibilità in caso di detenzione di sostanza stupefacente al di sotto di un determinato limite, poneva una vera e propria discontinuità con la precedente legge, distinguendo nettamente le figure dello spacciatore e del consumatore. Un altro aspetto che si poneva in antitesi rispetto al passato è l'introduzione di strumento di cura e riabilitazione. La principale critica mossa a quest'ultima norma era la c.d. modica quantità che, secondo alcuni, facilitava il “piccolo spaccio” non permettendo, tra l'al-

tro, di poter agire contro i consumatori di piccole, anche se quotidiane quantità. La Corte Costituzionale, con Sentenza n.31/83, ne dichiarava l'illegittimità costituzionale, nelle parti riguardanti le assegnazioni delle Regioni in relazione all'ambito territoriale del Trentino Alto Adige in cui non statuisce che detti conferimenti spettano alle province autonome di Trento e Bolzano⁵. Nel corso degli anni 90, la legge 162/90⁶ prima ed il D.P.R. 309/90⁷ poi, si ponevano da punto di riferimento in materia, anche per gli anni a seguire. In partenza ciò che caratterizzava tale evoluzione normativa era la severa disciplina riguardante l'uso personale, a differenza del passato, veniva punito, a seconda della quantità posseduta, con illecito di natura amministrativa oppure penale. Fu inoltre introdotta la nozione di "dose giornaliera", qualificata dal Ministero della Sanità mediante decreto, che evidenziava un confine tra rilevanza penale ed amministrativa della detenzione di sostanza stupefacente per uso personale "non terapeutico". Importante distinzione che poneva in atto una fondamentale distinzione tra uso terapeutico e uso personale. A seguito di referendum abrogativo favorevolmente accolto dalla popolazione, venivano eliminate le previsioni penali, connesse all'uso giornaliero, lasciando in vita il illecito amministrativo. Le attività concernenti l'utilizzo degli stupefacenti ad uso non personale, venivano punite con illecito penale quando veniva dimostrata la cessione di sostanze a terzi. L'eliminazione delle sanzioni presenti nell'ex art. 76 T.U. dimostravano una incompletezza del sistema sul piano prettamente amministrativo, facendo venir meno uno strumento sanzionatorio realmente idoneo a determinare il trasgressore a seguire un programma terapeutico di riabilitazione⁸. Con la legge 49 del 2006, c.d. Fini-Giovanardi, veniva nuovamente introdotta una presunzione legale relativa alla rilevanza penale delle condotte relative a importazione, esportazione, acquisto, ricezione e detenzione delle sostanze stupefacenti. Il nuovo comma 1 bis, lett. a dell'art. 73 DPR 309/90, stabiliva che le citate condotte venivano elevate a "rilevanza penale", se superiore a dei limiti massimi indicati con decreto del ministero della Salute, emanato di concerto con il Ministro della Giustizia, sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri, dipartimento nazionale per le politiche antidroga. La norma in esame eliminava qualsiasi differenziazione tra droghe leggere e pesanti. *"Le pratiche e gli usi messi in atto dalle istituzioni demandate alla*

*repressione delle condotte riguardanti le sostanze illegali vanno posti in relazione con le definizioni giuridiche che delle stesse condotte si sono date o che si vogliono dare"*⁹. La previsione del reato di cui all'art. 73 del D.P.R. 309/90, che punisce "chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'art. 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti psicotrope di cui alla tabella prevista dall'art. 14, è punito con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da €.26.000 a €.260.000"¹⁰, poneva in essere condotte riconducibili all'acquisto, importazione, esportazione, ricezione e detenzione di sostanze stupefacenti, anche se non concretamente idonee dalla finalità a terzi, con rilevanza penale, a prescindere dal quantitativo della sostanza che ne realizzava l'oggetto. Ai fini della configurabilità del reato, secondo i Giudici di merito, non era la difesa a dover provare l'utilizzo meramente personale della droga in possesso, così da potersi avvantaggiare delle previsioni sanzionatorie di natura amministrativa di cui all'art. 75 del T.U. Invero era l'accusa, invece, secondo i principi generali, a dover dimostrare la detenzione della droga per un uso diverso da quello esclusivamente personale¹¹. A seguito della mitigazione della detenzione, a seguito della depenalizzazione, per uso personale delle sostanze stupefacenti, in relazione al citato referendum abrogativo, si pone in risalto la destinazione allo spaccio che costituiva un elemento del delitto di illecita detenzione di droga e come tale, doveva essere provata dall'accusa, non potendo farsi carico all'imputato di provare la destinazione ad uso personale della sostanza di cui veniva trovato in possesso¹². In merito la dottrina specificava che "l'accusa, per soddisfare tale onere probatorio trovava dei supporti valutativi indiziari indicati dalla norma, come di seguito elencati:

- La qualità della sostanza: il criterio della quantità commisurato al principio attivo ritenuto nella sostanza (...).
- Le modalità di presentazione della sostanza (peso lordo): scarsamente utile, sia in generale che in particolare, per le determinazioni immediate delle forze dell'ordine è il criterio del peso lordo della sostanza (...).
- Le circostanze dell'azione: in questa nozione rientrano tutte le circostanze oggettive diverse da quelle codificate, e idonee a supportare logi-

camente la destinazione della sostanza ad un uso non esclusivamente personale, per esempio vi rientrano le modalità di custodia della droga, le modalità spazio-temporali in cui è stato eseguito il sequestro della medesima, ed il ritrovamento di notevoli quantitativi di sostanza da taglio"¹³.

- L'art. 73, al momento dell'entrata in vigore, riunì in sé, in relazione all'abbandono, da parte del legislatore del concetto di modica quantità, le previsioni incriminatrici, precedentemente delineate dagli artt. 71 e 72 della legge 685/75, quali, la non punibilità delle condotte di acquisto e detenzione per uso personale o terapeutico, purché nei limiti della modica quantità; non terapeutico di sostanze stupefacenti o psicotrope. Il nuovo sistema sanzionatorio era quindi più severo, ad eccezione della circostanza relativa al riconoscimento della c.d. lieve entità previsto dal 5-comma, rispetto a quello previsto per analoghe condotte degli art. 71 e 72 della legge 685/75. In questo caso, il giudice doveva continuare ad applicare tali ultime norme, in quanto più favorevoli, in relazione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge 162/90, solo ed esclusivamente qualora non sussistessero elementi volti a rendere configurabile la citata circostanza attenuante speciale. La disciplina delle cause di non punibilità, dettata dall'art. 80 legge n. 685/75 continuava in taluni casi, ad operare anche successivamente all'abrogazione, con riguardo ai fatti anteriormente commessi e penalmente sanzionabili in base alla nuova disciplina, che tra l'altro perseguiva penalmente le condotte finalizzate all'uso personale, se aventi ad oggetto quantitativi di droga superiori alla dose media giornaliera, in base all'applicazione della legge più favorevole, ex art. 2 c.p.¹⁴. L'art. 73 del T.U. in materia di sostanze stupefacenti, è la norma cardine attorno al quale ruota il sistema della repressione delle attività illecite contenute nel titolo VIII del DPR 309/90¹⁵ che regola la materia degli stupefacenti e delle sostanze psicotrope. Essa si pone all'interno del sistema previsto dal citato testo, il quale innova la precedente legislazione in materia¹⁶, con maggiore rigore, accentuando in tal modo la scelta di reprimere i comportamenti connessi all'uso, detenzione e spaccio di stupefacenti. La Suprema Corte, sez. IV n. 29958/2003 affermava che "in tema di stupefacenti, scopo del dell'incriminazione delle condotte previste dall'art. 73 del DPR 309/90, era quello di combattere il mercato

della droga, espellendolo dal circuito nazionale, poiché proprio attraverso la cessione al consumatore viene realizzata la circolazione della droga e viene alimentato il suo mercato che mette in pericolo la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché il normale sviluppo delle giovani generazioni". In dottrina parzialmente in disaccordo con tale affermazione è Cerqua¹⁷ il quale, partendo dal rilievo che la norma sanzionatoria ha evidente natura di reato a condotte plurime, sosteneva che tale aspetto derivava dalla corretta individuazione dell'unico bene giuridico tutelato, cioè la salute pubblica, minacciata dagli effetti nocivi dell'assunzione degli stupefacenti. La rilevanza degli interessi nei confronti dei beni oggetto della tutela penale, che come appena indicato, potevano essere individuabili in quelli della salute pubblica, della sicurezza, dell'ordine pubblico e della salvaguardia delle giovani generazioni. La conclusione di tale pensiero era che non assumeva rilevanza ai fini della punibilità del fatto, la circostanza che il principio attivo, contenuto nella singola sostanza, oggetto di spaccio, possa non superare la soglia drogante, in mancanza di ogni riferimento parametrico previsto per legge o per decreto. Tale concetto esprimeva verosimilmente un concetto che anche lo spaccio di dosi, contenente un principio attivo, al di sotto della soglia drogante, determinava la messa in pericolo di beni tutelati dalla norma in disamina. Siffatta condotta, pertanto, andava punita. Le plurime condotte delineate dall'art. 73 1 comma, potrebbero ritenere necessario per il perfezionamento materiale della fattispecie illecita e per la punibilità dell'evento della dazione e la presenza fisica dello stupefacente. In origine, anche le pronunce di merito rilevano come alcune delle condotte, previste dall'art. 73 1 comma, presupponevano un rapporto diretto sul piano dell'apprensione materiale della sostanza stupefacente da parte del soggetto agente, mentre altre prescindessero da tale elemento di carattere sostanziale¹⁸.

Giova evidenziare altresì che in dottrina, la differenza numerica, tra l'art. 71 e il 72, sollevava problemi di costituzionalità e perplessità, posto che la mancata previsione di alcune condotte illecite da parte dell'art. 72, dovessero determinare la punibilità dell'agente, ai sensi dell'art. 71, anche in presenza di vicende connotate dal carattere di modica quantità.¹⁹ La formulazione dell'art. 73, ha assunto nelle intenzioni del legislatore, una funzione di sin-

tesi migliorativa della sistematica precedente, inoltre, si è sostenuto, che la nuova regola può colmare in concreto la discrasia fin qui rilevata. Osservando l'art. 73, ciò che maggiore risalta, è il cospicuo numero di comportamenti suscettivi di sanzione. Le singole condotte descritte dal comma 1, si pongono in una condizione di completa autonomia e fungibilità, sia concettuale che materiale pur essendo all'interno, una previsione delittuosa di carattere unitario²⁰.

Le varie leggi in materia di stupefacenti, che si sono succedute, hanno avuto come punto fondante, la questione del trattamento da riservare al consumatore, la condotta di detenzione, preservazione, cura e riabilitazione, mentre il punto saldo è rimasto sempre quello della individuazione delle sostanze stupefacenti.

In sintesi si può certamente affermare che l'art. 73 del TU passato in rassegna, è la norma fondante intorno a cui ruota il sistema di repressione dell'attività illecita contenuta nel Titolo VIII del DPR 309/90. L'innovazione principale rispetto alla pregressa attività normativa trova fondamento nel fatto di attenuare la scelta di reprimere i comportamenti connessi all'uso, alla detenzione o allo spaccio di stupefacenti. In tale quadro emerge una duplice funzione, da una parte lo scopo di tutelare la sicurezza pubblica mentre dall'altro la premura di fronteggiare ogni forma di attentato alla salute della collettività. Tale norma vedeva la luce in un contesto sociologico che volgeva la sua tutela nei confronti della collettività sia attraverso la sua natura puramente precettiva, indicando le condotte in essa ricomprese, le quali venivano poste in diretto collegamento con le sostanze stupefacenti previste nelle tabelle I e III dell'art. 14, che una forma generale, assumendo la veste di una norma di riferimento. L'art. 75 invece, letto in connessione all'art. 73, si poneva in maniera "residuale" rispetto a quest'ultima norma, costituendo un punto fondante della disciplina in materia di stupefacenti proponendo norme già sanzionate stabilendo la durata della "sanzione amministrativa" e valicando risolutivamente la differenziazione tra droghe leggere e droghe pesanti. La statuizione principale dell'art. 75 del T.U. prevede infatti che "chiunque illecitamente importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque detiene sostanze stupefacenti o psicotrope fuori dall'art. 73 (...) fuori dalle condizioni di cui all'art. 72 comma 2 (utilizzo consentito), è sottoposto per un periodo non infe-

riore a un mese e non superiore a un anno, salvo quanto previsto dalla lettera a) a una o più sanzioni amministrative (...) dettagliatamente indicate nello stesso articolo. Punto fondante di tale dicotomia è la previsione dell'art. 72 che indica dettagliatamente le attività illecite, al comma 1, mentre prevede l'uso terapeutico di preparati medicinali a base di sostanze stupefacenti o psicotrope, subordinandole alla prescrizione secondo le necessità di cura in relazione alle particolari condizioni patologiche del soggetto"²¹.

Nel comma 2, inoltre, da non sottovalutare è l'invito a conseguire un programma terapeutico e socio abilitativo. La ratio di tale articolo è soprattutto quello di proporre un modello ideologico che premia la riabilitazione dell'essere umano. Il Testo Unico delle Leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, ad oggi si pone come punto di riferimento per la materia, rappresentando la giusta sintesi tra illeciti penali e amministrativi. Un quadro completo della disciplina che racchiude in sé elementi fondanti, come innanzi delineato, di innovazione, quali la cura e la riabilitazione delle persone che purtroppo entrano in contatto con una "piaga" che affligge l'umanità e, di converso, ne conserva una disciplina "conservativa", improntata sulla prevenzione e la repressione di comportamenti illeciti di soggetti che lucrano in un mondo certamente difficile, facendo leva sulla fragilità dell'essere umano.

BIBLIOGRAFIA:

- Cassazione sez. IV, 22 settembre 2003.
Cassazione penale sez. IV n. 36755/2004.
Cassazione penale, sezione IV n. 26709/2003.
Cassazione penale 2004 n. 3787.
D.P.R. n.309 del 9 ottobre 1990.
Legge 1041/54, disciplina della produzione del commercio e dell'impiego di stupefacenti.
Legge 685/75, disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope. Prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza.
La legge 162/90, aggiornamento, modifiche ed integrazioni della L.685/1975, recante disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope. Prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza.
Carlo Zaina, Maggioli editore 2012, Disciplina pe-



nale delle sostanze stupefacenti. Commenti, casistica e giurisprudenza.

Gianluca D'Aiuto, Giuffrè editore, Reati in materia di stupefacenti. Questioni processuali, 2008.

Consumo di droghe e sanzioni amministrative, Un bilancio dell'applicazione dell'art. 75 del D.P.R. 309/90 a cura di Franco Prina - Sociologia del diritto - FRANCO Angeli Edizioni S.r.l. Milano Italia, copyright 2011 (anche cit. Segre S. 2000; Romano C.A., Bottoli G. 2002).

Grillo Stefano, Ipsoa 2012, Stupefacenti: Illeciti, indagini, responsabilità e sanzioni.

Cerqua, Giurisprudenza di Merito, 1982, l'art. 71 della legge sugli stupefacenti: norma penale a più fattispecie.

Giuliani, in Prev. Sociale Artigianato, 1992 Ufficio indagini preliminari Tribunale di Teramo, 25 marzo 1992.

G. Amato, Droga ed attività di polizia, Laurus Rubuffo, Roma, 1992.

M. Neri, La produzione e il traffico illecito di stupefacenti.

Codice penale e leggi complementari a cura di ALBRANDI Luigi, ventiquattresima edizione, Celt, Casa editrice LaTribuna.

Esplicato codice penale VIII Edizione 2013, Edizioni Giuridiche SIMONE, Gruppo editoriale Simone.

Opilio S. F. Portelli. Cedam 2008, Disciplina delle sostanze stupefacenti. Illecito penale e amministrativo.

1. Articolo abrogato dall'art. 136 del D.P.R. n.309 del 9 ottobre 1990.

2. Esplicato codice penale VIII Edizione 2013, Edizioni Giuri-

diche SIMONE, Gruppo editoriale Simone.

3. Legge 1041/54, disciplina la produzione, il commercio e l'impiego di stupefacenti, si tratta di una normativa nazionale in materia di sanità.

4. La legge 685/75, G. U. 30 dicembre 1975 n. 32.

5. Giurisprudenza relativa a tali prove riportata nel DPR 309/90.

6. La legge 162/90 costituisce l'aggiornamento, modifiche ed integrazioni della legge 685/75 recante disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza.

7. Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza.

8. Vds Zaina C.A. 2006;

9. Vedasi Segre S. 2000; Romano C.A., Bottoli G. 2002 in Consumo di droghe e sanzioni amministrative, Un bilancio dell'applicazione dell'art. 75 del D.P.R. 309/90 a cura di Franco Prina - Sociologia del diritto - FRANCO Angeli Edizioni S.r.l. Milano Italia, copyright 2011.

10. Codice penale e leggi complementari a cura di ALBRANDI Luigi, ventiquattresima edizione, Celt, Casa editrice LaTribuna.

11. Cassazione sez. IV, 22 settembre 2003, e Cassazione penale sez. IV n. 36755/2004;

12. Cassazione penale, sez. IV n. 26709/2003, in Cassazione penale 2004 n. 3787;

13. Reati in materia di stupefacenti. Questioni processuali. Gianluca D'Aiuto, 2008 Giuffrè Editore;

14. Stupefacenti: illeciti, indagini e sanzioni. Stefano Grillo, Ipsoa 2012;

15. Rubricata nella "produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope";

16. Vedasi la legge 685/75;

17. Cerqua, l'art. 71 della legge sugli stupefacenti: norma penale a più fattispecie, in Giur. Merito, 1982.

18. Ufficio indagini preliminari Tribunale di Teramo, 25 marzo 1992, Giuliani, in Prev. Sociale Artigianato, 1992;

19. Amato, Droga ed attività di polizia, Roma, 1992;

20. M. Neri, La produzione e il traffico illecito di stupefacenti, pag. 86;

21. Codice penale e leggi complementari a cura di ALBRANDI Luigi, ventiquattresima edizione, Celt, Casa editrice LaTribuna

Historia et Antiquitates

Emiliana Matrone

La Tōrāh, queste sono le norme che tu esporrai loro

«Non ti vendicherai e non serberai rancore contro i figli del tuo popolo, ma amerai il prossimo tuo come te stesso. Io sono il Signore» (Lv. 19,20).

Principio e fondamento di una nazione è il suo sistema giuridico. L'ordinamento è l'ossatura fondamentale di un popolo che attorno a quelle leggi si riconosce unito, in quelle norme trova la dignità difronte alle nazioni, per mezzo di quegli istituti di diritto dà prova della propria civiltà. Questa realtà è ricorrente nella storia del mondo: quando l'Italia si solleva dalle ceneri del conflitto mondiale proclamandosi una «Repubblica democratica fondata sul lavoro»¹; quando i primi paesi europei si uniscono in una comunità perché «risoluti a rafforzare, mediante la costituzione di questo complesso di risorse, le difese della pace e della libertà e facendo appello agli altri popoli d'Europa, animati dallo stesso ideale, perché si associno al loro sforzo»². Un popolo conferisce alle proprie istituzioni, attraverso il diritto, la dignità di nazione e di Stato. Maestri in questo furono i Romani che seppero esportare nel Mediterraneo il loro ideale di giustizia: «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*»³, divenuto poi riferimento del diritto occidentale. Anche l'antico Israele ha dovuto affermare la propria identità nel contesto mediorientale, riconoscendosi come popolo unito sotto una legge comune.

Il popolo ebraico conferisce a questa legge l'autorità di Parola e Sapienza di Dio, essa è la *Tōrāh*. Tradizionalmente con questo nome si identificano i primi cinque libri della Bibbia (Genesi, Esodo, Levitico, Numeri, Deuteronomio) noti anche come Pentateuco. Questi scritti sono narrazioni della storia fondativa di Israele, partono dalla creazione nel primo giorno per arrivare attraverso le gesta dei patriarchi e la fuga dalla schiavitù in Egitto alla conquista della terra promessa. In questo contesto narrativo si trova l'evento centrale dell'Alleanza tra il Dio di Israele e il suo popolo: la consegna della legge. Si suole parlare di legge mosaica proprio perché intermediario tra *Adonai* e il popolo sarà Mosè, il condottiero di Israele che guida la nuova nazione verso una terra libera, dove si compiranno le promesse patriarcali: «farò di te una grande nazione e ti benedirò, renderò grande il tuo nome e possa tu essere una benedizione» (Gn 12,2).

Ovviamente la legge del popolo eletto non nasce dal nulla ma trova riferimenti in altre collezioni legislative del Vicino Oriente antico. Lavori che hanno avuto una impor-

tante influenza nella redazione delle leggi bibliche. Tra questi il più noto è il codice di *Hammurabi*, re di Babilonia del 1750 a.C. Ad esempio qui già era formulata la cd. legge del taglione negli art. 196-197: «se un uomo libero acceca l'occhio di un altro uomo libero, gli si dovrà accecare l'occhio; se un uomo frattura un osso di un altro uomo, gli si dovrà fratturare lo stesso osso». A questa norma corrisponde il testo di Levitico 24,20: «frattura per frattura, occhio per occhio, dente per dente; gli si farà la stessa lesione che egli ha fatto all'altro».

L'intenzione fondamentale dell'autore biblico è presentare la *Tōrāh* nel contesto storico-salvifico che la vede comparire, così il dono della legge si pone al centro delle narrazioni. I racconti sono a servizio della legge, sono la cornice del quadro normativo, in un continuo alternarsi tra diritto dei culti e diritto civile, sempre immerso in una storia di mediazione. Attraverso la mediazione di Mosè la volontà di Dio è rivelata al popolo eletto, diventa suo criterio ordinante la vita, lo preserva in mezzo ai popoli infedeli e idolatri, perché Israele sia separato e prediletto.

La legge è espressa dalla narrazione biblica in successive rivelazioni di Dio che comunica la propria volontà. La prima rivelazione, sicuramente la più forte dal punto di vista sia narrativo che giuridico è quella del decalogo in Esodo 20, 1-17. Le dieci parole di Dio sono dieci comandamenti per l'uomo, fondamentali per l'esistenza e l'identità di Israele, tanto da essere riproposti dall'autore deuteronomista in Deuteronomio 5. Singolare è che nella narrazione le tavole delle leggi sono date sul monte Sinai, cioè in pieno deserto. Gli esegeti interpretano questa scelta nel segno che la legge viene data da Dio nel deserto perché è per tutti e nessun popolo può ritenerla propria poiché data nel suo territorio. Successivamente al decalogo divino, gli studiosi del Pentateuco individuano tre codici legislativi principali nei testi: un codice sinaitico in Esodo 20,22 - 23,19 detto anche codice dell'Alleanza; un codice deuteronomico in Deuteronomio 12,1 - 26,15; la legge di santità in Levitico 17,1 - 26,46. A questi si deve aggiungere la legge di purità di Levitico 11. Il primo testo parte proprio dal decalogo divino per poi contenere norme penali (colui che colpisce un uomo causandone la morte sarà messo a morte), fornire indicazioni di diritto consuetudinario (se tu presti denaro all'indigente non ti comporterai con lui da usuraio), regolare le feste del popolo (tre volte all'anno farai festa in mio onore). Singolare, si noterà, anche un dovere del pio israelita verso il nemico: «quando incontrerai il bue del tuo nemico o il suo asino dispersi, glieli dovrai ricondurre. Quando vedrai l'asino del tuo nemico accasciarsi sotto il carico, non abbandonarlo a se stesso: mettili con lui ad aiutarlo» (Es 23,4-5). Può fare simpatia un abbozzo di disciplina giuridica in caso di «si-

nistro stradale»: «Quando il bue di un uomo cozza contro il bue del suo prossimo e ne causa la morte, essi venderanno il bue vivo e se ne divideranno il prezzo; si divideranno anche la bestia morta. Ma se è notorio che il bue cozzava già prima e il suo padrone non lo ha custodito, egli dovrà dare come indennizzo bue per bue e la bestia morta gli apparterrà» (Es 21,35).

All'interno del secondo discorso di Mosè, riportato nel libro del Deuteronomio, abbiamo una grande raccolta normativa. Tema centrale è l'unicità del luogo di culto (monolatria): Mosè chiede la distruzione di tutti i luoghi di culto idolatrici mentre l'unico luogo sacro è quello scelto da Dio per stabilirvi il suo culto. È un dettato normativo di sfondo sociale, che mira a preservare le relazioni interne al popolo di Israele (se vi sarà in mezzo a te qualche tuo fratello che sia bisognoso non indurirai il tuo cuore e non chiuderai la mano davanti al tuo fratello). Inoltre questo codice individua le figure istituzionali: giudici, re, sacerdoti, profeti (agirai in base alla legge che essi ti avranno insegnato). Il dettato del legislatore deuteronomista è molto vario, comprende diritti fondamentali (quando ti avvicinerai ad una città per attaccarla le offrirai prima la pace), norme di convivenza matrimoniale (nessuno sposerà una moglie del padre) e offerte delle primizie del raccolto (se entri nella vigna del tuo prossimo, potrai mangiare uva secondo il tuo appetito, ma non potrai metterle in alcun tuo recipiente). Caratteristiche di questo codice sono le norme sull'adulterio, che prevedono l'obbligo della fanciulla di gridare se sevizata da un uomo; e le norme sul divorzio, che prescrive la stesura di un atto di ripudio per allontanare la donna.

Il libro del Levitico, testo legislativo per eccellenza del catalogo biblico, contiene la «legge di santità»: un complesso corposo di norme che regolano la vita del tempio, del culto e delle celebrazioni. Questo codice ha lo scopo di preservare la sanità di Israele sia in termini religiosi (non consegnerai alcuno dei tuoi figli agli idoli) che in termini morali (non ruberete né userete inganno o menzogna a danno del prossimo). Tutte queste leggi declinano l'invito a corrispondere alla santità divina lasciando intravedere gli ideali di giustizia sociale e umanità tipici della cultura ebraica. Tra le regole più importanti sicuramente si ricordano quelle del Sabato o Shabbat, dove l'israelita deve cessare dal proprio lavoro in segno di lode al Creatore sia nel riposo settimanale che annuale (durante sei giorni lavorerai, ma il settimo giorno è sabato, giorno di assoluto riposo e di riunione sacra). Così come, sono interessanti le proibizioni sessuali, che l'autore esprime come divieto di «scoprire la sua nudità» (non scoprirai la nudità di tuo padre né la nudità di tua madre), così pure per gli atti ritenuti «abominevoli» (ogni persona che le commetterà

sarà eliminata dal suo popolo).

La più singolare delle leggi ebraiche è quella che distingue il puro e l'impuro, chiamata legge di purità e riportata nei capitoli da 11 a 16 del Levitico. Sono quattro le possibili fonti di impurità: animali impuri, secrezioni corporali di vario tipo, cadaveri, macchie della pelle e malattie deturpanti. Impurità specifiche sono fissate per le donne, ad esempio nel ciclo mestruale: «quando una donna abbia flusso di sangue, cioè il flusso nel suo corpo, per sette giorni resterà nell'impurità; chiunque la toccherà sarà impuro fino a sera» (Lv. 15,19). Le nozioni di puro e impuro sono presenti anche nella cultura ellenica che parla di sacro e profano, e così il dovere di custodire lo stato di purità diventa per il giusto israelita una pratica religiosa a tutti gli effetti, garanzia di restare nella grazia di Dio e all'interno dell'alleanza. «È attraverso il venire in contatto con certi ambienti, oggetti o esseri viventi, considerati ora puri ora impuri, che una persona può entrare a far parte del relativo loro stato di appartenenza. Si potrebbe dire, in questo senso, che il puro e l'impuro sono categorie assolute e intoccabili: colui che ne viene in contatto arriva ad assumere, a sua volta, la medesima categoria di intoccabilità, ovvero di isolamento e di separazione da tutto quanto lo circonda. Per esempio, non si può toccare l'altare all'interno della tenda del convegno, perché esso è considerato puro (Es. 29,37), né si può entrare in contatto con un cadavere, perché ritenuto, al contrario, impuro (Lv 5,2). Chi ne viene in contatto, sia nell'un caso che nell'altro, entra automaticamente a far parte del loro relativo stato di appartenenza e quindi di isolamento e di separazione dal mondo degli individui o delle cose che lo circondano»⁴. La legge prevede anche un complesso rituale di espiazione. L'impurità va allontanata dal popolo per custodire la santità della sua chiamata, affinché sia degno di essere in relazione col suo Creatore. Per questo il Pentateuco stabilisce gli atti di culto da seguire per ristabilire la situazione di purità dopo l'essere entrati in contatto con una causa di impurità: il sistema sacrificale, cioè dei riti di sacrificio al Signore per ristabilire la santità violata, sono molteplici e hanno sfaccettature diverse. Ad ogni violazione corrisponde un tipo di sacrificio: olocausto di un animale maschio di bestiame grosso se l'offerente è un uomo ricco, una tortora o una colomba se povero. Oblazione di offerte vegetali. Sacrifici espiatori per ristabilire l'alleanza infranta dal peccato, con una vittima che cambia in base alla gravità: un toro per il peccato del sommo sacerdote, un capro per i peccati del popolo, una coppia di uccelli per i peccati dei poveri. Nel caso la riparazione dovesse avvenire tra due privati si procedeva con un apposito rituale con il sacrificio di un ariete e il versamento di una sanzione pecuniaria a favore del tempio. A questi

riti specifici si aggiungono i grandi riti officiati dai sacerdoti per tutto il popolo di Israele nelle feste annuali.

Tutta la disciplina delle impurità trova riscontro ancora oggi nella vita di molti ebrei praticanti, è comune l'immagine del giudeo che non mangia carne di maiale così come evita i frutti di mare. La stretta osservanza di queste norme di vita, soprattutto alimentari, viene chiamata alimentazione Kosher. Essa è l'insieme di regole religiose che governano la nutrizione degli Ebrei Osservanti. La parola ebraica kosher significa "conforme alla Legge, consentito". Tra le regole da rispettare si ricordano il divieto di mescolare carne e latticini nello stesso pasto, la macellazione prevede l'uccisione dell'animale con un solo taglio alla gola eseguito con un coltello affilatissimo e senza alcun difetto o sgraffio sulla lama del coltello in modo da provocarne l'immediata morte e il completo dissanguamento, divieto di consumare il sangue, divieto di mangiare il nervo sciatico. Molti consumatori, anche non ebrei, preferiscono ricercare i prodotti contrassegnati dai marchi di garanzia per l'alimentazione Kosher (appositamente rilasciati da un rabbino che sorveglia le fasi di produzione) non per motivi religiosi ma per garanzia di qualità e di selezione dei prodotti, generalmente ritenuti più genuini (anche la Coca-cola è un prodotto Kosher in realtà).

La giustizia israelitica è primariamente un atto divino, è *Adonai* stesso a stabilire i premi e le condanne, infatti: «se tu obbedirai fedelmente alla voce del Signore, tuo Dio, preoccupandoti di mettere in pratica tutti i suoi comandi che io ti prescrivo, il Signore, tuo Dio, ti metterà al di sopra di tutte le nazioni della terra» (Dt 28,1) invece «se non obbedirai alla voce del Signore, tuo Dio, se non cercherai di eseguire tutti i suoi comandi e tutte le sue leggi che oggi io ti prescrivo, verranno su di te e ti colpiranno tutte queste maledizioni» (Dt 28,15). Interessante è la norma posta a tutela della giustizia, che da lontano richiama i nostri moderni principi di equità e di imparzialità del giudice, segno che questa è un'esigenza sentita dall'uomo in ogni tempo: «Ti costituirai giudici e scribe in tutte le città che il Signore tuo Dio ti dà, tribù per tribù; essi giudicheranno il popolo con giuste sentenze. Non farai violenza al diritto, non avrai riguardi personali e non accetterai regali, perché il regalo acceca gli occhi dei saggi e corrompe le parole dei giusti. La giustizia è solo la giustizia seguirai, per poter vivere e possedere il paese che il Signore tuo Dio sta per darti» (Dt 16, 18-20). Stesse parole a dirsi per il buon andamento del procedimento e sulla testimonianza in giudizio, qui: «un solo testimone non avrà valore contro alcuno, per qualsiasi colpa e per qualsiasi peccato; qualunque peccato questi abbia commesso, il fatto dovrà essere stabilito sulla parola di due o di tre testimoni. Qualora un testimone iniquo si alzi contro qualcuno per

accusarlo di ribellione, i due uomini fra i quali ha luogo la causa compariranno davanti al Signore, davanti ai sacerdoti e ai giudici in carica in quei giorni. I giudici indagheranno con diligenza e, se quel testimone risulta falso perché ha deposto il falso contro il suo fratello, farete a lui quello che egli aveva pensato di fare al suo fratello. Così estirperai il male di mezzo a te. Gli altri lo verranno a sapere e ne avranno paura e non commetteranno più in mezzo a te una tale azione malvagia.» (Dt 19,15-20).

In conclusione, il vasto patrimonio giuridico di Israele è espressione di una identità profonda, radicale, di un popolo che si riconosce amato in maniere preziosa dal suo Dio e pone in essere ogni cosa della sua vita sulla base di questa relazione fondamentale: «siate santi, perché io, il Signore, Dio vostro, sono santo» (Lv 19,2). «Attraverso l'osservanza di tali leggi, Israele è richiamato a custodire la sua dignità di popolo eletto, evitando ciò che contraddistingue il comportamento delle altre nazioni ed è abominevole agli occhi di Dio»⁵. La fede in *Adonai* è il canale attraverso cui le norme per la civile convivenza entrano nel cuore degli uomini, esse diventano questione identitaria e fonte di sapienza, lo *ius* è modello di vita retta, strumento di salvezza: «ama dunque il Signore, tuo Dio, e osserva ogni giorno le sue prescrizioni: le sue leggi, le sue norme e i suoi comandi» (Dt 11,1).

Oggi queste norme sono ancora strettamente osservate da alcune comunità giudaiche (cd. Ebraismo Ortodosso) la cui vita viene ordinata da 613 precetti o mitzvòt. Trovo molto bella la simbologia numerica nascosta dietro questa codificazione: dividiamo queste prescrizioni in 248 comandamenti positivi e 365 comandamenti negativi. Ora, secondo l'insegnamento della Tradizione Rabbinica raccolta dal Talmud, 248 rappresenta il numero delle ossa del corpo umano in questa tradizione, e 365 sono notoriamente i giorni dell'anno, da questo deriva che tutte le nostre 248 ossa devono compiere le 248 azioni positive, e che in ognuno dei 365 giorni dell'anno dobbiamo impegnarci a non violare i 365 precetti negativi. In definitiva, un coinvolgimento dell'intero essere umano nella legge di Dio, proprio come afferma la principale preghiera del sapiente israelita, lo Shemà Israel: «E amerai il Signore Dio tuo con tutto il tuo cuore, con tutta la tua anima e con tutte le tue forze» (Dt 6,5).

1. Costituzione della Repubblica Italiana, art.1, 1948.

2. Trattato di Roma, preambolo, 1957.

3. Seneca, Epistulae ad Lucilium, XV, 4,12.

4. Galvagno-Giuntoli, Dai frammenti alla storia, Elledici, Torino 2014, p.296

5. Galvagno-Giuntoli, Dai frammenti alla storia, Elledici, Torino 2014, p.134

