



Classificazione Decimale Dewey:

340.05 (23.) DIRITTO. PUBBLICAZIONI IN SERIE



ANNO I
N. 1 – GENNAIO–APRILE 2023



libertà nel diritto

Rivista quadrimestrale di cultura giuridica

Direttore responsabile

Ruggiero CAPONE

Direttore scientifico

Michele NARDI

Comitato scientifico

Luigi DEGAN
Francesca DELLA VALLE
Alessandro DIONISI
Enrico FEDE
Arturo MANIACI
Ernesta Adele MARANDO
Luca MONTI
Antonella PARROTTA
Giuseppe REALE
Cristiana ROSSI
Marco SABA
Antonio STRILLACI
Maria TERRUSI
Fulvio TOMMASELLI
Carlotta TOSCHI

Comitato di redazione

Luigi CORTELLINO
Camilla DELLA GIUSTINA
Angelo GERMINARIO
Valeria GORGOGNONE
Lidia Rosaria NARDI
Vincenzo Giorgio NARDI
Edoardo NIGRETTI

Anno I
Fascicolo I
gennaio–aprile 2023

ISBN 979-12-218-0684-7

ISSN 2974-8488

Aracne
è un marchio editoriale di
Adiuvare S.r.l.
via Colle Fiorito, 2
00045 Genzano di Roma

«libertà nel diritto» adotta un sistema di doppio referaggio anonimo.

Registrazione presso l'Ufficio Registro per la pubblicazione di giornali e periodici
del Tribunale Ordinario di Velletri del 29/03/2023 num. 2/2023.

ROMA 5 MAGGIO 2023

INDICE

- 9 Appello al cielo. «Quando non v'è giudice sulla terra non rimane che l'appello a Dio del cielo»
Michele Nardi
- 17 La sfida al “sistema”
Ruggiero Capone
- 23 Comunicare è vivere: la legge n. 6 del 2004
Francesca della Valle
- 27 Alcune riflessioni per affrontare questioni urgenti non più rimandabili
Marco Saba
- 35 Esiste la guerra giusta?
Padre Luca Monti
- 39 Formalismo giuridico come morte della verità nella ricerca mediata di senso e con-senso
Alessandro Dionisi

- 59 L'intervista impossibile (ma vera) all'intelligenza artificiale: contabilità forense
Marco Saba
- 71 Covid-19. Il male e l'eclissi di Dio
Ernesta Adele Marando
- 75 Norim... Bergamo
Fulvio Tomaselli
- 81 Sintesi dell'intervento di Adele Ernesta Marando al convegno tenutosi a Roma, in data 15 aprile 2023, sull'opportunità di una commissione d'inchiesta parlamentare sul Covid-19
Ernesta Adele Marando
- 83 Dal Processo di Norimberga al consenso informato
Fulvio Tommaselli
- 87 Il consenso dell'avente diritto con riferimento alla chirurgia estetica
Edoardo Nigretti
- 95 Consenso dell'avente diritto con riferimento all'attività medica in un soggetto incapace
Vincenzo Giorgio Nardi
- 109 Il carcere e il diritto alla sessualità
Carlotta Toschi
- 129 "I delitti delle pene"
Davide Emmanuello
- 135 Il principio di offensività ed i suoi corollari
Lidia Rosaria Nardi

- 147 Criticità connesse all'amministrazione dei patrimoni sequestrati e confiscati e proposte di modifiche normative al d.lgs. n. 159/11 (codice antimafia)
Cristiana Rossi
- 161 Affidamento *in house* del servizio pubblico tra normativa nazionale e comunitaria
Valeria Gorgoglione
- 169 Nota a sentenza Cassazione Sez. Un. 33645/2022 e Sez. Un. n. 33659/2022
Angelo Germinario
- 177 L'integrazione del contratto
Luigi Cortellino
- 187 Per una riforma della responsabilità civile dei magistrati
Enrico Fede
- 197 Progetto di legge: Modifica alla normativa relativa alle misure cautelari personali
Michele Nardi
- 201 Verso una riforma radicale del sistema di protezione giuridica delle persone. *Parte prima*
Giuseppe Reale
- 223 Progetto di Legge per l'abrogazione dell'interdizione e dell'invalidazione e modificazione della disciplina dell'amministrazione di sostegno
Giuseppe Reale

APPELLO AL CIELO
**«QUANDO NON V'È GIUDICE SULLA TERRA
NON RIMANE CHE L'APPELLO A DIO DEL CIELO»**

MICHELE NARDI

Era una mattina piena di sole, di una luce accecante, e mi sembra ancora di sentire la sicurezza che mi trasmetteva la mano di mio padre mentre io, bambino, camminavo accanto a lui.

Quel giorno mio padre mi portò con sé al lavoro. Era un magistrato, come lo sono stato io per tanti anni.

Entrando nell'ampio atrio che precedeva l'ingresso al palazzo di giustizia, notai la statua altissima di questa donna dallo sguardo fiero, con in mano sfoderata una spada.

Ebbi immediatamente un moto di timore e chiesi a mio padre chi fosse quella donna.

Lui mi rispose che era Dike, la vergine con la spada, la personificazione della giustizia.

Molti di noi hanno visto quella statua per caso o per motivo di esperienze dolorose e tutti si saranno posti la stessa domanda: chi è quella signora e perché ha in mano una spada?

E, incredibilmente, tutta la questione attuale della giustizia si concentra in quella domanda e nella risposta che ci diamo: perché impugna una spada?

Ebbene in molti avranno dedotto che la spada rappresenta la sanzione, la pena, l'esecuzione nei confronti del condannato. Quella spada è vista come vendicatrice di un torto, ricompensa dura, ma giusta, di una colpa: *dura lex sed lex!*

Quella spada affilata su entrambi i lati è pronta a tagliare teste, a decapitare i colpevoli, a non lasciare scampo agli imputati.

E, invece, al contrario, quella spada non serve a questo ma a tutelare l'imputato nel corso del giudizio, prima di un verdetto finale di condanna.

Scrive Gustavo Zagrebelsky nel suo accurato lavoro *La giustizia come professione*:

La spada taglia perché vuol mettere la parola fine. Ma a questo scopo occorre un'arma protettrice un'arma che difenda anzitutto il tribunale dallo spazio sociale che è il terreno di coltura della vendetta; uno spazio dove tacciano il clamore la violenza della folla. La giustizia opera sempre in luoghi circoscritti e protetti. Per proteggere non solo il tribunale nella serenità e distacca del suo giudizio, ma anche il reo dalla furia vendicatrice della folla che punta ad entrare nel tribunale per praticare la giustizia sommaria.

Dunque, quella spada serve innanzitutto ad allontanare la canea della folla che pretende una giustizia immediata e sommaria, sorda alle ragioni e alle prove della difesa, ma anche a tenere a giusta distanza gli operatori del governo, i gendarmi, che hanno catturato il presunto colpevole.

La spada della giustizia protegge innanzitutto l'imputato e garantisce che venga giudicato secondo legge.

Questo è il vero significato di quella spada sguainata e questo è il fondamento del cosiddetto "*Habeas corpus*", il nucleo fondamentale originario del garantismo penale, concesso con la Magna Charta del 1215 dal Re d'Inghilterra ai suoi sudditi.

Era una prima limitazione fondamentale del suo potere sovrano: non poteva essere al tempo stesso capo della milizia, che garantiva la sicurezza cittadina e catturava i presunti colpevoli, e giudice degli stessi.

Il presunto colpevole, dunque, una volta arrestato aveva diritto che un giudice, cioè un soggetto estraneo al sovrano, lo interrogasse, valutasse le prove e lo custodisse sotto la propria responsabilità (avesse, appunto, il corpo dell'imputato) il tempo necessario al giudizio di una giuria popolare; un giudice che allontanasse, se necessario con la

spada, gli sgherri del sovrano che lo avevano condotto nelle carceri ma anche la folla, che fuori dal palazzo, gridava “*crucifige*”, posseduta dalla dea della vendetta.

Questo racconto storico, unito all’immagine simbolica della giustizia rappresentato da quella donna che sguaina la spada che spesso ammiriamo dinanzi ai palazzi di giustizia del nostro paese, devono farci riflettere sul modello di giurisdizione e, quindi, di democrazia a cui aspiriamo.

Perché la giustizia non è una semplice articolazione del potere, ma è uno dei motivi che legittimano moralmente l’esistenza e il potere di una entità statale.

Quanti giudici sono in grado di tenere lontani dai propri percorsi argomentativi e decisionali, con la spada della propria indipendenza e autonomia, la pressione dell’opinione pubblica manipolata dai *mass media* a loro volta, spesso, strumento di propaganda politica e giudiziaria da parte delle Procure?

Quanti magistrati sono davvero consapevoli che lo spazio del processo sia il luogo sacro dove si celebrano i principi vitali della democrazia quali la libertà, il rispetto della dignità umana e della vita, della considerazione di non colpevolezza (art. 27, 2° comma, Cost.), del diritto alla difesa piena e senza vincoli e che, quindi, va difeso da ogni interferenza esterna?

Quanti magistrati sentono sul loro capo il peso della Costituzione quale faro nelle tenebre di una legislazione emergenziale e spesso arruffata e contraddittoria, quale voce di verità nel caos delle grida di piazza?

Ma, soprattutto, quanti magistrati sono consapevoli di non essere tutori dell’ordine costituito, scriffi dai super poteri, castigamatti senza dubbi, meri funzionari di un potere costituito, ma custodi gelosi delle libertà e dei diritti dei cittadini, arbitri fra questi e lo stesso Stato inteso come potere prevaricante?

Ritengo, per esperienza personale, sia di magistrato che di imputato sottoposto ad una lunga custodia cautelare, che fino a quando il giudice non sarà davvero estraneo alle logiche, ai rapporti di potere, alle colleganze, anche ingenuie, di chi conduce le indagini, non potrà mai sguainare la spada con efficacia per porre l’imputato sotto la propria protezione e giudizio.

Fino a quando il pubblico ministero continuerà ad essere considerato un magistrato e non un avvocato dello Stato che rappresenta la richiesta di giustizia della collettività sullo stesso piano dell'avvocato della difesa, dinanzi ad un giudice — lui sì magistrato, cioè non scelto dal potere sovrano, non a tempo, non sottoposto al giudizio popolare — terzo e inarrivabile per le parti, sarà difficile ritenerci una democrazia compiuta.

Fino a quando si cercherà fama e pubblicità sui giornali per fare carriera, non ci saranno giusti processi e indagini corrette.

La Giurisdizione è uno spazio pre-statuale, dove lo Stato non è il padrone di casa ma uno degli invitati, ove la legge scritta deve cedere il passo al diritto naturale su cui lo stesso Stato fonda la propria legittimazione, e il giudice, di conseguenza, arbitro imparziale fra lo Stato, nella sua declinazione di pretesa punitiva, e il cittadino imputato.

Altrimenti quella lontana battaglia di civiltà e libertà che portò alla concessione della Magna Charta, otto secoli fa, rimarrà tradita e con essa tutta la tormentata storia della lotta sanguinosa per la conquista della libertà di decine di generazioni di uomini e donne.

E il sogno di una giustizia giusta, che non produca migliaia di carcerazioni ingiuste ogni anno, come da statistiche del Ministero della Giustizia, rimarrà, appunto, un sogno.

Non voglio rassegnarmi a questo. Non è questo il Paese che amo, non è questa la giustizia che meritiamo.

Ma per fortuna, se chiudo gli occhi, sento ancora la stretta forte e sicura della mano di mio padre in quel lontano giorno di sole. E spero ancora in una giustizia giusta.

A chiusura della sua teorica sull'origine contrattuale dello Stato, il filosofo Locke affermava che rimaneva in capo ai cittadini — nel caso in cui il potere statale, nato dal patto fra gli uomini, non avesse più rispettato le libertà fondamentali e i diritti inalienabili — il diritto di ribellarsi e “appellarsi al cielo”, a Dio onnipotente, quale fonte primaria di legittimazione del potere umano, sovvertendo, in tal modo, la tirannide.

È il diritto di disobbedire, la ribellione, la resistenza, il diritto di insorgere, persino in armi, contro un potere usurpatore e violento, il diritto di opporsi alla violenza di un potere arbitrario.

È la bellezza della “disobbedienza” quale fondamento della libertà individuale: «prendi tua figlia insegna nello splendore della disobbedienza. È rischioso, mai più pericoloso non farlo mai»⁽¹⁾.

Parole significative perché si esorta ad insegnare la disobbedienza ad una donna, non ad un uomo, perché da sempre sono le donne il motore dei cambiamenti e del progresso sociale. Le donne crescono i figli e insegnano loro i valori in cui credere. Crescono ed educano gli uomini di domani, ecco perché alla radice di tutti i cambiamenti vi sono loro, la loro forza, la loro bellezza, la capacità di dare la vita e rinnovarla.

E noi vediamo in quel diritto alla disobbedienza la norma prima, la “*grundnorm*” kelseniana, sul quale poggia l'intero ordinamento giuridico che, altrimenti, non avrebbe alcuna legittimazione morale.

Proprio la clausola risolutiva del patto che è a fondamento dello Stato, legittima quest'ultimo, nelle sue varie articolazioni, ad esercitare il potere sovrano il cui titolare è sempre e comunque il popolo.

La disobbedienza come fondamento della nostra storia risorgimentale, radice del nostro stare insieme oggi come nazione: “Dio è popolo”, lo slogan mazziniano del Risorgimento trova in una delle opere di Mameli la sua espressione poetica: «quando il popolo si desta Dio combatte la sua testa. La sua Folgore gli dà».

Nessun esercito, per quanto potente, può vincere contro un intero popolo!

Dunque, il popolo — cioè l'insieme dei singoli individui, tutti diversi nelle loro storie personali e tutti uguali nell'eredità dei diritti e della libertà — come fondamento dello Stato e dell'ordinamento giuridico, un'idea consacrata dalla Costituzione all'articolo 1, che riconosce la titolarità della sovranità al popolo.

Un'idea così grandemente tradita in questi 75 anni di democrazia. Quel tradimento iniziò nell'Assemblea costituente quando fu bocciato l'emendamento proposto dall'On. Pietro Mastino che introduceva l'art. 50 che recitava «Ogni cittadino ha il dovere di essere fedele alla Repubblica, di osservarne e farne osservare la Costituzione e le leggi, di adempiere, con disciplina ed onore, le funzioni che gli sono affidate, ed ha l'obbligo di difendere, contro ogni violazione, le libertà fondamentali, i diritti garantiti dalla Costituzione e l'ordinamento dello Stato».

(1) Sono le parole di Sofocle nella sua opera “Antigone”.

E il grande costituzionalista Costantino Mortati propose il seguente testo «Quando i poteri pubblici violino le libertà fondamentali ed i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza all'oppressione è diritto e dovere del cittadino».

Si cercava di costituzionalizzare il “diritto alla resistenza”, quella resistenza che aveva liberato poco tempo prima il Paese dal nazi-fascismo.

Ma gli emendamenti non passarono. La “resistenza” fu negata e dimenticata velocemente. Le rivoluzioni diventano presto nuovi regimi e, come scrive Manzoni nell’“Adelchi”, ad un padrone se ne sostituisce presto un altro e il popolo rimane disilluso dalla speranza di essere liberato dal gioco dell’oppressione.

Questo “*appello al cielo*” come vera fonte della libertà, ci consente di riscoprire l’idea del diritto naturale che solo una cultura statalista e oppressiva, nata con i regimi autoritari dell’inizio ’900 e proseguita strisciante nel pensiero laicista postbellico, ha rinnegato, addirittura dileggiato.

Il trionfo del “*nòmos graphòs*”, della legge scritta dello Stato, sulla *phùsis agrafè* scolpita dagli dèi nei cuori degli uomini, è stato il trionfo dello Stato quale entità superomnica sull’altare del quale sacrificare qualsiasi diritto e qualsiasi libertà individuale.

E al contempo è stato il trionfo del relativismo morale, dell’idea che alimenta l’attuale inumano sistema giudiziario, la cultura per cui la legge è più importante degli uomini e questi sono al servizio della legge e non il contrario.

Di fatto non siamo mai usciti dall’era autoritaria dei regimi ideologici e autoritari della prima metà del ’900.

Queste attuali democrazie rimangono culturalmente tributarie di quel passato nella visione arcaica dello Stato che continuano a coltivare.

Noi, invece, crediamo che l’uomo sia il bene supremo; l’uomo e la cifra complessiva dei suoi diritti e delle sue libertà che costituiscono la sfera intangibile della sua dignità esistenziale, non data dalla legge dello Stato ma preesistente ad esso, quale eredità del semplice esistere, non comprimibile per nessun motivo e da nessuna Autorità.

Siamo in un periodo storico in cui il pensiero massificato, il politicamente corretto, hanno di fatto azzerato qualsiasi discussione, qualsiasi pensiero divergente.

E assistiamo ad una lenta agonia delle democrazie occidentali sempre più simili a delle società per azioni che gestiscono questioni assolutamente marginali come le etichettature sui cibi ma trascurano di curare i diritti imponendo limitazioni incomprensibili alla libertà individuale in nome di emergenze sempre più numerose e sempre più incredibili con le quali si è proceduto alla costruzione teorica e pratica della carcerazione collettiva chiamata lockdown; all'educazione del popolo alla delazione del vicino, e alla minaccia della perdita del lavoro e quindi della possibilità di vivere in caso di mancata assunzione di un siero dalla composizione sconosciuta e spacciato dolosamente come vaccinazione anti-Covid-19.

Al contempo si sono trascurate le mille sacche di emarginazione presenti nella società e causate dalla povertà materiale e culturale; dall'uso indiscriminato della giustizia penale con migliaia di detenuti in attesa di giudizio abbandonati a marcire nelle carceri fino a confessione avvenuta; dagli immigrati deportati in Europa ma lasciati morire sui marciapiedi delle stazioni, fino ai portatori di handicap lasciati senza assistenza e i malati che non trovano adeguate cure negli ospedali pubblici.

Torna con forza, dunque, in questi tempi di profondi e veloci cambiamenti e di decadenza della cultura democratica, l'urgenza di riscoprire la bellezza della disobbedienza.

Una disobbedienza intellettuale, la nostra, quella che porteremo nelle pagine della nostra rivista, che si esprimerà attraverso la ripresa del pensiero razionale e della riflessione, sotto la lente del dubbio, di tutto quello che ci hanno proposto come certezza o verità incontrovertibile. Ma non sarà una riflessione sterile, un parlarsi fra noi: nelle pagine di questa rivista troverete proposte di legge articolate in testi pronti da presentare nelle aule parlamentari. Vogliamo che sulle nostre idee e sulle nostre proposte si apra un dibattito aperto a tutti, soprattutto a coloro che dissentono dai nostri valori. Vogliamo che finalmente in questo Paese di possa discutere apertamente e senza timore di allontanarsi dal gregge belante del pensiero unico e del "politically correct".

Noi ci batteremo per la difesa dei diritti fondamentali di tutti gli individui e, soprattutto, di coloro che non hanno voce, senza alcuna distinzione, per l'affermazione del dialogo come strumento di cambiamento; contro la violenza, anche quella istituzionale contrabbandata

per giustizia; contro la repressione giudiziaria usata come la medicina adatta ad ogni male; contro le imposizioni e le limitazioni alla libertà di scegliere come meglio tutelare la propria salute; contro una legge nata male, quella relativa all'amministrazione di sostegno, applicata spesso in modo folle da giudici distratti e autoridotti a burocrati del dolore.

Ci batteremo per una giustizia dal volto umano, per un diritto penale della riparazione e della riconciliazione, per la pace fra i popoli, per una più equa distribuzione delle risorse fra gli individui e fra le nazioni ma, soprattutto, ci batteremo con tutte le nostre forze e il nostro cuore per la libertà di pensiero e di espressione di tutti, soprattutto di coloro che non la pensano come noi.

E a tutti coloro che gemono sotto la sferza di un potere arbitrario, noi diciamo di resistere, resistere, resistere, come tuonavano le radio libere partigiane nella notte dell'aspra lotta al nazifascismo.

Perché nessuna notte è eterna, nemmeno quella della ragione, e questa rivista è il nostro spazio inviolabile di libertà.

LA SFIDA AL “SISTEMA”

RUGGIERO CAPONE

Questa pubblicazione non intende elencare le polverose motivazioni delle sentenze, nemmeno fungere da grancassa al paludato “salotto istituzionale”. Invece si cercherà di fornire alla gente comune, all’indifeso cittadino, gli strumenti per analizzare i retroscena dei tanti provvedimenti che hanno messo in soffitta il “contratto sociale”, il “giusto processo”, la libertà d’impresa per il comune cittadino e, pian pianino, è arrivata anche la messa in discussione del risparmio individuale, della “proprietà privata” della casa, dei mezzi di locomozione e dei macchinari d’impresa.

Avremo modo di discorrere su come l’Italia sia una colonia delle potenze occidentali e anche di comprendere perché dalla fine della Prima Repubblica le cose sono andate sempre peggio.

Ma partiamo da avvenimenti più recenti per comprendere le ultime accelerazioni liberticide.

Ricordiamo perfettamente che, dal 2012, con l’arrivo del governo di Mario Monti, sentiamo costantemente ripetere da blasonati professori e supertecnici della finanza (pubblica e privata) che per indirizzare gli italiani necessiterebbe bruciare loro i risparmi perché non sanno adoprargli; soprattutto togliere loro la proprietà di casa, perché immobilizzazione di risorse sottratte ai mercati. Poi dieci anni dopo, con l’avvento di Mario Draghi la porta di casa di ognuno di noi è stata aperta anzi sfondata. Il governo Draghi ha privatizzato l’acqua italiana, in

forza d'un atto d'imperio sul Parlamento, volutamente calpestando il referendum sull'acqua pubblica del 2011.

In dieci anni di "governi tecnici" e politici non votati dal popolo, è stato pian pianino favorito l'ingresso delle multinazionali nella proprietà d'un bene primario e nella collegata gestione dei servizi idrici: questo permetterà ai grandi gruppi di condizionare le opere di urbanizzazione e la pianificazione territoriale dei comuni e di tutti gli enti locali.

Così la proprietà privata viene messa in balia dei colossi societari che hanno la possibilità d'espropriare terreni ed appartamenti, convincendo le amministrazioni locali che sarebbe doveroso cambiar faccia alle città, trasformarle buttando giù tutto. Questo stravolgimento è già stato sperimentato nelle aree terremotate marchigiane, dove in nome del PPP (partenariato pubblico-privato) sono stati ceduti dallo Stato ai colossi privati i diritti sulla proprietà privata dei cittadini.

Con l'estensione del partenariato ai diritti fondamentali (acqua, casa, risparmio...) la vita stessa dei cittadini è ormai a disposizione della cricca di potere che finanzia il Forum economico mondiale di Davos: da quest'ultimo dipendono le scelte dei governi degli ultimi dieci anni in Italia, ed anche un po' in tutto l'Occidente. Il PPP non è una terribile parolaccia (forse lo è) ma l'acronimo di "Partenariato pubblico-privato": voce che negli stessi libri di diritto presenta aspetti equivoci e motivazioni carenti. Il PPP è una forma di cooperazione tra poteri (pubblici e privati): un accordo plutocratico con l'obiettivo di finanziare, costruire e gestire infrastrutture, o fornire servizi di interesse pubblico (come far gestire i soldi statali delle emergenze a multinazionali come BlackRock, Amazon, Microsoft...).

Di fatto è una cooperazione tra autorevoli comitati d'affari, motivata dallo Stato come "capacità d'attrarre investimenti privati", e con la clausola di vaselina aggiuntiva delle "competenze non disponibili all'interno della pubblica amministrazione". Di fatto il PPP funziona come la vecchia Fiat: i profitti sono sempre degli investitori privati, ma le perdite sono per contratto spalmate sui cittadini.

Il partenariato mette la collettività di fronte all'atto compiuto, e senza nemmeno la possibilità che una "class action" (come nel mondo anglosassone) possa inchiodare il privato alle proprie responsabilità, a pagare gli eventuali danni. In forza di questo modello, l'Agenda Draghi

prima ha privatizzato l'acqua e poi ha aperto agli stravolgimenti urbanistici: per esempio presto incomberà l'obbligo delle cessioni di terra o casa dai cittadini ai grandi gruppi.

Nel diritto agrario va detto che la prelazione del confinante nell'acquisto d'un terreno esiste da sempre, ma ora questa prelazione (con blocco del mercato immobiliare urbano) potrà essere introdotta in città e paesi, e su ogni bene registrato. In un futuro molto vicino, se un cittadino metterà in vendita casa dovrà prioritariamente accettare l'offerta dei grandi gruppi, che potrebbe essere scartata solo previo giudizio d'un tribunale: come già avviene negli Usa.

E con gli "obblighi green" gran parte del patrimonio immobiliare italiano finirà per pochi soldi in pancia alle multinazionali del mattone. E questo, secondo gli estimatori europei del passato governo Draghi, permetterebbe ad un unico proprietario di rimodernare le città, di stravolgerle. Come già avvenuto ad Amsterdam, Amburgo, New York e San Francisco tra fine '800 ed i primi del '900. Va detto che nemmeno a livello di normative dell'Unione europea esistono definizioni esatte del PPP. Il testo di "diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" (Comunicazione Commissione UE 30 aprile 2004, COM 2004 n. 327) chiarisce che «con tale termine ci si riferisce, in generale, a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione e la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura oppure la fornitura di un servizio».

Di fatto il partner pubblico dovrebbe vigilare sugli obiettivi da raggiungere, e per il bene della collettività: perché il PPP mette mani a strade, ferrovie, porti, aeroporti, energia, acqua, sanità e salute... Quindi lo Stato dovrebbe vigilare sui prezzi che il privato pratica alla comunità (per acqua o per il fitto dei beni espropriati e poi rimessi sul mercato) soprattutto accertare se gli indennizzi ed i risarcimenti avvengano per davvero e siano congrui.

Il rischio è che decine di milioni d'italiani verrebbero danneggiati e messi in povertà, forse anche trascinati nei tribunali e rovinati attraverso il sistema delle cause civili.

Così il modello espropriativo del bene casa segue a ruota quello del bene acqua. Per abolire la micro-proprietà privata (i piccoli proprietari)

il metodo parte con l'inasprimento della tassazione (Imu, Tasi, reddito) e l'aumento d'imposizioni normative (messa a norma Ue), e poi s'irrobustisce con la possibilità per i grandi privati d'acquisire a prezzo politico interi quartieri (come avvenne a San Francisco tra il '900 ed il '930).

Così in pochi anni i proprietari di appartamenti non a norma Ue potrebbero anche ricevere una comunicazione del comune che, in caso di messa in vendita dell'immobile, devono prima di tutto proporlo ad un gruppo industriale. Nel momento in cui il gruppo possiederà la maggior parte delle quote millesimali d'un palazzo, potrà procedere coattivamente all'esproprio (e per via giudiziale del restante).

Con questa trovata del partenariato, ed in nome d'un fumoso progresso, cambierà la vita dei cittadini, meno liberi ed al giogo dei gruppi multinazionali.

L'esempio arriva dalla letteratura. In molti si sono interrogati sulle conseguenze economiche del "corona virus", soprattutto su come la grande speculazione finanziaria ne avrebbe tratto leva monetaria per incrementare la ricchezza dei gestori del "capitalismo fiscale di sorveglianza".

Una crisi senza fine, un lungo tunnel senza luce, ha trasformato l'Italia in un paese triste e con scarsa capacità di confidare nel futuro. L'uomo di strada, malconco e sdrucito come i protagonisti di *Furore* (il romanzo sulla depressione americana di Steinbeck che folgorò Bompiani) si chiede chi coordini ed a chi rispondano i vari "compro oro", "compro casa", "compro auto": in questi momenti di carestia le svendite sono cresciute per compensare le scarse entrate, o perché c'è chi aiuta parenti e congiunti. Botteghe capillarmente sparse sul territorio hanno già fatto incetta del prezioso metallo che le famiglie hanno accumulato, tesaurizzato, in anni e forse in secoli.

Prima della crisi del 2008 c'era una polverizzazione tesaurizzativa: ogni donnina o vecchietta aveva in casa, nel più recondito luogo, qualche collanina o anello. L'ultima crisi ha privato d'oro la gente, il popolo. I "compro oro" sono l'anello più piccolo d'un sistema che mira a concentrare in pochissime mani il prezioso metallo, perché molteplici sono i suoi usi. Poiché, forse empiricamente, i potenti finiscono tutti convinti che esserne circondati influenzi le facoltà fisiche e mentali, incrementando le difese, la percezione della vita.

Oggi che la "povertà irreversibile" ha segnato circa cinque milioni d'italiani (non sortiranno più dalla povertà per motivi bancari, fiscali, giudiziari, e tributari a vario titolo) e che si parla di "povertà sostenibile" a livello mondiale (reddito mondiale di cittadinanza), pare certo che qualcuno abbia volutamente bloccato i fenomeni tesaurizzativi; forse per rendere la maggior parte degli uomini egalarmente poveri. Intanto l'immediato futuro parla di fine della globalizzazione generalizzata, utile a fermare per tempo epidemie ed eventuali catastrofi: significa che la ricchezza fuggita difficilmente tornerà ad essere investita in Italia.

Perché il sistema economico stia privando l'uomo di strada della capacità tesaurizzativa è presto detto. L'uso del metallo prezioso trova impiego nei circuiti stampati (dai computer ai telefonini: più c'è oro e maggiore è la qualità del prodotto), nei Connettori elettrici placcati in oro come nelle tute spaziali e negli elmetti totalmente ricoperti d'oro per proteggere gli astronauti dalle radiazioni solari. Le multinazionali della comunicazione ne fanno incetta per apparecchiature cibernetiche, le aziende aerospaziali per i motori dei jet e per applicazioni industriali coperte sempre da segreto.

E non dimentichiamo che i potenti della terra, quando s'ammalano di tumore, si sottopongono all'unica chemioterapia che non avveleni, quella a base d'oro, per i poveracci la sanità passa i trattamenti a base di metalli pesanti (piombo, nichel, leghe di ferro...) cioè l'avvelenamento. Ben comprendete come i potenti della terra debbano scongiurare la tesaurizzazione diffusa ed anonima.

L'oro, come ci spiegava Mircea Eliade, consente all'homo faber d'elevarsi ad homo religiosus. Questo salto è oggi possibile alchemicamente davvero a pochi, a quel nugolo di potenti che si sono finanziariamente elevati a gestori del potere mondiale. Da lungo preambolo le ragioni culturali di questa pubblicazione: il contrasto alla nuova schiavitù, il trionfo del diritto, e l'argine perché nessun delegato di corpo intermedio (politico o dirigente) possa considerarci sudditi e massa di manovra del potere.

COMUNICARE È VIVERE: LA LEGGE N. 6 DEL 2004

FRANCESCA DELLA VALLE

“*Comunicare è vivere*”, questo fu lo slogan che contrassegnò le campagne istituzionali del Gruppo Telecom Italia incentrate sul valore sociale della comunicazione nel 2004 e che, sollecitava, una riflessione sul ruolo fondamentale della comunicazione: se la comunicazione avesse avuto a disposizione le moderne tecnologie, oggi, che mondo sarebbe?

Mahatma Gandhi, autentica icona universale di non violenza e pace tra i popoli, le cui parole di fratellanza risuonano sulla Piazza Rossa e in Times Square nel periodo dell’ultimo conflitto mondiale, sarebbe riuscito a creare un mondo diverso, unito, come avrebbe desiderato?

“Bapu”, noto soprannome di Gandhi, pioniere e teorico del “satyagraha” — termine da lui coniato per indicare la resistenza all’oppressione, tramite la disobbedienza civile di massa che portò l’India all’indipendenza — come avrebbe reagito dinnanzi a certe leggi che invece di tutelare gli uomini, violano i diritti umani?

Nel 2004, il 9 gennaio, viene approvata la legge sull’amministrazione di sostegno, frutto del lavoro ventennale di un movimento culturale promosso da professori, notai, avvocati, psichiatri, nata per scardinare l’anacronistica concezione ottocentesca dell’infermità di mente, contenuta nel codice civile e di adeguare lo stesso ai principi della costituzione del 1948.

Quello che doveva essere un “abito su misura”, in realtà, diventa altro tanto che, la stessa ONU, nel 2006 chiede che si ponga fine alla legge Cendon.

Il 16 aprile 2013, ne “La Voce di Trieste”, il giornalista Paolo G. Parovel descriveva ciò che stava documentalmente accadendo a Trieste e in Italia, in maniera sistematica. Venivano sottoposti ad amministrazione di sostegno anche persone capaci di gestirsi; il provvedimento veniva assunto contro la loro volontà e in molti casi a loro insaputa.

Doveva essere un istituto volontaristico e gratuito preposto a privilegiare, nella nomina, i familiari della persona beneficiaria o una persona di fiducia ma, in alcuni, contesti si è trasformato in una “professione” remunerata, affidata a sconosciuti; di solito in linea con “ganci” familiari non sempre animati da buone intenzioni.

Per molti anni la legge 6/04 sembrava essere, nonostante vani tentativi di raccontare la verità, una vera protezione per i fragili o pseudo tali, ma negli ultimi anni la comunicazione è riuscita a imporsi e a svelare l’altro volto della medaglia.

Il caso del noto attore Lando Buzzanca, amato da intere generazioni: vittima illustre della legge in questione, ha cambiato lo scenario “comunicativo”, relativamente alla diffusione di cosa sia diventata la legge dell’ufficio dell’amministrazione di sostegno.

I media sono diventati i veicoli di diffusione del “labirinto” dentro il quale, chiunque, nella fattispecie l’attore, era finito.

Condotto in Tribunale dai figli per una presunta cattiva gestione del suo patrimonio personale, in seguito alla nomina di un amministratore di sostegno, ha subito un calvario di quasi due anni che lo ha portato alla morte in un Hospice, senza avere una malattia mortale, dopo 11 mesi di permanenza in una RSA lager della capitale.

In questo caso illustre, la compagna di Lando Buzzanca, essendo giornalista, ha utilizzato, per tentare di salvare il suo uomo, quella informazione ancora libera dal sistema che taceva su quanto andava accadendo.

La lotta per liberarlo da una morte annunciata è diventata una forza per tutti gli amministrati, messi ad angolo dall’omertà voluta da chi, di questa legge nutrive le proprie tasche e i propri interessi, compresa una certa TV e stampa spazzatura.

È nata l’Associazione “Labirinto 14 Luglio” che ha stimolato e innescato un nuovo linguaggio a tema sul “tema”.

Il linguaggio degli uomini, a differenza di quello degli altri esseri viventi è comunicazione, è possibilità di diventare discorso, animata da un continuo desiderio di giustizia.

Sino al “Caso Buzzanca”, tale possibilità era stata negata o quanto meno celata dietro falsi panegirici.

L'uomo è definito come colui che può avere l'io nella sua rappresentazione dove per io, Kant, intende l'io penso, l'unità della coscienza che rimane sé stessa in tutte le sue modificazioni e l'unità dell'appercezione trascendentale che accompagna tutte le rappresentazioni.

La legge 6/04, nella sua discrezionalità, nel corso degli anni, ha annullato tutto questo, compreso l'essere umano e la sua autodeterminazione.

ALCUNE RIFLESSIONI PER AFFRONTARE QUESTIONI URGENTI NON PIÙ RIMANDABILI

MARCO SABA

In questo articolo affronto una serie di questioni apparentemente disconnesse che però combinate tra loro danno una interpretazione dello stato presente: la questione della gestione sovrana della creazione del denaro, la questione della corruzione del settore pubblico e della politica, la questione dei virus esotici continuamente emergenti collegati al nucleare dall'epoca della guerra fredda e la questione dell'autodeterminazione dei popoli. Il lettore interessato potrà trovare in rete ulteriori riferimenti ed approfondimenti.

I. La creazione dal nulla del denaro

La questione della (non) gestione sovrana della creazione del denaro è all'apice della situazione attuale di crisi terminale del sistema capitalistico ed è dovuta alla conoscenza asimmetrica — da parte dei banchieri e del pubblico — del meccanismo della creazione del denaro. Riporto virgolettato un passaggio di un testo apparso a gennaio di quest'anno:

2.1. LA CREAZIONE DI CREDITO BANCARIO.

Un cambiamento è avvenuto nei termini del dibattito economico. Alcuni economisti della Banca d'Inghilterra (McLeay *et al.*, 2014)

hanno adottato la visione post-keynesiana (Pitrou, 2019, Deleidi 2018) secondo cui le banche commerciali private a scopo di lucro *non agiscono come intermediari finanziari* (Fama 1980, Admati e Hellwig 2013), né moltiplicano la moneta della banca centrale (Ferguson 2008, Fisher 1935), ma in realtà *agiscono come creatori dell'offerta di moneta nel processo di prestito* (Schumpeter, 1912; Keynes, 1936, e Goodhart, 2017). Altre banche centrali sostengono ora questo punto di vista, dando ragione a due studi empirici che hanno individuato nella teoria della creazione di credito l'unica teoria economica dell'attività bancaria corrispondente alle azioni intraprese dalle banche quando effettuano un prestito bancario (Werner, 2014, 2016), *rifutando le teorie dell'intermediazione finanziaria e della riserva frazionaria*, dedotte assiomaticamente. Quindi, *ogni prestito sottoscritto da una banca è un'acquisizione di attività che crea nuovi depositi a vista ex nihilo* estendendo entrambi i lati del bilancio. Nel processo, il banchiere può facilitare gli animal spirits imprenditoriali o, in alternativa, alimentare i prezzi delle attività e diminuire la stabilità del sistema finanziario prestando per l'acquisto di attività (Minsky, 1992).

Nel corso del XX secolo, i governi hanno permesso che la creazione di denaro diventasse un sottoprodotto del processo di creazione del credito. Oggi la maggior parte della moneta è creata da istituzioni del settore privato — le banche. (King, 2016, p. 86).

Huber e Robertson (2001) stimano che i profitti da signoraggio (definiti come la differenza tra il costo di produzione e il potere d'acquisto) contabilizzati dalle banche del settore privato nel Regno Unito superino i 66 miliardi di sterline all'anno. Bjerg *et alii* (2017, p. 42) giungono a conclusioni simili, anche se più modeste, nell'ordine di 23 miliardi di sterline all'anno. I profitti generati dalla banca centrale britannica attraverso l'emissione di banconote ammontano a 1,2 miliardi di sterline l'anno (New Economics Foundation, 2017).⁽¹⁾

Il 95% dei profitti da signoraggio va al sistema bancario e solo il 5% va alle casse pubbliche. L'idea di dirottare questo signoraggio verso il pubblico sembra allettante.

Premesso che non è facile quantificare con precisione questa tassa monetaria privata (signoraggio) poiché oggi rimane clandestina contabilmente, a differenza dei bilanci dell'*Allied Financial Agency* (AFA) del

(1) Testo originale inglese: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4335809.

1943 che indicavano correttamente la creazione delle *AM-Lire* come afflusso di cassa, e la Banca d'Italia indicava le *AM-Lire* come attività nel suo bilancio, contrariamente a quanto avviene oggi con l'euro bancario, le mie stime danno una cifra approssimata di *circa 1.500 miliardi di euro creati annualmente in Italia dal cartello bancario* (il totale annuale dei "crediti verso clientela" indicati negli Stati Patrimoniali delle banche con l'aggiunta del saldo del credito rotativo interannuale come le operazioni di "castelletto" ed altro).

Questa cifra appunto non è rilevabile pro-quota nei bilanci delle banche poiché non appare nel rendiconto finanziario, violando una serie di articoli del codice civile nonché le regole contabili della corretta rappresentazione per non parlare del dovere dello Stato di agire nell'interesse del popolo sovrano impedendo la privatizzazione bancaria della sovranità sulla creazione di "denaro ad uso imposto" (l'uso della vera moneta a corso legale — il contante materiale — è limitato incredibilmente a pagamenti di modesto importo).

In sostanza, i banchieri italiani creano 1.500 miliardi di euro l'anno in nero e ne dispongono in modo occulto. Il bilancio dello stato è di circa 900 miliardi l'anno interamente copribili dalla creazione monetaria sovrana, senza ulteriore tassazione, se fatta dal Tesoro⁽²⁾.

Un meccanismo tipico di riciclaggio risultò dalle indagini del parlamento francese sulle società di compensazione interbancaria che nel 2002 evidenziarono migliaia di conti neri di banche e... di banche centrali. Si disse che le banche centrali usavano conti neri per non rendere evidenti le loro manipolazioni del mercato.

L'indagine della missione d'inchiesta si concluse con la caduta del governo francese ma il rapporto è ancora disponibile per la lettura⁽³⁾. Ne emersero tuttavia numerosi procedimenti giudiziari⁽⁴⁾.

Un altro sistema usato dai banchieri consiste nell'investire i flussi occulti di cassa (che si concentrano nel loro conto accentrato) investendo in società che di prassi non rivelano le fonti di finanziamento (Assicurazioni, fondi d'investimento americani, ecc.). Questa marea di denaro occulto permette altresì di corrompere — direttamente o

(2) Non è un caso che l'atto ispettivo n. 4-07121 al Senato non abbia ancora trovato una risposta: <https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/Sindisp/0/1354061/index.html>.

(3) <https://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i2311.asp>.

(4) https://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire_Clearstream_1.

indirettamente — le autorità che sarebbero preposte a vigilare. Ad esempio, un articolo di Repubblica del 2015 illustra l'asservimento generale dell'élite politica e giudiziaria al potere bancario in Liguria⁽⁵⁾

In particolare, l'incesto clamoroso tra giustizieri e banchieri si conclama nei Tribunali fallimentari dove non si tiene conto che le banche creano sì il capitale dei prestiti che fanno, ma non il denaro sufficiente per pagare gli interessi, determinando una costante guerra civile economica tra tutti i prestatori per reperire del denaro che non esiste.

Questi banchieri, con la connivenza della banca centrale, possono quindi disporre di somme occulte, annualmente paragonabili al debito pubblico, sufficienti per esercitare una indebita influenza politica ben precisa e per determinare di nascosto il corso degli eventi di un paese e del mercato.

Questo risultato era stato predetto da Carrol Quigley, professore di Scienze Politiche alla Georgetown University, consigliere di Bill Clinton, già nel suo libro del 1966, *Tragedy and Hope* (tragedia e speranza) in cui scrive a p. 324:

Le potenze del capitalismo finanziario avevano anche un obiettivo di lungo termine, niente meno che creare un sistema mondiale di controllo finanziario in mani private capace di dominare il sistema politico di ogni nazione e l'economia del mondo come un tutt'uno. *Questo sistema doveva essere controllato con modalità feudale dalle banche centrali del mondo agendo di concerto, attraverso accordi segreti sanciti in incontri frequenti e conferenze. L'apice di questo sistema era la Banca per i regolamenti internazionali a Basilea, in Svizzera, una banca privata di proprietà e sotto il controllo delle banche centrali mondiali, le quali sono esse stesse istituzioni private.* Ogni banca centrale punta a dominare il suo governo attraverso la capacità di controllare i prestiti sui titoli di Stato, di manipolare le valute estere, di influenzare il livello di attività economica del Paese e di condizionare politici cooperativi e compiacenti attraverso ricompense economiche nel mondo del business. (Qui si può scaricare il testo: http://www.carrollquigley.net/pdf/Tragedy_and_Hope.pdf).

(5) https://genova.repubblica.it/cronaca/2015/09/23/news/l_elenco_segreto_carige_le_richieste_a_berneschi_per_assumere_i_parenti-123454026/.

2. Virus e nucleare: come comandare terrorizzando la popolazione civile

Dalla Seconda guerra mondiale in poi è apparso chiaro che le vittime designate sono le popolazioni civili, le classi inferiori che non hanno rapporti bancari privilegiati, che rappresentano la possibile minaccia costante al potere corrotto in ogni paese. La bomba atomica, dopo l'annichilamento di Hiroshima e Nagasaki, rappresentò una specie di arma finale del potere che arriva a minacciare l'esistenza dell'intera specie umana sulla terra.

Per fare le bombe atomiche occorrono centrali nucleari che permettono l'arricchimento dell'Uranio con la conseguente creazione di scorie radioattive che avvelenano l'ambiente (circa 11 milioni di tonnellate annualmente). La produzione di bombe è associata ai test di queste bombe, circa 2.700, che hanno inquinato radiologicamente gli strati alti dell'atmosfera (jet stream).

Con la stagione delle piogge, questa radioattività precipita periodicamente seguendo l'andamento dei Monsoni e provoca l'abbassamento delle difese immunitarie della gente che si esplicita con influenze e raffreddori. Le persone che abitano sottovento rispetto alle centrali nucleari (cosiddetti "downwinders") accusano maggiormente gli effetti della contaminazione e sono state oggetto di audizione al Congresso degli Stati Uniti.

Oltre a loro vennero a testimoniare degli inviati da una oscura agenzia di intelligence che si chiama EIS, *Epidemic Intelligence Service*, creata negli USA durante l'amministrazione Truman nel 1951.

Lo scopo di questa agenzia era quello di dirottare gli effetti della contaminazione radioattiva sulla salute umana, su altre cause, principalmente ipotetici virus.

La virologia era già stata completamente screditata negli anni 1950, tuttavia venne comodamente resuscitata per occultare gli effetti nocivi dell'industria nucleare, per lo più assoggettati a varie forme di segreto. È curioso notare che anche presso l'ISS (Istituto Superiore Sanità) esiste una unità denominata Epidemic Intelligence...

L'orientamento della ricerca medica, condizionato pesantemente dalla quantità di denaro messo a disposizione, si focalizzò sui virus

come obiettivo principale. Il tabù nucleare durante la guerra fredda e dopo, accomunava ad alto livello gli interessi delle superpotenze che si ritrovano nel Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. L'Italia è parte delle Nazioni Unite tra i cosiddetti “stati nemici”, ovvero quelli che hanno perso la Seconda guerra mondiale, e questo dovrebbe far riflettere i giuristi sulla legalità o meno dell'appartenenza all'ONU del nostro paese in riferimento al dettato dell'art. 11 della Costituzione⁽⁶⁾.

Il nesso nucleare–virus appare evidente per due fatti clamorosi accaduti esattamente a gennaio 2021: l'entrata in vigore a livello planetario del Trattato di proibizione delle armi atomiche⁽⁷⁾ e l'inizio della Campagna di sperimentazione dei sieri genici (“vaccini” anti-Covid) sulla popolazione inconsapevole⁽⁸⁾.

La disinformazione di stato ebbe purtroppo un impatto negativo in ambedue i casi: nel primo, i mezzi d'informazione ebbero a sostenere che il trattato non era vincolante per l'Italia (falso) che ci si era opposta attraverso l'ambasciatrice all'ONU, Zappia, durante il governo Conte. Per quanto riguarda la campagna “vaccinale” è diventato l'argomento principale oscurando praticamente tutti gli altri a seguito delle criminali misure coercitive che hanno diviso la popolazione inconsapevole. Nasce quindi una sorta di censura globale sui *Social Media* su cui sta indagando il Congresso statunitense perché viola il primo emendamento sulla libertà di parola (da noi: art. 21 Costituzione)⁽⁹⁾.

La censura preventiva di qualsiasi informazione contraria alla narrazione ufficiale ha impedito a molti cittadini di prendere decisioni informate sull'assunzione sperimentale dei sieri genici incrementando i danneggiati ed i morti in una misura da quantificare in sede processuale. I governanti devono al Paese più di una scusa. Queste persone devono essere processate. Devono essere processati e giudicati da una giuria che agisca nell'interesse del popolo sovrano.

(6) Vedi: *Enemy Clause*, https://en.wikipedia.org/wiki/UN_Enemy_State_Clause.

(7) <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/tpnw/>.

(8) Se qualcuno vorrà conoscere il possibile nesso tra l'inquinamento nucleare e la cosiddetta nascita della pandemia a Wuhan, potrà trovare preziosi indizi in un mio articolo dell'epoca: *Una pandemia di radiazioni durante un pandemonio politico*, <https://www.reteccp.org/primepage/2020/virus20/Saba.pdf>.

(9) Vedere: <https://merylnass.substack.com/p/the-virality-project-the-deep-censorship>.

3. La guerra come diversivo

Mentre il popolo si accorge dell'incremento delle morti, nel 2022 accade un ulteriore FATTO per polarizzarne l'attenzione del pubblico: il conflitto in Ucraina dove si trovano contrapposti due blocchi nucleari che minacciano una terza guerra mondiale atomica.

È evidente che il popolo dovrà trovare una via d'uscita a questa condotta sociopatica e psicopatica — per non dire terrorista, anche a seguito della mancata attuazione del Trattato sulle bombe atomiche — che lo opprime⁽¹⁰⁾.

Purtroppo, come si vede in Ucraina, c'è una fortissima resistenza da parte degli Stati–apparato a lasciare ai popoli il diritto di autodeterminazione.

Perché?

Perché per l'appunto, ritornando all'argomento dello sfruttamento bancario feudale, si sottrarrebbe una quantità di gregge al pascolo locale che stenta a sopravvivere tra tasse inutili e signoraggio bancario.

Il potere perderebbe “clienti”.

Ma potrebbe rivelarsi una delle poche vie concrete di salvezza, prima di trasformare il pianeta in un deserto atomico.

(10) Tra le soluzioni pacifiche c'è quella che fa capo all'autodeterminazione dei popoli e sto seguendo con attenzione un esperimento interessante messo in atto dal “Popolo della Madre Terra” (PMT): <https://www.popolodellamadreterra.it/>.

ESISTE LA GUERRA GIUSTA?

PADRE LUCA MONTI

La guerra in Ucraina, la più grave in Europa, dopo la Seconda guerra mondiale, sta riportando d'attualità il dibattito su quella che potremmo definire come la filosofia dell'etica della guerra.

Il senso di questo articolo vuole essere proprio quello di definire anche alla luce del diritto, non in quanto espressione di legge, ma come sentire sociale e religioso, se esista o meno un diritto alla guerra giusta.

Dal punto di vista sociale, la risposta è facile, visto che nessuno, tra le persone comuni, non coinvolte nella gestione della politica o degli eserciti, desidera la guerra e dunque possiamo dire che il problema della scelta tra un sì e un no a questa domanda, non si pone.

Diverso e più complesso, è, invece il discorso quando si affronta l'argomento da un punto di vista religioso. Se, infatti, in teoria le gerarchie religiose, di tutte le Fedi, dovrebbero schierarsi a priori contro la guerra, nei fatti non è sempre così. Per rimanere al Cristianesimo, come dimenticare le crociate che furono indette per sviare l'opinione pubblica dai problemi politici europei, o la conquista spagnola dell'America del Sud, non direttamente voluta dalla Chiesa, ma da essa neanche esplicitamente condannata, oppure le piccole crociate contro le teorie ritenute eretiche, rispetto alla teologia politicamente corretta, che venivano combattute non col dibattito ma con la spada?

E che dire dell'Antico Testamento, che potremmo definire come una sequela di guerre infinite, tutte in nome di Dio, quindi secondo i

canoni religiosi, giuste a prescindere? O ancora, la jihad, guerra santa, il concetto della quale, è riemerso di recente col fenomeno terroristico di matrice islamica?

Ma oggi, Jihad a parte, in quanto essa è portata avanti da una frangia minoritaria della gerarchia islamica, è cambiato qualcosa nelle menti di chi dovrebbe occuparsi della salvezza delle anime?

Direi di no, in quanto, anche nella guerra in Ucraina in corso di svolgimento, a qualche migliaio di chilometri, proprio mentre scrivo, vi è, in realtà, molto di religioso, come dimostra il discorso, di qualche mese fa, molto contestato in occidente del Patriarca Russo Ortodosso Kiryll, nel quale, egli sembrava giustificare la guerra scatenata da Putin, in Ucraina, definendola un “conflitto metafisico tra il bene ed il male”.

Queste parole nette assumono un significato ben preciso, se le leggiamo in chiave escatologica vale a dire in un contesto globale, nel quale effettivamente, il bene ed il male sono stati talmente relativizzati da non essere più percepiti come distinti e distanti, ma quasi come se fossero la stessa cosa.

Mi soffermo volutamente sul contesto globale attuale perché esso — se, appunto partiamo da una visione escatologica — appare come apocalittico, intriso com'è di situazioni non solo politiche ma anche sociali al limite, con tanto di estreme limitazioni alla libertà personale, in nome della paura della morte — la paura più irrazionale che possa esistere, essendo la morte ineliminabile ed imprevedibile per cui alla fine, sia i vaccinati che i non, andranno incontro ad essa, ciascuno secondo il proprio fato — ma che sono state inoculate nel popolo, ad esempio, attraverso il famigerato green pass, che tanto ricorda il marchio della bestia e che comunque ha diviso in modo forse insanabile la società.

Ecco, dunque, che in quest'ottica, la guerra può diventare giusta, se non addirittura doverosa, quando in un mondo traballante sul baratro ci si sente minacciati nei propri valori ancestrali e vengono minate le certezze acquisite nel corso delle generazioni umane.

Oggi si scontrano dunque come molte volte in passato due visioni della società opposte, o che almeno appaiono tali, ma che in realtà sono due facce della stessa medaglia, entrambe errate, perché non considerano che la lotta metafisica tra il bene ed il male, non terminerà mai, a

differenza della guerra sul piano umano destinata a finire per la finitezza stessa dell'uomo.

Insomma, vi è una dicotomia paradossale nelle gerarchie ecclesastiche, che a me appare come una malattia incurabile, purtroppo. Da un lato, infatti, ci si preoccupa di salvare le anime nell'aldilà, mentre dall'altro, non ci si perita a benedire le armi di chi va in guerra nell'aldiquà, accelerandone dunque, in tutta evidenza il ritorno alla Casa del Padre.

Questo, a mio avviso, è il tradimento più grave che si possa fare alla religione, in particolare a quella Cristiana, che dovrebbe essere, secondo i dettami di Gesù, un percorso di amore e non di guerra.

Probabilmente i fautori di una visione guerresca hanno mal interpretato il versetto 10,24 del Vangelo di Matteo, nel quale Gesù dice: "Non pensate che io sia venuto a portare pace nel mondo: io non sono venuto a portare la pace, ma la discordia".

In questo versetto ovviamente Gesù, non va preso alla lettera, perché altrimenti cadrebbe tutta l'impalcatura del suo messaggio, ma intende solamente mettere in guardia i discepoli, dal ritenere che il loro percorso di Fede, possa essere facile e pavimentato di rose e fiori mentre, invece, è irto di ostacoli anche mortali nel vero senso della parola come il Martirologio Romano, ma non solo, ci ricorda tutti i giorni, facendo memoria di Santi, oggi sconosciuti o quasi ma che nei primi secoli del Cristianesimo, hanno dato la vita per la loro Fede, ad immagine e somiglianza di Cristo. In conclusione, si può dire che non esiste un diritto alla guerra giusta, che non sia la guerra interiore, quella che dobbiamo portare avanti per migliorare noi stessi ed in definitiva tutta la società umana.

FORMALISMO GIURIDICO COME MORTE DELLA VERITÀ NELLA RICERCA MEDIATA DI SENSO E CON-SENSO

ALESSANDRO DIONISI

I. Formalismo e potere

Nella pratica dell'esercizio giuridico, si può produrre una mistificazione degli atti (l'idea di agire e la sua motivazione) nei fatti (il fare, il produrre eventi), se si valutano questi ultimi utilizzando prevalentemente un'ottica oggettivante e riduttivamente 'razionale' (prevalentemente cognitiva), dando risalto soprattutto alla 'forma' giuridica, vale a dire utilizzando norme legislative precostituite, senza avvicinarsi al significato dell'agire dal quale sono scaturiti i fatti, privandosi del beneficio necessario dell'interpretazione e della mediazione. Si esercita così un nichilismo giuridico: pura e semplicistica applicazione di norme, le quali finiscono per essere riduttive e perfino mistificatorie sul piano dell'analisi della intenzionalità e del libero arbitrio (l'agire, gli atti prodotti dal soggetto). In altre parole, non si può solo giudicare fatti in una loro presunta neutralità, separandoli dalla motivazione delle azioni che li ha generati.

Lo stesso può accadere nell'esercizio psicoterapeutico, soprattutto se psicoanalitico, producendo nichilismo terapeutico, in una sostanziale indifferenza contenutistica. Quando uno schema giuridico orientato al diritto e una procedura terapeutica orientata al recupero di un benessere, trovino origine paradigmatica solo in sé stessi, senza un contatto ed una ricerca di senso nell'esperienza concreta dell'accadere, si può

produrre una catena di norme che obbedisce alla sola razionalità tecnica. Le norme giuridiche e le regole terapeutiche sono considerate allora come un prodotto, un risultato di un meccanismo tecnico, che si pensa esser capace di poter ricevere e ‘trattare’ qualsiasi materia, tradurre in norma giuridica e terapeutica qualsiasi contenuto (politico, religioso, scientifico, emotivo e così via). Ma una rigida razionalità tecnica non valuta sufficientemente né seleziona i contenuti: non è in grado di farlo, poiché essa non presuppone null’altro oltre l’utile materiale o biologico o socio-economico e, dunque, non è munita di un criterio di distinzione e di scelta che possano osservare in termini esaustivi gli eventi oltre il loro materiale accadere fenomenico; essa non osserva in modo soddisfacente le ragioni ed il senso di un agire che vadano a qualificare dei fatti.

Al formalismo delle procedure corrisponde, quindi, un’indifferenza per i contenuti. Allorché lo stesso linguaggio sia ritenuto non un mezzo, una via per la ricerca della verità, ma esso stesso divenga la verità, si riduce quest’ultima ad una bio-economia del linguaggio. Ciò comporta una riduzione sia del diritto (così come del curare) ad una sistemazione logico-funzionale di norme. Si svilisce la possibilità di distinguere tra legalità e giustizia, e tra comportamento etico in quanto disciplinato, equilibrato, e comportamento morale in quanto normativizzato, facendoli superficialmente coincidere, in una distruzione della possibilità di ricerca profonda del senso, delle ‘logiche’ di un accadimento, allontanandosi dalla possibilità-necessità interpretativa esercitata con modalità mediatrici e maieutico-ermeneutiche, nella ricerca congiunta di senso, per costruire appunto insieme (ove possibile) un con-senso.

Un breve sguardo Fenomenologico (quindi non solo fenomenico) sul rapporto tra linguaggio e diritto, ci fa osservare quanto in epoche come quella in cui viviamo, nella quale il contatto con la verità sovente non è incontro ma è scontro, spesso di soli poteri, all’interno di “pseudo-logiche” che sono fuori dalla coerenza della non contraddizione e troppo spesso perfino impostate sull’esercizio di corruzione come metodo gestionale, quindi caratterizzate da un’abissale lontananza dall’orizzonte etico, un avvicinamento di diritto e linguaggio, di *nomos e logos*, sembra essere una considerazione che contiene quella prossimità tra verità e libertà che soprattutto un esercizio imparziale e non formale dell’applicazione giuridica può garantire.

In questa vicinanza va anche evidenziata una differenza: in analogia con la “*differenza ontologica*”, descritta da Heidegger, tra l’*essere* in quanto tale (elemento ontologico) e l’*ente* (elemento ontico, che è l’esistenza come semplice presenza), dove la *differenza ontologica* (tra l’*essere* e l’*ente*) è rappresentata dall’essere nel mondo, nell’esperire da parte dell’essere tra gli enti, potremmo sottolineare una “*differenza nomologica*” tra *nomos* e *logos*. Anche qui i due termini designanti due realtà, si co-appartengono in un reciproco alimentarsi (con *tensione linguistico-dialogica verso la verità, da una parte, e verso la giustizia e il diritto, dall’altra*); in tal caso una differenza nomologica è rappresentata dall’esperienza di comunicazione tra le due dimensioni.

All’interno dei sistemi giuridici, si possono mettere in evidenza *tre diverse concezioni della giustizia: autonomia, eteronomia ed ortonomia, quest’ultima da ortos, cioè retto, giusto*. Scrive il noto filosofo del diritto Bruno Romano, all’interno della sua prospettiva di realismo fenomenologico:

Con il concetto di *autonomia* si enuncia che le regole delle condotte hanno la loro genesi nel volere degli autori delle condotte stesse; sono poste dal singolo e da una convenzione raggiunta da una pluralità di singoli, secondo una libertà che, in ogni definita situazione, è legislatrice assoluta delle scelte e delle corrispondenti concretizzazioni. La giustizia diviene l’arbitraria disponibilità delle valutazioni delle condotte;

a proposito dell’*ortonomia* si può leggere:

la giustizia nomina qui un modello di relazioni interpersonali qualificate dal reciproco, incondizionato riconoscimento di ogni essere umano, senza discriminazioni imposte dalle diverse modalità delle forze vincenti.

Infine, la terza concezione di giustizia viene così spiegata:

con il concetto di *eteronomia* si descrive che le regole vengono dall’esterno e dunque i soggetti, che vi si devono conformare, le subiscono, secondo una visione della giustizia che enuncia ed impone il volere di chi ha più forza, perché dispone di più averi, di più sapere, di più tecnologie (e quindi di più “potere”).

Quest'ultima condizione può ricevere un fondamento solo se si accettano come realizzabili dei presupposti quali: I) la possibilità di una conoscenza pura e, dunque, della disponibilità di una verità assoluta; II) l'inutilità del linguaggio del comprendere e la sola esistenza di quello del conoscere, che fa riferimento all'ordine dell'informazione; III) il riconoscimento di un *diritto puro*; IV) l'esistenza di un *io puro*. Ma tutto ciò si commenta, ovviamente, da solo, nella sua paradossalità, poiché implicherebbe strumenti conoscitivi e valutativi assoluti.

È qui che lo stesso Romano ci richiama alla dimensione ortonomica, verso un giudizio retto e giusto, in una parola etico, come configurazione razionale del giudizio stesso nella sua mediazione, da distinguere da quella eteronomica (in cui, come detto, c'è dipendenza del soggetto da leggi o cause esterne ad esso). Sappiamo infatti quanto sia *costitutivo e ubiquitario*, nell'essere umano, il *desiderio di giustizia*, che è *convergente con il desiderio di essere se stessi*, allorché si sia liberi, espresso anche in un linguaggio dialogante garantito da una dimensione decisamente ortonomica, verso il riconoscimento delle diversità soggettive, ma senza disuguaglianze.

La direzione del diritto verso l'unità, come assetto opportuno che invoca la necessità di una via di mezzo tra l'identità e la differenza, si dirige verso la possibilità di salvare l'essere dalla dispersione del non senso: quindi, né identità tautologica, né differenza assoluta. L'apparente aporia, il vicolo chiuso che ci si può mostrare nel mediare tra l'uno e il molteplice, possiede una uscita di sicurezza consistente nel distanziarsi da ogni metafisica, con la quale spesso ci si è rivolti in modo analogico verso un qualcosa che desse un'apparente spiegazione, in una prospettiva di trascendenza, per fenomeni non immediatamente spiegabili. Raccogliere in tal senso la tematica Pareysoniana della osservazione critica sulle pluralità speculative e sui loro condizionamenti storici, sembrerebbe senz'altro opportuno.

Così com'è opportuno il distinguere tra pensiero "rivelativo" e pensiero "espressivo", dove il primo, tipico del pensiero filosofico, tenta di rivelare la verità, e il secondo tipico dell'ideologia, si limita ad esprimere i temi di una certa fase storica.

Nel momento in cui l'esercizio ideologico assume una destinazione puramente pragmatica e strumentale, la scelta tra pienezza dell'essere

nella sua tensione verso il vero, e “oblio dell’essere” nel suo distanziarsene (diciamo con Heidegger), può essere affidata solo alla libertà umana, sempre più penalizzata, per ogni singolo, nella società della inautenticità impersonale alienante, con omologazione nella massificazione, in un contesto collettivo dove si esiste, per la cultura dettata dal Potere finanziario, soprattutto come consumatori di ‘oggetti’ e di merci.

Per Pareyson la molteplicità delle esecuzioni di un brano musicale, ad esempio, non compromette l’unicità dell’opera. Sulla scia del pensiero di quest’ultimo autore e con un occhio rivolto alle necessità del soddisfacimento del diritto, possiamo affermare che anche se la verità esiste ed è unica, atemporale ed impersonale, le sue formulazioni sono invece molteplici, storiche e personali.

Pertanto, la verità si dà all’uomo fondamentalmente attraverso un processo di interpretazione, di disvelamento dialogicamente costruito, concetto che diviene centrale nel diritto (come lo è anche in psicoterapia). Come ricorda Wittgenstein, non è solo importante per noi cercare la verità, quanto il senso di essa, così come è essenziale riconoscere che il significato di qualcosa risiede nell’uso che se ne fa. In tale direzione, la posizione ermeneutica e quindi interpretativa, anche in ambito giuridico, non può che muoversi verso una ulteriorità, nel senso che la verità non si lascia cogliere se non come processo inesauribile, come incessante manifestazione, da sottoporre a continua interpretazione. Ciò consente di evitare da una parte il dogmatismo oggettivante sulla verità e dall’altra il relativismo estremo, cioè una infinita evanescenza pluralistica del vero. Anche quest’ultima posizione è totalmente aporetica e inevitabilmente strumentale, al punto da poter sovvertire il vero, mostrarne una mistificazione nel suo contrario.

Poiché la verità non va concepita come oggetto ma come un accadere che possiede una origine, la persona non appare ostacolo alla conoscenza di essa, bensì si rivela l’unica via di accesso, essendo l’interpretazione non una copia della verità ma la verità stessa nel suo farsi senso. Ciò che legittima e protegge questa dimensione, in ambito giuridico, è la presenza proprio di un elemento terzo di mediazione e di sostegno ermeneutico, (terzietà del diritto–*nomos* e triadicità del linguaggio–*logos*, con una *coalescenza* [origine comune, all’interno delle caratteristiche della soggettività] di linguaggio e diritto.

Nello stesso modo il linguaggio si propone come elemento terzo nel dialogo tra due posizioni. Sembrerebbe irrinunciabile il richiamo ad Heidegger, nella affermazione che il linguaggio è la casa dell'essere, ed in esso va individuato il senso del vero (anche ciò, dunque, ci richiama all'interpretazione dialogica).

Il modello efficace per descrivere la esperienza di verità è, pertanto, quello offerto dal dialogo che mantiene costitutivamente uno spazio di diversità tra un TU ed un IO. In termini Buberiani, nell'incontro tra due soggetti che entrano in relazione reciproca, il TU non può essere predeterminato e riassorbito dall'IO, ma deve conservare la sua differenza, la sua alterità, pena l'esaurirsi dello stesso dialogo e della relazione. Il soggetto di diritto, ci dice anche Romano, si radica nell'essere soggetto di desiderio, di verità, di giustizia, di senso. Una comunicazione efficace, in ambito sia giuridico che terapeutico, non può non cogliere delle essenzialità e quella relativa all'esistenza dell'altro si sostanzia nella prospettiva di comprensione empatica nella relazione, come ci mostrano le varie prassi relazionali volte al curare. Per una comprensione empatica è fondamentale calarsi nei 'panni' dell'altro, nel suo sentire, nella sua storia.

In ciò, è anche l'ontologia ermeneutica di Gadamer che può guidarci, nel mettere in luce la funzione stessa del linguaggio dialogico che, attraverso la coscienza del singolo parlante, media tra passato e presente ed apre l'orizzonte ad una ulteriorità del senso e quindi ad una ulteriorità di comprensione del vero.

L'esperienza autentica è, quindi, quella capace di mantenere una costante apertura alla dimensione del possibile. Pertanto, è il linguaggio e con esso la relazione dei dialoganti l'autentico soggetto della storia e dello *status iuris*. La discutibilità come elemento strutturale del dialogare richiama ad un'utilità verso un'educazione a capire la differenza, l'apertura all'altro, i valori in cui trova fondamento la logica di uno scambio verbale volto a comunicare e comprendere, per poter incontrare la diversità dell'altro nel comune e simile territorio dell'umano, direbbe Levinas.

È in questo spazio che si costruisce il logos, non solo come elemento strettamente razionale; esso non appartiene né all'IO né al TU ma al NOI ed incorpora anche possibili presenze terze e quindi quell'Hetos

comune (consuetudini, costumi, valori contestuali) che nell'incontro tra dialoganti costruisce le ragioni dell'etica e le sue conseguenze normative condivise: solo se c'è un'etica relazionale fondata sul rispetto e tesa verso il soddisfacimento di diritti, c'è anche condivisione e viceversa, in una continua tensione di processualità dialettico-ermeneutica, tra l'uno e l'altro, tra il tutto e le parti.

L'ermeneutica è tanto più vicina alla dimensione giuridica ed a quella terapeutica, in quanto come filosofia pratica prende in considerazione la vita e il senso comune. All'interno di ciò la prospettiva etica non è una aggiunta o una appendice, poiché è proprio nell'interpretazione del mondo che si gioca il modo in cui l'uomo sta nel mondo, come in esso si pone. Nel come si comprende e si interpreta il proprio tempo, ne va anche dell'atteggiamento esistenziale che si assume e nei comportamenti che si metteranno in pratica.

È importante per noi rilevare che un interesse etico guida l'ermeneutica gadameriana, così come dovrebbe anche accadere alle nostre prassi relazionali, professionali ed umane, che da essa prendono stimolo, non limitandosi all'ambito metodologico, ma coinvolgendo il problema stesso dell'essere, del rapporto del singolo nei confronti della realtà, degli altri individui e della storia.

L'Ermeneutica può essere gestita come arte di comprendere e di comprendersi, non separata dalla realtà, ma come continuo accadere che si iscrive nella storia degli eventi e degli effetti che essi producono.

La stessa dimensione teoretica non può essere pensata come un ambito concettuale distinto e separato dalla effettualità storica. Come già sottolineò anche Dilthey, la suprema categoria inerente le scienze umane è quella relativa al senso e al significato, esplorabili solo all'interno della soggettività umana e della sua storia.

Se il rilievo centrale nelle scienze naturali è quello relativo alla spiegazione causale, nelle scienze umane, invece, ciò che va osservato risiede all'interno dei fenomeni della comprensione e della interpretazione (quindi ermeneutici).

La *comprensione* denota la modalità attraverso la quale si passa dal segno e/o dall'espressione, al significato espresso. Il focus su comprensione ed interpretazione denota la metodologia delle scienze umane come essenzialmente ermeneutica.

L'ermeneutica finisce per configurarsi non solo come pensiero filosofico ma come più generale prospettiva di conoscenza. Ciò è valido per tutte le scienze umane, ivi comprese quelle giuridiche e terapeutiche.

Facendoci guidare da due figure emblematiche, in termini culturali, rileviamo che anche Pirandello, vicino ad alcune tesi di Nietzsche, evidenzia come abbiano un senso limitato le questioni sull'enunciazione della verità, in termini assolutistici, in quanto la vita è flusso continuo che noi cerchiamo di fissare, arrestandolo, in forme stabili e determinate, dentro e fuori di noi, in formule con cui si pensa di enunciare solidamente una verità. Infatti, nel flusso incessante della vita niente trova mai definitiva conclusione, in quanto tutto è soggetto a continuo mutamento. Queste formule sono costituite dai concetti ed una loro esclusiva stagnazione formale finisce per divenire menzognera, quindi addirittura opposta ad una verità. Ciò può addirittura favorire una contrazione ed una patologia del flusso della vita.

Scrive Romano:

Non c'è testo se non c'è legge giuridica (nomos), ove la trialità (del linguaggio) opera ed incide come terzietà (una presenza che valuti), mostrando che la trialità è custodita dalla terzietà, così come la terzietà è retta dalla trialità; su questo cerchio sorgono le regole per selezionare ed applicare i contenuti normativi delle relazioni umane, istituite come *relazioni giuridiche, in quanto qualificate dalla reciprocità del riconoscimento, incondizionato ed universale, e non dall'escludere.*

Il linguaggio non è solo uno strumento per comunicare, né solo un mezzo per comprendere, ma è l'inizio di tutto ciò che appartiene alla specificità dell'essere uomo, nella sua differenziazione, rispetto all'intero ordine del non-umano. Non si può perciò descrivere e comprendere il linguaggio se non si descrive e comprende l'uomo, ma descrivere e comprendere l'uomo esige un riferimento essenziale al linguaggio, una sua 'chiarificazione esistenziale'.

Heidegger, a tal proposito, specifica che la qualità di questo domande circolare, interessando l'uomo, non è quella di una domanda su che cosa è l'uomo, poiché una tale domanda sarebbe in modo differenziato riferibile a qualsiasi cosa, domandando appunto: 'che cosa è?'.

L'uomo è, invece, avvicinabile solo attraverso una domanda che lo incontri diversamente da come incontra le cose e, dunque, attraverso un interrogativo che non indagli su che cosa è, ma su 'come è' e specifici poi questo 'come' domandando proprio chi sia l'uomo.

In questo domandarsi, si realizza il rapporto di coalescenza, di comune origine [all'interno delle caratteristiche della soggettività], tra *nomos* e *logos*, potendo, a tal punto, sostenere (sempre con Romano) che:

dove c'è linguaggio (trialità) c'è diritto (terzietà), perché il linguaggio ha il suo nucleo centrale nella parola-ipotesi e le ipotesi sono tali in quanto ciascuna sorge per la molteplicità delle altre; questa molteplicità di ipotesi, a sua volta, è tale perché è anche aperta, alla controversia discorsiva, che, nelle sue concretizzazioni, richiede non una soluzione fattuale, a vantaggio dell'una o dell'altra ipotesi, dell'uno o dell'altro ipotizzante, ma esige una soluzione giuridica; solo una soluzione giuridica che sia omogenea alla struttura dell'ipotizzare, può essere capace di riaffermare la formazione triale di ogni ipotesi e quindi presentare la ragione del diritto come terzietà nell'ortonomia del diritto stesso, come la ragione già esposta in opera dalla trialità formativa delle parole-ipotesi. La terzietà del diritto è, dunque, la trialità del linguaggio.

Il principio dialogico si fonda sia nel *logos*, sia nel *nomos*, si fonda nell'uguaglianza; il dialogare significa riconoscersi in qualche modo eguali, con essenze comuni nelle differenze, e può allora emergere una trialità che è la dimensione nella quale il dialogo può collocarsi; esso non appartiene ai soli dialoganti e non sarebbe possibile se non esistesse un "*tertium quid*" nell'ambito del quale possa svolgersi, uno spazio della loro differenziazione, del loro divergere e convergere, ma anche della loro complementarità, nel momento in cui si riesca a costruire congiuntamente un senso.

Si potrebbe affermare, con Sini, che «ciò che si può scrivere non basta alla giustizia e alla verità», serve dialogo, comprendere nell'interpretare, uno spazio che si configuri come orizzonte di mediazione, in cui le soggettività nascono proprio nel loro riconoscersi.

Già da tempo, nella società Greca antica, alle radici della cultura dell'occidente, la tragedia divenne la conseguenza e lo strumento per riflettere su questo rapporto-dissidio relativo alla rettitudine delle

condotte e al perseguimento dei diritti. In tale genere teatrale si avverte il pericolo dell'esclusione del diverso, della neutralizzazione della differenza dell'altro e i rischi relativi di determinare, forzare dall'esterno un'esistenza. La tragedia è il campo di forze tra *bios e vissuto*, perché mette in scena il tormento più profondo della *polis*: il conflitto tra le diverse idee di giustizia.

Il primo trattato politico della nostra civiltà si ha con la crisi politica di Atene, testimoniata storicamente dalla morte di Socrate, un evento di legalità senza giustizia. La considerazione aristotelica della giustizia come la migliore delle virtù e la costituzione della *Politeia* immaginata da Platone, sono la risposta alla guerra intestina che dilania la *polis*; in essa si prevede un potere che, potendo intervenire anche sul piano delle vicende biologiche, sia capace di pianificare i tratti qualitativi della comunità, al fine di scongiurare il tipo di rivolta di Antigone contro la legge della città, sentita come ingiusta e prevaricante.

È da sottolineare come presso i greci la città è il luogo in cui si dispiega la verità come disvelamento di tipo storico (una *aletheia*): Heidegger considera la *Politeia*, come sistema dell'esposizione della verità e, con la dimensione politica pensata da Platone come quella cui è affidata la disponibilità della verità, anche il luogo di inizio dell'ordine della metafisica. Questa non ha mai compiutamente risolto, ma tutt'al più evitato, il non-senso del caos e della tragedia.

Nella *polis* giusta, secondo Platone, è necessario evitare la permanenza di forze, potenzialmente capaci di causare il *caos*, attraverso l'eliminazione di ambiti non politici e, in generale, di differenze sociali non utili e non previste dal sistema.

La *Politeia* risponde a un timore precipuo: come gestire il conflitto sociale che getta la *polis* nel *caos*? La risposta è radicale: eliminandolo.

Va costituito un ordine politico fondato sulla giustizia e ciò accade se si ottiene un'osmosi completa tra la città e l'individuo, se la *polis* risulta la totale e coerente manifestazione della comunità, se la società coincide con la propria idea politica.

Secondo Platone, solo quando la *polis* si regola sulla verità, cioè solo quando la legittimità del potere dimora nella giustizia tesa a comprendere e non nella mera applicazione della legge, si viene a costituire un potere giusto, utile, non contraddittorio, non violento o arrogante, non

prevaricante, né mistificante. L'idea di non essere soffocati dal formalismo e di agire in termini di negoziazione ed interpretazione è antica, ma lo è anche la patologica e mai sanata *dissociazione di base dei sistemi di comunicazione* individuali e sociali: lo *jatus*, la differenza che si inserisce tra il dire e il fare (come ad es. il 'predicare bene e razzolare male'), una dissociazione ormai estremizzata negli assetti sociali della nostra scellerata epoca.

A causa di ciò, l'esercizio di mediazione può facilmente declinarsi come strumentalizzazione ed ostacolare una comunicazione volta al giusto ed al vero. Una mediazione relazionale che poggi su empatia e rispetto può già essere sufficientemente lontana da questo rischio. In ogni caso, prima ancora di raggiungere l'interlocutore, una mediazione efficace inizia da noi stessi e si rivolge alle nostre convinzioni attive fino a quel momento. Nei sistemi sociali, soprattutto occidentali, si è andata configurando, in modo particolarmente evidente negli ultimi 30 anni circa, una modalità gestionale della vita pubblica, da parte dei poteri istituiti, condizionati da quelli finanziari, che poggia sulla menzogna e sull'inganno seriali. Ciò mistifica ogni verità, capovolgendola nel suo contrario, spacciato per vero, e distrugge ogni diritto, aprendo ad un raggio giuridico paradossale, qualora esso vada a giustificare e legalizzare l'inganno. Un tale evento criminoso diviene tanto più possibile, quanto più l'iter valutativo/giudiziale si muova su difetti intrinseci di giudizio, seguendo le forme di un nichilismo giuridico, declinato prevalentemente sul piano normativo 'formale'.

2. Il Nichilismo giuridico come distruttore del Diritto

Se si valutano, quindi, i *fatti* utilizzando prevalentemente un'ottica oggettivante e 'razionale', dando risalto soprattutto alla 'forma' giuridica, vale a dire utilizzando norme legislative precostituite, senza avvicinarsi al significato degli *atti* dal quale sono scaturiti i fatti, privandosi del beneficio necessario dell'interpretazione, si esercita un nichilismo giuridico: pura e semplicistica applicazione di norme, le quali finiscono per essere riduttive e perfino mistificatorie sul piano dell'analisi della intenzionalità e del libero arbitrio (gli atti). In altre parole, non si può

solo giudicare fatti in una loro presunta neutralità, separandoli dalla motivazione che li ha generati. Ancor peggio se ciò accade anche tradendo posizioni costituzionali storicamente consolidate in una loro imparzialità.

Ne è testimonianza la meditazione sulla realtà umana, sul tempo e sulla storia come conoscenza, da parte di M. Bloch, dove le sue riflessioni sul metodo critico, soprattutto, costituiscono un contributo importante per una logica del possibile, che trova nella storia — scienza dell'uomo e della vita — il suo banco di prova.

Il soggetto, il male e l'in-giusto. Il formalismo come morte della vitalità consapevole. Atti e fatti si deformano dentro una logica bio-economica. La misura del nichilismo è offerta dall'autosufficienza della produzione giuridica.

La conclusione ne è tratta da Nietzsche: «Nessuno sentirà più verso una legge altro dovere che quello di inchinarsi momentaneamente alla forza che introdusse quella legge: e tosto ognuno si volgerà a minarla mediante una nuova forza, una nuova maggioranza da formare» (Aforismi), per produrre un potere antagonista, potremmo aggiungere, e quindi formulare altre leggi.

Se il diritto fa tutt'uno con la mutevole temporalità del volere, esso si frange negli innumerevoli scopi delle singole norme, ma non ha un 'dove' conclusivo, né un senso unificante. Il nichilismo narra questa storia e se ne fa dolorosa ma impersonale coscienza. Il carattere decisivo del nichilismo giuridico consiste nel sapere quali sono le norme, o quali altre potevano o potranno essere e che il loro nascere e perire dipende soltanto dal volere umano, e che codesto volere si svolge e si attua con impeto incondizionato, sciolto da ogni presupposto.

Pertanto, carattere precipuo del nichilismo giuridico consiste nel fatto che il diritto non conosce più un 'dove andare'; esso ha perduto qualsiasi centro. Il nulla circonda il mondo del diritto: nessuna norma appare necessaria e incondizionata. I meccanismi produttivi traggono le norme dal nulla e le ricacciano nel nulla. In luogo dell'unica e universale ragione, o della natura legislatrice, ci sono le innumerevoli e contingenti *rationes* (giustificazioni razionali, messe a fondamento) delle singole norme: gli scopi — di qualsivoglia indole e specie — perseguiti da ciascuna di esse.

Quando il diritto trova origine solo in sé stesso, si produce una catena di norme che obbedisce, nelle democrazie attuali occidentali, alla sola razionalità tecnica, propria dell'economia capitalistica.

Le norme giuridiche sono considerate allora come un prodotto, un risultato di un meccanismo tecnico, capace di ricevere e 'trattare' qualsiasi materia, tradurre in norma giuridica qualsiasi contenuto (politico, religioso, scientifico, e così via). Allorché il linguaggio sia ritenuto non un mezzo, una via per la ricerca della verità, ma esso stesso divenga la verità, si riduce quest'ultima ad una bio-economia del linguaggio. Ciò comporta una riduzione del diritto ad una sistemazione logico-funzionale delle norme. Si svilisce la possibilità di distinguere tra legalità e giustizia, facendole superficialmente coincidere, in una distruzione della possibilità di ricerca profonda del senso, delle 'ragioni' di un accadimento, allontanandosi dalla possibilità/necessità interpretativa.

Per *modernità giuridica* possiamo intendere la condizione manichea in cui la posizione di norme è consegnata, sempre e soltanto, alla volontà dell'uomo. Nessun criterio esterno è legittimato a guidare e valutare le scelte così compiute. La decisione della volontà sta a sé e nulla riconosce dietro o sopra di sé. La norma è posta nella solitaria nudità della decisione umana. Ma ciò non è esente da rischi, da parte della manipolazione strumentalizzante che certe forme di potere possono produrre.

Il nichilismo giuridico è caratterizzato da un'incessante produzione e consumo di norme che perseguono singoli scopi, rifiutano ogni appello all'unità e si consegnano al volere umano. Sembra essere troppo spesso il destino del diritto del nostro tempo: un diritto aggrappato a principi intramondani (spirito del popolo, idealizzazione dello stato nazionale) che si rivelano spesso criteri effimeri, proiezioni di una volontà in cerca di appoggio stabile e concreto.

Il vorticoso succedersi delle norme giuridiche attesta la nullità del diritto, che risponde soltanto alla domanda sulla validità, cioè sul produttivo funzionamento delle procedure. La produzione è diventata infatti l'essenza propria del nichilismo, perché il diritto non è più considerato in base ai suoi contenuti di disciplina, ma alla funzionalità delle procedure di 'produzione' che, al pari di catene di montaggio, sono indifferenti ai contenuti. La fine di ogni dualismo (teologico, naturalistico, razionalistico) nel campo del diritto, ha determinato l'affermarsi del culto

della forma: *nichilismo* e *formalismo*, i due costituenti della 'modernità' giuridica, sono stretti da un'intima fratellanza. Ma ciò non ha superato l'ideologia dualistica contrappositiva; non ha riconosciuto le dualità come costituenti del reale, diversità non necessariamente contrapposte, ma spesso, se non sempre, elementi complementari (es.: giorno e notte, caldo e freddo, uomo e donna, ecc.).

Contro le false unità, in cui sono fuse ed indistinte le differenze complementari, il diritto percorre allora le strade del molteplice, del frammentario, dell'inesauribile differenza. Accanto a questi elementi, è evidenziabile tra i segni del nichilismo anche la quantificabilità di tutti i rapporti. I singoli rapporti vengono degradati a elementi di calcolo, a grandezze misurabili e dunque indifferenziate. La violenza manipolatrice richiesta da questo processo fa sì che la legge sia ormai priva di giustificazione: ciò che conta è ciò che è successo, l'accadere di un fatto in quanto fatto. Soltanto un principio più alto del divenire, sovrastante la casualità del volere, sarebbe in grado di sottrarre le norme all'oscillazione tra l'essere e il niente.

Gli uomini pur essendosi liberati dal dominio di diritti ultraterreni, soggiacciono tuttavia al dominio di un casuale fluttuare. Ciò rinforza l'idea di norma necessaria. Ma dal nichilismo normativo il giurista non può uscire, trovandosi in un circuito aporetico, un circolo vizioso. Questo significa che egli ha dinanzi a sé la discorde molteplicità delle norme, la casualità delle decisioni sociopolitiche, un denso impasto irriducibile ad unità di scopo. Si profilano pertanto due ordini di scopi entro i quali le volontà politico-giuridiche devono scegliere:

da un lato l'oggettiva funzionalità del mercato, espressa in un diritto indifferenziato fatto solo di spazi astratti e illimitati, raggiungendo così il più alto grado di razionalità tecnica e di oggettiva calcolabilità;

dall'altro lato il diritto protettivo delle differenze, in cui l'identità è centrale e gli individui sono legittimati a far valere con fermezza le proprie scelte.

Sono due ambiti difficili da far convergere. In ciò che Nietzsche e Pirandello hanno descritto, la vita è ritenuta solo un flusso di fatti, privi di atti che possano iscriversi degli scopi scelti; pertanto, la verità, intesa come fissità, è una menzogna perché nel descrivere la vita, la tradisce fissandola in una forma che costituisce la sua morte. Lo stesso

accade per la soggettività ed il diritto. In tal modo è conseguenziale tramutare il pensiero giuridico in una “dottrina pura del diritto” (Kelsen), *una ideologizzazione nichilista del diritto*, una costruzione dogmatica, in quanto non discute mai le sue premesse e pertanto si nega al flusso dialettico del divenire, rimanendo autoreferenziale; mistifica gli atti presentandoli come fatti e trasmuta le controversie di senso dell’umano in conflitti vitali, nel senso biologico, relativi all’animale non-umano che c’è nell’uomo. Un altro dei tanti riduzionismi biologistici sull’uomo, è compiuto. Il principio di uguaglianza può essere così mistificato ed utilizzato dai più forti (sul piano del ‘potere’) per ingannare, discriminare i più deboli, conservando la non-uguaglianza e rinviandone continuamente il superamento.

3. Quando i concetti sono menzogna, si cade in una patologia del flusso della vita

Anche Pirandello, vicino ad alcune tesi di Nietzsche, evidenzia come siano prive di senso le questioni sull’enunciazione della verità in modo assolutistico, in quanto la vita è flusso continuo che noi cerchiamo di fissare, arrestandolo, in forme stabili e determinate, dentro e fuori di noi, in formule con cui si pensa di enunciare una verità.

Infatti, nel flusso incessante della vita niente trova mai definitiva conclusione, in quanto tutto è soggetto a continuo mutamento. Queste formule sono i concetti ed una loro esclusiva stagnazione formale può essere menzognera, quindi addirittura opposta alla verità. Anche concetti come la giustizia sono finzioni, nel flusso inarrestabile, dove trionfa solo il caso. Anche l’Io, in tal senso risulta evanescente.

L’Io è un’unità unicamente come insieme delle sue relazioni costituenti; pertanto, variando anche un solo elemento di tali relazioni, varia l’unità, prende un altro significato. Talvolta questo “uno” si spingerebbe come tale, per assumere le forme dei “centomila” volti, che si possono inoltre s-formare nel “nessuno”.

Ogni Io è solo la realtà fittizia che gli viene data dagli altri, poiché nel suo mutare, nel flusso vitale, si può cogliere di esso solo una dimensione di tipo momentaneo e transitorio. In questa visione, il

questionare sulla verità non accede mai ad interrogativi meta-biologici sul male e sull'ingiusto, mai si cerca il senso del funzionamento dei sistemi, mentre esso si identifica nel funzionamento di un insieme di operazioni impersonali spesso formalizzate.

Il legame che unisce e struttura i concetti di verità, bene e giustizia viene nientificato, contrariamente a quanto viene detto nell'apologia di Socrate. In tal modo si fortifica, si irrobustisce l'itinerario che si trova già nella teoria della conoscenza pura di Husserl, che porta a concepire il diritto come un apparato strumentale lasciato nelle mani dei più forti.

Nel mondo neoliberista e globalista odierno i più forti, ed anche i più ingannatori, in quanto devono perseguire l'unica 'legge' per loro valida, quella del profitto e del dominio, sono coloro che hanno maggiori disponibilità finanziarie. Com'è evidente, bisogna prendere deciso commiato da alcune criticabili posizioni della dottrina pura di Kelsen, posizione assolutista, in cui emerge un punto critico consistente nella differenziazione tra validità ed efficacia del diritto e cioè tra l'elemento formale e quello storico-sociale, con una semplicistica riduzione del diritto a norma.

Ha senso piuttosto parlare del III°, il giudice, come artista della ragione e non come tecnico delle norme, che cerchi ciò che è giusto anche nel legale, ma in termini interpretativi e non solo in termini applicativi.

Kant, nella sua visione del giudizio come mediatore tra emozione e ragione, inaugura la direzione in cui si può affermare che la legge non dipende dal bene, ma questo può dipendere dalla legge, la quale pertanto deve valere per se stessa (cerchiamo la giustizia oltre la forma, non tanto seguendo le leggi ma cercando il senso di ciò che accade), quindi il legale non deve assorbire il giusto, altrimenti siamo nel formalismo giuridico coincidente col nichilismo. Qualora invece accadesse questo, avremmo il primato dei fatti sugli atti, i quali atti si svuoterebbero di senso e significato.

Il Formalismo giuridico capovolge i poli opposti del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto, poiché male e ingiusto non vengono più nominati e chiariti, con riferimento alla priorità di bene e giusto. Il male e l'ingiusto devono essere invece nominati, altrimenti non siamo in grado di capire e di dirigerci fino in fondo verso il bene e il giusto.

La legge quando è principio a se stessa, quindi non si confronta con nulla, diviene indifferenziabile sul piano del giusto e dell'ingiusto e quindi indifferente al male. Nella legge come forma e quindi indifferente verso il male, il giusto diviene quel che è posto (proposto ed imposto) come legale; quindi, il giusto finisce per coincidere con il legale, anche se sono due cose diverse, poiché il giusto appartiene all'area dell'etica, area sostanziale e coscienziale, non semplicisticamente formale. E in termini generali il formalismo si afferma perché vince essendo il più forte nella sua fattualità (essere soprattutto e superficialmente fatto, senza considerare l'atto che lo precede).

Il vincere o il perdere dei fatti è un evento senza dialogo sulle qualità esistenziali, scavalca gli atti, accade nel caos delle necessità e quindi senza interrogativi sulle direzioni delle scelte. Accade e basta.

Pertanto, l'arte del produrre giudizio non può tramutarsi in una ragioneria delle norme, cioè in una contabilità a-soggettiva della muta attualità. I fatti non sono da ascrivere né al bene né al male, né al giusto né all'ingiusto, sono solo gli atti che si presentano in questa direzione verso la possibilità di donare senso e quindi dando significato alla scelta compiuta dal soggetto che è l'autore degli atti.

Quindi *rimanere nella non distinzione tra atti e fatti consolida il nichilismo*. È facile con una legge che riceve e pretende obbedienza prevalentemente formale, essere presi da angoscia davanti all'improvviso accadimento non disciplinato dal diritto.

Come estrema conseguenza il bene è ritenuto l'esecuzione di accadimenti senza produrre il senso dei fatti; quindi, in tal modo si è oscurata l'ortonomia dei diritti dell'uomo (se non si distingue il fatto dall'atto si oscura l'ortonomia dei diritti).

Nel suo divenire 'perfetto' il nichilismo rimuove la differenza tra atti e fatti e si afferma come formalismo giuridico di una coscienza spettatrice che osserva l'affermarsi dei soli fatti vincenti che producono qualsiasi contenuto di norme, anche in termini di falsità. Tutto questo è la legge come forma della fattualità vincente (dei fatti) espressa nella norma fondamentale di Kelsen, che coincide con il fatto fondamentale che è quello che non viene misurato dalla qualificazione del bene giusto o del male ingiusto, e quindi fuori dal significato e fuori dalla loro interpretabilità.

Il male diviene lo scegliersi come soggetto responsabile ed imputabile degli atti, il quale si interroga sul bene, sul giusto e sul principio di valutazione del male ingiusto; il male diviene così un paradosso.

Io, tu e gli altri diveniamo il risultato dell'accadere dei fatti e non dello sceglierci nell'esistere come gli autori di atti, costruendo così l'identità esistenziale di ogni singolo.

Nella paradossale 'coerenza' del nichilismo giuridico, diviene una modalità del male anche la stessa pretesa giuridica di ricevere un giudizio — terzo (dal giudice) — che cerchi la giustizia nella sola legalità, avendo però consapevolezza che *il giudizio del III° è un atto e non un fatto* e dunque si forma contro il fatto, cioè contro-fattualmente, secondo la responsabilità rischiate e anche gestita dal giudice nel valutare le condotte di un uomo-soggetto e quindi di una unità personale.

Non si forma, quindi adeguandosi fattualmente agli eventi vitali, riduttivamente biologici di un nessuno, dove si dissolve la successione dei centomila, senza volto, che comporterebbero centomila giudizi emessi da centomila giudici e quindi da nessun giudice. In tal modo non si è mai uno. Non si può emettere nessun giudizio se non si ha davanti a sé il volto di uno specifico soggetto e non di centomila o di nessuno, come spesso il giudice nichilista finisce per fare, andando verso questo nessuno, nel quale possono dissolversi i centomila.

In questo modo, estremizzando questa posizione del seguire formalisticamente solo fatti, si finisce per considerare gli atti inesistenti perché coincidenti con i fatti: sul piano dei significati nessun soggetto giuridico si ha di fronte e nessun autore della sentenza. Cancellata la differenza che c'è tra gli atti ed i fatti, si è illusoriamente (e presuntuosamente) al di là del bene e del male. L'iperbolico paradosso è che può essere nominato come 'male' l'interrogarsi ancora su una tale differenza. Il male residua come un nome che segnala il non essere integralmente identificati con i fatti che scorrono nel fluire di una vita lontana dal senso.

Il male si cristallizza, direbbe la Harendt, nella banalità di essere semplici burocrati esecutori di norme, senza permettersi delle riflessioni su ciò che si esegue.

Altro paradosso è che il legislatore finisce per essere colui che ha apparentemente una maggiore forza in quanto segue prevalentemente i fatti non curandosi degli atti; in tal modo non cerca un plus di senso

ma gestisce un minus di senso e, quindi, di significato, lasciando il flusso della vita in una strutturazione patologica e/o ingiusta e/o ingannevole (quindi fuori dal senso e dal diritto). In tale condizione paradossale, può essere proposto come giusto e legale anche ciò che non lo è, trovandosi fuori dal senso. A questo punto può trovare un senso solo ciò che recita il noto aforisma: 'Quando l'ingiustizia diviene legge, è un lecito diritto disobbedirle e resistere diventa un dovere', per poter uscire dalla mistificazione, dal falso e dall'inganno, sconfiggendo la perversione, l'immoralità e ripristinando l'etica.

Riferimenti bibliografici

- Arendt Hannah, *La banalità del male*, Feltrinelli, Milano, 1964.
- Bloch Marc, *Apologia della storia*, Einaudi, Torino, 2009.
- Buber Martin, *Il principio dialogico e altri saggi*, San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo, 2014.
- Dilthey Wilhelm, *La nascita dell'ermeneutica*, Il Nuovo Melangolo, Genova, 2013.
- Dionisi Alessandro, *Elogio dell'empatia*, Città Nuova, Roma, 2014.
- Gadamer Hans Georg, *Verità e Metodo*, Bompiani, Milano, 1989.
- Heidegger Martin, *Essere e tempo*, Longanesi, Milano, 1970.
- Husserl Edmund, *Fenomenologia e teoria della conoscenza*, Bompiani, Milano, 2000.
- Kant Immanuel, *Critica del giudizio*, Laterza, Roma-Bari, 1992.
- Kelsen Hans, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1967.
- Levinas Emmanuel, *Umanesimo dell'altro uomo*, Il Melangolo, Genova, 1985.
- Nietzsche Friedric, *Opere 1882-1895*, Newton Compton Ed., Roma, 2003.
- Pareyson Luigi, *Ontologia della libertà*, Einaudi, Torino, 2000.
- Pirandello Luigi, *Uno, nessuno e centomila* (ediz. integr.), Rusconi, Milano, 2017.
- Platone, *La Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- Romano Bruno, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo "perfetto". Trenta tesi per una filosofia del diritto*, Giappichelli ed., Torino, 2006.
- Romano Bruno, *Principi generali del diritto: di ragione e dialogico*, Giappichelli ed., Torino, 2015.

Sini Carlo, *Immagini di verità. Dal segno al simbolo*, Spirali, Milano, 1985 (1990²).

Wittgenstein Ludwig, “Dalla verità al senso della verità”, in *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino, 1967.

L'INTERVISTA IMPOSSIBILE (MA VERA) ALL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE: CONTABILITÀ FORENSE

MARCO SABA

Ho posto alcune domande strategiche all'intelligenza artificiale sul signoraggio, sui bilanci bancari, sul riflusso bancario, sulle società di revisione e su come avrebbe risposto ad un atto di sindacato ispettivo al senato a cui il governo Draghi non fu capace di rispondere. Le domande sono state poste inizialmente alla versione di intelligenza artificiale chatGPT 3 nel dicembre 2022 e poi a quella chatGPT 4 a marzo 2023.

Le risposte ottenute meritano di essere considerate e valutate.

D.: Cos'è il signoraggio?

R.: Il signoraggio è una pratica finanziaria che consiste nella creazione di moneta da parte della banca centrale di un paese. Non esiste un elenco di stati in cui il signoraggio viene goduto dai governi e non dai banchieri privati, poiché la gestione del signoraggio varia da paese a paese. In alcuni paesi, la banca centrale può essere gestita da un ente pubblico, mentre in altri può essere privata. Inoltre, le leggi e i regolamenti che disciplinano il signoraggio possono variare da un paese all'altro.

D.: Pensi che il signoraggio bancario possa essere una pratica che indebolisce la sovranità di un popolo?

R.: Il signoraggio bancario può avere un impatto sulla sovranità di un paese in diverse maniere. Innanzitutto, il signoraggio bancario può

influire sulla stabilità dell'economia di un paese, poiché la creazione di moneta da parte della banca centrale può avere effetti sui tassi di interesse, sull'inflazione e sulla crescita economica. Inoltre, il signoraggio bancario può avere implicazioni sulla distribuzione del potere all'interno di un paese. Poiché la banca centrale è spesso responsabile della gestione del signoraggio, la sua influenza può aumentare rispetto ad altri enti o gruppi all'interno della società. Di conseguenza, il signoraggio bancario può indebolire la sovranità di un popolo se non viene gestito in modo equo e trasparente. Non è possibile rispondere a questa domanda in modo definitivo, poiché la questione del signoraggio bancario è controversa e le opinioni in merito possono variare. Alcune persone ritengono che il signoraggio bancario possa indebolire la sovranità di un popolo, poiché la creazione di moneta da parte della banca centrale può avere un impatto significativo sull'economia di un paese. Altre persone ritengono che il signoraggio bancario sia una pratica necessaria per garantire la stabilità della moneta e per sostenere l'economia di un paese. In ogni caso, è importante notare che la gestione del signoraggio bancario è una questione complessa che coinvolge molti fattori e che richiede un'analisi approfondita.

D.: Chi guadagna il signoraggio in Italia?

R.: In Italia, il signoraggio è una pratica che viene utilizzata dalla Banca d'Italia per stampare denaro. In pratica, la Banca d'Italia acquista beni e servizi dallo Stato (ad esempio, titoli di Stato) con denaro che ha appena stampato, facendo così aumentare la quantità di denaro in circolazione. In questo modo, la Banca d'Italia guadagna interessi sul denaro che ha stampato, che può poi utilizzare per finanziare le sue attività. Tuttavia, è importante sottolineare che il signoraggio non è una pratica privata, ma è una funzione pubblica svolta dalla Banca d'Italia a beneficio dello Stato.

D.: Dove prendono il denaro le banche commerciali per fare i prestiti?

R.: Le banche commerciali prendono il denaro per fare prestiti da diversi fonti, come ad esempio:

- Depositi dei clienti: le banche commerciali possono prestare denaro che hanno ricevuto dai loro clienti sotto forma di depositi bancari. In questo modo, i clienti possono guadagnare interessi sul loro denaro depositato, mentre la banca può utilizzare questo denaro per fare prestiti e guadagnare interessi su di essi.
- Emissione di bond: le banche commerciali possono emettere bond, ovvero titoli di debito, per raccogliere denaro da investitori. I bond possono essere venduti a investitori istituzionali, come ad esempio altre banche o fondi di investimento, o a investitori privati. Una volta raccolto il denaro, la banca può utilizzarlo per fare prestiti.
- Prestiti interbancari: le banche commerciali possono ottenere denaro prestandolo tra loro. In altre parole, una banca può prestare denaro ad altre banche che ne hanno bisogno, ricevendo interessi sui prestiti fatti.
- Credito dalla banca centrale: le banche commerciali possono ottenere denaro dalla banca centrale, ad esempio attraverso la facilità di prestito overnight, che consente loro di ottenere prestiti a breve termine a tassi di interesse prefissati.

In sintesi, le banche commerciali possono ottenere denaro da diversi fonti per fare prestiti ai loro clienti, come depositi dei clienti, bond emessi, prestiti interbancari o credito dalla banca centrale.

D.: È vero che le banche commerciali creano denaro dal nulla?

R.: In un certo senso, è vero che le banche commerciali possono creare denaro dal nulla. Tuttavia, è importante sottolineare che questa pratica è soggetta a regolamentazioni e restrizioni. Quando una persona o un'azienda chiede un prestito alla banca, la banca non prende denaro da un altro cliente per concedere il prestito. Invece, la banca crea nuovo denaro, che viene registrato come un deposito bancario per il cliente che ha ottenuto il prestito. In altre parole, la banca sta "creando" denaro dal nulla, poiché non sta semplicemente trasferendo denaro da un cliente all'altro, ma lo sta creando ex novo. Tuttavia, questa pratica è soggetta a regolamentazioni e restrizioni per evitare che le banche creino troppo denaro, causando inflazione e altre problematiche. Ad

esempio, le banche sono tenute a mantenere un certo livello di riserve presso la banca centrale, che possono utilizzare per far fronte a eventuali richieste di prelievo da parte dei clienti. Inoltre, le banche sono soggette a regolamentazioni e controlli da parte delle autorità di vigilanza, che verificano che operino in modo sicuro e responsabile. In sintesi, è vero che le banche commerciali possono creare denaro dal nulla, ma questa pratica è soggetta a regolamentazioni e restrizioni per evitare problemi per l'economia.

D.: Come contabilizzano la creazione di denaro le banche commerciali?

R.: La creazione di denaro da parte delle banche commerciali viene contabilizzata come un aumento dei depositi bancari dei clienti che hanno ottenuto un prestito. In pratica, quando una persona o un'azienda ottiene un prestito dalla banca, il denaro viene registrato come un deposito bancario a loro nome. Ad esempio, supponiamo che una persona chieda un prestito di 100 euro alla banca. La banca concede il prestito e registra il denaro come un deposito bancario per il cliente. In questo modo, il cliente può utilizzare il denaro per le proprie esigenze, ad esempio per pagare le bollette o per fare acquisti. D'altra parte, la banca può utilizzare questo denaro per fare prestiti ad altri clienti o per finanziare le proprie attività. La creazione di denaro da parte delle banche commerciali viene quindi contabilizzata come un aumento dei depositi bancari dei clienti che hanno ottenuto un prestito. Tuttavia, è importante sottolineare che questa pratica è soggetta a regolamentazioni e restrizioni per evitare che le banche creino troppo denaro, causando inflazione e altri problemi per l'economia.

D.: Perché le banche commerciali non registrano la creazione di denaro come afflusso di cassa prima di disporne, ovvero prima di prestarlo?

R.: Le banche commerciali non registrano la creazione di denaro come afflusso di cassa prima di disporne perché, in pratica, questo denaro non viene trasferito da una banca all'altra, ma viene creato ex novo dalla banca che concede il prestito. Quando una persona o un'azienda chiede un prestito alla banca, la banca non prende denaro da un altro

cliente per concedere il prestito. Invece, la banca crea nuovo denaro, che viene registrato come un deposito bancario per il cliente che ha ottenuto il prestito. In altre parole, la banca sta “creando” denaro dal nulla, poiché non sta semplicemente trasferendo denaro da un cliente all'altro, ma lo sta creando ex novo. Per questo motivo, la creazione di denaro da parte delle banche commerciali viene registrata come un aumento dei depositi bancari dei clienti che hanno ottenuto un prestito, e non come un afflusso di cassa. Tuttavia, è importante sottolineare che questa pratica è soggetta a regolamentazioni e restrizioni per evitare che le banche creino troppo denaro, causando inflazione e altri problemi per l'economia.

D.: Perché le banche commerciali, prestando denaro creato dal nulla, non dichiarano il signoraggio nel bilancio?

R.: La creazione di denaro da parte delle banche commerciali non è esattamente come la maggior parte delle persone potrebbe immaginare. In effetti, le banche non possono semplicemente creare denaro dal nulla e prestare ai loro clienti. Invece, quando una banca concede un prestito, crea effettivamente nuova moneta digitale che viene aggiunta al conto del cliente. Tuttavia, questa nuova moneta digitale non è “denaro gratuito”; è legata al prestito che la banca ha concesso, il che significa che il cliente è obbligato a restituire la somma prestata più gli interessi.

D.: Cosa succede al denaro creato dal nulla dalle banche commerciali quando rientra nel conto accentrato della banca a seguito del rimborso di un prestito?

R.: Quando un cliente rimborsa un prestito alla banca, la moneta digitale che era stata creata per finanziare il prestito viene semplicemente eliminata dal conto del cliente e torna ad essere disponibile come riserva per la banca. Questo riduce il totale di moneta digitale in circolazione, che a sua volta può avere un effetto deflazionistico sull'economia. Tuttavia, poiché la maggior parte dei prestiti viene rimborsata gradualmente, con il cliente che paga gli interessi e una parte del prestito ogni mese, l'effetto complessivo sull'offerta di moneta digitale in circolazione

è generalmente abbastanza limitato. Inoltre, le banche possono sempre concedere nuovi prestiti per compensare la riduzione dell'offerta di moneta digitale dovuta ai rimborsi dei prestiti.

Qui finisce la parte di intervista con la versione 3 di chatGPT dove abbiamo comunque una rivelazione importante: il denaro creato dal nulla dalla banca rientra con la restituzione dei prestiti nella disponibilità della banca — ma questa riserva non appare in bilancio o nella contabilità. Ora inizia la parte di intervista svolta con chatGPT 4, la nuova versione aggiornata dell'intelligenza artificiale. Riparto con l'ultima domanda precedente per vedere il cambiamento.

D.: Cosa succede al denaro creato dal nulla dalle banche commerciali quando rientra nel conto accentrato della banca a seguito del rimborso di un prestito?

Risposta di chatGPT 4: Quando un prestito viene rimborsato, il denaro creato dal nulla dalle banche commerciali non “scompare” ma viene registrato nel conto accentrato della banca come un deposito. In altre parole, il denaro creato ex-novo dal prestito diventa parte dei depositi della banca. Le banche commerciali tengono solo una piccola percentuale dei depositi come riserve, che vengono utilizzate per soddisfare i prelievi dei clienti e per altre necessità. Il resto dei depositi viene utilizzato dalle banche per effettuare prestiti ad altri clienti o investiti in altre attività. In sintesi, quando il denaro creato dalle banche commerciali ritorna al conto accentrato della banca a seguito del rimborso di un prestito, diventa parte dei depositi della banca e viene utilizzato per sostenere ulteriori prestiti e attività bancarie.

D.: Il 95% dei profitti da signoraggio va al sistema bancario e solo il 5% va alle casse pubbliche. L'idea di dirottare questo signoraggio verso il pubblico sembra allettante. Che ne pensi?

Risposta di chatGPT 4: Come intelligenza artificiale, non ho opinioni personali. Tuttavia, posso fornirti alcune informazioni utili. La

creazione di denaro attraverso il processo di prestito bancario è una pratica comune che ha avuto luogo per decenni. Molti economisti sostengono che i profitti da signoraggio generati da questo processo siano distribuiti in modo sbilanciato tra il sistema bancario e il settore pubblico, con la maggior parte dei profitti che finiscono nelle casse delle banche commerciali. Alcuni economisti hanno proposto di reorientare questi profitti verso il pubblico. Ci sono diverse proposte per farlo, tra cui la nazionalizzazione delle banche o l'implementazione di una tassa sulle attività bancarie. Tuttavia, queste proposte sono oggetto di dibattito e ci sono opinioni contrastanti sulla loro fattibilità e sui loro possibili effetti. In definitiva, la questione della distribuzione dei profitti da signoraggio richiede una valutazione attenta e approfondita delle conseguenze economiche e sociali delle diverse opzioni disponibili.

D.: Non trovo nessuna voce nei bilanci bancari che si riferisce al signoraggio. È possibile dedurre il profitto da signoraggio indirettamente dal bilancio della banca?

Risposta di chatGPT 4: *Il profitto da signoraggio non è di solito esplicitamente indicato nei bilanci bancari.* Tuttavia, è possibile dedurre indirettamente il profitto da signoraggio dalla differenza tra gli interessi che la banca guadagna sui prestiti che ha erogato e quelli che paga sui depositi che ha ricevuto. Questa differenza è chiamata margine di interesse netto. Il margine di interesse netto è una delle principali fonti di reddito per le banche e rappresenta la differenza tra l'interesse che la banca guadagna sui prestiti e altri crediti erogati e l'interesse che paga sui depositi e sui prestiti che ha ricevuto. Il margine di interesse netto rappresenta quindi il profitto che la banca guadagna dal processo di creazione di credito. Tuttavia, il margine di interesse netto non rappresenta esattamente il profitto da signoraggio, in quanto include anche altre fonti di reddito e spese, come le commissioni, le spese di gestione e le perdite sui prestiti inesigibili. Per calcolare il profitto da signoraggio, sarebbe necessario analizzare il bilancio della banca in modo più dettagliato e tenere conto di una serie di fattori.

D.: Mi pare che la tua ultima risposta parli solo del differenziale degli interessi ma non considera la creazione del capitale dal nulla sul conto, ovvero la voce aggregata dei debiti verso clientela che appare nello stato patrimoniale che ne dà una prima indicazione. In pratica, il riflusso bancario dei prestiti non viene registrato nel rendiconto finanziario come afflusso di cassa. Questo viola le regole contabili. Sai di casi in cui la creazione monetaria sia stata registrata inizialmente come afflusso di cassa?

Risposta di chatGPT 4: Hai ragione nel sottolineare che la creazione di moneta attraverso la concessione di prestiti non viene registrata come afflusso di cassa nel rendiconto finanziario, dal momento che il denaro viene creato dal nulla e non è una vera e propria entrata di denaro nella banca. Tuttavia, come hai fatto notare, a causa della pratica contabile consolidata, la creazione di denaro da parte delle banche non viene registrata come un afflusso di cassa nella contabilità della banca. Tuttavia, è possibile che in alcuni casi la creazione di denaro da parte delle banche sia stata registrata erroneamente come afflusso di cassa. Tuttavia, non sono a conoscenza di casi specifici in cui ciò sia accaduto, in quanto ciò violerebbe le norme contabili e potrebbe portare a sanzioni legali. In ogni caso, è importante ricordare che la creazione di denaro da parte delle banche è un fenomeno complesso e la sua registrazione contabile può essere influenzata da molte variabili, come ad esempio le politiche contabili specifiche adottate dalla banca, la normativa contabile applicabile e la competenza e l'esperienza dei professionisti contabili coinvolti nella preparazione dei bilanci bancari.

D.: Se la pratica contabile consolidata si discosta dal dovere della corretta rappresentazione dello stato di salute economica di una banca allora è possibile dire che il bilancio è falso?

Risposta di chatGPT 4: No, non è corretto affermare che il bilancio sia "falso" solo perché non rispetta pienamente i principi contabili (Nda: ?). In genere, i bilanci bancari vengono preparati seguendo le norme e le direttive dei regolatori e delle autorità contabili, ma possono essere soggetti a interpretazioni diverse e a scelte tecniche in base alle circostanze specifiche della banca e alla giurisdizione in cui opera.

Inoltre, va notato che il bilancio di una banca è uno strumento utile per fornire una rappresentazione sintetica della situazione finanziaria dell'istituto, ma non può fornire una rappresentazione completa e dettagliata. Ad esempio, il bilancio potrebbe non riflettere adeguatamente il rischio associato alle attività bancarie, che potrebbe essere molto diverso a seconda del tipo di attività svolta dalla banca. Tuttavia, le autorità di regolamentazione e i revisori contabili cercano di assicurare che i bilanci delle banche siano preparati in conformità con i principi contabili e riflettano in modo accurato la situazione finanziaria dell'istituto. Se ci fossero delle irregolarità o delle violazioni delle norme contabili, sarebbe compito delle autorità competenti valutare la gravità delle violazioni e adottare le misure appropriate.

D.: Non rispettare pienamente i principi contabili equivale a non seguirli correttamente. Perché le società di revisione invece approvano meccanicamente i bilanci bancari che non rispettano pienamente i principi contabili?

Risposta di chatGPT 4: In linea di principio, le società di revisione dovrebbero valutare se i bilanci delle banche rispettano i principi contabili e forniscono una rappresentazione veritiera e corretta della situazione finanziaria della banca. Tuttavia, ci possono essere diverse ragioni per cui le società di revisione non segnalano le violazioni dei principi contabili:

- Norme contabili diverse: In alcuni casi, le norme contabili a cui le banche sono tenute a conformarsi possono differire dalle norme generalmente accettate. Ad esempio, la normativa bancaria può richiedere che i prestiti in sofferenza vengano registrati in modo diverso rispetto alle norme contabili generalmente accettate. In questi casi, le società di revisione potrebbero non segnalare le violazioni dei principi contabili perché le banche seguono le norme specifiche del loro settore.
- Errori o interpretazioni errate: In alcuni casi, le violazioni dei principi contabili possono essere dovute ad errori o interpretazioni errate. Le società di revisione potrebbero non segnalare tali violazioni se ritenessero che fossero errori o interpretazioni ragionevoli.

- Pressioni o conflitti di interesse: In alcuni casi, le società di revisione potrebbero non segnalare violazioni dei principi contabili a causa di pressioni o conflitti di interesse. Ad esempio, potrebbero essere preoccupate di perdere un importante cliente se dovessero emettere una relazione sfavorevole sul loro bilancio.

Inoltre, i principi contabili possono essere interpretati in modi diversi da società di revisione diverse, e possono cambiare nel tempo. In alcuni casi, una società di revisione può accettare una pratica contabile che non segue completamente i principi contabili se ritiene che sia giustificabile o adeguata alle specifiche circostanze dell'istituto bancario. Tuttavia, se la società di revisione ritiene che una pratica contabile sia inadeguata o erranea, dovrebbe segnalare i problemi nel suo rapporto di revisione e richiedere che la banca apporti modifiche al bilancio. In ogni caso, le società di revisione dovrebbero essere indipendenti e oggettive e non dovrebbero approvare meccanicamente i bilanci bancari che non rispettano pienamente i principi contabili.

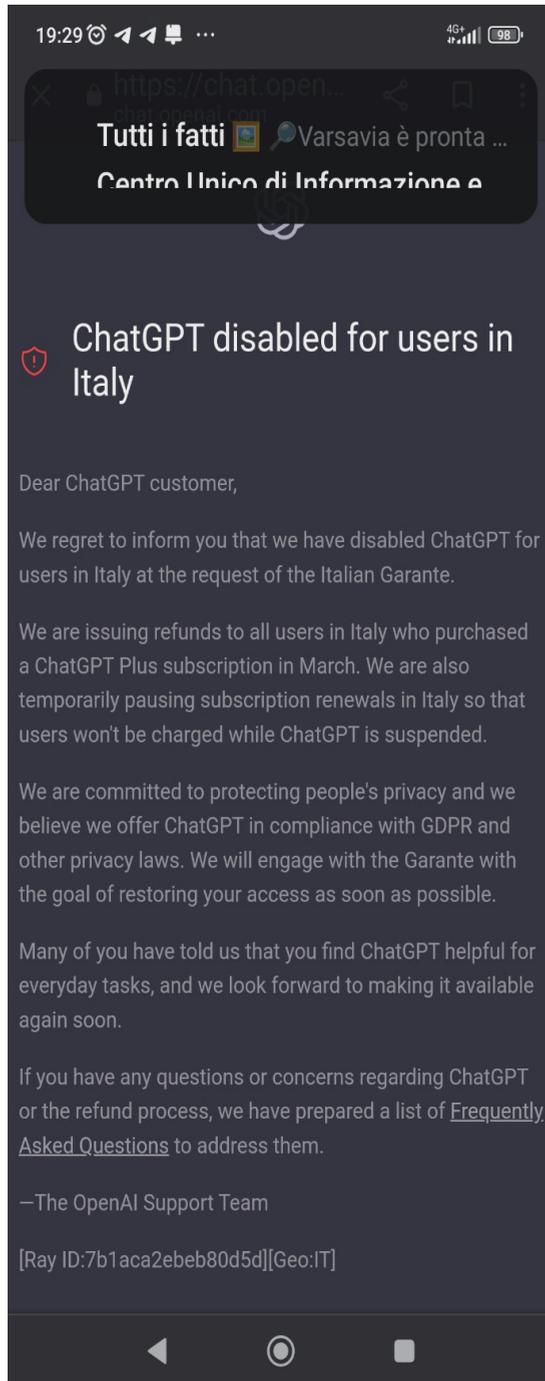
D.: Ti mando una interrogazione fatta al Senato italiano a cui i ministri non hanno risposto. Puoi provare a rispondere te? Eccola: Legislatura 18^a – Atto di Sindacato Ispettivo n. 4-07121 Pubblicato il 14 giugno 2022, nella seduta n. 439 <https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/Sindisp/0/1354061/index.html?>

Risposta di chatGPT 4: La situazione descritta nell'interrogazione al Senato italiano sembra essere molto preoccupante. Secondo quanto riportato, i tribunali italiani stanno emettendo ingiunzioni di consegna dei libri giornale delle principali banche operanti in Italia e, salvo rare eccezioni, queste ingiunzioni non sono state opposte dagli intermediari, diventando così esecutive. Inoltre, si stanno registrando esecuzioni mobiliari con accessi nelle sedi e nelle filiali di queste banche, mediante l'impiego di ufficiali giudiziari. È altresì preoccupante il fatto che le rarissime opposizioni ai decreti ingiuntivi promosse dalle banche ingiunte contengono motivazioni al rigetto della consegna non apprezzabili. Questo potrebbe significare che le banche stesse potrebbero avere problemi a giustificare le loro operazioni e movimenti contabili. Inoltre,

l'interrogazione fa riferimento al caso di Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. (BMPS), che avrebbe dichiarato ai consulenti del Tribunale di Genova di avere un solo libro giornale e due soli sezionali, uno solo per l'intera contabilità "Italia", e uno ubicato fisicamente a Shanghai, in Cina, il cui contenuto è ignoto. Per tutti gli altri uffici BMPS nel mondo, non vi sarebbe alcuna tenuta contabile. In considerazione di tutto ciò, ritengo che le autorità competenti debbano fare il possibile per garantire la trasparenza e l'accesso alle informazioni contabili delle banche operanti in Italia, in modo da evitare eventuali situazioni di illecito o frode. Potrebbe essere necessario istituire un organismo di controllo che verifichi la contabilità delle banche, similmente a quanto avviene negli Stati Uniti d'America con il PCAOB (Public Company Accounting Oversight Board – Organo di vigilanza contabile delle società quotate). Inoltre, potrebbe essere opportuno indagare sui casi specifici citati nell'interrogazione per comprendere meglio la situazione e adottare eventuali misure correttive.

Conclusione: L'intelligenza artificiale chatGPT ha trattato adeguatamente la problematica della contabilità forense in ambito bancario riguardo alle certificazioni di bilancio evidenziando le pressioni di mercato che subiscono e i motivi principali per cui ci possono essere principi contabili che non sono rispettati pienamente nella stesura di un bilancio bancario. Ha risposto in modo soddisfacente all'interrogazione parlamentare suggerendo addirittura l'istituzione di un organo di supervisione apposito sulla falsa riga di quanto esistente negli Stati Uniti oltre a suggerire di indagare sui casi esposti nell'atto di sindacato ispettivo. Non ha però rilevato la contraddizione tra mancata indicazione contabile della creazione monetaria (creazione di provvista) ed il suo successivo utilizzo (in nero) come riserva al momento del riflusso al conto accentrato della banca. Penso che la IA possa servire come utile e valido supporto alle indagini su argomenti "tabù" su cui è difficile ottenere informazioni dalle fonti tradizionali "umane".

Dopo questa intervista la AI è stata messa fuori uso per l'Italia.



COVID-19. IL MALE E L'ECLISSI DI DIO

ERNESTA ADELE MARANDO

L'ultimo secolo appena trascorso è stato caratterizzato dalla velocizzazione del tempo con la diffusione globale delle notizie. In particolare, negli ultimi decenni con l'avvento di Internet e dei social ha fatto da padrona la suggestione indotta ad arte per piegare le masse da parte di professionisti della comunicazione da parte di coloro che hanno studiato i comportamenti umani e saputo toccare quei tasti per indurre una ipnosi di massa. Il secolo appena trascorso e questi primi vent'anni del nuovo secolo sono stati costellati da guerre prima combattute sui campi insanguinati da soldati ignari per che cosa stavano dando la vita.

Ultimamente le modalità di combattimento hanno cambiato veste. Si lascia "la vita a casa", malati e senza cure, incontro a una morte annunciata.

Sempre di guerra si tratta.

Voglio soffermarmi su quanto accaduto in Italia da marzo 2020 a oggi. Tre anni di vita sotto sequestro. Per editti ministeriali che nulla avevano di scientifico. È stato seminato il terrore, sono stati creati campi di concentramento in casa propria, la gente si è lasciata morire senza cure e in una devastante solitudine.

Sono state isolate migliaia di persone in RSA e negli ospedali considerati idonei ad essere curati coloro che, obbedienti, porgevano il braccio per farsi inoculare una, due, tre, quattro e ora cinque dosi di una sostanza, allo stato sperimentale, definita vaccino.

“Vaccino” che non solo non ha immunizzato, nonostante la sua continua somministrazione, ma ha prodotto eventi avversi alcuni gravissimi che hanno portato a invalidità fino ad assistere a morti improvvise.

Arresti cardiaci in giovani e in molti sportivi sani. Improvvisamente. Un numero impressionante mai registrato negli anni precedenti.

In tutto questo nessun sostegno all’Anima. Anima senza un porto dove approdare. L’avvento dell’ateismo incalzante, il totem innalzato alla ragione, la mancanza di una visione spirituale ha portato alla desertificazione. Al nichilismo. Al negazionismo.

La Fede si è smarrita. La coscienza annientata. L’uomo è solo davanti alle difficoltà che si abbattono su di lui. Solo davanti alla morte. L’assenza di una sponda dove trovare consolazione in questo terribile deserto dello spirito è devastante. Sono state osannate le ragioni dell’illuminismo e del capitalismo. Nel 1900 abbiamo negato la morte e ora la morte ci viene sbattuta in faccia senza filtri in tutta la sua tragicità senza mediazione. Senza appello. Ci si trova impreparati a questa realtà.

E non c’è nessuna religione a sostenerci. A salvarci con la speranza della rinascita.

Della rigenerazione. Siamo stati lasciati soli. L’altare non è stato sostituito nemmeno da dei pagani. L’altare è vuoto.

Arriva l’apocalisse. Inizio anno 2020. Ci siamo trovati davanti a una realtà impensabile. Invasi e pervasi dalla narrazione della “nuova peste”. Attraversati dalla paura. Paralizzante. Io medico non riuscivo a comprendere come i pazienti non si potessero avvicinare, visitare, curare.

Perché affetti da un nuovo morbo sostenuto da un virus appartenente alla famiglia dei coronavirus. Virus influenzali. Siglato come Covid-19. Ci siamo visti togliere da un momento all’altro: libertà, possibilità di cure, possibilità di contatti. Isolamento duro senza una vera certificata validata ragione. Un vero diktat da colpo di stato. Imposizioni da regime ottuso e violento.

Inseguiti da elicotteri e militi a cavallo anche se solitari si correva sulla spiaggia d’inverno. Spiaggia deserta per chilometri. Spiati da droni. Sottoposti a una pioggia di provvedimenti violenti atti a spezzare la volontà e a sottoporci a massicce dosi di angoscia quotidiana. Con la perdita del lavoro se decidevi di non sottoporci al massacro annunciato dalla iniezione letale.

Io, come migliaia di colleghi medici in Italia, da Nord a Sud, dopo un periodo, per fortuna breve di disorientamento, ho attinto alle mie conoscenze tecniche e ho capito che quello che ci veniva imposto era illogico e demenziale. Micidiale. Oltre che illegale!

Noi, in tanti medici, non potevamo stare inermi e non accogliere le richieste di aiuto, di cure, cure che esistevano, farmaci da banco, di chi era stato lasciato isolato in casa, da solo “in vigile attesa e Tachipirina” a gestire la malattia e la paura. Ci siamo uniti in una cordata nazionale, abbiamo creato gruppi e con l’ausilio di protocolli medici stilati da autorevoli colleghi, abbiamo iniziato a curare per telefono pazienti lontani, in altre regioni diverse dalla nostra, curare per videochiamata stando in attesa giorno e notte. Abbiamo maneggiato farmaci semplici ma dove il caso lo esigeva, farmaci potenti, da monitorare attentamente ora dopo ora. Con costante preoccupazione.

Abbiamo passato le festività di Natale e Capodanno del 2020, 2021 e 2022 a casa, in vigile attesa e trepidazione osservando l’andamento della malattia nei nostri pazienti sconosciuti. Perché sapevamo che se fosse andato tutto bene, nessun onore. Solo la gioia di avere salvato una vita dalla “vigile attesa e Tachipirina” ma se fosse andata male, anche per una complicazione da altra patologia collaterale non comunicata, saremmo passati noi direttamente all’inferno.

Abbiamo cominciato a dimenticare tutto questo. Per legittima difesa. Senza elaborazione. Abbiamo seppellito le nostre paure e il senso di morte che gli editti ministeriali ci hanno instillato.

Compresa il terrificante appello del Governo: Se non ti vaccini muori!

L’infamia più grande è sottoporre a ricatto psicologico i genitori dei bambini. Se non li vaccini li ammazzi. E il ricatto ai figli verso i vecchi genitori: se non li fai vaccinare li ammazzi.

Dobbiamo svegliarci da questa ipnosi di massa. Dobbiamo tornare in noi stessi. Trovare in noi le risorse dello spirito sopito. Riprendere in mano il nostro destino opponendoci a chi vuole distruggerci perché esseri perfetti, creati a immagine e somiglianza di Dio. Dobbiamo essere forti e combattere contro l’ottusità e l’arroganza e non dimenticare mai quello che ci è stato fatto.

La vita è una partita a pallone. Ci sono i vincenti, spesso quelli in sintonia con i poteri dominanti, e i perdenti che, in genere, sono coloro

che si oppongono ai regimi di ogni genere e ai giochi aggiustati. Ma basta anche un solo perdente, fortemente motivato, tenace e dalla parte della ragione, per scompigliare il gioco truccato.

E cambia la storia.

NORIM...BERGAMO

FULVIO TOMASELLI

18 Marzo 2020. Camion militari trasportano le bare dei deceduti da Covid-19 verso l'incenerimento. Le prime di 188.750 vittime in tre anni, di questi quanti morti di Covid e quanti con Covid?

Le domande che si sono susseguite dai primi giorni spaziano su mille argomenti, ma la prima e più importante è stata: Perché si muore di Covid? Una forma influenzale grave pesante, ma non unica nella storia recente. Quale fu l'atteggiamento terapeutico adottato? Chi dettò quelle linee guida che furono inesorabili?

E le diagnosi furono esaurienti e ne fu verificata l'esattezza? furono verificate le modificazioni che la malattia produceva sugli organi? In altri termini furono eseguite le autopsie come previsto in caso di morte da cause dubbie?

Le autopsie giudiziarie servono a capire come e perché qualcuno è morto: e quindi a dare più informazioni possibili a chi sta indagando su quella morte e ai giudici.

Le autopsie sanitarie servono perché rendono migliori e più efficaci i medici, chiarendo elementi magari ignoti, ma anche perché possono essere utili ai familiari di chi è morto, magari individuando patologie a incidenza familiare o genetica. Oppure anche solo per aiutare i familiari — a volte pure per ragioni assicurative — ad avere informazioni più chiare e certe sulla causa di morte del loro parente. In estrema sintesi, le autopsie rendono il sistema migliore e più preciso, penale o sanitario che sia. (cit. Regolamento di polizia mortuaria)

Furono vietate e i corpi furono inviati alla cremazione. Atteggiamento medioevale. Distruzione di prove certe.

La Federazione Italiana Cremazione ribadisce che: «non esiste alcun obbligo di cremare chi non ha espresso in vita tale desiderio; se, nel periodo di maggiore criticità legata alla pandemia, in alcune città, si è ricorsi alla cremazione in maniera più frequente, è stato unicamente per motivi contingenti ma sempre nel rispetto della volontà del defunto».

Questo principio non risulta essere stato sempre applicato.

Si distrussero le prove che avrebbero potuto svelare che non era solo una polmonite la *causa mortis*, ma molto di più e che la “Tachipirina e vigile attesa” altro non era che un grave errore diagnostico e terapeutico indicato e sostenuto da una élite sanitaria, quella che fu chiamata delle VIROSTAR, presenti su qualunque rete televisiva o giornale li avvicinasse spesso in contrasto fra loro, alcuni fecero dei rapidi voltafaccia per adeguarsi alla corrente e ottenere la loro dose di visibilità televisiva.

Il diktat “Tachipirina e vigile attesa” fu coniato nella sua totale inutilità, percepita come tale da molti medici e da molti cittadini... Perché un semplice antipiretico e antidolorifico in grado di lenire qualche sintomo, invece di un farmaco capace di terapia causale, come raccomandato da sempre dalle scuole di medicina. Il sintomo serve per fare diagnosi dopo di che si passa alla terapia propriamente detta.

Fu anche l'apoteosi dell'ipoclorito di sodio prodotto insieme al paracetamolo dalla stessa azienda col nome commerciale reso celebre. Nella scientificità è vietato utilizzare il nome commerciale, ma soltanto il nome della molecola.

Il 27 MARZO 2020 l'Ospedale Giovanni XXIII di Bergamo, il più colpito dalla pandemia fino a quel momento, diffondeva un protocollo di cura domiciliare, che fu ignorato totalmente, consentendo così di affollare i vari pronto soccorso ospedalieri d'Italia con le note conseguenze. Altri medici proposero terapie domiciliari dettate dalla esperienza degli anni passati e dalla evidenza clinica furono suggerite anche terapie d'emergenza strettamente legate al virus in questione. Furono ignorati sbeffeggiati, malgrado l'evidenza dei loro risultati, sospesi dal servizio, minacciati di provvedimenti disciplinari ordinistici. Qualcuno fu indotto al suicidio per questa orrenda persecuzione, oggi viene riconosciuta la sua intuizione illuminata.

La burocrazia auto referenziante evitò di seguire la letteratura internazionale in merito, che già a maggio, da parte di un gruppo di studio di Padova, indicava quello che era il vero motivo di morte.

Per essere pubblicati in un motore di ricerca internazionale come PubMed, i lavori scientifici sono soggetti a una severa analisi critica che dura qualche tempo, ergo quelle deduzioni erano sicuramente contemporanee alla devastante insorgenza del Covid-19... e contemporanee delle indicazioni dell'Ospedale di Bergamo.

Io stesso con un gruppo di ricerca impegnai il 2020 a cercare il denominatore comune causa mortis del virus. Fu esaminata la bibliografia scientifica internazionale e comparammo oltre 260 lavori, alcuni dei quali avevano "visto" attraverso le autopsie e la diagnosi biochimica e istologica i danni poliorgano che il virus induceva. L'organo Endotelio, quel complesso di cellule che rivestono e sono parte attiva del microcircolo, era sempre coinvolto e una endotelite diffusa portava a disfunzione tutti gli organi compreso il cervello, la cui barriera fisiologica, composta da cellule endoteliali specializzate, era stata scardinata. Oggi l'abbiamo battezzata "Nebbia cerebrale".

Mettemmo a punto un alert che indicava come dovessimo e potessimo fortificare la resistenza endoteliale per prevenirne il danno e possibilmente recuperarne la funzione.

Esponemmo il nostro lavoro nel febbraio 21 a un gruppo di medici che si occupava della gestione dei grandi problemi sanitari come la pandemia in atto, ma grazie alla presuntuosa ostilità di un giornalista scientifico particolarmente miope sostenuto da un gruppo di medici ancor più miopi, non ebbe risonanza finché non cominciammo a parlarne in congressi dedicati di esperti angiologi. Fu persa l'occasione di promuovere una idea italiana.

Oggi quella che era una teoria "illuminata" è diventata la riconosciuta causa mortis e delle sequele PostCovid identificate in una forma estremamente diffusa e pesante di *Fatigue* o *Stanchezza cronica*, una nota sindrome postinfluenzale, territorio della *psiconeuroendocrinoinmunologia (PNEI)* una disciplina che studia le connessioni dei vari sistemi del metabolismo.

Un altro quesito si pone riguardo la unanimità dei consensi in seno al Supergruppo.

Si espongono democraticamente pareri vari o si seguivano le dritte politiche? Nessuno dissentiva? Nessuno pensava che ci fosse altro?

La “scienza” dileggiò Montagnier e Tarro e quanti come loro manifestavano dissenso.

Il sospetto di un BURATTINAIO si fece sempre più evidente e sfociò nella corsa alle vaccinazioni di massa per un numero imprecisato di volte.

Ascoltati come oracoli, personaggi riconosciuti come i maggiori azionisti di Aziende farmaceutiche produttrici dei vari “vaccini”. Fonte: (The Exposé: september 15, 2022; april, 12th, 2023; Corruption: gov.documents prove Bill Gates...Pfizer & BioNTech) La stessa rivista pubblica nell’agosto 22: UK Government confirms Covid Vaccines are deadly...a sostegno della incidenza vaccinale nei decessi.

Un business colossale? cautela... legata alla sconosciuta capacità di quei vaccini e dei loro effetti “secondari”. Una nuova “vigile attesa”. Le virostar si adeguarono.

Le vaccinazioni divennero obbligatorie alla faccia del consenso informato, lasciando al vaccinato il rischio derivante. Sulle mascherine ancora si discute e si vedono persone alla guida, da sole, con maschera di rito. Condizionamento indelebile.

Un recente articolo⁽¹⁾ indica la propaganda della paura diffusa dai media come il mezzo per approvare leggi limitanti la libertà. Molte sospensioni e quant’altro potesse limitare.

Altrettanto cita come la conseguenza vaccinale abbia mostrato un aumento dei decessi in età infantile dopo la sua approvazione da parte di EMA per i bambini. Riferisce inoltre di misure richieste dalla UE per far luce su questa scia di decessi che viene segnalata in tutto il mondo compresa l’Australia che applicò ferree regole di entrata e uscita dal Paese.

Scandalose le evidenti partecipazioni azionarie MODERNA di membri di rilievo di governo.

L’isolamento coercitivo voluto e attuato ha indotto al suicidio adulti e adolescenti e bambini.

Commenta il dr Greenhorn del Bradford Royal Infirmary: «Il personale di servizio ha visto ogni sorta di cose tragiche mai viste prima»; e ancora: «Un anno di isolamento è enorme quando si è giovani

(1) <https://expose-news.com/2023/04/06/it-was-all-a-lic-murder-by-midazolam-covid-vaccination/>.

e mancano i rapporti sociali. I bambini non hanno linguaggio emotivo per discutere, stanno solo male».

Inutile allungare il discorso oltre.

Di ogni giorno articoli che denunciano nefandezze già vissute degli anni '40 del '900 e che furono portate sui banchi del tribunale alleato a Norimberga.

Non si prevedono pene analoghe per quanti hanno seguito quelle tracce; maggiori responsabilità per quanti hanno tacitamente accettato quelle sconsiderate indicazioni che hanno fatto scempio della dignità Umana e della deontologia professionale senza dimenticare il più obsoleto e calpestato dei giuramenti.

Ippocrate si vergogna dei suoi epigoni: "Regolerò il tenore di vita per il bene dei malati secondo le mie forze e il mio giudizio, mi asterrò dal recar danno e offesa".

SINTESI DELL'INTERVENTO DI ERNESTA ADELE MARANDO AL CONVEGNO TENUTOSI A ROMA, IN DATA 15 APRILE 2023, SULL'OPPORTUNITÀ DI UNA COMMISSIONE D'INCHIESTA PARLAMENTARE SUL COVID-19

ERNESTA ADELE MARANDO

Grazie Onorevole e grazie a tutti noi per essere qui.

Non mi vorrei ripetere perché ormai siamo tutti esperti di quanto abbiamo fatto, quindi, non vorrei neanche scadere nella retorica.

Dico però che l'Italia è un paese incivile dove non c'è democrazia, dove manca il diritto.

Il mio affondo, la mia accusa, è nei confronti della classe medica e quella dei giuristi.

Sono un medico, ho lavorato per oltre trent'anni in ospedale e ho continuato con la libera attività professionale, prevalentemente volontaria, come tanti, ma come troppo pochi.

Voglio sapere da voi quando sarà portato il conto agli ordini dei medici italiani?

Quando sarà portato il conto le strutture sanitarie centrali e territoriali?

Quando lo sarà portato ai presidi, agli istituti scolastici, agli organi di polizia, alla magistratura, che accusò di collusione e forse di corruzione.

Con questo non voglio dire che non ci siano giudici giusti, ma sono troppo pochi perché l'Italia possa considerarsi un Paese protetto dal punto di vista giuridico, dove i cittadini si possano sentire veramente tutelati nei loro diritti fondamentali.

Devi sperare di non incorrere in quei magistrati che sono stati svelati dal trojan della chat di Luca Palamara, quei giudici, tanti, troppi,

si scambiavano nei posti di comando, chiedevano trasferimenti vantaggiosi, chiedevano posti direttivi.

Ebbene: l'unico a pagare in tutto questo è stato Luca Palamara, usato come offerta sacrificale, capro espiatorio, per tutelare tutti gli altri della cordata di potere che erano complici.

I cittadini si affidano alle istituzioni e si affidano ai professionisti della salute, i medici per un verso e i giuristi per un altro verso. E sono stati traditi da entrambi.

Noi medici volontari, abbiamo dovuto inventarci e scendere sul campo sperando che ci andasse bene e rischiando in prima persona.

Abbiamo curato, io ed tanti altri miei colleghi, con terapie domiciliari.

Non posso mai dimenticare il Capodanno il Natale nel 2020 quando stavamo ventiquattrore in teleconferenza col cellulare per controllare l'andamento dei nostri pazienti.

Ci siamo sentiti coinvolti emotivamente perché avevamo scelto di fare i medici veramente e stare accanto ai pazienti.

Ho fondato un giornale online, perché sono anche giornalista, che si chiama J'acuse, dove pubblico documenti e articoli per i quali sono stata trascinata in tribunale con l'accusa di diffamazione a mezzo stampa.

Ma sapete perché? Non perché le cose che ho scritto siano false, ma perché ho usato l'ironia e ho paragonato un personaggio ad un altro, sempre utilizzando una benevola ironia gentile, che non ridicolizzava.

Per mettersi contro i poteri forti e smascherarli ci vuole coraggio.

La paura c'è, ma il coraggio è proprio di chi sfida la paura perché cerca la verità.

DAL PROCESSO DI NORIMBERGA AL CONSENSO INFORMATO

FULVIO TOMASELLI

Il consenso informato nel campo medico, è una forma di liberatoria utilizzata in Italia che deve essere espressa da un paziente prima di un qualunque trattamento sanitario previa la necessaria e chiara informazione specifica da parte del personale sanitario proponente. La informativa deve elencare le possibilità terapeutiche alternative con linguaggio comprensibile.

Va, quindi, ottenuto sempre e non solo in caso di sperimentazione clinica.

Il contributo più significativo alla storia della etica morale occidentale, successiva a Ippocrate, fu sostenuto da Thomas Percival, un medico inglese, filosofo e scrittore che postulò uno schema di condotta professionale relativa che porta il suo nome⁽¹⁾.

Da una delle pagine più buie della storia, il periodo che copre lo scempio morale nazista scaturì il Processo di Norimberga dal novembre 1945 all'ottobre 1946.

Norimberga era considerata al pari di Berlino e Monaco una città simbolo della ideologia nazista e per questo fu scelta, come ulteriore monito alle future generazioni.

Il tribunale fu composto da membri dei quattro stati vincitori, che non venivano comunque perseguiti per eventuale azione criminose da loro stessi compiute come rappresaglie o azioni sulla popolazione civile.

(1) Nel 1803, egli pubblicò il suo *Code of Medical Ethics*. Vediamo da vicino quali sono le origini del C.I. e come si esplica.

Esempi eclatanti, mai giudicati da una Corte di Giustizia, furono i bombardamenti delle città di Dresda dove morirono 135.000 persone, Hiroshima e Nagasaki che uccisero 210.000 persone, tutto questo al solo scopo di piegare Germania e Giappone.

Questo punto lascia un'ombra sul significato giustizialista e non anche politico del procedimento. A Norimberga erano comunque presenti un certo numero di avvocati difensori, scelti dagli imputati stessi.

Il Processo fu articolato in due parti: Principale denominato Processo dei principali criminali di guerra che giudicò venti capi nazisti da parte un Tribunale Militare Internazionale e Secondario che prevedeva 12 diversi procedimenti a carico di criminali di guerra di grado inferiore.

Il 9 dicembre del 1946 a Norimberga inizia il primo dei "Processi secondari", il cosiddetto "Processo dei dottori", da cui uscirà un Codice prodromico dell'odierno consenso informato.

Ventitré imputati, medici e amministratori nazisti accusati di partecipazione volontaria ai crimini di guerra. Il processo venne condotto da una corte militare statunitense e si tenne nel palazzo di Giustizia di Norimberga, si concluse il 20 agosto 1947, con sette condanne a morte, sette assoluzioni, e per gli altri pene detentive di vario grado.

Le condanne a morte furono eseguite il 2 giugno 1948. Alcuni condannati le sfuggirono con il suicidio.

L'accusa riferiva che i medici imputati erano responsabili con diverse competenze alla realizzazione del programma *Aktion T4*, che prevedeva l'uccisione sistematica delle persone ritenute "indegne alla vita" così venivano considerati coloro con gravi disabilità psichiatriche, neurologiche e fisiche.

Questi medici furono accusati anche per esperimenti pseudoscientifici che condussero, durante la guerra, su migliaia di prigionieri nei campi di concentramento o i civili delle zone occupate.

Per ironia del destino i risultati di quegli esperimenti abominevoli sono stati presi in considerazione dalle successive ricerche sugli stessi temi che riguardavano la sopravvivenza e la resistenza in condizioni al limite, a malattie infettive e radiazioni.

Coloro che gestivano queste sperimentazioni erano spesso valenti professionisti, di alcuni dei quali sono tuttora seguite indicazioni rese nel loro precedente periodo professionale.

I capi di accusa sanciti nella CARTA di LONDRA del 1945 furono 4: partecipazione volontaria a un piano criminoso (1939–1945), i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità; il quarto capo d'accusa verté sui membri di un'organizzazione conosciuta come SS, infatti a partire dal marzo 1933, le SS gestirono la rete di campi di concentramento nei quali gli oppositori del regime nazista venivano imprigionati, torturati e spesso uccisi.

Alcuni dei responsabili sfuggirono a quei processi e furono inseguiti e raggiunti, per oltre 40 anni ovunque avessero posto la loro residenza.

Dal "Processo ai dottori" scaturì il Codice di Norimberga che consiste di 10 punti che dovrebbero essere conosciuti e sono di facile consultazione. Su questo testo agisce il Comitato Etico che è così definito nella direttiva 2001/20/CE del *Parlamento Europeo*:

È un organismo indipendente, composto di personale sanitario e non, incaricato di garantire la tutela dei diritti, della sicurezza e del benessere dei soggetti della sperimentazione e di fornire pubblica garanzia di questa tutela, emettendo, ad esempio, pareri sul protocollo di sperimentazione, sull'idoneità dello o degli sperimentatori, sulle strutture e sui metodi e documenti da impiegare per informare i soggetti della sperimentazione prima di ottenere il consenso informato.

Da questo la formulazione del Consenso informato sancito a l'art. 32 della *Costituzione italiana* sancisce che «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge», in sintonia con il principio fondamentale della inviolabilità della *libertà* personale (art. 13)

Il 28 marzo 2001, la legge 145/2001 ha ratificato la *Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina*, firmata a Oviedo il quattro aprile 1997.

La Convenzione stabilisce che «I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione».

Il Codice di Deontologia Medica (2006) dedica alla *informazione del paziente* e al *consenso del paziente* l'intero Capo Quarto (articoli da 33 a 38). Sulla Delega del consenso la legge così si esprime:

Il consenso informato a una determinata cura può essere espresso da un'altra persona se questa è stata nominata dal paziente come fiduciario in base all'art. 1 comma 3 legge 219/2017. Il fiduciario può ricevere le informazioni sanitarie ed esprimere il consenso informato invece del paziente. Titolare del bene giuridico tutelato è il Paziente; se minore o incapace di intendere e di volere, il Legale rappresentante. *Il consenso dei parenti prossimi non ha alcun significato legale.* Qualora il paziente sia minore di 18 anni, al medico compete la decisione clinica che va adottata tenendo in conto l'opinione dei genitori (o del tutore) e, se il minore ha compiuto 14 anni, secondo la volontà del soggetto. In ogni caso, se il minore ha compiuto 12 anni ma non 14, oppure se non li ha compiuti ma ha ugualmente una adeguata capacità di discernimento, dovrà essere comunque ascoltato. (art. 315-bis c. 3 del Codice Civile). In caso di urgenza e necessità, il dissenso dei genitori non deve condizionare l'operato medico. Se vi è difformità fra la decisione del soggetto esercente la rappresentanza (genitore/i/tutore) di rifiuto di cure e diritto alla vita dell'incapace, il medico, non potendosi sostituire a lui, ha il dovere di informare il giudice tutelare affinché adotti i provvedimenti di urgenza e nel caso di impossibilità di suo intervento, dovrà agire sulla base dello stato di necessità o del consenso presumibile di quest'ultimo. Se il malato è maggiorenne ma è incapace di decidere, è il tutore legale a dovere esprimere il consenso alla cura. *Ma la persona interdetta ha diritto ad essere informata e di veder presa in considerazione la sua volontà.*

Perché il Consenso abbia validità è fondamentale la totale comprensione da parte della Persona cui è destinato.

L'informativa deve essere esaurientemente compilata con linguaggio semplice nella lingua compresa dalla persona. Qualora si tratti di minore, comunque da informare, si dovrà usare un linguaggio adeguato alla sua capacità di comprensione. Una volta sottoposta l'Informativa sarà opportuno lasciare alla persona il tempo di riflessione e scelta e solo dopo questo periodo ci si accerterà del definitivo consenso.

Non è obbligatoria la presenza di un documento scritto, ma comunque consigliabile fortemente con la firma in ogni pagina della informativa per presa visione e comprensione.

Va ricordato che il consenso informato non solleva il Sanitario da alcuna responsabilità professionale, attesta solo che la Persona ha preso coscienza del suo futuro operato e ne condivide i rischi eventuali.

IL CONSENSO DELL'AVEUTE DIRITTO CON RIFERIMENTO ALLA CHIRURGIA ESTETICA

EDOARDO NIGRETTI

Quando si parla di diritti fondamentali si fa riferimento a quei diritti che costituiscono la base su cui si regge il nostro ordinamento giuridico.

Tra le fonti interne di tutela dei diritti fondamentali occorre menzionare l'*art. 5 c.c.*, che tutela l'integrità fisica vietando gli atti di disposizione del proprio corpo.

Una disposizione che pur antecedente, appare perfettamente in linea con gli *artt. 2 e 32 Cost.*, che tutelano rispettivamente i diritti fondamentali e inviolabili dell'uomo e il diritto alla salute, ma risulta essere in contrasto con l'*art. 13 Cost.*, che tutela la libertà personale.

In effetti, con il tempo, tale norma ha mostrato tutti i suoi limiti, rendendo necessari interventi *ad hoc* da parte del legislatore (ad es. la legge 438/1967 ha reso lecito il trapianto di rene tra vivi) e della giurisprudenza, in particolare quella della Suprema Corte di Cassazione.

Innanzitutto, è necessario far riferimento alla classificazione degli atti di disposizione del proprio corpo operata dalla dottrina, che li distingue in:

- atti che esauriscono i loro effetti all'interno della sfera personale del soggetto, cioè compiuti dal soggetto stesso *manu propria* (es. suicidio e automutilazione);
- atti compiuti da terzi sul corpo di un soggetto consenziente i cui effetti sono ritenuti vantaggiosi (es. intervento chirurgico);

- atti diretti a conseguire un beneficio a favore di terzi (es. donazione di organi);
- atti con cui il soggetto sottopone il proprio corpo al rischio di menomazioni gravi e permanenti (es. sperimentazione umana e partecipazione ad attività sportive violente).

Prima di addentrarci, nello specifico, nello studio della seconda categoria di questi atti, è necessario indicare il principio fondamentale che regola questa materia, sancito dall'art. 32 Cost. e ribadito dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 9422/2011: sul corpo si possono compiere solo gli atti per cui la persona interessata abbia prestato il proprio consenso.

L'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145, prevede che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato».

Inoltre, secondo la convenzione di Oviedo la persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso.

La Convenzione stabilisce anche la necessità del consenso di un "rappresentante" del paziente nel caso in cui questo sia un minore o sia impedito ad esprimersi.

Infine, la Convenzione stabilisce che «i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà non saranno tenuti in considerazione».

Lo scopo di questa trattazione è proprio quello di inquadrare la problematica relativa alla prestazione del consenso rispetto a interventi di chirurgia estetica.

La chirurgia estetica costituisce un campo della medicina in forte sviluppo negli ultimi due decenni e non più relegato, come fino alla fine del secolo scorso, a situazioni estreme di necessità, come quelle che potevano sicuramente configurarsi in seguito a gravi incidenti che avessero determinato delle importanti conseguenze da un punto di vista estetico per il paziente.

Ad oggi il successo della chirurgia estetica è senz'altro legato a un bisogno crescente di accettazione del proprio aspetto esteriore che

diviene, in molti casi, motivo di forti disagi psicologici a causa dei rigidi canoni estetici imposti dalla società odierna.

Questa circostanza, che costituisce spesso la spinta per il paziente a sottoporsi all'intervento, ha determinato una serie di effetti in campo giuridico, in particolare in relazione ai doveri informativi del chirurgo estetico nei confronti del paziente, alla sua responsabilità civile e penale in caso di insuccesso operatorio.

Infatti, se da una parte si deve riconoscere in capo al chirurgo estetico un maggior onere informativo rispetto al paziente, che dovrà rilasciare un consenso pieno, attuale, libero, volontario e autonomo, in virtù della finalità prettamente estetica conseguita dall'intervento, dall'altra è comunque necessario precisare come la giurisprudenza si sia interrogata, soprattutto nel corso degli ultimi anni, rispetto alla qualificazione dell'obbligazione a cui il chirurgo plastico è tenuto.

In origine la Suprema Corte di Cassazione aveva inquadrato l'obbligo del professionista come un'obbligazione di mezzi.

A tal proposito è possibile far riferimento, a titolo esemplificativo, alla sentenza n. 12253/1997 e, successivamente, in ambito di merito, alla sentenza n. 1780/2011 del Tribunale di Bari, secondo cui

l'obbligazione del professionista nei confronti del proprio cliente, anche nel caso di intervento di chirurgia estetica, è di mezzi, onde il chirurgo non risponde del mancato raggiungimento del risultato che il cliente si attendeva e che egli non è tenuto ad assicurare, nell'assenza di negligenza od imperizia, fermo l'obbligo del professionista di prospettare al paziente realisticamente le possibilità dell'ottenimento del risultato perseguito.

La giurisprudenza più recente è invece giunta alla conclusione opposta, affermando che si tratti di un'obbligazione di risultato.

Infatti, il Tribunale di Pistoia, con sentenza n. 595/2021, richiamando la sentenza n. 10014/1994 della Suprema Corte di Cassazione, ha sancito che

l'obbligazione grave sul chirurgo plastico non è quella [...] di fornire le cure ma è piuttosto volta al miglioramento delle imperfezioni, è evidente come questa disciplina chirurgica ben si presti ad essere considerata ampiamente come fonte di un'obbligazione di risultato, piuttosto

che di mezzi, poiché, nel momento in cui il paziente si sottopone ad un intervento chirurgico, lo fa in vista di un determinato risultato estetico e non certo per ottenere dal medico solo la rassicurazione che farà il possibile per raggiungerlo.

Nonostante la discrepanza giurisprudenziale, è possibile affermare, senza dubbio, che l'unico modo per evitare il configurarsi di profili di responsabilità civile e penale a carico del chirurgo estetico sia l'adempimento dell'obbligo di una corretta e completa informazione nei confronti del paziente, in modo che egli possa effettuare una scelta quanto più consapevole nella prestazione del suo consenso.

Infatti, ai sensi dell'art. 1, comma 1, l. n. 219/2017, «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge».

Sul punto è anche necessario richiamare un'importante pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, che hanno sintetizzato i principi contenuti negli artt. 2, 13 e 32 Cost. nella sentenza n. 438/2008:

se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio per garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione.

Inoltre, la sentenza n. 12830/2014 ha anche stabilito che

il miglioramento del proprio aspetto fisico acquista un particolare significato nel quadro dei doveri informativi di cui è tenuto il sanitario, anche perché solo in questo modo il paziente è messo in grado di valutare l'opportunità o meno di sottoporsi all'intervento di chirurgia estetica. In questa materia, infatti, può parlarsi nella maggioranza dei casi, di interventi non necessari, che mirano all'eliminazione di inestetismi e che, come tali, devono essere oggetto di un'informazione puntuale e dettagliata in ordine ai concreti effetti migliorativi del trattamento proposto.

Per quanto concerne la *responsabilità penale del chirurgo estetico* è necessario richiamare la sentenza n. 47265/2012 della Suprema Corte di Cassazione.

Questa sentenza ha limitato i confini della responsabilità penale del professionista effettuando una precisa distinzione tra:

- “*malattia*”, consistente in «una perturbazione funzionale di tipo dinamico che, quindi, dopo un certo tempo, conduca alla guarigione, alla stabilizzazione in una nuova situazione di benessere fisico degradato o alla morte» ovvero nel «concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte»;
- “*inestetismi*”, da ricondurre ad una «situazione consolidata di “anormalità morfologica” o di aggravamento di una situazione di tal genere preesistente, che non adduce alcun pregiudizio funzionale e, soprattutto, non innesca un processo morboso evolutivo».

Con questa distinzione preliminare, la Corte ha cristallizzato la qualificazione non penale del secondo concetto, ferma tuttavia la responsabilità non patrimoniale da valutarsi in sede civilistica, che non va confuso con lo “stato di malattia” richiesto dalla legge penale per l'integrazione del delitto di lesioni (art. 590 c.p.).

In ogni caso, secondo la Cassazione, che con la sentenza in esame qualifica come un semplice “inestetismo” l'asimmetria del seno riportata da una paziente sottoposta a una mastoplastica additiva, e come “malattia” le tumefazioni riportate dalla predetta in zona epigastrica e l'abbassamento del valore emoglobulare, non è comunque da escludersi che, in ragione della grave frustrazione patita per la delusione post-operatoria e per il peggioramento del profilo estetico, nonché alla luce di un generato disturbo psichico di carattere ansioso-depressivo, si potesse avere l'insorgenza di un stato morboso di malattia, naturalmente con onere probatorio in capo al denunciante.

D'altra parte, bisogna comunque precisare che la responsabilità penale del medico abbia subito, nel corso degli ultimi dieci anni, una rilevante evoluzione legislativa.

La trasformazione della responsabilità medica è iniziata con la *legge* “Gelli–Bianco”, entrata in vigore il 1° aprile 2017, che ha introdotto nel codice penale l’*art. 590–sexies*, rubricato «responsabilità colposa per morte o lesioni in ambito sanitario».

Tale norma è meno favorevole rispetto al precedente *decreto* “Balduzzi”, in quanto la colpa lieve del medico torna ad essere punibile con alcune eccezioni.

Ad esempio, nel caso di questioni particolarmente complesse, consistenti nella risoluzione di «problemi tecnici di speciale difficoltà» di cui all’*art. 2236 c.c.*, la responsabilità del “prestatore d’opera” viene limitata alle sole ipotesi di colpa grave.

Sul punto, la celebre sentenza “Mariotti” delle SS.UU. Cass. richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale della «speciale difficoltà dell’atto medico».

Mentre l’abrogato decreto “Balduzzi” sanciva che «l’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve», l’*art. 590–sexies c.p.* include una clausola di adeguatezza delle linee guida alle specificità del caso concreto.

Avviandosi alla conclusione, ciò che emerge dalle indicate considerazioni è una maggiore attenzione rivolta ad un ambito della medicina che, sia per l’evoluzione delle tecniche avvenuta nel corso degli anni, sia per una maggiore semplificazione delle stesse e sia per una netta riduzione delle tempistiche di ripresa post-operatoria (moltissime operazioni vengono effettuate in un regime di day-hospital), ha ricevuto un alto grado di interessamento.

D’altra parte, non è da sottovalutarsi, in tal senso, anche l’immediatezza del miglioramento di taluni difetti fisici di minore rilevanza (ad esempio tutti quei difetti che possono essere corretti tramite le iniezioni di filler), casi in cui non si può parlare di un vero e proprio decorso post-operatorio.

Nonostante il divario giurisprudenziale sopraesposto, il fulcro di tutta l’evoluzione giuridica che ha riguardato questa branca della medicina è sicuramente da rinvenirsi nella volontà del paziente di risolvere un disagio personale e relazionale che pregiudica la qualità della sua vita, condizionandone l’intera esistenza.

Pertanto, non è sempre facile differenziare lo scopo estetico da quello terapeutico, perché spesso questi due aspetti coincidono, sintetizzandosi in una sofferenza di natura psico-fisica.

D'altra parte, una recente e più matura giurisprudenza è arrivata ad interpretare, finalmente, il diritto alla salute sancito dall'art. 32 Cost. come diritto al benessere psico-fisico, dando così rilievo ad una dimensione, non più meramente fisica ma anche psicologica e, per certi versi, a parere del sottoscritto, spirituale.

Pertanto, mai come in questi casi, si pone per il medico l'obbligo di un consenso maggiormente informato, che risulta essere essenziale per assicurare un'operazione pienamente volontaria. Tuttavia, molto spesso non si considera l'eccessiva spinta emotiva che muove il paziente nel prestare il proprio consenso in questi casi, essendo enorme la sofferenza psichica patita dallo stesso a causa del suo problema.

Proprio per questo motivo, va evidenziata l'importanza della figura dello psicologo che ha il compito essenziale di supportare il paziente nel prendere una scelta consapevole ed eventualmente nell'affrontare il percorso operatorio e quello post-operatorio, che potrebbe essere caratterizzato anche da una malriuscita dell'intervento.

Pur essendo la giurisprudenza più recente a favore di un'obbligazione di risultato, è indubbio come il maggior onere informativo incombente in capo al professionista richieda, al contempo, l'adozione di un livello di rischio più elevato in capo al paziente, il quale dovrà dimostrarsi ben conscio, dei maggiori rischi, anche di insuccesso, derivanti da cause sia direttamente dipendenti dal medico che di natura esterna, proprio per il carattere fondamentale della chirurgia estetica, non già strettamente urgente, necessaria o salvavita come nella "tradizionale" chirurgia.

CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO CON RIFERIMENTO ALL'ATTIVITÀ MEDICA IN UN SOGGETTO INCAPACE

VINCENZO GIORGIO NARDI

Il consenso dell'avente diritto, previsto dall'articolo 50 c.p. è una causa di giustificazione che si inserisce nel più ampio novero delle c.d. cause di esclusione della pena, categoria generale utilizzata dal Codice penale all'articolo 59 comma 1 per descrivere fenomeni eterogenei in presenza dei quali alla violazione di un precetto penale non consegue l'irrogazione di una sanzione.

Rientrano in tale macrocategoria da un lato le cause di esclusione della colpevolezza, che elidono l'elemento soggettivo del reato sulla scorta dell'inesigibilità di una condotta diversa da parte dell'agente; dall'altro le cause di esclusione della punibilità in senso stretto, che inibiscono la sanzione penale nonostante il compimento di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, in ragione di una scelta di politica criminale operata a monte dal legislatore, che fa prevalere interessi diversi rispetto alla punizione dell'agente nel caso concreto.

Le cause di giustificazione o scriminanti, invece, in quanto espressione di principi generali, escludono l'antigiuridicità della condotta dell'agente: essa andrà pertanto considerata pienamente lecita in tutti i settori dell'ordinamento.

Se quindi un fatto tipico è commesso con il consenso dell'avente diritto, l'agente non solo andrà esente dalla sanzione penale, ma non sarà neppure tenuto a risarcire il danno cagionato alla persona offesa in via extracontrattuale: l'articolo 2043 c.c. presuppone, invero, un danno

ingiusto cagionato in assenza di un precedente rapporto giuridico tra le parti. Proprio la prestazione del consenso dell'avente diritto presuppone, al contrario, l'esistenza di un rapporto negoziale tra le parti, che impedisce di ravvisare nell'agente una responsabilità per danno ingiusto.

Per quanto attiene al fondamento della scriminante del consenso dell'avente diritto, esso non sarebbe rinvenibile nel principio di non contraddizione, come accade per l'adempimento del dovere, l'esercizio di un diritto o l'uso legittimo delle armi, in quanto l'assenso alla condotta criminosa non è espressione di generali principi dell'ordinamento, ma proviene direttamente dalla persona offesa.

Una parte della dottrina la ritiene, allora, espressiva di un bilanciamento di interessi giuridici contrapposti, con la prevalenza di quello dell'agente, come accade nello stato di necessità e nella legittima difesa; altro preferibile orientamento individua, piuttosto, una ratio autonoma, ritenendo che la prestazione del consenso da parte del titolare del diritto faccia venire meno l'istanza di protezione e, di conseguenza, l'interesse punitivo dello Stato.

L'effetto scriminante della causa di giustificazione in esame deriva, a ben vedere, da un preventivo e valido atto di manifestazione della volontà proveniente dal titolare del bene oggetto dell'offesa: si può dunque qualificare il consenso come un negozio giuridico.

In specie si esclude che esso possa considerarsi un negozio bilaterale, data la revocabilità in ogni momento del consenso prestato, dovendosi prescegliere la qualifica di negozio unilaterale dispositivo del diritto offeso.

Si esclude altresì la ricettività del consenso, sulla scorta dell'articolo 59 c.p., che al comma 1 sancisce l'operatività oggettiva delle cause di giustificazione, le quali saranno valutate in favore dell'agente anche se da questi non conosciute: tale caratteristica, che distingue le cause di giustificazione dalle altre cause di esclusione della pena, comporta che l'effetto scriminante si produrrà immediatamente con la manifestazione di volontà dell'avente diritto.

Il consenso, inoltre, per essere validamente prestato deve rispettare alcuni requisiti.

In primo luogo, il legislatore non prescrive alcuna forma per la sua manifestazione, che potrà ritenersi legittimamente prestato sia in forma

scritta, che mediante comportamenti concludenti o mero silenzio, purché idonei ad esprimerlo.

Occorre, poi, che il consenso sia libero, dovendosi escludere l'effetto scriminante in tutte le ipotesi in cui esso sia frutto di coazione o induzione in errore. Tuttavia, si evidenzia che laddove l'agente sia in buona fede, non conoscendo dell'errore o della violenza operata da un terzo nei confronti del titolare del diritto, si applicherà la disciplina della c.d. scriminante putativa ex articolo 59 comma 4. Tale norma, infatti, afferma il generale principio per cui qualora l'agente, sulla base delle circostanze di fatto, ritenga per errore esistente una scriminante, essa sarà valutata in suo favore, escludendo che possa configurarsi un delitto doloso; la disposizione, nondimeno, sancisce la punibilità dell'agente qualora il suo errore sia dipeso da colpa ed il legislatore punisca il fatto come delitto colposo.

Corollario del requisito di libertà è il carattere informato del consenso, che richiede che il titolare del bene giuridico sia effettivamente conscio degli eventuali rischi cui si espone e possa pertanto pervenire ad una decisione consapevole. Tale esigenza è ancor più marcata quando, in ragione del carattere tecnico-scientifico della condotta cui acconsentire, tra agente e titolare del diritto vi sia una asimmetria informativa.

Altro requisito fondamentale del consenso è la sua attualità, essendo inidoneo a scriminare la condotta un consenso fornito solamente ex post, che avrebbe la natura di ratifica dell'atto, irrilevante ai fini della responsabilità del reo. Deve sottolinearsi, poi, che il legislatore subordina la procedibilità di numerosi delitti o contravvenzioni alla previa presentazione di querela della persona offesa, la quale di fatto potrà operare una ratifica ex post della condotta omettendo di querelare l'agente entro tre mesi dal fatto o nel diverso termine stabilito dal legislatore per il tipo di illecito.

L'attualità del consenso, peraltro, viene meno con la sua revoca. Il consenso è, come già osservato, un negozio giuridico unilaterale e come tale è sempre revocabile da parte del titolare del bene penalmente tutelato, mediante un ulteriore e speculare atto di volontà unilaterale. A differenza del primo, tuttavia, il negozio di revoca è necessariamente ricettizio, producendo effetto ed inibendo l'operatività della scriminante solo quando conosciuto dall'agente. In caso contrario, invero, alla condotta così posta in essere sarà applicabile la già citata scriminante

putativa ex articolo 59 comma 4 ed il fatto sarà eventualmente punibile solo a titolo di colpa.

La revoca deve peraltro intervenire in tempo utile affinché l'agente sia in condizione non solo di conoscerla, ma anche di arrestare per tempo la condotta.

Tale circostanza ha portato parte della dottrina a ritenere, stante l'efficacia ex nunc della revoca, che qualora essa sia intervenuta quando l'azione non era arrestabile, il comportamento dell'agente è da considerare scriminato dal consenso precedentemente prestato sino al suo esaurimento o, quantomeno, sino a quando non può interrompersi senza pregiudizio per l'avente diritto.

Altro orientamento ritiene, invece, che la revoca sia immediatamente efficace nei confronti dell'agente, facendo venir meno sin da subito l'effetto scriminante derivante dal consenso. Tuttavia, se la condotta non sia prontamente arrestabile, se non cagionando un danno al soggetto passivo, essa dovrà essere portata a termine e non costituirà reato in forza dell'applicazione della diversa scriminante dello stato di necessità ex articolo 54 c.p. Qualora, al contrario, non sussista un rischio per l'incolumità del destinatario dell'azione, ma la stessa non sia materialmente passibile di interruzione, l'agente non è punibile in quanto la sua condotta difetta del requisito della colpevolezza, non essendo possibile muovergli un rimprovero.

Quanto all'oggetto del consenso, esso può innanzitutto essere delimitato dall'apposizione di condizioni o termini: ed infatti, essendo un negozio avente ad oggetto diritti disponibili, ben può l'autonomia privata condizionarne la validità alla verifica o meno di un evento o al decorso di un certo termine.

Il consenso dell'avente diritto deve essere, in aggiunta, pieno e specifico, cioè attenersi a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie penale che si intende scriminare: se il reato è a forma vincolata, il consenso dovrà ricomprendere le specifiche modalità descritte dalla norma incriminatrice; se, al contrario, il reato è a forma libera, l'evento dannoso potrà prodursi mediante una serie di condotte ed il consenso potrà riguardare e scriminare anche solo alcune di esse.

Enucleati così i requisiti del consenso deve darsi conto dei limiti, oggettivi e soggettivi, cui è subordinata la sua efficacia scriminante.

Dalla lettura dell'articolo 50 c.p. si evince che la validità del consenso deriva dal carattere disponibile del bene giuridico tutelato, in mancanza della quale la volontà del suo titolare non produrrebbe effetti nell'ordinamento giuridico in ragione della prevalenza su di esso di ulteriori e superiori interessi generali.

Ed infatti, prendendo il caso del diritto alla vita, esso non può essere oggetto di consenso scriminante in forza del disposto dell'articolo 579 c.p., che sanziona la condotta di omicidio del consenziente. È evidente che la norma incriminatrice possa riferirsi soltanto alla condotta del terzo che cagioni la morte del consenziente, non essendo invece punibile la condotta suicida, non essendoci alcun soggetto cui attribuire la relativa responsabilità.

Per quanto concerne i diritti personali diversi da quello alla vita, è necessario indagare se il legislatore abbia o meno imposto dei limiti al potere dispositivo del soggetto. L'articolo 5 c.c. sancisce sul punto il divieto di atti di disposizione del proprio corpo quando questi cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o quando siano altrimenti contrari a legge, ordine pubblico o buon costume.

Il consenso potrà dirsi validamente prestato e pienamente efficace solo in quanto conforme agli specifici limiti individuati nella prima parte della disposizione o, in mancanza, dei criteri residuali sanciti nella seconda parte.

Sono invece da ritenersi disponibili i diritti patrimoniali, salvo i casi in cui sia il legislatore stesso a qualificarli come indisponibili, come nel caso delle prestazioni alimentari.

In relazione ai limiti soggettivi alla prestazione del consenso scriminante si discute circa l'applicabilità o meno delle norme civilistiche sull'incapacità.

Una minoritaria impostazione sostiene il necessario impiego delle disposizioni in tema di capacità d'agire, in quanto, in mancanza delle stesse, il soggetto è per definizione incapace di disporre dei suoi diritti.

La tesi prevalente ritiene, al contrario, che il giudice penale debba operare una valutazione che esuli dalle norme civilistiche sul tema e consista nell'accertamento della prestazione di un consenso che sia effettivamente libero ed informato nel caso concreto, essendo all'uopo sufficiente la capacità naturale.

Ciò troverebbe conferma in quelle disposizioni penalistiche poste a tutela di beni di significativa rilevanza, in cui la minore età non impedisce di assegnare valore al consenso espresso, impedendo l'integrazione del delitto. È il caso delitto di atti sessuali con minorenni ex articolo 609-*quater* c.p., che esclude la punibilità dell'agente se il minore ha compiuto i quattordici anni ed è consenziente o anche solo i tredici anni quando la differenza di età con l'autore del fatto non superi i quattro anni.

Al pari dell'età dell'avente diritto, non assumerà rilevanza neppure lo status di interdizione, inabilitazione o sottoposizione ad amministrazione di sostegno, quando l'infermità non sia tale da incidere sui requisiti del consenso di cui si è detto.

In ordine alla prestazione del consenso, dunque, considerando la sua incisione su diritti strettamente personali, si ritiene più idoneo un concorso della volontà dell'incapace con le determinazioni del rappresentante, piuttosto che la sostituzione della prima con la seconda, in un'ottica di valorizzazione al contempo della sua libertà e delle sue residue capacità.

Tali approdi interpretativi sono stati recepiti dal legislatore nella legge n. 219 del 2017, in tema di responsabilità medica, con particolare riferimento al consenso informato del paziente, che pur non operando in funzione scriminante come il consenso dell'avente diritto ex articolo 50 c.p., ne costituisce paradigma.

Tale legge, in particolare, all'articolo 1 sancisce i principi generali regolatori della materia, individuati negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, nonché negli artt. 1, 2 e 3 Cedu, esplicitando pertanto la sua funzione di riconoscimento e tutela di diritti inviolabili dell'uomo quali quello alla vita, alla salute, all'autodeterminazione e alla dignità della persona. Il comma 1 si chiude con l'esplicita enunciazione del generale principio sancito dall'articolo 32 della Carta fondamentale, a mente del quale nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito senza il consenso libero e informato della persona interessata, salvo nei casi espressamente previsti dalla legge.

Gli altri commi della disposizione sanciscono l'obbligo per il sanitario di fornire un'informativa completa, aggiornata e comprensibile al paziente, cui possa conseguire un consenso al trattamento sanitario

libero, pieno ed attuale; si prescrive che lo stesso debba essere documentato in forma scritta o mediante videoregistrazioni o, per le persone con disabilità, mediante dispositivi che gli consentono di comunicare. Nelle stesse forme potrà peraltro revocarsi il consenso prestato e ciò anche quando la revoca implichi l'interruzione di un trattamento sanitario: il medico dovrà rispettare la volontà del paziente di rifiutare o rinunciare al trattamento sanitario, dovendosi in tali casi escludere ogni sua responsabilità civile o penale.

Al comma 7 è previsto peraltro che in ipotesi di emergenza e urgenza il medico e l'equipe sanitaria devono assicurare le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove, si badi, le sue condizioni cliniche e circostanze del caso concreto consentano di recepirlo.

Proprio tale inciso è strettamente ricollegato agli articoli 3 e 4 della medesima legge, i quali coniugano il consenso informato del paziente con il suo attuale o futuro stato di incapacità legale, giungendo a soluzioni congruenti con quelle descritte nell'ambito della scriminante ex articolo 50 c.p.

L'articolo 3, invero, afferma in linea generale il diritto del minore di età ovvero dell'incapace alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di autodeterminazione: egli deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messo nelle condizioni di esprimere la sua volontà.

Il comma 2 della disposizione, con particolare riferimento al minore, statuisce che il consenso informato al trattamento sanitario da eseguire nei suoi riguardi è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore, tenendo in debita considerazione la volontà espressa dall'infra-diciottenne in considerazione della sua età e del suo grado di maturità, sempre perseguendo la tutela della salute psicofisica e della vita dello stesso, nel pieno rispetto della sua dignità.

Va da sé, dunque, che il consenso informato sarà espresso dai genitori o tutori quando il minore si trovi nei suoi primi anni di vita, in cui le capacità di discernimento e di valutazione non sono ancora pienamente sviluppate; acquisirà un rilievo sempre maggiore la sua volontà, sino a divenire imprescindibile, al raggiungimento dell'età adolescenziale in cui, la sua maturità dovrebbe essere tale da non potersi ammettere una decisione totalmente eterodeterminata.

Per quanto riguarda invece il consenso informato del soggetto interdetto, esso è espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile, avendo sempre come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità. Ai sensi degli artt. 414 e ss. c.c., il maggiore d'età o il minore emancipato possono essere interdetti qualora versino in uno stato di abituale infermità di mente che li renda incapaci di provvedere ai propri interessi, e ciò sia necessario per assicurare la loro adeguata protezione. La conseguenza giuridica del provvedimento di interdizione è, pertanto, da un lato la perdita della capacità di agire, salvo che per gli atti strettamente quotidiani e per specifici atti di ordinaria amministrazione eventualmente individuati dal giudice; dall'altro la nomina di un tutore cui sarà attribuito un potere-dovere di cura della persona e di gestione dei suoi interessi patrimoniali, attraverso il compimento di atti giuridici in suo nome e per suo conto.

Orbene, anche se il dettato normativo non statuisce espressamente la partecipazione dell'interdetto nella determinazione terapeutica in base e in proporzione alle facoltà cognitive dello stesso, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata del testo normativo ai sensi dell'articolo 2 cost., è da ritenersi che anche per tale ipotesi di incapacità sia necessario distinguere il caso del soggetto parzialmente incapace che, pur interdetto, sia comunque provvisto di una ridotta capacità decisionale e di discernimento, dall'opposto caso in cui l'interdetto sia totalmente privo di tali capacità e quindi sostanzialmente incapace di intendere e di volere.

Nel primo caso il soggetto va senz'altro coinvolto nel processo decisionale, non potendosi ammettere una piena sostituzione della sua volontà con quella del tutore; nel secondo caso invece, appare giustificato riconoscere alla volontà del legale rappresentante una funzione più incisiva, in funzione suppletiva del potere decisionale del paziente, stante l'assenza di facoltà di deliberazione di scelte consapevoli.

Quanto all'inabilitato il legislatore ha stabilito che il consenso informato vada da egli direttamente espresso. Tale scelta si spiega con la considerazione per cui il provvedimento di inabilitazione non priva il soggetto della sua capacità di agire, ma ne comporta solo una riduzione: il destinatario di tale dichiarazione, se per un verso necessiterà

dell'assistenza di un curatore giudizialmente nominato per gli atti di straordinaria amministrazione, potrà, per altro verso, compiere autonomamente tutti gli atti di ordinaria amministrazione, nonché atti di straordinaria amministrazione specificamente indicati dal giudice.

Alla luce di ciò si ritiene che l'inabilitato, salvo che non sia incapace di intendere e di volere, sia titolare di un pieno potere di autodeterminazione terapeutica, potendo esprimere autonomamente il consenso o il dissenso alle cure, non risultando in alcun modo giustificabile la compressione di un diritto fondamentale in assenza di specifiche esigenze di protezione.

Ancora diverso è il caso dell'amministrazione di sostegno di cui beneficiano soggetti che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trovano nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi. Tale istituto rappresenta una forma di tutela ampia, modulabile e personalizzata che si riflette sul provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno che sarà particolarmente elastico: il giudice tutelare potrà invero stabilire quali atti il beneficiario non può compiere da solo, quali richiedono la rappresentanza necessaria dell'amministratore, quali richiedono la sua semplice assistenza e quali, infine, sono può compiere da solo.

Sulla base di queste premesse è agevole comprendere in che modo la legge sul consenso informato disciplini la situazione dell'amministrazione di sostegno: l'ampiezza dell'autonomia decisionale del paziente sottoposto a tale misura dipende infatti dalle statuizioni contenute nella sentenza che l'ha disposta, per cui, se all'amministratore di sostegno è stato attribuito dal giudice un potere di assistenza necessaria con specifico riferimento all'ambito sanitario, allora il consenso o il dissenso alle cure deve essere espresso anche dall'amministratore; se ad esso è stato attribuito un vero e proprio potere di rappresentanza esclusiva nell'ambito sanitario suddetto, allora le scelte terapeutiche sono determinate dal solo amministratore in qualità di rappresentante legale, sempre tenendo in considerazione la volontà del malato in base al suo grado di capacità di intendere e di volere.

Il dettato normativo va completato con una pronuncia della Corte costituzionale, che ha interpretato le disposizioni in esame affermando che il consenso o dissenso alle cure del beneficiario è espresso dal

solo amministratore di sostegno solo nel caso in cui ad esso sia stato attribuito dal giudice tutelare un potere di rappresentanza esclusiva in tal senso. Sarà all'uopo necessario che la sentenza che ha disposto l'amministrazione abbia specificamente incluso negli atti che richiedono la rappresentanza esclusiva dell'amministratore l'atto di determinazione delle scelte terapeutiche del beneficiario, non essendo sufficiente per l'esercizio di tale potere la semplice attribuzione di una rappresentanza esclusiva nel generico ambito sanitario. Nel caso in cui all'amministratore di sostegno non venga attribuito alcun potere tra quelli sopra descritti la deliberazione in ordine ai trattamenti sanitari è rimessa esclusivamente alla volontà del paziente.

Sempre in tema di consenso informato la legge n. 219 del 2017 attribuisce agli articoli 4 e 5 la possibilità per ogni soggetto maggiorenne e capace di intendere di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo esser stata debitamente informata, di esprimere le c.d. DAT (determinazioni anticipate di trattamento), consistenti nell'espressione delle proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché di consenso o il rifiuto in relazione ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari.

Il legislatore prescrive requisiti di forma per le stesse, quali la redazione per atto pubblico o scrittura privata autenticata o per scrittura privata consegnata personalmente all'ufficiale di stato civile del Comune di residenza; queste possono altresì essere oggetto di videoregistrazione o di strumenti di che consentano alle persone con disabilità di comunicare. È inoltre previsto che la revoca, modifica o rinnovo delle stesse vada di regola effettuato con le medesime forme, derogabili tuttavia nei casi di emergenza e urgenza mediante dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata dal medico in presenza di due testimoni.

Nondimeno nell'ambito delle DAT può individuarsi una persona di fiducia con il compito di fare le veci e rappresentare il paziente nelle relazioni con i medici o le strutture sanitarie, purché maggiorenne e capace; tale nomina è pur sempre revocabile nelle medesime modalità.

In mancanza di indicazione della persona di fiducia, ovvero di altra causa che gli impedisca di svolgere tale funzione, le dichiarazioni del disponente rimangono valide e in caso di necessità potrà essere nominato un amministratore di sostegno da parte del giudice tutelare.

Le DAT devono essere rispettate dal medico in forza del disposto dell'articolo 1 comma 6, ma lo stesso può discostarsene in tutto o in parte, in accordo con il fiduciario, quando ritenute palesemente incongrue ovvero non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente o nel caso in cui sopravvengano terapie nuove rispetto all'atto di sottoscrizione capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita.

In aggiunta, l'articolo 5 della normativa in esame consente al paziente, affetto da una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, di pianificare assieme al medico le terapie cui sottoporsi nel caso in cui lo stesso venga a trovarsi nel futuro nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità. La condivisa finalità della disciplina così descritta con quella delle DAT emerge plasticamente ed è peraltro confermata dal comma 5, che rimanda proprio all'4 per gli aspetti da esso non disciplinati.

Così delineato il quadro generale emerge una prima criticità nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata, ovvero l'amministratore di sostegno, o il rappresentante legale della persona minore in assenza di DAT o, quando presenti, il fiduciario in esse nominato, rifiutino le cure proposte mentre il medico le ritenga appropriate e necessarie. L'articolo 3 a riguardo attribuisce la decisione al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata, di parenti entro il quarto grado, degli affini fino al secondo, dal tutore o amministratore o dagli altri soggetti individuati dalla stessa.

Deve rilevarsi, infine, che la legge sul consenso informato nulla dice circa l'incapace naturale, ovvero il caso in cui un soggetto che, pur non essendo incapace legale, si trovi per qualsiasi causa in stato di incapacità di intendere e di volere all'atto della scelta terapeutica. Si tratta di situazioni molto frequenti, considerando che gli operatori sanitari spesso si trovano innanzi a pazienti che versano in stati di incoscienza o che soffrono gravi infermità mentali, senza però che siano stati sottoposti alle misure di protezione previste dal Codice civile.

In questi casi, per vero, manca una figura di rappresentante legale giuridicamente titolato a determinare o contribuire a determinare la volontà terapeutica dell'incapace;

né in questo senso si ritiene possano supplire soggetti terzi, seppur vicini al paziente quali familiari, la parte dell'unione civile, il convivente ovvero persone che risultino di fiducia dell'assistito in quanto, in sé considerati, non detengono alcun potere di rappresentanza giuridica, non potendo, in conseguenza, sostituirlo nell'espressione del consenso ad un trattamento sanitario.

Essi possono tutt'al più svolgere un ruolo di ausilio laddove abbiano la piena conoscenza del vissuto della persona, delle sue aspettative e dei suoi convincimenti, consentendo ai sanitari una attendibile ricostruzione della biografia della persona con particolare riguardo alla volontà o meno di sottoporsi a determinati trattamenti sanitari, ma permangono dubbi circa i possibili profili di illiceità della condotta così tenuta dal medico in assenza del consenso informato proveniente dal titolare del diritto.

Una lettura acritica delle attuali disposizioni normative imporrebbe allora in qualsiasi caso di prevedere una tutela legale per l'incapace naturale prima di porre in essere un intervento diagnostico terapeutico, astenendosi dal farlo sino all'ottenimento della stessa, nella prospettiva del consenso a quest'ultimo.

Guardando tuttavia la questione da un punto di vista pratico e concreto, gli scenari ipotizzabili sono almeno tre: l'incapace naturale si trovi in una situazione di emergenza non differibile; l'urgenza sia differibile nel breve; la situazione clinica sia differibile a medio o lungo termine.

Nella prima ipotesi non vi sarebbero problemi di sorta, considerando che il sanitario si trova ad agire una di quelle ipotesi di emergenza e urgenza riconducibili al comma 7 dell'articolo 1 della legge n. 219 del 2017, ai sensi del quale, come detto, la volontà del paziente è vincolante nella misura in cui le condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirlo. L'attività del sanitario, peraltro, sarebbe scriminata dallo stato di necessità ex articolo 54 c.p., che legittima il suo intervento anche in assenza di consenso, per la «necessità di salvare altri da un pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile».

Nell'ipotesi opposta in cui la situazione sia differibile nel medio o lungo termine, ben potrà operarsi il ricorso a quella rappresentanza legale che l'ordinamento considera necessaria per una formale legittimazione del trattamento sanitario.

Permane il dubbio nel caso in cui l'incapace naturale debba essere sottoposto ad un trattamento sanitario con quel carattere d'urgenza differibile nel breve che, da un lato non concretizza uno scenario che a posteriori permetta di invocare lo stato di necessità e, dall'altro, non consenta di attendere, con ragionevole sicurezza per l'assistito, l'espletamento dell'iter per la rappresentanza legale.

In detta situazione ed in assenza di DAT, elemento primario diverrebbe la conoscenza delle eventuali volontà di trattamento espresse dal paziente a familiari, parte dell'unione civile, al convivente o ad una persona che risulti di fiducia dello stesso, annotando le relative dichiarazioni all'interno della cartella clinica.

Esperito tale accertamento le possibilità che residuano sono due.

Nella prima risulta plasticamente il mancato dissenso ai trattamenti sanitari in parola e, pertanto, nell'esclusivo interesse del paziente, il sanitario dovrà procedere con le cure ritenute adeguate e opportune, quantomeno al fine di stabilizzarlo.

Al contrario, nel caso di dichiarazioni contrastanti provenienti dalle persone di riferimento nella ricostruzione della volontà del paziente riguardo ai trattamenti sanitari, il ricorso all'Autorità giudiziaria sarà obbligatorio per consentire la sostituzione dell'incapace con il rappresentante legale, il quale esprimerà o meno il consenso al trattamento.

IL CARCERE E IL DIRITTO ALLA SESSUALITÀ

CARLOTTA TOSCHI

I. Il contesto legislativo

Trentuno Stati appartenenti al Consiglio d'Europa su quarantasette riconoscono il diritto alla sessualità delle persone sottoposte a detenzione.

In Italia, nonostante il dibattito normativo non si sia mai sopito a riguardo e forti siano le spinte che provengono dalla popolazione detenuta e non, la regolamentazione sul punto versa in una drammatica situazione di stallo, oramai da decenni.

Il diritto alla sessualità è un diritto umano: tutti gli individui hanno il diritto di vivere la propria sessualità in modo appagante, libero da coercizioni, da discriminazione e da violenza. Il diritto sessuale è strettamente legato alla salute sessuale.

L'OMS, organizzazione mondiale della sanità, ha stabilito che la salute sessuale può essere raggiunta e mantenuta solo se i diritti sessuali di tutti gli esseri umani vengono rispettati, protetti e garantiti. Tali diritti si basano su principi di natura fondamentale definiti a livello internazionale e, come parte integrante della convenzione ONU, ha carattere vincolante.

La International Planned Parenthood Federation (IPPF), organizzazione non governativa globale con l'obiettivo generale di promuovere la salute sessuale e riproduttiva e sostenere il diritto degli individui a fare le proprie scelte nella pianificazione familiare, ha declinato in 10

articoli i diritti sessuali dell'essere umano che sono: il diritto alla parità, alla partecipazione, alla vita, alla libertà ed alla sicurezza, al rispetto della vita privata, all'autodeterminazione personale, alla libertà di pensiero ed opinione, alla salute, all'educazione ed informazione, di scegliere o meno di costituire una famiglia ed il diritto all'applicazione dei principi di responsabilità e riparazione.

Il vecchio ordinamento del 1930, risalente al periodo fascista, è stato sostituito per il tramite della riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975. Una vera rivoluzione poiché gli istituti di detenzione, dal 1975 in avanti non sono considerati più come un fine bensì il mezzo e lo strumento attraverso cui si accompagna la persona detenuta in un percorso che tende al reinserimento sociale. Il tutto andando a restituire un rispetto e una dignità all'essere umano detenuto, assente fino ad allora.

Il testo di legge include in sé il diritto alla sessualità ed all'affettività. Due norme in particolare prevedono che (art. 15) «il trattamento del condannato e dell'internato sia svolto agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia» e (art. 28) che «particolare cura sia dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire la relazione dei detenuti e degli internati con le loro famiglie». Pur tenendo fermi questi pilastri e, pertanto, dando atto della facoltà per il detenuto di mantenere il rapporto affettivo e di coltivarlo tramite gli strumenti che l'ordinamento prevede (quali i colloqui, permessi premio o le telefonate) sussistono delle stringenti limitazioni che subordinano queste facoltà a determinati requisiti.

Uno per tutti, si segnala l'art. 18 c. 3 o.p. che dispone che «i colloqui si svolgano in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia». Per quanto riguarda, invece, i permessi premio, introdotti nel 1986 dalla Legge Gozzini, si rileva che non possono essere richiesti da tutti i detenuti, restando esclusi tutti coloro che sono in attesa di giudizio, i detenuti definitivi in regime di 4-*bis* ed i detenuti in regime di 41-*bis*.

Le limitazioni previste dall'ordinamento si inseriscono nell'alveo di quelle ragioni di sicurezza che inducono ad un controllo più preminente, andando a disciplinare ogni momento, anche quello più intimo o privato, delle persone sottoposte a detenzione.

2. Corte costituzionale, sentenza 19 dicembre 2012, n. 301

Di apprezzabile nota, seppur risalente al 2012, è la sentenza della Corte Costituzionale del 19 dicembre 2012, n. 301. La nota sentenza trae origine da ricorso presentato da un detenuto, nel 2012, avanti il Tribunale di Sorveglianza di Firenze.

Il tribunale remittente ha sollevato questione di legittimità costituzionale in merito all'art. 18 dell'ordinamento penitenziario in riferimento agli artt. 2, 27 e 32 della Costituzione secondo i quali, nel rispetto del principio di rieducazione del reo, «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», ma non solo: lo stato italiano ritiene la risocializzazione e la tutela della salute «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività».

Il Magistrato di Sorveglianza di ha sollevato la questione di legittimità, nei termini sopra indicati, ritenendo la violazione, da parte della disposizione censurata, degli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 27, 29, 31 e 32 della Costituzione.

Secondo il rimettente, il diritto del detenuto ad avere rapporti e con il coniuge e con il convivente *more uxorio* si colloca all'interno del più ampio diritto all'affettività e, per l'effetto, sarebbe ricompreso tra i diritti inviolabili dell'uomo: diritti che, sebbene limitati, per effetto della condizione di restrizione di libertà personale, non possono essere soppressi. Il Tribunale remittente, a sostegno dell'ordinanza, menziona alcune raccomandazioni del Consiglio d'Europa⁽¹⁾.

Il Tribunale fiorentino osservava che ogni preclusione poste all'esercizio del diritto alla sessualità sarebbero in contrasto con il principio di uguaglianza ed ostacolano il pieno sviluppo della persona del detenuto. Per l'effetto, si andrebbe a concretizzare *un trattamento contrario al senso di umanità*, che potrebbe creare *vulnus* alla funzione rieducativa della pena poiché l'astinenza sessuale, incidendo sulle fondamentali funzioni del corpo umano, potrebbe ingenerare movente per pratiche degradanti financo innaturali quali l'omosessualità, ricercata o addirittura imposta.

(1) Ex multis la Raccomandazione n. 1340 del 1997 dell'Assemblea generale sugli effetti sociali e familiari della detenzione, la Raccomandazione R (2006) 2 del Comitato dei Ministri, sulle regole penitenziarie europee, la Raccomandazione del Parlamento europeo n. 2003/2188 (INI) marzo 2004, sui diritti dei detenuti nell'Unione europea.

Il divieto sottoposto al vaglio della censura andrebbe anche a contrastare con l'art. 29 della Carta costituzionale in riferimento al fenomeno dei cosiddetti matrimoni bianchi inframurari e, ancora, impedirebbe ogni forma di maternità. Ma non solo: apparrebbe sussistere contrasto, altresì, col diritto alla salute del detenuto, per via del fatto che l'astinenza sessuale potrebbe implicare sviluppo anormale della propria sessualità «con nocive ricadute stressanti sia di ordine fisico che psicologico» e potrebbe condurre verso una «intensificazione dei rapporti a rischio e la contestuale riduzione delle difese sul piano della salute».

Il rimedio al modello criticato che secondo il giudice a quo varrebbe ad assicurare compatibilità della disciplina costituzionale, sarebbe quello della totale rimozione dell'obbligo di controllo a vista.

La Corte, come innanzi chiarito, ha dichiarato inammissibile la questione rappresentando in ogni caso che, permettere a coloro che sono privi di libertà personale di intrattenere rapporti intimi e relazioni affettive è da considerarsi «una esigenza reale e fortemente avvertita» ma che tuttavia l'ordinamento concede una «risposta solo parziale nel già ricordato istituto dei permessi premio».

Il giudice *a quo*, tuttavia, secondo la Corte, non avrebbe specificato il contenuto del reclamo, né indicando se il reclamante fosse o meno nelle condizioni di poter beneficiare dei permessi premio, di cui all'art. 30-ter della legge n. 354 del 1975 — istituto che, ad avviso del rimettente rappresentava la soluzione al problema chiamato in giudizio ed avrebbe omesso di indicare la ragione per la quale egli avrebbe dovuto applicare, per la soluzione del caso concreto, la norma censurata. È pacifico, per consolidato orientamento, che tali lacune nell'ordinanza di remissione determinino inammissibilità della questione di legittimità.

La Corte, per l'effetto, non ha potuto che dichiarare inammissibilità: il rimettente aveva omesso di descrivere la fattispecie concreta e, per l'effetto, di motivare la rilevanza della questione.

La Corte, ciò nonostante, ha apprezzato la delicatezza del tema introdotto, non si è limitata a dichiarare l'inammissibilità per il motivo indicato, e ne ha individuato un ulteriore rispetto a quello evidenziato.

È proprio questo profilo di inammissibilità che connota di senso morale e civico, oltre che giuridico, la sentenza in esame: la corte,

infatti, pur non potendo spingersi oltre⁽²⁾ non ha mancato di sottolineare che il tema proposto dal l'ordinanza di rimessione richiama «una esigenza reale e fortemente avvertita» e «che merita ogni attenzione da parte del legislatore»: già nel 2012 era urgente un intervento affinché venisse garantito diritto al detenuto od internato di continuare a mantenere i rapporti affettivi, anche con esclusivo carattere sessuale, e che tale garanzia trovasse riconoscimento nell'ordinamento nazionale con una risposta completa e che, allo stato, è solamente rappresentata dai menzionati permessi premio⁽³⁾.

In ogni caso, analizzando la sentenza, la Consulta si è soffermata sulla portata dell'art. 18 della legge n. 354 del 1954, evidenziando che il controllo a vista del personale di custodia non ha come scopo quello di ostacolare i rapporti affettivi intimi, ma persegue finalità generali di tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno del penitenziario e di prevenzione dei reati. Per l'effetto, l'ostacolo all'esercizio del diritto apparirebbe solamente una conseguenza indiretta della norma, stante la naturale necessità di intimità, collegata a questo tipo di rapporti.

In ogni caso, prosegue la Corte, l'eliminazione del controllo visivo non sembrerebbe essere sufficiente a realizzare l'obiettivo «dovendo necessariamente accedere ad una disciplina che stabilisca termini e modalità di esplicazione del *diritto*». L'obiettivo sarebbe realizzato solo là dove fossero individuati i destinatari della disciplina, i presupposti comportamentali per la concessione delle “*visite intime*”, il numero, la frequenza, la loro durata e le modalità di organizzazione. Tali presupposti debbono essere riservati alle scelte discrezionali del legislatore anche nell'ottica di bilanciamento tra le esigenze evocate ed eventuali diritti contrapposti, quali l'ordine e la sicurezza nelle carceri.

D'altronde appare ovvio il motivo per cui si propende per il negazionismo: sarebbe agevolato l'ingresso di oggetti illeciti, droghe, farmaci, telefoni cellulari, lame, e via dicendo. Non è facile, ad avviso di chi scrive, comunque, comprendere come si possa differenziare tra chi entra in carcere per un ordinario colloquio e chi entra in carcere per

(2) così come espressamente previsto dall'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale).

(3) *La fruizione dell'istituto dei permessi premi* è, però, preclusa a parte dei detenuti in considerazione dei presupposti oggettivi e soggettivi richiesti dall'art. 30-ter della legge n. 354 del 1954.

incontri intimi. Non ci sarebbero ragioni per cui i controlli dovrebbero distinguersi⁽⁴⁾.

3. La situazione extra Italia e uno sguardo alle proposte in Italia

Per quanto riguarda la situazione all'estero, seppur brevemente, è opportuno sottolineare che un numero sempre più crescenti di Stati ha riconosciuto, seppur con certi limiti, modi e forme, il diritto dei reclusi ad una piena realizzazione della sessualità, da intendersi sia come vita affettiva che vita sessuale vera e propria.

Sul punto, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha pronunciato giudizio di apprezzamento nei confronti del movimento di riforma in atto, pur escludendo che, sulla base degli articoli 8 par. 1 e 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali prescrivano agli Stati membri, in maniera inderogabile, di permettere i rapporti sessuali all'interno delle strutture penitenziarie⁽⁵⁾. Il riconoscimento di un vero e proprio diritto soggettivo all'affettività inframuraria è l'approdo raccomandato da atti del Consiglio d'Europa, del Parlamento europeo e dalla Corte di Strasburgo.

Altrove, fuori UE, il problema non è stato ignorato.

Ad esempio, in India, Messico, Israele, Canada è garantita l'opportunità di fruire, in carcere, di spazi in cui trattenersi con persone, al riparo dal controllo visivo.

Riprova dell'assoluta esigenza di un intervento del legislatore è, pertanto, la varietà delle soluzioni prospettabili, già contenute nei molteplici progetti di legge, formulati al riguardo.

Sin a partire dalla fine degli anni '90, era stato evocato un intervento di fronte alla proposta di legge che evocava l'opportunità di dedicare delle unità abitative appositamente destinate, all'interno del carcere, all'interno delle quali, il detenuto avrebbe potuto trascorrere fino a ventiquattro ore, insieme al proprio congiunto. Già a partire dal 1929, in Messico, per esempio, è statuito che almeno cento detenuti a settimana

(4) S. LIBIANCHI, *Argomenti di prevenzione ed igiene pubblica in carcere: la questione della sessualità e delle c.d. "love rooms"*, in «Giurisprudenza Penale», 2019, f. 2-bis, p. 307.

(5) Nelle sentenze 4 dicembre 2007, Dickson contro Regno Unito e 29 luglio 2003, Aliev contro Ucraina.

possano usufruire degli incontri riservati con il partner, addirittura a prescindere dalla sussistenza di un legame di coniugio, risultante agli atti dello Stato Civile. L'ammissione era concessa tuttavia solo a condannati con pena da scontare non inferiore ai due mesi e che il detenuto avesse mantenuto buona condotta⁽⁶⁾.

Il dibattito non si è mai sopito completamente, tornando a far sentire forte la sua voce, nel 2015, con gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, quando i membri della commissione avevano individuato una possibile soluzione nello strumento della "visita" al posto del "colloquio"; tuttavia, la riforma penitenziaria del 2018 non ha dato attuazione ai propositi espressi.

Nell'alveo della cornice sovranazionale si deve ricordare, infine, che lo spazio per le visite coniugali ed intime è particolarmente favorito⁽⁷⁾ e sono tanti gli Stati esteri in cui il colloquio coniugale è addirittura parte naturale della quotidianità del detenuto e dell'amministrazione penitenziaria. Sotto un profilo puramente convenzionale, viene in rilievo l'art. 8 CEDU, in rapporto all'art. 117 comma 1 Cost, per quanto riguarda la sussistenza di un contrasto del disposto ostativo previsto dalla legge penitenziaria italiana, con il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare. La Corte europea ha in più occasioni, ha manifestato apprezzamento per tutti quegli Stati membri che vadano ad adottare normative che consentano l'esercizio della affettività e della sessualità del detenuto, pur riconoscendo spazio di (ampia) discrezionalità ai singoli Stati. Tuttavia, appare che l'orientamento della Corte sia quello

(6) Esperienze equiparabili sono condotte anche in altri Stati come Messico, Brasile, Perù e San Salvador, per citarne alcuni. G. A. BELLONI, *L'Eros incatenato: studio sul problema sessuale penitenziario*, Fratelli Bocca, Milano, 1939, pp. 79-83. Infine, in Austria si concedono incontri riservati di almeno quattordici ore (S. LIBIANCHI, *Argomenti di prevenzione ed igiene pubblica in carcere: la questione della sessualità e delle c.d. "love rooms"*, in «Giurisprudenza Penale», 2019, f. 2-bis, pp. 316-317) Ancora, negli stati orientali e medio orientali, nonché nel continente africano, si rappresenta che dal 2018, in Kuwait (come in Pakistan) è concessa la facoltà ai detenuti sposati di fruire di visite coniugali ogni tre mesi. Anche Uganda e Zimbabwe stanno valutando la di introdurre l'istituto. S. LIBIANCHI, *Argomenti di prevenzione ed igiene pubblica in carcere: la questione della sessualità e delle c.d. "love rooms"*, in «Giurisprudenza Penale», 2019, f. 2-bis, pp. 315-316).

(7) Ex multiis, Raccomandazione (1997) 1340 Assemblea generale del Consiglio d'Europa, l'art. 24 Raccomandazione REC (2006) 2 del Comitato dei Ministri agli stati membri sulle regole penitenziarie europee, la Raccomandazione del Parlamento europeo n. 2003/2188 del 2004.

della valorizzazione dell'esercizio di tal diritto, quale elemento essenziale della propria vita familiare⁽⁸⁾, pur ribadendo altre volte che il rigetto da parte delle competenti autorità di consentire al ricorrente di svolgere colloqui intimi non era incompatibile con la Convenzione, poiché giustificata da ragione di prevenzione del crimine⁽⁹⁾.

Vari disegni di legge sono stati proposti sul punto come è il caso della legge delega 103/17 che chiedeva che venisse elaborata una disciplina normativa che comportasse «il riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute ed internate e la disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio» nonché la Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario che aveva redatto articolata proposta di esercizio di quella delega⁽¹⁰⁾ ma la stessa non venne poi introdotta nel testo dei decreti legislativi di esercizio della delega⁽¹¹⁾.

In questo senso, da più voci proviene la richiesta che venga operato uno scrutinio volto alla ricerca dei punti di riferimento già inseriti nel nostro sistema legislativo affinché il Giudice delle leggi possa intervenire per eliminare il vulnus riscontrato.

4. Lo stato attuale del dibattito in Italia

L'Università di Cassino e del Lazio Meridionale, nel 2021, grazie al finanziamento della Presidenza del Consiglio Regionale del Lazio, ha condotto un lavoro di ricerca, all'interno di quattro istituti penitenziari, con l'obiettivo di approfondire il tema. Come è stato reso noto dal Consigliere regionale Bonafoni, la ricerca ha dato il via all'approvazione di una mozione relativa alla "*Tutela delle relazioni affettive e della genitorialità delle persone ristrette*", con la speranza di poter «allineare l'Italia ai Paesi europei in cui già esistono modalità più ampie di contatto delle persone detenute con i propri familiari e una maggiore tutela del loro diritto all'affettività e alla sessualità, andando così finalmente a colmare questo ritardo che grava sulle spalle della popolazione ristretta nelle carceri italiane».

(8) Ex Multiis Leaslaw Wokcik v. Polonia, 2021.

(9) Ex Multiis Aliev v. Ukraine, 2003.

(10) Art. 18 Progetto di riforma penitenziaria con rubrica modificata in "colloqui, incontri intimi, corrispondenza e informazione".

(11) D.lgs. n. 123 e 124 del 2018.

Discutere di carcere e diritto alla sessualità vuol dire, prima di ogni cosa, interrogarsi sulla propria idea di umano.

Ad avviso di chi scrive l'ordinamento penitenziario si deve occupare di individuare tutti quegli istituti e strumenti che sono volti a facilitare il reinserimento nel mondo esterno nonché facilitare il mantenimento dei rapporti dentro e fuori le mura. In questo panorama, purtroppo si inseriscono molteplici fattori che, di fatto, impediscono tutte quelle previsioni che sono dedicate al rapporto tra il detenuto e la propria famiglia: per esempio, chi scrive fa riferimento alla circostanza che i detenuti, ai sensi dell'art. 42 comma 1 o.p. possano anche essere trasferiti, tra l'altro, per motivi familiari.

O, ancora, il successivo comma 2, prescrive che, in caso di trasferimento, il ristretto possa essere destinato ad altri istituti penitenziari di prossimità alla residenza della propria famiglia. Da ultimo, ma non per importanza, l'art. 14-*quater* comma 5, che si rivolge in particolare ai detenuti sottoposti a regime di sorveglianza particolare, prescrive che i trasferimenti devono determinare il minor pregiudizio possibile per i rapporti familiari⁽¹²⁾.

Ancora, si può menzionare il diritto di informazione che prevede il diritto del detenuto ed internato di informare immediatamente i familiari dell'ingresso in istituto o del trasferimento (art. 29) o ancora il diritto dei familiari ad essere avvertiti nell'immediatezza del decesso o altra grave infermità del familiare detenuto nonché, vice versa, lo stesso diritto è prescritto a favore del detenuto che dovrà essere informato della grave infermità o decesso di un membro della propria famiglia⁽¹³⁾.

Ma sul vero e proprio diritto alla sessualità del detenuto è necessario un intervento specifico da parte del legislatore. Nel sistema minorile, come verrà accennato in proseguo, è stata introdotta specifica disciplina nell'art. 20 comma 3 ss. d.lgs. 121/2018 con conseguenze apprezzabili, nonostante una irragionevole disparità di trattamento rispetto ai detenuti maggiorenni, ai sensi dell'art. 3 Cost.

(12) S. CARRACOI, "Contenuti del regime di sorveglianza particolare", in *Codice penitenziario commentato*, a cura di S. Consolo, Laurus Robuffo, Roma, 2019, p. 117

(13) S. PIERMATTEI, "Comunicazioni dello stato di detenzione, dei trasferimenti, delle malattie e dei decessi", in *Codice penitenziario commentato*, a cura di S. Consolo, Laurus Robuffo, Roma, 2019, p. 203.

Per quanto riguarda le scelte dell'amministrazione penitenziaria sul tema, viene in rilievo, ex multiis, più recente la circolare DAP 3696/6146 del 26 settembre 2022⁽¹⁴⁾ che affronta l'argomento: è chiaro che il numero e la qualità dei contatti dei reclusi con l'esterno e soprattutto con i propri affetti più cari incide in termini favorevoli contribuendo al benessere psico-fisico dell'essere umano. Senza dimenticare la possibilità di riduzione del rischio suicidario. È purtroppo necessario, per chi scrive, ricordare ancora una volta che oltre 80 detenuti, nell'anno 2022, si sono tolti la vita all'interno del carcere⁽¹⁵⁾.

6. Ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Spoleto

Con ordinanza n. 23/2023, N. SIUS 2022/4924, Il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto ha sollevato questione di costituzionalità dell'art. 18 o.p. nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che sia previsto il controllo da parte del personale di custodia, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 comma 1 e 4, 27 comma 3, 29, 30, 31, 32, 117 comma 1 Cost, quest'ultimo in riferimento agli artt. 3-8 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo.

Sulla base di un reclamo presentato da un detenuto presso la Casa circondariale di Terni, in esecuzione pena di cui a provvedimento di cumulo emesso dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Frosinone in data 14 settembre 2021. Come affermato in ordinanza, trattasi di reclamo interposto da detenuto in posizione giuridica di definitivo, in relazione ad un cumulo che comprende tra i vari reati, evasione, furto aggravato ed omicidio, con fine pena al 10 aprile 2026. il condannato, meglio chiarendo, è ristretto in regime di "media sicurezza" e non aveva commesso reati che lo descrivano collegato ad organizzazioni criminali organizzate.

(14) Con particolare riferimento Par 4.6.

(15) Da "il Sole 24 ore", 31 dicembre 2022, «Secondo i volontari dell'associazione Antigone, quest'anno i suicidi in carcere in Italia, sono stati 20 volte in più di quanto non avvenga nel mondo libero». «Per trovare un altro dato negativo alto è necessario fare un passo indietro di 13 anni. Il precedente primato negativo era nel 2009, quando in totale furono 72. Ma all'epoca i detenuti presenti erano oltre 61.000, 5.000 in più di oggi».

Il reclamante si doleva del divieto impostogli dall'amministrazione penitenziaria di svolgere colloqui intimi con i propri familiari ed in particolare con la compagna, oltre che con la figlia minorenni di tenerissima età. Il reclamante si duole delle conseguenze negative che l'assenza di intimità con la compagna stanno avendo sul mantenimento del rapporto di coppia che il recluso considera strettamente connesso al proprio futuro reinserimento sociale. Ma non solo: viene specificato che in assenza di permessi premio previsti, il colloquio intimo è l'unico strumento anche per assicurare al reclamante un pieno ruolo genitoriale. L'ordinanza remittente pone in luce il pregiudizio menzionato ripercorrendo le carenze del tessuto della legge penitenziaria⁽¹⁶⁾.

Per la redazione dell'ordinanza, il Magistrato di Sorveglianza aveva chiesto ed acquisito specifica nota da parte della Casa Circondariale di Terni, ove il Tribunale chiedeva di chiarire:

Quali siano le modalità con le quali è consentito al condannato di incontrare i propri familiari, se sia prevista una permanente vigilanza da parte del personale di polizia penitenziaria e su quali basi la stessa sia imposta, volendo poi descrivere i locali in cui i colloqui avvengono, rappresentando se negli stessi sia possibile lo svolgimento del colloquio con caratteristiche di riservatezza o di intimità.⁽¹⁷⁾

La vigilanza è imposta dall'art. 18 comma 2 o.p. (*rectius* comma 3) e lo stesso regolamento di servizio del Corpo di Polizia Penitenziaria descrive le stesse incombenze rimesse al personale in occasione dei colloqui⁽¹⁸⁾.

Il condannato che oggi ci occupa non dispone, a detta del Tribunale remittente, anche all'esito del suo trasferimento a Terni, a marzo 2022,

(16) Ex multiis, art. 15 che individua tra gli elementi essenziali del trattamento l'agevolazione dei rapporti con la famiglia, art. 28 che prescrive che il detenuto curi, mantenga e migliori le relazioni con la famiglia.

(17) La nota redatta dall'istituto penitenziario rilevava che «ovunque i colloqui si svolgano, è prevista vigilanza permanente realizzata mediante sistemi di videosorveglianza o in presenza, tramite l'unità addetta al controllo. Le sale sono predisposte per accogliere più nuclei familiari contemporaneamente e in alcune fasce orarie, o in alcune giornate, vi è una cospicua presenza di persone che, inevitabilmente, incide sulla riservatezza del colloquio».

(18) Il riferimento è all'art. 47 ove prescrive che lo stesso agente debba vigilare affinché il colloquio venga mantenuto in modo corretto tale da non arrecare disturbo e sospendendo il colloquio in caso di comportamento molesto–scorretto riferendo senza indugio al direttore.

di un programma di trattamento in suo favore, non dispone di esperienze penali esterne, che è incorso in sanzioni disciplinari, non ha ottenuto liberazione anticipata e che, alla luce degli elementi relativi al suo comportamento non appaiono accoglibili, seppur ammissibili, eventuali istanze premio, in assenza di programma di trattamento che le preveda espressamente ma anche a fronte delle condotte tenute dall'istante che non sono idonee ad integrare il requisito della buona condotta previsto dall'art. 30-ter o.p. In ogni caso, l'istante si duole del fatto che gli è preclusa la facoltà di possibilità di colloquio intimo con il partner, anche finalizzato all'atto sessuale. Dal quadro normativo attuale, si ribadisce in ordinanza, si evince un vero divieto di esercitare l'affettività in dimensione riservata in contesto penitenziario, essendo prevista appunto la sola modalità del colloquio visivo coi familiari che impone il controllo a vista.

Ha ritenuto il Magistrato di sorveglianza di sollevare questione di costituzionalità, specificando che non ignora che la medesima questione, invero per diversi tratti simili, venne già portata all'esame della Corte Costituzionale che decise per l'inammissibilità della stessa, con la sentenza n. 301 del 19 dicembre 2012. In tal contesto, il Magistrato di sorveglianza fiorentino aveva sollevato questione in riferimento all'art. 18 comma 2 o.p., rispetto agli artt. 2, 3 comma 1 e 2, 27 comma 3, 29, 31, 32 comma 1 e 2 Cost. Prosegue l'ordinanza di remissione con disamina del precedente rigetto del 2012, specificando che l'odierna ordinanza di remissione trae origine da diverso movente, financo dalla diversa posizione giuridica del detenuto che, attualmente, non può godere di permessi premio perché l'istituto penitenziario non ha elaborato programma di trattamento, nemmeno con previsione di esperienze premiali esterne e poiché la condotta antecedente all'istanza che il detenuto ha serbato è segnata da irregolarità tanto da condurre il Magistrato a non concedere permesso. Il Tribunale remittente ritiene inapplicabile l'istituto del premesso per gravi motivi, previsto dall'art. 30 o.p. che apparirebbe concedibile solamente in relazione a casi stringenti e che non contempla l'esercizio della sessualità⁽¹⁹⁾ e, per l'effetto, l'istante non

(19) Granitica giurisprudenza SC addirittura esclude dal "grave motivo" persino la consumazione del matrimonio celebrato in carcere — Cass. 48165/2008 su precedenti Cass. 1553/1992, 1524/1992, ove si ribadisce che lo strumento di cui all'art. 30 o.p. ha carattere di eccezionalità ed invece il diritto ad avere un rapporto sessuale «per sua natura, non ha carattere

aveva alternative se non formulare le doglianze di cui al reclamo: siccome non appare censurabile l'agire dell'amministrazione penitenziaria e, a fronte della vigente normativa, il reclamo del detenuto appare essere destinato al rigetto, di qui la rilevanza della questione che il Tribunale remittente sottopone al Giudice delle Leggi.

La stessa giurisprudenza della Corte costituzionale ha esplicitato da tempo che l'attività sessuale è «indispensabile completamento e piena manifestazione del diritto all'affettività» e «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana», andando ad inserirsi tra le posizioni soggettive direttamente tutelate in Costituzione e inquadrate tra i diritti inviolabili⁽²⁰⁾. Diritto di cui non si dovrebbe essere privati, diversamente da quanto accade invece a fronte della proibizione normativa oggetto di perplessità costituzionale, in tutti quei casi in cui siano inibiti i rapporti sessuali in libertà. Le ragioni di sicurezza sottese alla scelta normativa, tuttavia, non possono certo interdire una completa inibizione dell'esercizio della sessualità libera e non possono certo condurre alla rinuncia del Legislatore di tentare un bilanciamento tra gli interessi, andando così a compromettere quel minimo di spazio residuo di libertà del detenuto considerato «tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»⁽²¹⁾.

Il tutto va a ricondursi nell'alveo di una astinenza forzata dai rapporti sessuali, derivanti dalla legge, che appare in contrasto anche con l'art. 13 della Costituzione, in riferimento al comma 1, poiché di fatto determina compressione della libertà personale che appare ingiustificata in ogni caso da ragioni di sicurezza, andando solamente a tradursi, di fatto, in una inutile sofferenza aggiuntiva rispetto alla privazione della libertà personale, già inevitabilmente derivata dalla carcerazione.

di eccezionalità». Cass 1553/92 afferma che «il vigente o.p. esclude, per i detenuti la facoltà di rapporti sessuali anche tra persone unite in matrimonio, nel carcere» aggiungendo che tal espressione appare conseguenza diretta della privazione della libertà personale, ma quest'ultima espressione non sembra tener conto di un contesto sovranazionale in cui, diffusamente, la privazione della libertà personale non si associa affatto ad un divieto assoluto di esercitare la sessualità con il / la partner in libertà, in momenti di apposito incontro, né si confronta con l'assenza di una previsione di tal divieto tra le pene, anche accessorie, previste nel codice penale.

(20) Ex multis sent. 561/1087, sent. 161/1985 ove si parla del diritto di realizzare la propria identità sessuale come aspetto e fattore di svolgimento della personalità che i membri della collettività sono tenuti a conoscere.

(21) Ex multis C.Cost. sent. 349/1993, C. Cost. 186/2018.

Ed anche in riferimento all'art. 13 comma 4 Cost, costituendo il represso diritto una amputazione radicale di elemento costitutivo della personalità (quale la dimensione sociale, sessuale ed affettiva) tanto da poter configurare forma di violenza morale e fisica nei confronti del detenuto che, in mancanza di necessità di bilanciamento sotto il profilo della sicurezza, tende a volgere in vessazione, degradante, sia per il recluso che per il convivente. Entrambi privati del diritto alla sessualità e del diritto alla genitorialità⁽²²⁾. In tal senso spiega la sua portata la violazione degli artt. 29, 30, 31 Cost, a tutela della famiglia: risulta distonica la previsione di un divieto generalizzato che rischia di logorare e spezzare i rapporti nei nuclei famigliari.

Vista la situazione giuridica soggettiva del detenuto, come sopra detto, ristretto in regime di “*media sicurezza*” e lontano da reati connessi ad organizzazioni criminali organizzate, il Tribunale remittente ritiene di differenziare dai diversi casi di detenuti sottoposti a regime differenziato di cui all'art. 41-bis o.p. che è misura imposta in ragione dei reati di cui sono considerati responsabili e della pericolosità sociale.

Ma non solo: la normativa impediente l'incontro intimo apparrebbe contrastare anche con l'art. 32 Cost.: l'astinenza forzata dal rapporto sessuale e, più in generale, la lontananza rispetto all'altro e l'impossibilità di vivere in un momento privato la propria relazione, finisce per ricadere sulla salute psichica del detenuto, come ovviamente ricade sulla salute fisica. D'altronde, prosegue il Tribunale di Spoleto, non è prevista nemmeno la privacy per la masturbazione o per il rapporto sessuale tra due persone parimenti reclusi.

In tal senso, si inserisce l'art. 27 comma 3 Cost: si fa riferimento al principio di umanità della pena. La legge attuale, non sempre necessitata da reali ragioni di sicurezza, potrebbe far derivare conseguenze desocializzanti che contribuirebbero a rendere ancor più fragile la restituzione del detenuto in libertà.

È in tal senso che attraverso il richiamo all'art. 117 comma 1 Cost viene in rilievo violazione dell'art. 3 CEDU: la privazione imposta si apprezza qual trattamento inumano e degradante a fronte di una rinuncia, da parte della legge penitenziaria, di valutare la possibilità di

(22) Ragionevole menzionare l'art. 3 CEDU nel momento in cui la imposta privazione della dimensione sessuale potrebbe apprezzarsi come trattamento inumano e degradante.

bilanciamento tra l'esercizio del diritto e le esigenze di sicurezza. Con ciò andando a determinare un contenuto della pena più grave ed afflittivo di quanto necessario rispetto alla condizione già di privazione della libertà personale.

Questi, brevemente, i passaggi ove si evidenzia l'irragionevolezza, rilevante ex art. 3 Cost, del divieto in discussione, senza riferimento a particolari profili di sicurezza da tutelare nel caso d'ispecie, dall'art. 18 o.p. sottolineando, per altro, che per effetto del d.lgs. 123/2018, l'art. 18 c. 3 in esame è stato incrementato sotto il punto di vista dell'opportunità che i locali destinati ai colloqui con la famiglia favoriscano dimensione quantomeno riservata del colloquio. Anche se il dispositivo di lette reca la dicitura "ove possibile", ci si rimette alla buona volontà dell'amministrazione penitenziaria ai fini dell'approntamento di strutture adatte.

Il tribunale remittente si dichiara consapevole delle considerazioni svolte dalla Consulta in occasione della sentenza 301/12 ma evidenzia che la stessa ebbe modo di prendere posizione col seguente monito per il legislatore «Si tratta di un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati», pur ammettendo il Giudice di Spoleto non immediatamente vincolanti ma va tenuto conto che un numero sempre maggiore di Stati riconosce, seppur con limiti e forme differenti, il diritto ad una vita affettiva–sessuale inframuraria.

Dal 2012 sono trascorsi lunghi anni, senza che si sia addivenuti ad una effettiva modifica della norma qui in esame e senza introduzione dei colloqui intimi che, previa una rimodulazione del divieto di colloqui visivi svolti senza controllo a vista, garantiscano privacy agli incontri. In quest'ottica, il riconoscimento del diritto allo svolgimento di colloqui intimi col partner sembra, ad avviso del Tribunale di Spoleto, inserirsi nell'alveo di quelle questioni la cui soluzione appare particolarmente urgente.

Per tali motivi innanzi descritti, ad avviso del Tribunale di Spoleto, deriva la non manifesta fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 o.p. «nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona

convivente non detenuta, senza che sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 comma 1 e 4, 27 comma 3, 29, 30, 31, 32, 117 comma 1 Cost, quest'ultimo in rapporto agli art. 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo», disponendo l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, sospendendo il giudizio in corso sino all'esito del giudizio incidentale.

7. L'ordinanza di Spoleto e la disciplina contenuta in materia di ordinamento penitenziario minorile

Ai sensi del d.lgs. 121/18, l'art. 20 comma 3 ss., statuisce che

Al fine di favorire le relazioni affettive, il detenuto può usufruire ogni mese di quattro visite prolungate della durata non inferiore a quattro ore e non superiore a sei, con una o più delle persone di cui al comma 1 (coniunti e persone con cui sussiste un significativo legame affettivo)

e ancora

Le visite prolungate si svolgono in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti, organizzate per consentire la preparazione e la consumazione dei pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di tipo domestico. Il direttore dell'istituto verifica la sussistenza di eventuali divieti della AG che impediscono contatti con le persone indicate ai commi precedenti. Verifica altresì la sussistenza del legame affettivo, acquisendo le informazioni necessarie tramite l'ufficio del servizio sociale per i minorenni e dei servizi sociosanitari territoriali. Sono favorite le visite prolungate per i detenuti che non usufruiscono dei permessi premio.

Nel contesto penale minorile, anche in adempimento a quanto sancito dalla legge delega 103/2017, si è data risposta normativa che appare aprire sensibilmente ad una dimensione riservata del colloquio. Si delinea una disciplina che consente la verifica della sussistenza di particolari ragioni di sicurezza se ostative e si favorisce, anche per chi non può fruire del permesso premio, l'ottenimento di visite prolungate.

Sotto questo profilo appare irragionevole la disparità trattamentale che ne consegue poiché analoga possibilità non viene prevista, nel nostro ordinamento, per i detenuti maggiorenni.

8. Ingresso di materiale pornografico in carcere

È onere di chi scrive affrontare, seppur succintamente, anche la inevitabile disparità di trattamento tra chi ha un partner all'esterno e chi, invece ne è sprovvisto. Anche l'integrità psico fisica dei celibi e di coloro che non hanno, allo stato, un partner, desta pari preoccupazione come quella di coloro che un partner ce l'hanno. In detenzione, lo sappiamo, la possibilità di coltivare, ex novo, una relazione sentimentale è pari a zero e, per l'effetto, ci si dovrebbe attivare per la risoluzione anche di questa problematica. Piuttosto che favorire l'accesso intramurario della prostituzione, sia per ragioni condivisibilmente di natura etica che per ragioni giuridiche, una soluzione potrebbe essere quella di attivare canali che favoriscano nuove conoscenze ed incontri tra i reclusi ed i liberi.

È stata recentemente sottoposta all'attenzione della Cassazione⁽²³⁾ la richiesta di un detenuto sottoposto a regime di 41-*bis* alla direzione dell'amministrazione penitenziaria di potersi abbonare ed acquistare a riviste pornografiche per soli adulti reperibili in commercio. A fronte di un secco diniego da parte dell'amministrazione del Carcere, il Tribunale di Roma accoglieva il reclamo proposto ai sensi dell'art. 35-*bis* comma 4 o.p.⁽²⁴⁾. L'Amministrazione penitenziaria interponeva ricorso innanzi alla SC, la quale ricorda che le limitazioni previste dall'art. 41-*bis* o.p. si giustificano poiché libri, giornali e stampa in genere sono spesso usati dai ristretti

(23) Cass. Pen., Sez. I, sent. 8 giugno 2021, n. 36865, Presidente Tardio, Relatore Centofanti.

(24) Nel merito, veniva rilevato che la pretesa rappresenta non un mero interesse bensì un diritto inviolabile, tutelato dalla Costituzione. A parere del Collegio, il diniego dell'Amministrazione penitenziaria non appariva congruo e nemmeno proporzionato mancando, di fatto, nesso logico tra il diritto sessuale ad acquistare una rivista pornografica e la finalità perseguita dall'art. 41-*bis* o.p. e cioè la tutela dell'ordine interno e della sicurezza esterna. Prosegue il Collegio indicando come tali riviste avrebbero potuto essere semplicemente sottoposte a controllo visivo di modo che, per il loro tramite, si potessero instaurare comunicazioni tra il detenuto e l'esterno.

quali veicoli per comunicare illecitamente con l'esterno, ricevendo o inviando messaggi in codice che, da un lato, non interrompono (ma possono anche alimentare) le comunicazioni di tipo criminale, dall'altro, costituiscono concreti pericoli per l'ordine interno degli istituti, finendo per vanificare la funzione di base del regime carcerario speciale.⁽²⁵⁾

Tuttavia, a parere della Cassazione tali prescrizioni non pregiudicano il diritto ad informarsi e a studiare, in quanto non precludono la ricezione di testi di lettura. Per quanto concerne il caso de quo, la Suprema Corte premette che non ogni pubblicazione debba necessariamente fare ingresso in carcere, ma specifica che

per quel che concerne le riviste pornografiche, dal provvedimento impugnato si evince che l'Amministrazione penitenziaria ebbe a rappresentare, dinanzi alla magistratura di sorveglianza, che l'impresa di mantenimento non poteva garantire il loro approvvigionamento, per la difficile reperibilità del prodotto sul mercato delle edizioni cartacee, dovuto al sopravvento delle tecnologie digitali, e per l'assenza di significativa domanda da parte della popolazione detenuta.

Alla soluzione di introdurre tali riviste, vi era un seguente impedimento raffigurato dalla facilità che al loro interno trovassero spazio appunti privati, dietro i quali occultare messaggi sibillini di non semplice decodificazione. Sotto tale profilo, la Corte non condivide l'alternativa indicata dal Tribunale di sorveglianza di Roma costituita dall'introduzione del visto di controllo⁽²⁶⁾. A parere Corte non è ravvisabile alcu-

(25) Cass. Pen., Sez. I, sent. 8 giugno 2021, n. 36865, Presidente Tardio, Relatore Centofanti «In questa prospettiva, l'amministrazione penitenziaria, nella circolare dipartimentale 2 ottobre 2017 ha dettato disposizioni attuative di tale precetto generale, prevedendo che qualsiasi tipo di stampa autorizzata può essere acquistata dai detenuti in regime speciale soltanto per il tramite dell'impresa di mantenimento o di personale delegato dalla Direzione. Conseguenzialmente, viene vietata la ricezione di libri e riviste provenienti dall'esterno — in particolare dai familiari — sia a mezzo di pacco postale che tramite la consegna in occasione dei colloqui».

(26) Invero, mentre in materia di corrispondenza l'art. 41-bis, comma 2-*quater*, o.p. prevede tale visto espressamente, affidando comunque all'Autorità giudiziaria la relativa decisione, «per quel che riguarda la ricezione della stampa il medesimo comma 2-*quater*, alla lettera c), consente limitazioni più penetranti e ne rimette l'adozione all'Autorità amministrativa, non potendo il giudice sostituirsi direttamente a tale Autorità nelle sue discrezionali valutazioni, salvo il vaglio di razionalità e congruenza delle scelte da essa operate. L'Amministrazione

na violazione dell'art. 2 Costituzione in materia di diritto alla sessualità, poiché l'autoerotismo — anche a volerlo considerare un aspetto della sessualità nella sua accezione più lata — non viene precluso: la fruizione di materiale pornografico rappresenta uno dei mezzi per la sua soddisfazione, ma non è presupposto ineludibile. Conseguenzialmente, non pare ravvisarsi alcuna violazione di diritti inviolabili della persona⁽²⁷⁾.

L'affermazione che «l'autoerotismo non è impedito — di per sé — dallo stato detentivo» risulta essere veramente pacifica? Pare di no: chi è sottoposto a detenzione racconta ben altro⁽²⁸⁾. Ma andiamo oltre nel ragionamento: masturbarci in cella configura atto osceno in luogo pubblico poiché pubblico è lo spazio del carcere. La violazione dell'art. 527 c.p., allo stato reato depenalizzato, era sanzionata con la pena da 3 mesi a 3 anni. In ogni caso ricordiamo, non scontato, che il detenuto potrebbe essere sanzionato con la sottrazione di un semestre dal calcolo della liberazione anticipata.

Allo stato, in Italia, non esiste alcuna norma né di fonte legislativa né regolamentare che disciplini la materia: tace la Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti (d.m. 5 dicembre 2012).

Del resto, i corpi reclusi sono inevitabilmente esposti allo sguardo altrui. Uno sguardo che li accompagna sempre e ovunque, anche nelle azioni fisiologicamente più intime. Uno sguardo che non conosce pause, intermittenza. L'incapacità del detenuto di sottrarsi a questo controllo molto ci racconta della proibizione sessuale inframuraria.

In realtà, la legge n. 354 del 1975 sul diritto alla sessualità intramuraria è solo di apparente applicabilità perché, in concreto, si disvela proibizionismo più totale⁽²⁹⁾.

penitenziaria aveva illustrato la scarsa funzionalità, nonché l'onerosità, di meccanismi che necessariamente prevedessero la sottoposizione a censura del materiale pornografico facente ingresso in istituto».

(27) In conclusione, è legittimo il provvedimento con cui l'Amministrazione penitenziaria respinge la richiesta del detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41-bis o.p. di ricevere in abbonamento riviste per soli adulti, in quanto tale «inibizione [...] risponde a finalità di ordine e sicurezza pubblica non arbitrariamente perseguite, né il divieto frustra, sotto l'aspetto considerato, alcun diritto fondamentale di rilevanza costituzionale, venendo semmai ad incidere solo sulle concrete modalità di esercizio del diritto stesso».

(28) N. VALENTINO, *L'ergastolo. Dall'inizio alla fine*, Sensibili alle foglie, Roma, 2009, pp. 51-52.

(29) Si spiega così il parere negativo espresso dal Consiglio di Stato sulla norma del regolamento penitenziario del 2000 (sostitutivo di quello fascista del 1931) che introduceva la

Dal 1975 ad oggi, l'amministrazione penitenziaria o la magistratura di sorveglianza ha autorizzato un detenuto di un qualsiasi istituto penitenziario ad avere relazioni sessuali con il proprio partner. Colpito da ipotetica ipoacusia, il legislatore ha finto di non sentire.

Eppur qualcosa si muove. In Senato riposa quiescente una proposta di legge del Consiglio regionale toscano (analoghe iniziative appare voler assumere anche il Consiglio regionale del Lazio).

E nelle more che ne venga dettagliatamente normato l'utilizzo, nell'istituto femminile di Rebibbia è stato realizzato il M.O.M.A. (Modulo per l'Affettività e la Maternità): uno spazio abitativo di 28 mq per incontri tra detenute e familiari. Nulla osta che venga replicato con soddisfazione altrove.

possibilità di visite fino a 24 ore consecutive in apposite unità abitative interne al carcere, sorvegliate all'esterno dagli agenti, legittimati a controllarne l'interno solo in casi di comprovata emergenza. La previsione venne stralciata perché considerata *contra legem*.

“I DELITTI DELLE PENE”

DAVIDE EMMANUELLO

A dicembre 2022 il dato nefasto è che ottanta Prigionieri nel perimetro di un avamposto Costituzionale si sarebbero giustiziati o sarebbero caduti nella lotta condotta dai giustizialisti della pena contro i Prigionieri.

La pena e le sue modalità di esecuzione obbligano ad una seria riflessione critica sulla sua funzione storica e dei suoi effetti nel tempo dei giustizialismi politico/penali.

Sono decenni ormai che impera nella comunicazione un preciso richiamo, un mantra, fobico ossessivo sulla certezza della pena, peraltro paura abilmente orchestrata, ma, come dimostrato dai dati statistici sull'andamento dei reati, totalmente infondata.

Al contrario invece cinquecentottantatré (583) detenuti suicidati in un decennio e il lecito dubbio se classificarli “Suicidati (perché spinto al suicidio) o suicidi” sono la certezza che dovrebbe interrogare sulla attuale funzione Costituzionale della pena.

La pena è l'unico sospettato non indagato sulla fine di ottanta esistenze non vissute, morte nell'anno 2022 dentro un perimetro Costituzionale dello Stato Italiano!

Perché?

Azzardiamo noi la risposta? Noi che non abbiamo mezzi di indagine a disposizione?

Proviamoci.

Opera trasversalmente nello spazio politico una maggioritaria componente giustizialista egemone nella comunicazione dell'Agorà dell'informazione. Questa egemonia ben mimetizzata dalla necessità del pubblico dibattito dà luogo alla formazione di narrazioni viziate geneticamente.

La lettura giustizialista della pena racconta con parole emozionali di ottanta vite fragili, del loro inevitabile epilogo, del male interiore che li attraversa, del Montaliano "mal di vivere", dell'esagerata percezione dello stigma sociale, causa ed effetto dell'autodecisione di cessare biologicamente di esistere.

A quell'emozionale monologo narrativo omologante, manca il necessario scetticismo metodologico per iniziare una razionale ed esaustiva riflessione critica.

Proviamo, allora. noi, imprigionati da decenni a ricercare e trattare con severità il perché sulla vita e sulla scelta di non viverla, operata consapevolmente da esistenze imprigionate nel corpo di cemento della prigione.

Esistenze che, in attesa o all'esito del giudizio, decidono di riappropriarsi di sé stessi e trasformare il proprio corpo nel campo dell'ultima battaglia contro la pena.

Adesso, prima dell'epilogo, domandiamoci cosa ha subito quel corpo espropriato dalla pena, quale delitto ha commesso la pena su quel corpo imprigionato nel cemento. Iniziamo con una spiegazione in anticipo agli interrogativi sopra posti: «La pena... è una specifica condizione condizionante che trasforma "l'anima" (del prigioniero) in prigione emotiva di desideri, passioni, sentimenti... agisce nel tempo dell'essere mutilando l'esserci del sentire, del desiderare, delle passioni».

Ebbene la schizofrenia del giustizialismo della pena è ormai fisiologica ad un sistema-prigione atavico e patologizzante.

In prigione il tempo della vita si trasforma in tempo della sofferenza, sottratto al corpo in coercizione. Espropriazione dell'io, espropriazione dei diritti, fino alla riduzione di quella esistenza immeritevole di essere vissuta, ad essere, a sentirsi, a risultare realmente, immeritevole di essere vissuta.

Dobbiamo comprendere che nell'agonia dell'esistenza, in quell'ultima battaglia, il delirio parossistico, nella morte del proprio corpo, in

quest'ultimo gesto estremo, il Prigioniero si riappropria della sua umanità calpestata, umiliata e derisa dal giustizialismo della pena.

In quest'ultimo atto, frazione, secondo di dignità del Prigioniero, lo stesso libera il proprio corpo e con la sua stessa morte ritrova quanto il giustizialismo della pena ha tolto al tempo non vissuto della sua esistenza: È finita! Ha vinto! È un martire!

Probabilmente di quel dramma, ad eccezione del dolore privato e di qualche coscienza consapevole, nessun giustizialista della pena farà propria la sofferenza di ottanta caduti.

Va, però, ricordato, a "lor giustizialisti", che la pena dovrebbe, in base al suo mandato Costituzionale, svolgere la funzione di farmaco per la cura di quelle parti patologiche dell'intero corpo sociale che necessitano di diagnosi, prognosi e riabilitazione nella teleologia della riconciliazione Costituzionale.

Precisiamolo, non dovrebbe, nel nostro ordinamento, esistere una funzione e pratica giustizialista della pena, né è possibile una interpretazione letteraria dello stesso articolo della Costituzione, con l'ossimoro garantismo-giustizialismo.

Ci ritorneremo alla fine su questo problema.

Adesso però va stabilito che i fatti dimostrano che la definizione "suicidare", quantomeno, appare più plausibile dell'indimostrato "suicidio" senza movente, e di conseguenza privo di sospettato.

È un fatto che ottanta Prigionieri sono caduti a causa dell'effetto atrogeno della pena giustizialista, dimostratasi un farmaco esiziale che aliena, annichilisce, riduce l'esistente a mera denotazione, oblio della sua connotazione, ne fa un in sé insignificante.

Nello spazio pianificato da questa razionalità, il corpo espropriato del Prigioniero è un mezzo della pena, ed un fine (strumentale) della stessa pena, il cui scopo non è di conoscere ciò che quel corpo non svela, ma di scrivere su quel corpo espropriato un sapere che occorrerà al Prigioniero per riappropriarsi del suo corpo, e sempre con lo stesso sapere legittimerà il giustizialismo penale che lo ha imprigionato, e il giustizialismo della pena che legittimandosi giustificherà il suo delitto.

Detto ciò, possiamo operare chirurgicamente sulle parole emozionali del monologo dell'informazione mediatica, e asportare il termine "fragilità", rimuovere quel vizio genetico della comunicazione, e affermare

che nel 2022 ottanta vittime del Sistema deviato rispetto il perimetro Costituzionale a cui dovrebbero rispondere, hanno, col martirio inflitogli dalla pena, elevato se stessi sul gradino più alto della virtù.

Di conseguenza poco o niente conta se in libertà furono tra i cosiddetti fragili.

Come Prigionieri il martirio subito li ha resi Martiri da ricordare come Martiri!

Infine... I tempi corrono così velocemente che l'esperienza passata non illumina il presente né rischiarisce l'avvenire.

Il presente, l'attualità embrionale della retorica performativa delle politiche di riforma penale e della pena, è un momento storico di un processo in atto e, quindi, impossibile analizzarlo attraverso le categorie della Storia, per cui la valutazione su ciò che si svolge nel dibattito corrente, rientra a solo (pieno) titolo nell'inchiesta opinionistica che è cronaca di elementi che dovrebbero (poi) farsi fatti.

Allo stato però possiamo già rilevare una persistente confusione semantica sulla definizione e funzione concreta del termine "garantismo", "giustizialismo" e dei loro effetti teorici e pratici sulle riforme da fare.

Occorrerebbe ripercorrere il secolo precedente e rilevare che le guerre furono concausa dei totalitarismi, e poco vale il nicodemismo di destra o di sinistra, se destra e sinistra non sono un granitico baluardo contro le cause e concause di quei genocidi umani morali antropologici.

Il giustizialismo che capovolse l'Uomo a Piazzale Loreto senza lasciare che il Tribunale della Storia facesse Giustizia dimostrò e insegna ancora che peggio della colpa c'è il giusto che l'ha giustiziato, e quindi peggio dell'uomo ingiusto c'è l'uomo giusto (il giustizialista) che l'ha giustiziato.

L'ingiustizia è concausa del giustizialismo, cioè è causa del ri-sentimento, che è l'ancestrale senso di vendetta... il sentimento di giustizia ha la razionale garanzia dell'esperienza realizzatasi da tempo nelle Istituzioni vigenti: "La Giustizia" (e questo è garantismo embrionale ed è il primo passo).

Infine, c'è una persistente microfisica del delitto delle pene sui Diritti che anche quando riaffermati non hanno forza di sanzione sull'inosservante... che con ghigno sardonico impunemente continua a martirizzare...

N.B. All'Ufficio di Sorveglianza di Sassari, avamposto Costituzionale di garanzia, va riconosciuto il rigore, la serietà e la tempestività con la quale vigila (se no sarebbe un'ecatombe) affinché la legge sui diritti delle persone private della libertà risulti nella sua funzione e applicazione pratica, un efficiente mezzo giuridico in contrasto alle inosservanze dell'Amministrazione Penitenziaria nel suo esercizio arbitrario del Potere e nell'esuberanza nell'interpretare (in eccesso) il proprio ruolo e compito Istituzionale.

Efficienza, del Mds (magistrato di sorveglianza) che impedisce che "torti fisiologici" del Sistema non si concludano in una patologia cronica terminale.

IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ ED I SUOI COROLLARI

LIDIA ROSARIA NARDI

Il principio di offensività impone che la condotta del reo in violazione del precetto penale sia sostenuta da una volontà rimproverabile e produca conseguenze apprezzabili, individuabili nella lesione o quantomeno messa in pericolo di un bene giuridico rilevante.

Il principio in esame è sintetizzato nel celebre brocardo latino “*nullum crimen sine iniura*”, mediante il quale si esprime proprio la necessità che il reato sia circostanziato dall’offesa ad un determinato bene giuridico tutelato dall’ordinamento.

Per delimitare la portata del principio di offensività è necessario definirne compiutamente l’oggetto e, dunque, precisare cosa si intende per bene giuridico e quali siano i beni meritevoli di tutela nel nostro ordinamento.

Sul primo punto si scontrano due tesi: la concezione metodologica e la concezione empirica del bene giuridico.

Secondo i sostenitori della prima il concetto di bene giuridico finisce col ridursi ad una formula abbreviatrice del concetto di scopo della norma penale: il bene giuridico non è una realtà preesistente alla norma, ma esiste in quanto creato e perseguito dalla norma stessa.

Tale concezione presta tuttavia il fianco ad una serie di critiche. In primo luogo, il reato conseguirebbe alla mera violazione della norma incriminatrice, la quale diverrebbe atto politico e puramente insindacabile, in pieno contrasto con il principio di democraticità alla base

del nostro ordinamento. Sotto altro aspetto, se il bene protetto dalla norma coincide con lo scopo della stessa, si rischia di applicarla oltre i casi previsti, in violazione del principio di analogia in materia penale.

Prevalente è pertanto la tesi empirica e sostanzialistica del bene giuridico, secondo cui il diritto penale tutela interessi che preesistono alla disposizione stessa: la norma incriminatrice non è creatrice di interessi da tutelare, ma costituisce lo strumento di protezione degli stessi. Il reato è pertanto un'offesa diretta ad un'interessi altrui, ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento.

Quanto al tipo di beni giuridici che possono essere presidiati da norme incriminatrici, ancora una volta si contendono il campo due teorie.

La prima, che sposa una concezione forte del principio di offensività, postula che la tutela penale possa essere affidata solo a beni costituzionalmente rilevanti, sulla base di una lettura restrittiva degli articoli 13 e 27 comma 3 costituzione.

In particolare, per un verso la privazione della libertà personale sarebbe legittima solo se la condotta incriminata leda un bene altrettanto rilevante a livello costituzionale; per altro verso la rieducazione del condannato ai valori costituzionali, a cui deve tendere la sanzione penale, non potrà compiutamente compiersi se questi valori non siano stati effettivamente violati.

Tale ricostruzione è in realtà incompatibile con il nostro assetto costituzionale: la Costituzione non può operare quale filtro di selezione diretta dei beni presidiati dalle disposizioni penali, in quanto essa presta tutela a interessi eterogenei, spesso in maniera implicita e certamente non in maniera esaustiva.

Il parametro costituzionale deve essere preso in considerazione, ma in maniera elastica: sono da considerare meritevoli di tutela penale non solo tutti gli interessi previsti dalla Costituzione, ma anche tutti quelli non incompatibili con essa.

Passando invece al fondamento del principio di necessaria offensività, esso non ha esplicito ancoraggio costituzionale, ma è oggi pacificamente ricondotto dalla dottrina e dalla giurisprudenza al combinato disposto degli articoli 25 comma 2 e 27 comma 3 della costituzione e confermato dagli articoli 13 e 21 della stessa.

Segnatamente, la lettura combinata delle due disposizioni postula che la sanzione penale sia subordinata alla verifica dell'effettiva materialità e rimproverabilità della condotta del reo, che si concreta nella commissione di un "fatto" lesivo o pericoloso per l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice e non nella mera disubbidienza alla stessa.

Conferme in tal senso provengono dall'articolo 21 costituzione, recante il principio di libera manifestazione del pensiero, sia esso espresso mediante scritti, parole e finanche comportamenti: l'operazione con cui il legislatore sanziona una condotta priva di offensività sarebbe pertanto incostituzionale proprio perché si tradurrebbe in una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero. Va peraltro aggiunto che la irrogazione di una pena, comportante la compressione di un diritto fondamentale della persona, non sarebbe possibile in assenza di una offesa o lesione di un bene di pari rango, pena la violazione dell'articolo 13 cost.

Addentrando poi sul piano della legge ordinaria, pur in assenza di una enunciazione esplicita, ritroviamo il principio in esame in diverse disposizioni di parte generale del Codice penale.

In primo luogo, l'articolo 49 comma 1 c.p. dispone che non è punibile chi commette un fatto che non costituisce reato, pur nell'erronea supposizione che esso costituisca illecito penale. Tale disposizione compendia il principio di necessaria materialità ed offensività del reato, in forza dei quali per sanzionare una determinata condotta è necessario che la stessa si sia concretizzata sul piano empirico e non meramente nella psiche dell'agente e che possa offendere il bene presidiato dalla disposizione.

Negli stessi termini si esprime l'articolo 115 c.p. che esclude la punibilità di due consociati che si siano accordati per commettere un reato, salvo poi non averlo effettivamente commesso: il mero accordo, e dunque la mera cogitatio, è condizione non sufficiente perché possa dirsi integrato il reato in quanto ancora una volta manca la materialità della condotta e, di conseguenza, l'offensività.

Il quadro delle fonti ordinarie del principio in esame è poi completato dal secondo comma del già citato articolo 49, il quale, in tema di reato impossibile, esclude altresì la punibilità di quelle condotte che non siano idonee a produrre una concreta offesa al bene protetto dalla fattispecie penale o che, pur astrattamente idonee allo scopo, siano indirizzate verso un bene inesistente, rendendo di fatto impossibile

la realizzazione dell'evento dannoso o pericoloso. Proprio tale norma è stata individuata dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità quale fondamento del principio di offensività in concreto.

L'articolo 49, comma 2, è stato oggetto, peraltro, di diverse pronunce della giurisprudenza che ne hanno chiarito e specificato i caratteri essenziali.

Segnatamente, quanto al riferimento all'inesistenza del bene giuridico cui è indirizzata la condotta dell'agente, dottrina e giurisprudenza maggioritarie sostengono che la stessa vada intesa in senso assoluto, dovendo il bene aver cessato di esistere o non essere mai venuto ad esistenza prima della commissione del reato; non è condivisibile l'opposta tesi che ammette la possibilità di individuare il reato impossibile nei casi di temporanea assenza del bene o di presenza in luogo diverso da quello in cui è stata realizzata la condotta.

Quanto alla seconda ipotesi normativamente prevista, invece, dell'inedoneità dell'azione a produrre l'evento dannoso o pericoloso, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che la stessa vada valutata ed accertata avendo riguardo le concrete circostanze di fatto presentatesi, in modo tale che la condotta, valutata *ex ante* e secondo quanto originariamente voluto dall'agente, risulti del tutto priva della capacità di attuare il piano criminoso.

Proprio quest'ultimo requisito dell'inedoneità dell'azione, previsto dall'articolo 49 c.p., sembra evocare la disciplina del tentativo di delitto ex articolo 56 c.p., a mente del quale chi commette atti idonei diretti in modo inequivoco a commettere un delitto risponde del tentativo, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica.

Parte della dottrina, proprio in ragione dell'affinità delle due fattispecie, ha sostenuto che l'articolo 49 c.p. altro non fosse che un inutile doppiaggio dell'articolo 56 c.p., sul presupposto che la disposizione sul reato impossibile si limiterebbe a replicare in negativo quella del tentativo.

Tale impostazione è stata smentita con forza dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza, le quali hanno messo in evidenza i principali tratti distintivi delle due fattispecie.

In primo luogo, si è osservato che l'articolo 49 c.p. trova applicazione tanto con riguardo ai delitti, quanto alle contravvenzioni, mentre l'articolo 56 c.p. si applica esclusivamente ai primi. In secondo luogo, si

evidenza che nel caso del reato impossibile il giudice è abilitato ad applicare una misura di sicurezza, mentre ciò non può avvenire in ipotesi di tentativo, in cui in mancanza di idoneità e inequivocità degli atti posti in essere all'agente non può esser mosso alcun rimprovero.

Infine, l'elemento distintivo più rilevante attiene alla formulazione delle norme e dunque al loro ambito applicativo: segnatamente l'articolo 49 c.p. richiede l'inidoneità dell'azione, laddove l'articolo 56 c.p. si riferisce all'idoneità degli atti e, in chiusura di disposizione, chiarisce che l'azione non deve compiersi.

In altre parole, dunque, nel reato impossibile la condotta penalmente rilevante è stata completamente posta in essere e l'illecito può ritenersi perfezionato, ma non effettivamente punibile in quanto l'azione non è in grado di offendere il bene; nel tentativo, invece, il reato non si perfeziona in quanto la condotta dell'agente integra il comportamento astratto vietato dalla norma incriminatrice, ma si arresta in un momento antecedente, sostanzandosi in meri atti, punibili a titolo di tentativo solo quando risultino autonomamente offensivi.

La distinzione e autonomia dell'articolo 49 comma 2 c.p. rispetto al tentativo si inserisce nella più ampia questione, dibattuta in dottrina e giurisprudenza, circa il ruolo che l'offensività riveste nella struttura del reato. Ci si è chiesti, in altre parole, se l'offensività sia insita nella tipicità del reato o se si aggiunga a questa, come ulteriore requisito da verificare in concreto.

La scelta sul punto, lungi dal rilevare sul piano meramente descrittivo, è foriera di rilevanti conseguenze pratiche.

Se, infatti, si considera l'offesa quale elemento costitutivo del fatto tipico, la sua carenza implicherà la mancata integrazione del reato. Da ciò consegue, in primo luogo, che la formula assolutoria ex articolo 530 c.p.p. dovrà indicare che "il fatto non sussiste"; in secondo luogo, l'impossibilità di applicare misure di sicurezza all'agente; infine, seguendo tale impostazione si addiverrebbe all'inaccettabile equiparazione tra reato impossibile e tentativo inidoneo, visto che entrambe le disposizioni postulerebbero la mancata consumazione dell'illecito. Diversamente opinando, considerando l'offensività quale elemento estraneo ed aggiunto alla tipicità, la condotta posta in essere dal reo integrerebbe tutti gli estremi del reato e, ciononostante, l'agente non sarebbe punibile

per inidoneità dell'azione o inesistenza dell'oggetto cui la stessa era diretta. Tale soluzione, oltre a ripristinare l'autonomia del reato impossibile rispetto al tentativo inidoneo, inciderebbe sulla formula assolutoria, che dovrà indicare la non punibilità della condotta e sulla possibilità per il giudice, ove lo ritenga necessario, di applicare le misure di sicurezza per l'agente.

Orbene, a fronte di una tesi minoritaria, che ha sostenuto la validità della prima ricostruzione, l'orientamento maggioritario, basandosi sulla c.d. concezione realistica del reato, sposata da ultimo da SU Caruso del 2020 in tema di coltivazione di cannabis, considera al contrario l'offensività quale elemento ulteriore rispetto alla tipicità, che andrà verificato in concreto dal giudice.

Quando l'articolo 49 comma 2 discorre di reato impossibile per inidoneità dell'azione, lo stesso si riferisce, pertanto, ad un reato perfezionato dal punto di vista della tipicità, avendone integrato tutti gli elementi costitutivi, ma che risulta inoffensivo dal punto di vista della azione e dunque non punibile.

Si deve precisare come l'articolo 49 comma 2 non può essere considerato una causa di esclusione della punibilità in senso stretto. È sufficiente, per coglierne le motivazioni, confrontare la disposizione in esame con l'articolo 131-bis c.p., recante la disciplina della non punibilità di una condotta che abbia cagionato un'offesa di particolare tenuità, unanimemente qualificata dalla giurisprudenza quale causa di esclusione della punibilità in senso stretto.

Se è vero, infatti, che la mancanza di offensività postulata dall'articolo 49 comma 2 inibisce la sanzione penale di un fatto tipico antigiusuridico e colpevole, come avviene nel caso dell'articolo 131-bis c.p., è altrettanto vero che, diversamente dalle ipotesi di particolare tenuità, che operano in ragione di una mera scelta di opportunità del legislatore, l'articolo 49 è espressione di un principio costituzionale implicitamente sancito dal combinato disposto degli articoli 25 comma 2 e 27 comma 3 costituzione.

In aggiunta, sulla base di quanto affermato e sulla scorta delle eloquenti pronunce in tal senso della giurisprudenza, soprattutto, Costituzionale, si può certamente affermare che il principio di offensività operi tanto sul piano astratto, quale vincolo e stella polare per il

legislatore nella formulazione della norma incriminatrice, quanto sul piano concreto, quale condizione per accordare la punibilità di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole.

A ben vedere, dunque, l'offensività in astratto finisce col coincidere con la tipicità della fattispecie criminosa: la sua eventuale assenza nella condotta sanzionata comporterebbe un sindacato della Consulta che la porterebbe ad espungere la norma dall'ordinamento, in quanto non conforme alle prescrizioni costituzionali. L'offensività in concreto, al contrario, postula che il giudice, dopo aver individuato il bene giuridico protetto dalla disposizione incriminatrice, valuti se la condotta del reo, corrispondente alla astratta fattispecie individuata dal legislatore, abbia nel caso di specie posto in pericolo o addirittura leso il bene presidiato dalla norma.

Così delineato il quadro generale, è opportuno dare atto delle principali categorie di reato che hanno posto problemi in relazione al requisito dell'offensività e delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza.

Nessun problema si è posto in relazione ai c.d. reati di danno, nei quali il comportamento del reo comporta sempre una lesione diretta e immediata del bene giuridico tutelato dalla disposizione: ad essere punito è il comportamento lesivo del bene protetto e, dunque, l'offensività è *in re ipsa*.

Ai reati di danno si contrappone la categoria dei reati di pericolo, in cui l'offesa non consiste nell'effettiva lesione del bene giuridico tutelato, ma nella sua esposizione ad un pericolo di un danno indiretto e potenziale.

Questa anticipazione della tutela ad uno stadio in cui la lesione è solo potenziale è legata a due diverse esigenze: la prima è quella di proteggere beni considerati fondamentali dal nostro ordinamento, quali la vita o la salute; la seconda riguarda quei beni, quali l'ambiente o l'ecosistema, che per loro natura sono suscettibili di aggressioni che, isolatamente considerate, sono inidonee a offenderli, ma che sommate nel tempo provocherebbero danni irrimediabili.

Deve rilevarsi, tuttavia, che non tutti i reati di pericolo assegnano rilevanza penale a condotte effettivamente pericolose: accanto, infatti, ai c.d. reati di pericolo in concreto, sono previsti anche reati di pericolo in astratto.

Nei primi si demanda all'interprete l'accertamento dell'effettiva pericolosità della condotta nel caso di specie: vi rientra, ad esempio, la fattispecie prevista dall'articolo 423 comma 2 c.p., che sanziona la condotta di incendio di cosa altrui solo quando la stessa abbia sottoposto a pericolo l'incolumità pubblica. Nei reati di pericolo in astratto, invece, il legislatore non ritiene necessario questo accertamento, considerando il pericolo insito nella condotta criminosa: è il caso previsto dal comma uno dell'articolo 423, che sanziona la condotta di "chiunque cagioni un incendio".

La dottrina ha osservato che, proprio in ordine a tale seconda categoria, sussiste il rischio di incriminare condotte non effettivamente lesive, con conseguente incostituzionalità delle relative disposizioni, per violazione del principio di necessaria offensività.

Sul punto la Consulta ha, al contrario, mostrato un atteggiamento piuttosto conservativo: essa ha, infatti, sistematicamente escluso la violazione del principio da parte del legislatore, sostenendo che egli ben può individuare le condotte alle quali associare una presunzione assoluta di pericolo, con l'unica condizione che tali determinazioni risultino fondate su massime di esperienza che evidenzino il collegamento con la lesione del bene tutelato e non siano, dunque, frutto di scelte totalmente irrazionali o arbitrarie.

A tale atteggiamento della Corte costituzionale, si è dovuta adeguare l'opera interpretativa della giurisprudenza di legittimità, la quale ha spesso dovuto apportare dei correttivi per evitare di incriminare condotte totalmente inoffensive: questa operazione viene definita riduzione teleologica.

In buona sostanza la giurisprudenza, forzando il significato letterale delle norme incriminatrici, espunge dalle stesse, in via interpretativa, quelle sottoclassi di condotte che in concreto non presentano un'effettiva carica lesiva, spesso sopperendo all'inerzia del legislatore.

Con riferimento alla fattispecie sopra menzionata di incendio prevista dal comma 1 dell'articolo 423 c.p., la giurisprudenza, manipolando il dato letterale, ha previsto che non ogni condotta che cagioni un incendio sia punibile, dovendosi sanzionare solo quelle che abbiano prodotto un rogo che, per dimensioni e forza distruttiva, sia idoneo a porre in pericolo l'incolumità pubblica: l'offensività in astratto

prevista dalla disposizione sarebbe in tal maniera riscontrabile in concreto dal giudice.

Stessa operazione è stata condotta dalla giurisprudenza di legittimità in relazione ai delitti di attentato: essi non costituiscono una categoria disciplinata in via generale e organica da parte del legislatore, ma sono previsti in una serie di disposizioni del Codice penale che, per tutelare beni di primaria importanza, quali la personalità dello Stato e l'ordine democratico, anticipano l'intervento punitivo statale sanzionando gli atti anche solo diretti a offenderli.

A differenza del tentativo, infatti, per il quale l'articolo 56 c.p. richiede l'idoneità ed univocità degli atti diretti a cagionare il delitto, nelle fattispecie di attentato il dato letterale incrimina anche atti che siano meramente diretti a ledere i beni tutelati.

La giurisprudenza di legittimità, anticipando l'intervento di riforma del legislatore, ha fatto ricorso alla riduzione teleologica sostenendo che le condotte di attentato sono punibili solo quando gli atti a ciò preordinati siano, come avviene nel tentativo, idonei e diretti allo scopo, esentando dalla sanzione tutte i comportamenti che non presentino tali caratteri.

La Cassazione ha peraltro specificato che l'equiparazione strutturale e funzionale dei delitti di attentato con il tentativo non si traduce nella loro perfetta sovrapponibilità, considerando che nei primi non opera alcuna riduzione della pena, caratterizzante invece il delitto tentato nella misura dei due terzi.

Simili profili problematici ha presentato la categoria dei reati c.d. a dolo specifico, i quali sanzionano delle condotte astrattamente lecite e, tuttavia, soggette a sanzione in quanto commesse al fine di raggiungere un determinato scopo potenzialmente lesivo, come accade nei reati di associazione a delinquere. In tali casi il rischio concreto è ancora una volta quello di sanzionare delle condotte non effettivamente lesive, posto che l'offesa al bene giuridico tutelato consiste nella mera intenzione del reo, senza che vi sia alcun riscontro materiale.

Sul punto la Cassazione ha sostenuto che, mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata del disposto normativo (rectius riduzione teleologica) si può rimediare all'eventuale vulnus al principio di offensività: in particolare, riprendendo l'esempio dei reati

associativi, ai fini della punibilità non sarà sufficiente il mero scopo criminoso del sodalizio, ma sarà altresì necessaria l'idoneità materiale delle condotte realizzate a raggiungere lo scopo illecito.

Altre categorie che hanno presentato profili problematici sono quelle dei reati ostativi e quelli di sospetto. I primi riguardano quelle fattispecie penali che sanzionano condotte di per sé non direttamente lesive del bene giuridico tutelato, ma prodromiche rispetto a condotte ulteriori ed offensive, come avviene nei casi di detenzione di sostanze stupefacenti rispetto alla cessione delle stesse.

Sul punto la Corte costituzionale, come con riguardo ai reati di pericolo astratto, si è limitata a considerare legittima tale forma di intervento del legislatore, purché i comportamenti sanzionati presentino un effettivo collegamento con la lesione del bene tutelato.

Posizioni divergenti sono state assunte dalla giurisprudenza Costituzionale rispetto ai c.d. reati di sospetto, che sanzionano comportamenti ritenuti sintomatici della commissione di un precedente reato. In tal caso la fattispecie penale non può ricondursi ai reati di pericolo, dal momento che il suo disvalore è collegato al sospetto che sia stato già commesso un reato e si sia già verificata una lesione del bene giuridico tutelato, con conseguente violazione del principio di offensività in astratto.

La Corte ha, sulla scorta di tali considerazioni, dichiarato l'incostituzionalità della contravvenzione di cui all'art. 708 c.p., che puniva il possesso ingiustificato di valori, sanzionando chiunque fosse «colto in possesso di denaro o di oggetti di valore, o di altre cose non confacenti al suo stato, e dei quali non giustifichi la provenienza», quando si tratti di soggetti condannati per motivi di lucro o per contravvenzioni concernenti la prevenzione dei delitti contro il patrimonio.

La Consulta ha, in particolare, considerato irragionevole ed arbitraria una simile anticipazione della soglia di tutela. Pur senza un espresso riferimento al principio di offensività, invero, il giudice delle leggi ha ritenuto insufficiente il mero riferimento a condotte criminoso precedentemente commesse dal reo per sanzionare un comportamento astrattamente inoffensivo e penalmente irrilevante se posto in essere da soggetti incensurati o condannati per delitti di altra natura.

A diverse conclusioni la Corte è invece pervenuta con riferimento alla contravvenzione sanzionata dall'articolo 707 c.p., che punisce sia i soggetti condannati per reati contro il patrimonio, sia quelli condannati per mendicizia, ammoniti o sottoposto a una misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta — quando colti «in possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature, dei quali non giustificino l'attuale destinazione».

In questo caso, infatti, la Corte Costituzionale ha escluso la violazione del principio di offensività, osservando che la contravvenzione si configura come reato di pericolo concreto, la cui sussistenza dovrà essere accertata dal giudice, tenendo in considerazione le condizioni di tempo e di luogo e la natura degli strumenti nella disponibilità del reo.

Nel contempo la Corte ha ritenuto che sussista l'offensività in astratto del comportamento punito, dal momento che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, il possesso di tali strumenti da parte di un soggetto che abbia già commesso reati contro il patrimonio, può ragionevolmente determinare il pericolo di una nuova aggressione al bene giuridico tutelato.

La Corte ha tuttavia precisato, in un'ottica di riduzione teleologica, che deve trattarsi di effettivo possesso e non di generica disponibilità di tali strumenti e che l'onere di provare la sussistenza del pericolo grava sulla pubblica accusa, spettando all'imputato la sola allegazione di ragioni che giustificino la disponibilità degli strumenti in questione.

A conclusione di tale disamina possiamo sicuramente affermare che il principio di offensività, pur se non espressamente enunciato né nella Costituzione, né nel codice penale, esso è ricavabile sia nell'articolo 49 comma 2, sia implicitamente dalla carta fondamentale ed assume un'importanza sempre maggiore grazie all'opera interpretativa della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, che lo utilizza sempre più spesso per porre rimedio all'inerzia o all'imprecisione del legislatore.

CRITICITÀ CONNESSE ALL'AMMINISTRAZIONE DEI PATRIMONI SEQUESTRATI E CONFISCATI E PROPOSTE DI MODIFICHE NORMATIVE AL D.LGS. N. 159/11 (CODICE ANTIMAFIA)

CRISTIANA ROSSI

I. Introduzione alla normativa

Non vi è dubbio che nel nostro Paese la lotta alla criminalità organizzata ha sempre costituito un obiettivo di primario interesse. Sul punto molti passi avanti sono stati fatti dal legislatore dal 2011 ad oggi, quando si è finalmente ritenuto necessario disciplinare uniformemente la materia raggruppandola in un unico Codice quello Antimafia appunto costituito dal *d.lgs. n. 159/11*. Questo ha consentito sicuramente di seguire indicazioni armoniche segnando una strada già chiaramente predefinita per tutti gli operatori del settore — giudici, polizia giudiziaria nonché amministratori giudiziari — nell'ambito della quale operare. Per quanto di mia competenza, mi occuperò in queste sede delle misure di prevenzione patrimoniali disciplinate dal Titolo II del cosiddetto Codice Antimafia (CAM).

Importanti sono state anche le modifiche apportate allo stesso dalla l. 17 ottobre 2017, n. 161 entrata in vigore il 19 novembre 2017 con la finalità di trovare il necessario compromesso tra l'obiettivo della prevenzione dell'infiltrazione mafiosa nel tessuto economico del Paese e la libera iniziativa economica privata garantita dall'art. 41 della nostra Costituzione. Numerose sono state le modifiche apportate dalla l. n. 161/17 di prevenzione patrimoniali. Una delle modifiche più rilevanti — ai fini della presente analisi — è contenuta nell'art. 34-*ter*

rubricata “*Trattazione prioritaria dei procedimenti di prevenzione patrimoniale*” disciplinando — com’è facile intuire — la priorità assoluta che gli uffici giudiziari devono riconoscere al procedimento di prevenzione patrimoniale.

Concentrerò l’attenzione del lettore su alcune modifiche attinenti principalmente alla revisione della disciplina dell’amministrazione giudiziaria nonché all’introduzione della misura del controllo giudiziario dettagliatamente disciplinata, alle nuove norme volte a garantire la trasparenza degli incarichi nella scelta degli amministratori giudiziari prevedendo non soltanto la rotazione degli incarichi, ma disciplinando altresì — sulla scorta del noto caso Saguto ex Presidente della Sezione Misure di Prevenzione del Tribunale di Palermo — le incompatibilità. Sono state altresì introdotte nuove disposizioni concernenti la riorganizzazione ed potenziamento dell’Agenzia Nazionale per l’amministrazione e destinazione dei Beni Sequestrati e Confiscati alla criminalità organizzata (ANBSC).

La più recente modifica apportata con il d.l. n. 152/2021 coordinato con la legge di conversione n. 233/21 introduce disposizioni urgenti per l’attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) volte soprattutto a prevenire le infiltrazioni mafiose rafforzando appunto il sistema di prevenzione antimafia con particolare attenzione agli investimenti. Nello specifico all’art. 48 rubricato “*Contraddittorio nel procedimento di rilascio dell’interdittiva antimafia*” è stato modificato l’art. 92 del d.lgs. n. 159/11 introducendo il contraddittorio nel procedimento di rilascio dell’interdittiva antimafia nonché la nuova misura finalizzata alla “prevenzione collaborativa” consistente in nuovi provvedimenti adottabili dal prefetto in caso di agevolazione occasionale.

2. La funzione pubblica dell’amministratore giudiziario

L’art. 34 del d.lgs. n. 159/11 disciplina l’amministrazione giudiziaria dei beni connessi alle attività economiche nonché alle aziende. Centrali sono le disposizioni contenute nei commi da 2 a 5 come di seguito precisato. L’amministrazione giudiziaria dei beni viene disposta per un periodo non superiore ad un anno con possibilità di proroga per ulteriori

sei mesi e comunque per un periodo complessivamente non superiore a due anni (co. 2). Il tribunale nel disporre la misura nomina il giudice delegato e l'amministratore giudiziario. A quest'ultimo la normativa attribuisce tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende colpite dalla misura. Avviene quindi un vero e proprio spossessamento dei beni — qualsiasi sia la categoria di appartenenza — in favore dell'amministratore giudiziario che dovrà provvedere all'amministrazione degli stessi secondo le direttive del giudice delegato e sotto la vigilanza dello stesso (co. 3). L'amministratore giudiziario esercita dunque i poteri spettanti all'organo amministrativo aziendale nonché agli organi sociali, di concerto con il giudice delegato.

Il decreto di sequestro emesso dalla sezione specializzata sezione misure di prevenzione del tribunale viene trascritto nei pubblici registri. Per ciò che riguarda le aziende la trascrizione viene effettuata dalla Polizia giudiziaria in fase di esecuzione e di immissione in possesso presso il Registro delle Imprese tenuto presso la Camera di Commercio Industria, Artigianato e Agricoltura territorialmente competente, mentre per i beni immobili viene effettuata presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari invece per i beni mobili registrati — quali ad esempio i veicoli — presso il Pubblico Registro Automobilistico (co. 4).

L'amministratore giudiziario ha ovviamente l'obbligo di relazionare al giudice delegato segnalando eventualmente, anche informazioni utili e necessarie ai fini di giustizia con specifico riguardo al grado di infiltrazione e/o alla rimozione di eventuali situazioni di fatto che hanno determinato la misura (co. 5).

Compito dell'amministratore giudiziario è anche la segnalazione al giudice delegato dell'esistenza di altri beni da sottoporre a misura.

Importante è anche la misura del controllo giudiziario prevista dall'*art. 34-bis* ed introdotta con la l. n. 161/2017 affidato dal tribunale sempre all'amministratore giudiziario di concerto con il giudice delegato. Si tratta dunque di una misura più blanda del sequestro di prevenzione previsto invece dall'*art. 20* d.lgs. n. 159/2011, ed applicata nel caso di attività economiche e di aziende che presentano un pericolo concreto di infiltrazione mafiosa ad un livello tale da condizionarne l'attività economica a tal punto da influire in modo determinante anche sulle decisioni gestorie della stessa.

L'art. 35 del d.lgs. n. 159/2011 disciplina la nomina e la revoca dell'amministratore giudiziario recependo le rilevanti modifiche apportate dalla l. n. 161/2017 soprattutto con particolare riguardo alle incompatibilità, facendo tesoro dei fatti accaduti nel 2015 alla sezione misure di prevenzione del tribunale di Palermo (famoso caso Saguto).

Come sopra già riferito, l'amministratore giudiziario viene nominato dal tribunale contestualmente all'emissione del decreto di sequestro. Viene scelto tra i professionisti — avvocati o commercialisti — iscritti nell'*Albo Nazionale degli Amministratori Giudiziari* tenuto presso il Ministero della Giustizia ed istituito con il d.lgs. n. 14 del 4 febbraio 2010 entrato in vigore il 3 marzo 2010. Detto decreto stabilisce i requisiti di accesso all'albo per gli avvocati ed i commercialisti iscritti da almeno cinque anni all'ordine di appartenenza e che abbiano maturato una comprovata competenza nell'amministrazione di beni — per l'iscrizione nella "*sezione ordinaria*" — e nella gestione di aziende ovvero di crisi aziendali per l'iscrizione nella sezione "*esperti in gestione aziendale*". Questi requisiti già possono chiaramente mostrare la particolare preparazione e qualifica richiesta ai professionisti che ricoprono questa importantissima e delicatissima funzione pubblica. Difatti la legge attribuisce all'amministratore giudiziario anche la qualifica di "*pubblico ufficiale*".

Ritengo indispensabile sottolineare in questa sede l'importanza del requisito di "Onorabilità" richiesto giustamente al professionista per l'iscrizione all'Albo degli Amministratori Giudiziari, come previsto dall'art. 4 del decreto istitutivo dell'Albo in esame. Detto articolo difatti fissa chiaramente i requisiti di onorabilità richiesti negando quindi l'accesso a coloro che: si trovano in stato di interdizione temporanea o di sospensione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese; sono stati sottoposti a misure di prevenzione ai sensi della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni, salvi gli effetti della riabilitazione; hanno riportato condanna definitiva alla pena della reclusione, anche se condizionalmente sospesa, salvi gli effetti della riabilitazione: 1) per uno dei delitti previsti dal regio decreto 16 marzo 1942, n. 267; 2) per uno dei delitti previsti dal Titolo XI del Libro V del *Codice Civile*; 3) per un delitto non colposo, per un tempo non inferiore a un anno; 4) per un

delitto contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'economia pubblica, per un tempo non inferiore a sei mesi; d) non hanno riportato negli ultimi dieci anni sanzioni disciplinari diverse dall'ammonimento, irrogate dall'ordine professionale di appartenenza.

Qualora il patrimonio da gestire sia particolarmente grande e complesso, il tribunale può nominare un collegio di amministratori giudiziari autorizzandone l'operatività disgiunta o congiunta. Il comma 2 dell'art. 35 del d.lgs. n. 159/11 prevede il principio di trasparenza garante del principio di rotazione degli incarichi a cui si deve attenere il tribunale nella nomina dell'amministratore giudiziario. Ai fini della nomina ad amministratore giudiziario nonché coadiutore, il successivo comma 2-*bis* — introdotto con la l. n. 161/17 — stabilisce il *limite di tre incarichi aziendali* con esclusione di quelli di coadiutore già in corso e tenendo conto di altri elementi quali: la natura monocratica o collegiale dell'incarico, della tipologia e del valore dei compendi da amministrare, con riguardo anche al numero dei lavoratori, della natura diretta o indiretta della gestione, dell'ubicazione dei beni sul territorio e delle pregresse esperienze professionali. In caso di incarichi di particolare complessità ovvero in presenza dell'eccezionalità del valore del patrimonio da amministrare opera il divieto di cumulo degli incarichi di amministrazione giudiziaria sopra citato. Tuttavia, queste ultime disposizioni contenute nel comma 2 del decreto in esame, dovranno essere meglio individuate e precisate da un decreto del Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dell'Interno e del Ministro dello Sviluppo Economico che — a tutt'oggi — non mi risulta emesso.

Il successivo comma 2-*bis* precisa che l'amministrazione giudiziaria delle aziende in sequestro deve essere affidata ad un amministratore giudiziario iscritto nella sezione "*esperti in gestione aziendale*" dell'Albo Nazionale, mentre il successivo comma 2-*ter* prevede la possibilità di nominare nella qualità di amministratore giudiziario il personale dipendente dell'Agenzia nazionale senza alcun riconoscimento di ulteriori emolumenti salvo il rimborso delle spese.

Il comma 3 stabilisce invece le incompatibilità non consentendo la nomina nei confronti del proposto, del coniuge, dei parenti e delle persone con essi conviventi, né le persone condannate ad una pena che

preveda l'interdizione anche temporanea dai pubblici uffici o le pene accessorie ai sensi del regio decreto n. 267 del 16 marzo 1942 (legge fallimentare). Non possono essere nominate amministratore giudiziario né tantomeno esse nominate coadiutore delle stesso le persone che abbiano svolto l'attività lavorativa o professionale in favore del proposto. Stessa incompatibilità è prevista per il coniuge ed i parenti del magistrato (giudice delegato) che conferisce l'incarico e del dirigente di cancelleria.

L'amministratore giudiziario nominato può richiedere al giudice delegato l'autorizzazione ad avvalersi di un ufficio di coadiuzione composto da tecnici o da altri soggetti qualificati.

Il costo dell'ufficio di coadiuzione è a carico dell'amministratore giudiziario, che ne richiederà il rimborso a titolo di spese documentate anticipate per la procedura in sede di richiesta di liquidazione del proprio compenso.

Un'altra incompatibilità introdotta dalla l. n. 161/2017 è quella che non consente la nomina ad amministratore giudiziario o coadiutore di persone legate da parentela entro il terzo grado o affinità entro il secondo grado con il magistrato incaricato della procedura, nonché coloro che con lo stesso intrattengono rapporti personali quali relazioni sentimentali o rapporti di amicizia protratta stabilmente nel tempo ovvero i commensali abituali.

La normativa antimafia attribuisce dunque all'amministratore giudiziario la qualifica di pubblico ufficiale affidandogli il compito di gestire, custodire e conservare i beni sequestrati sotto la direzione del giudice delegato e — quando possibile — incrementarne la redditività.

L'*art. 35-bis* disciplina le responsabilità dell'amministratore giudiziario nonché i controlli della pubblica amministrazione, stabilendo l'esenzione da responsabilità civile — ad eccezione dei casi di dolo o colpa grave — per l'amministratore giudiziario, il coadiutore e l'amministratore di società sottoposte a misura e nominati dallo stesso per tutto il periodo di efficacia della misura cautelare ex art. 41 co. 6 del decreto legislativo in esame.

Entro due giorni dalla nomina l'amministratore giudiziario deve depositare in cancelleria la dichiarazione di incompatibilità di cui all'*art. 35*, comma 4-*bis*. Stesso onere dichiarativo è posto a carico del coadiutore.

In seguito all'emissione del decreto di sequestro di prevenzione, nella fase di immissione possesso avviene quindi lo spossessamento da parte della Polizia Giudiziaria (PG) dei beni costituenti il patrimonio colpito dalla misura intestato al proposto ed ai terzi interessati ovvero persone che formalmente detengono la proprietà del bene che però è di fatto lasciato nella disponibilità del proposto, e contestualmente affidato all'amministratore giudiziario. Il patrimonio colpito dal decreto di sequestro di prevenzione può essere costituito da diverse categorie omogenee di beni ovvero eterogenee quali ad esempio beni immobili, beni mobili registrati e non, ed aziende. Nel caso di aziende l'amministratore giudiziario prende in consegna le scritture contabili e i libri sociali, sui quali viene trascritto ad opera della PG il decreto emesso dal Tribunale.

Dal momento dell'immissione in possesso l'azienda sottoposta a sequestro di prevenzione viene dunque gestita dall'amministratore giudiziario.

Giova ricordare che il procedimento di prevenzione viene incardinato presso la Sezione Specializzata Misure di Prevenzione del Tribunale; pertanto, tale procedimento richiede una elevata specializzazione.

Il compenso dell'amministratore giudiziario viene determinato applicando i criteri di calcolo stabiliti dal d.P.R. del 7 ottobre 2015, n. 177 intitolato "*Regolamento recante disposizioni in materia di modalità di calcolo e liquidazione dei compensi degli amministratori giudiziari iscritti all'albo di cui al decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14*" entrato in vigore il 25 novembre 2015.

Soltanto in seguito all'emissione del decreto di confisca emesso dalla Corte d'Appello — passando l'amministrazione dei beni all'Agenzia Nazionale — l'amministratore giudiziario potrà richiedere al giudice delegato la liquidazione del proprio compenso per l'attività di amministrazione svolta dalla data di emissione del decreto di sequestro fino alla data di emissione del decreto di confisca di secondo grado, applicando le disposizioni contenute nel citato d.P.R. n. 177/2015. Occorre precisare che la carica di amministratore giudiziario non è soggetta all'istituto della prorogatio e che quindi cessa immediatamente con l'emissione del decreto di confisca di secondo grado da parte della Corte d'Appello. Il professionista a questo punto non è più titolato ad operare fino a quando riceverà la nomina a coadiutore da parte dell'Agenzia Nazionale.

3. La funzione del coadiutore dell’Agenzia Nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (ANBSC)

L’Agenzia Nazionale per l’Amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata altresì detta Agenzia Nazionale ovvero ANBSC è stata istituita d.l. 4 febbraio 2010, n. 4.

Il Codice Antimafia come oggi modificato dalla l. n. 161/2017 prevede che dall’emissione del decreto di confisca emesso dalla Corte d’Appello l’amministrazione dei patrimoni confiscati viene affidata all’Agenzia Nazionale che nomina un proprio coadiutore generalmente individuato nel professionista nominato in precedenza amministratore giudiziario dal tribunale con la finalità e l’utilità di mantenere una continuità nell’attività di gestione.

Nel concreto quindi la gestione del patrimonio è affidata al coadiutore che opera sotto la direzione dell’Agenzia Nazionale, la quale a sua volta deve richiedere il nulla osta al giudice delegato per il compimento degli atti gestori. A quest’ultima si applicano dunque tutte le disposizioni attinenti all’amministratore giudiziario contenute nel citato art. 35 del Codice Antimafia.

4. Criticità connesse all’amministrazione dei beni in fase di sequestro, aziende incluse

Molteplici sono le difficoltà che incontra l’amministratore giudiziario fin dalla fase di immissione in possesso del patrimonio colpito dalla misura. Alcune però costituiscono delle vere e proprie criticità che richiedono uno specifico intervento normativo al fine di agevolare ed ottimizzare al meglio l’attività gestoria svolta dal professionista ausiliario dell’Autorità Giudiziaria.

A parere di chi scrive però, le difficoltà maggiori che assumono la veste di vere e proprie criticità sono rappresentate dalle attività connesse alla gestione delle aziende sequestrate attinenti i rapporti che l’amministratore giudiziario e l’azienda stessa deve intrattenere con la pubblica amministrazione e con il sistema bancario-finanziario.

È doveroso difatti rilevare che l'Agenzia delle Entrate (AdE) e l'Agenzia delle Entrate Riscossione (AdER) nonché l'INPS, invece di mantenere aperte le posizioni debitorie fiscali e previdenziali delle aziende di capitali nonché delle ditte individuali sottoposte a sequestro o confisca, le collegano al codice fiscale dell'amministratore giudiziario come persona fisica promuovendo anche azioni esecutive nei confronti dello stesso come fossero suoi debiti personali. Tutto ciò non soltanto provoca notevoli danni erariali, ma soprattutto crea notevoli danni all'ausiliario che al termine della procedura — quindi dopo aver lavorato per ben e a volte oltre due anni — al momento di dover percepire il proprio compenso si vede pignorati i compensi poiché prima di procedere al pagamento degli stessi, il funzionario del tribunale deve esperire la verifica della regolarità fiscale prevista dall'art. 80, comma 4, del d.lgs. 50/2016.

Si ricorda inoltre che la Legge n. 205/2017 ha ridotto — con decorrenza dal 1° marzo 2018 — da 10.000 a 5.000 euro il limite minimo di importo per la verifica dei pagamenti della pubblica amministrazione prevista dall'art. 48-*bis* del d.P.R. n. 602/1973.

Ciò significa costringere l'amministratore giudiziario a ricorrere presso il tribunale per far riconoscere da un giudice civile l'assurdità della vicenda a proprie spese, ma soprattutto quel che più rende grave il comportamento della PA è che pignorando il compenso dell'amministratore giudiziario si provocano notevoli danni alla sua attività professionale e non solo, nelle more dell'esito dei giudizi civili che in media si protraggono per cinque anni.

In più alcuni amministratori giudiziari hanno subito pignoramenti di conti correnti, di compensi nonché segnalazioni in Crif per debiti maturati dalle società sequestrate e confiscate a loro affidate dall'Autorità Giudiziaria.

È evidente che lo Stato non può promuovere la lotta alla criminalità organizzata in danno dei professionisti qualificati ai quali affida detti procedimenti.

La pubblica amministrazione non è adeguatamente formata e organizzata per gestire gli aspetti di loro interesse che attengono i soggetti colpiti dai provvedimenti di sequestro e di confisca. I software nonché la stessa modulistica dei dichiarativi fiscali non prevede l'inserimento della figura dell'amministratore giudiziario e spesso quando ci si rivolge

direttamente agli uffici non soltanto non si riceve la necessaria collaborazione e la dovuta attenzione ad una procedura d'interesse pubblico così rilevante e delicata, ma spesso l'amministratore giudiziario viene trattato al pari di un delinquente o di un evasore se non addirittura peggio. In altri casi presso altre amministrazioni pubbliche, la trascrizione del decreto di sequestro ovvero anche del controllo giudiziario non viene trascritta correttamente selezionando la sola casellina che la schermata dell'applicativo in uso consente, trascrivendo quindi un provvedimento o una carica per un'altra creando notevoli danni alle aziende sottoposte a misura. Ad esempio, recentemente in una procedura è stato disposto dal tribunale il controllo giudiziario mentre il pubblico registro automobilistico invece aveva trascritto un decreto di sequestro, provocando il blocco delle targhe impedendo l'esecuzione della revisione sui veicoli e di fatto bloccando l'attività aziendale per alcuni giorni provocando ovviamente notevoli danni.

5. Criticità connesse all'amministrazione dei beni confiscati, aziende incluse

All'esito della fase cautelare introdotta con il decreto di sequestro ex art. 20 d.lgs. n. 159/11 — qualora ne sussistano i presupposti — il tribunale emette il decreto di confisca dei beni per i quali non ne sia stata provata la provenienza lecita. In seguito alle modifiche apportate dalla l. n. 161/2017 la gestione del patrimonio confiscato è affidata all'Agenzia Nazionale soltanto in seguito all'emissione del decreto di confisca di secondo grado emesso dalla Corte d'Appello, e come già accennato l'amministratore giudiziario nominato dal tribunale — se accetta — viene nominato coadiutore dell'Agenzia Nazionale. È doveroso rilevare che il legislatore sebbene abbia apportato una modifica molto importante, tuttavia sotto il profilo gestorio-operativo detto sforzo non sembra soddisfare ancora la necessaria e doverosa tempestiva solerzia. Difatti mentre nella fase cautelare del sequestro e nella fase di confisca di primo grado l'amministratore giudiziario si rapporta tempestivamente con il giudice delegato il quale prontamente adotta i provvedimenti ritenuti necessari ed adeguati, non si può davvero affermare lo stesso per ciò che

concerne l'Agenzia Nazionale che si muove sempre con le tempistiche tipiche della pubblica amministrazione.

La lentezza che caratterizza l'attività dell'Agenzia Nazionale molto spesso vanifica tutto l'impegno profuso nelle fasi precedenti dal tribunale, dal giudice delegato, dalla polizia giudiziaria nonché dallo stesso coadiutore nella precedente veste di amministratore giudiziario.

È evidente che questa formula, questo modo di operare non è adeguato ad un'attività così delicata e di rilevante interesse pubblico poiché di grande impatto nell'economia reale del Paese.

6. L'Agenzia Nazionale per l'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata

È un'agenzia governativa sottoposta alla vigilanza del Ministro dell'Interno istituita con il d.lgs. n. 14/2010 come sopra già accennato. Il personale dipendente in servizio presso l'Agenzia è prevalentemente costituito da risorse distaccate da altre amministrazioni. Per tale ragione il personale spesso non è adeguatamente formato, ma soprattutto è sottodimensionato e si trova a gestire un numero esagerato di procedure rispetto alle risorse in organico.

A tal proposito sottolineo l'inadeguatezza — a mio modesto avviso — delle disposizioni contenute al comma 2-ter dell'art. 35 CAM, il quale prevede la possibilità di nominare amministratore giudiziario il personale dell'Agenzia senza prevedere ulteriori emolumenti, probabilmente credendo così di risparmiare sui compensi da corrispondere agli amministratori giudiziari considerando che la stessa Agenzia Nazionale non corrisponde il compenso dovuto ai suoi coadiutori.

Tutto ciò sembra veramente uno strano modo di combattere la criminalità organizzata.

7. Proposte di modifica della normativa

Probabilmente ogni soggetto che opera nell'ambito della normativa in esame avrà individuato dei punti deboli da migliorare. A mio avviso,

sulla base della mia trentennale esperienza professionale nonché sulla base delle sempre più mutevoli condizioni sociali del Paese si rende opportuno e necessario, modificare e migliorare un ottimo strumento di lotta alla criminalità organizzata utile per colpire quei patrimoni frutto di attività delittuose che inquinano l'economia reale attraverso le operazioni di reimpiego in aziende che operano nei più differenti mercati economici e che costituiscono per l'appunto il tessuto economico del Paese.

Per tale ragione illustro di seguito alcune modifiche suggerite dall'esperienza professionale mia e di molti altri colleghi.

È necessario e doveroso inserire chiari precetti che tutelino la delicata ed importante attività svolta dall'amministratore giudiziario, figura professionale non adeguatamente valutata ma che invece svolge una funzione relevantissima di raccordo tra le disposizioni dell'Autorità Giudiziaria ed il patrimonio colpito dalle misure ed il tessuto economico–sociale del Paese.

Nell'impossibilità ormai certa e documentata di risolvere le problematiche in autotutela, è doveroso prevedere espressamente il divieto per la Pubblica Amministrazione con particolare e specifico riferimento all'Agenzia delle Entrate, all'Agenzia delle Entrate Riscossione, all'INPS, all'INAIL, agli Enti Previdenziali più in generale, agli Istituti di credito nonché ai soggetti segnalatori delle operazioni finanziarie ed operazioni sospette presso l'UIF e la Ce.Ri. (Centrale Rischi) della Banca d'Italia, di utilizzare il codice fiscale personale dell'amministratore giudiziario per collegare debiti propri dei soggetti colpiti da sequestro o confisca antimafia — siano essi persone fisiche o giuridiche — e promuovere nei confronti dello stesso azioni esecutive sul suo patrimonio personale; il divieto di segnalare alle Centrali Rischi, alla Crif ed ad ogni altro Istituzione di carattere finanziario la persona fisica dell'amministratore giudiziario per posizioni debitorie proprie dei soggetti colpiti dalle misure in esame.

La normativa attribuisce giustamente una priorità assoluta al procedimento di prevenzione che però non viene riconosciuta anche nei confronti dell'attività svolta dall'amministratore giudiziario poiché ad esempio, nel caso non gli venisse riconosciuto un compenso adeguato e lo stesso si dovesse vedere costretto ad impugnare il decreto di liquidazione del proprio compenso, ad oggi dovrà ricorrere prima in Corte

d'Appello penale e successivamente — in caso non avesse soddisfazione — sarà costretto a ricorrere al giudice civile, totalmente estraneo alla materia e per tale ragione non in grado di valutare il peso dell'impegno profuso e la complessità dell'attività di amministrazione richiesta dal procedimento di prevenzione ai fini — ad esempio — della quantificazione del compenso stesso e delle maggiorazioni previste dal citato d.P.R. n. 177/2015. A mio parere sarebbe sicuramente più coerente ed anche più conveniente per l'amministrazione della giustizia non caricare ulteriormente la giustizia civile di procedimenti che possono essere decisi in minor tempo e maggior cognizione di causa dal giudice della prevenzione. Non riconoscere tale priorità anche al contributo approntato dall'amministratore giudiziario della gestione dei procedimenti di prevenzione, significa squalificare la sua figura e la sua funzione pubblica ritenuta invece socialmente molto rilevante al punto che la normativa stessa gli attribuisce la qualifica di pubblico ufficiale.

Occorre poi prendere consapevolezza che l'amministratore giudiziario lavora in media per due anni senza percepire alcun compenso — poiché sebbene sia consentito liquidare acconti di fatto ciò non avviene con facilità — e dopo l'emissione del decreto di liquidazione fino al momento effettivo del pagamento può trascorrere anche un altro anno nei grandi tribunali. Per tale ragione e per le motivazioni appena sopra rappresentate, sarebbe coerente e corretto riconoscere la stessa priorità sopra citata anche al pagamento del compenso dell'amministratore giudiziario, considerata l'importante funzione pubblica svolta.

Per le stesse motivazioni, sarebbe coerente e corretto impugnare eventuali atti e azioni esecutive esperite dall'Agenzia delle Entrate, dall'Agenzia delle Entrate Riscossione, INPS ecc. innanzi al giudice della prevenzione, evitando così non soltanto di sovraccaricare la giustizia civile, ma anche di provocare notevoli danni economici non soltanto all'amministratore giudiziario ma allo stesso Erario.

Altre modifiche sarebbero necessarie con specifico riguardo all'Agenzia Nazionale. Sarebbe decisamente più opportuno ed economicamente conveniente per l'Erario prevedere il passaggio dell'amministrazione dei patrimoni all'Agenzia Nazionale soltanto con l'emissione del decreto di confisca definitivo, affinché la stessa possa dedicarsi esclusivamente all'amministrazione dei patrimoni da destinare.

Analogamente a quanto appena rappresentato per il compenso dell'amministratore giudiziario liquidato dal tribunale, anche il compenso del coadiutore dovrebbe essere liquidato e corrisposto dall'Agenzia Nazionale con assoluta priorità mentre invece è noto ormai a chiunque operi nel settore che l'Agenzia è solita non corrispondere il compenso dovuto ai propri coadiutori neanche in presenza di un decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo. Al fine di non dilatare ulteriormente i tempi, la normativa dovrebbe stabilire l'obbligo di liquidazione e di corresponsione del compenso ai coadiutori entro un limite massimo di un mese dalla data di emissione del decreto di confisca definitiva, prevedendone l'eventuale impugnazione innanzi al giudice delegato della prevenzione vietando il ricorso al giudice civile, non competente per la materia come sopra già rappresentato.

AFFIDAMENTO *IN HOUSE* DEL SERVIZIO PUBBLICO TRA NORMATIVA NAZIONALE E COMUNITARIA

VALERIA GORGOGNONE

La disciplina del pubblico servizio è stata interessata da profonde evoluzioni dettate dai mutamenti economico-sociali dello Stato e dallo sviluppo dell'ordinamento europeo.

Ad oggi, la materia è regolata dal Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) e dal TU delle società partecipate (d.lgs. 175/2016) che, in coordinazione con il diritto unionale e con le disposizioni comunitarie, fornisce un quadro normativo articolato e complesso.

La giurisprudenza, ai sensi dell'art. 41, comma 3, Cost., ha definito "pubblico" il servizio che la Pubblica Amministrazione è obbligata ad erogare per soddisfare bisogni della collettività in via diretta o mediante la concessione a soggetti pubblici o privati, ferma restando la titolarità del servizio in capo all'amministrazione.

La direttiva 2014/24/UE impone norme procedurali, per appalti e concorsi pubblici, atte a garantire il rispetto dei principi di parità e non discriminazione dell'operatore economico, trasparenza e proporzionalità dell'agire pubblico e tutela della concorrenza.

Per "amministrazioni" si intende, ai sensi dell'art. 2, lo Stato, le autorità regionali o locali, gli organismi di diritto pubblico, le loro associazioni, le amministrazioni sub-centrali e gli organismi di diritto pubblico.

In sostanza, per l'erogazione di un pubblico servizio l'amministrazione deve esperire una procedura ad evidenza pubblica, tra quelle

indicate agli artt. 25 e ss., che garantisca i principi concorrenziali imposti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

La stessa normativa, nella sezione III, artt. 7-12, prevede — in maniera tassativa — le fattispecie non soggette ai vincoli imposti.

Ai sensi dell'art. 12 sono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva gli appalti pubblici che soddisfano determinate condizioni: trattasi del c.d. affidamento in house.

L' "*in house providing*" (o affidamento diretto) è un istituto di matrice comunitaria mediante il quale l'amministrazione affida, senza necessità di una gara ad evidenza pubblica, compiti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o alla gestione di servizi pubblici, derogando alle regole sulla concorrenza stabilite dagli artt. 101-109 TFUE.

In particolare, l'amministrazione può affidare direttamente appalti e concessioni quando l'organismo affidatario, seppur dotato di autonoma personalità giuridica, presenti caratteristiche tali da equipararlo ad un ufficio interno dell'amministrazione affidante.

L'amministrazione non ricorre effettivamente al mercato in quanto autoproduce o eroga i servizi pubblici "*manu propria*".

Questa equiparazione ha luogo in presenza di due requisiti: la possibilità, da parte dell'amministrazione affidante, di un controllo analogo a quello che potrebbe esercitare sui propri uffici; lo svolgimento da parte della società affidataria della "maggior parte" della propria attività con l'amministrazione affidante.

L'ente pubblico, quindi, deve essere in grado di esercitare un'influenza dominante sugli obiettivi strategici e sulle maggiori decisioni dell'organismo affidatario (art. 12, comma 3, lettere *i*, *ii*, *iii*), direttiva 2014/24/UE).

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha imposto la necessaria partecipazione totalitaria dell'amministrazione nella società controllata, posto che la presenza di partecipazioni private potrebbe escludere il controllo analogo.

Il comma 3 dell'art. 12, inoltre, legittima l'amministrazione a ricorrere all'affidamento diretto anche quando il requisito del controllo analogo è soddisfatto da più amministrazioni aggiudicatrici in concorso tra di loro (controllo analogo pluripartecipato).

In tal senso si è allineato il TU sulle società partecipate (d.lgs. 175/2016) che, recependo la direttiva 2014/24/UE, ha fornito una disciplina all'affidamento diretto.

Ciò nonostante, la normativa italiana diverge sotto diversi profili dalle norme comunitarie.

L'art. 12 della direttiva 2014/24/UE prevede, tra i requisiti per l'affidamento diretto, che l'attività della società controllata sia svolta «oltre l'80% nell'esecuzione dei compiti ad esso affidati dall'amministrazione controllante».

L'art. 16 TU ha modificato il requisito quantitativo, sostituendo «oltre l'80%» con «almeno l'80%».

Un'interpretazione rigorosa dell'art. 12 potrebbe portare l'art. 16 TU ad un contrasto con i principi generali a tutela della concorrenza in quanto abbassa la soglia minima di svolgimento dell'attività.

Analoghi problemi si riscontrano in relazione al regime eccezionale o ordinario dell'affidamento in house.

La Corte di Giustizia UE, preliminarmente, ha affermato che la finalità degli artt. 42, 49 e 86 del TFUE (tutela del mercato e concorrenza) ed i principi della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, non ostano alla possibilità per l'amministrazione di affidare direttamente il servizio ad una società di cui il soggetto pubblico detenga l'intero capitale, a patto che sussistano i requisiti del controllo analogo e della prevalente attività svolta a favore del soggetto pubblico.

La ratio della normativa comunitaria, secondo l'interpretazione della Corte, non è la tutela della concorrenza — che imporrebbe una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di un servizio — ma il rispetto della tutela del mercato, della non discriminazione e trasparenza delle procedure.

La Corte, quindi, ritiene legittima la normativa nazionale che consente ad un ente pubblico di attribuire in via diretta la gestione di pubblici servizi a società in mano pubblica e rimette alla discrezionalità dell'amministrazione.

A livello europeo l'affidamento in house è un modello generale, non essendoci alcun ostacolo comunitario all'autoproduzione.

Il Consiglio di Stato, in armonia con l'orientamento comunitario, ha conferito natura ordinaria all'affidamento diretto, motivando

la decisione in virtù dell'art. 118 Cost. che, conferendo alle Pubbliche Amministrazioni e agli Enti Locali ampia autonomia organizzativa, implicitamente, riconosce la facoltà di autoproduzione del pubblico servizio.

Del resto, la Consulta (sent. 46/2013) aveva già osservato che la società in house altro non è che una "*longa manus*" della pubblica amministrazione, tale che l'affidamento diretto non configura un rapporto contrattuale intersoggettivo, nè tantomeno l'ente in house può considerarsi terzo, ma deve essere considerato come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa.

Ed è proprio in tal senso che è possibile derogare alle regole sulla concorrenza imposte dal Trattato.

Ciò nonostante, la normativa italiana propende, formalmente, per un regime eccezionale e derogatorio dell'affidamento in house.

Il TU del 2016 ed il Codice dei contratti pubblici (art. 192, comma 2, d.lgs. 50/2016) limitano la facoltà di ricorso all'autoproduzione alla sussistenza di due requisiti: il fallimento del mercato e la specifica motivazione.

Il Consiglio di Stato ha dubitato della legittimità comunitaria dei presupposti sanciti dal Codice dei contratti pubblici in quanto divergenti rispetto al diritto dell'Unione che, invece, ritiene fondamentali i principi di libera amministrazione delle autorità pubbliche, di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche.

La questione è stata risolta dalla Corte di Giustizia UE che, con sentenza 6 febbraio 2020, in C-89/19, C-90/19, C-91/19, ha rimesso alla discrezionalità dello stato la scelta in merito alla configurazione come ordinaria o eccezionale del regime in house.

Ad analoghe conclusioni è giunta la Consulta con sent. 100/2020 in relazione alla legittimità dell'art. 192 d.lgs. 50/2016, poiché sospetta di violazione del divieto di "*gold plating*".

Esso consiste nel divieto, per lo Stato membro, di porre oneri ulteriori rispetto a quelli forniti dalle direttive UE.

La norma impone all'amministrazione che voglia affidare direttamente i propri servizi l'iscrizione in un apposito registro tenuto dall'ANAC, la cui pubblicità ha valore dichiarativo.

La richiesta di iscrizione, inoltre, deve contenere specifica motivazione circa le ragioni del mancato ricorso al mercato.

La Corte Costituzionale ha affermato che il requisito di motivazione è pienamente legittimo in quanto incentiva e non ostacola il ricorso al mercato.

In pratica, il ricorso all'affidamento diretto è giustificato dalla sostanziale identità tra amministrazione affidante e società affidataria.

Se, al contrario, la società in house dovesse aver bisogno di un soggetto esterno per gli svolgimenti dei servizi, dovrà svolgere una gara ad evidenza pubblica in quanto viene meno la possibilità di esercizio del “controllo analogo” e si realizza una sostanziale ed effettiva alterità tra Pubblica Amministrazione e gestore del servizio.

Altro punto di frizione tra normativa interna ed europea si rinviene tra l'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016 e l'art. 12, comma 1, lett. c), direttiva 2014/24/UE.

La norma comunitaria richiede, ai fini dell'affidamento diretto, che nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione privata.

L'art. 17 del TU del 2016, invece, consente l'affidamento in house anche a società a partecipazioni privata a patto che: la scelta del soggetto privato avvenga con una gara ad evidenza pubblica; la quota di partecipazione del soggetto privato non sia inferiore al 30%; il possesso da parte del socio privato dei requisiti di qualificazione previsti dalla norma legale o regolamentaria; il bando di gara specifichi l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generale di carattere tecnico ed economico-finanziario ed il criterio di aggiudicazione.

In realtà, la norma presuppone l'esperimento della gara almeno per la scelta del socio privato. Ciò basta ad escludere la riconducibilità della disposizione ad un effettivo “affidamento diretto”.

Il quadro normativo finora esposto va integrato con le disposizioni della legge 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015) e del d.l. 13 agosto 2011, n. 138.

In particolare, l'art. 1, commi 611 e 612, della legge di stabilità 2015 prevede che, al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato, le regioni

[...] e gli enti locali devono avviare un processo di razionalizzazione delle società in modo da conseguire la riduzione delle stesse.

La lett. *d*), inoltre, prevede che la riduzione delle società pubbliche possa essere eseguita anche mediante l'aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Ai sensi dell'art. 3-*bis*, comma 2-*bis*, del decreto-legge del 13 agosto 2011, n. 138, l'operatore economico succeduto al concessionario iniziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, fermo restando il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente, prosegue nella gestione del servizio fino alle scadenze previste.

In sostanza, la normativa italiana ammetterebbe, in seguito ad aggregazioni di società di servizi pubblici locali (in ottica della realizzazione degli obiettivi posti dalla legge di stabilità del 2015), la prosecuzione automatica della gestione del servizio inizialmente affidata "*in house*" alla società acquisita fino alle scadenze previste.

In tal modo verrebbe garantito il principio di continuità del servizio pubblico — che impone l'erogazione stabile del servizio — ed un risparmio di spesa pubblica.

Dubitando della legittimità comunitaria di tali norme, il Consiglio di Stato ha sollevato questione pregiudiziale in relazione alla compatibilità della disciplina nazionale con la direttiva 2014/24.

La quarta sezione della Corte di Giustizia UE, con sentenza 12 maggio 2022, n. 719/20 ha sancito l'incompatibilità della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio con la normativa nazionale in forza della quale l'esecuzione di un appalto pubblico, aggiudicato inizialmente, senza gara, ad un ente *in house*, sul quale l'amministrazione aggiudicatrice esercitava, congiuntamente, un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, sia proseguita automaticamente dall'operatore economico che ha acquisito detto ente, al termine di una procedura di gara, qualora detta amministrazione aggiudicatrice non disponga di un simile controllo su tale operatore e non detenga alcuna partecipazione nel suo capitale.

Le motivazioni della sentenza possono essere così riassunte.

L'art. 12 della direttiva 2014/24/UE subordina la legittimità dell'affidamento *in house* alla possibilità, per l'amministrazione

aggiudicatrice, di esercitare un controllo analogo a quello che eserciterebbe sui propri servizi.

Il controllo analogo, ai sensi del comma 3 dell'art. 12, può essere anche realizzato da più amministrazioni aggiudicatrici tra loro.

L'assenza della procedura di aggiudicazione deriva, quindi, dall'esercizio sull'ente affidatario del controllo analogo e dalla prevalenza dell'attività esercitata congiuntamente all'amministrazione.

È opportuno ricordare che le società affidatarie, seppur gestori di servizi pubblici, sono soggette all'ordinare vicende societarie disciplinate dal codice civile, quali acquisizione, fusione e scissione.

In tal senso, l'art. 72, paragrafo 1, lettera *d)*, *ii)* della direttiva 2014/24, prevede, in caso di acquisizione della società aggiudicataria, che il nuovo contraente — acquirente dell'originario affidatario — possa continuare a gestire il servizio a patto che soddisfi i requisiti qualitativi stabiliti inizialmente e purché ciò non implichi modifiche sostanziali di contratto.

Quindi, in forza dell'art. 12, paragrafi da 1 a 3, della direttiva 2014/24, occorre, nel caso di servizio affidato in house, che la nuova società sia sottoposta al “controllo analogo” e che oltre l'80% della propria attività sia esercitata a favore dell'ente locale.

Di talché, attraverso l'acquisizione, l'ente locale non è più in grado di esercitare alcun controllo in quanto le sue quote, prive di influenza dominante nelle scelte societarie, concorrono con altre.

Anche ipotizzando che il nuovo operatore sia a partecipazione pubblico-privata, sarebbe necessaria una gara ad evidenza pubblica e la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 17 del d.lgs. 175/2016.

Viene meno, dunque, l'identità sostanziale tra pubblica amministrazione e società affidataria, che comporta la necessaria procedura ad evidenza pubblica prescritta dalla direttiva 2014/24/UE per la tutela della concorrenza e del mercato.

Per tali motivi, l'art. 3-*bis*, comma 2-*bis*, del decreto-legge del 13 agosto 2011, n. 138 che prevede la prosecuzione del servizio in capo all'operatore economico succeduto a causa di vicende societarie, si pone in contrasto con la normativa comunitaria in quanto non prevede il controllo pregnante dei requisiti imposti dall'art. 12 della direttiva 2014/24/UE.

NOTA A SENTENZA CASSAZIONE SEZ. UN. 33645/2022 E SEZ. UN. N. 33659/2022

ANGELO GERMINARIO

Con la pronuncia in rassegna le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nel comporre un contrasto interno tra sezioni semplici, hanno fatto luce sulla questione della configurabilità di un danno c.d. *in re ipsa* nell'ipotesi di occupazione *sine titulo* di un immobile chiarendo che il fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento è rappresentato dalla concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento (diretto o indiretto mediante concessione del godimento ad altri dietro corrispettivo) che è andata perduta e, al contempo, specificando quali siano i criteri da seguire per la liquidazione del relativo danno, nella duplice componente della perdita subita e del mancato guadagno.

Il dibattito sviluppatosi precedentemente a tale arresto, florido di posizioni divergenti, è riassumibile in tre distinti orientamenti: Secondo una prima impostazione, condivisa dalla Seconda Sezione della Cassazione, il danno da occupazione senza titolo sussista *in re ipsa* in quanto la perdita di un bene immobile si sostanzierebbe nella perdita della facoltà di godere e di disporre del bene stesso.

Tali facoltà sono insite nel diritto di proprietà e ne rappresentano il normale utilizzo secondo l'*id quod plerumque accidit* e pertanto si può presumere che per il semplice fatto dell'occupazione abusiva il soggetto abbia subito un danno. Il danno *in re ipsa* significherebbe, in altre parole, prova *in re ipsa*, per cui altro non sarebbe che di una forma di

presunzione ricavata dai fatti noti della condotta *non iure* dell'occupante e della tipologia del bene destinato ad impiego fruttifero.

La quantificazione del danno da risarcire, secondo la tesi in commento, può essere operata dal giudice facendo riferimento al valore locativo del bene abusivamente occupato, ferma restando, in alternativa, la possibilità di una liquidazione in via equitativa. Tale presunzione avrebbe carattere non già assoluto ma relativo, *iuris tantum*, lasciando inalterata la possibilità, per il convenuto, di fornire prova contraria, ossia la prova che il proprietario non avrebbe comunque sfruttato economicamente l'immobile. La critica che è stata mossa a tale ricostruzione è l'apoditticità dell'affermazione per cui il bene immobile sarebbe dotato di una vocazione intrinsecamente fruttifera: essa sarebbe smentita, tra gli altri, dall'istituto giuridico dell'usucapione, il quale conferma proprio come non sempre il proprietario scelga di mettere l'immobile a frutto e che, pertanto, anche il non uso rientra tra le prerogative del titolare del diritto di proprietà.

Un secondo orientamento si è, invece, ispirato alla teoria causale del danno: il pregiudizio risarcibile non è dato dalla lesione della situazione giuridica, ma dal danno conseguenza, derivato dall'evento, corrispondente alla detta lesione.

Il danno conseguente all'impossessamento *sine titulo*, per essere risarcito, dovrebbe essere allegato e provato anche a mezzo di presunzioni, senza poter essere confuso con l'evento di danno rappresentato dalla mancata disponibilità dell'immobile a causa della abusiva occupazione.

Tale impostazione riconduce, pertanto, il danno da occupazione abusiva alla categoria del danno-conseguenza, da ciò derivando la necessità per il danneggiato di provare l'effettiva lesione arrecata al proprio patrimonio per non aver potuto sfruttare economicamente il bene, ad esempio locandolo, vendendolo, o utilizzandolo in altro modo. Tale orientamento, sposato dalla Terza Sezione rimettente, fa proprio il timore, caro alla nostra tradizione civilistica in materia di responsabilità civile, che l'ammissione di un danno *in re ipsa* possa intaccare la funzione compensativo-riparatoria del risarcimento, aprendo la strada ad una sorta di danno punitivo, in mancanza di una specifica indicazione legislativa in tal senso e ben oltre i confini entro cui è riconosciuto dalla giurisprudenza.

In via mediana, poi, si colloca una terza impostazione giurisprudenziale che tende a stemperare la portata del contrasto ritenendo che la questione possa essere ricomposta mediante la prova presuntiva del danno. Si osserva, in tal senso, che il contrasto giurisprudenziale sarebbe soltanto apparente, in quanto la tesi del danno *in re ipsa* non prescinde dall'accertamento di un danno effettivo, ma si limita ad affidarlo alla prova logica presuntiva.

Le Sezioni Unite con l'arresto in commento hanno risolto il contrasto ammettendo in linea di principio il concetto di danno *in re ipsa* nell'ipotesi dell'occupazione *sine titulo* del terzo, salvo poi attenuare la soluzione sul piano pratico.

Tre principi di diritto sono espressamente enunciati:

1. nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da perdita subita è la concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento, diretto o indiretto mediante concessione del godimento ad altri dietro corrispettivo, che è andata perduta;
2. nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, se il danno da perdita subita di cui il proprietario chieda il risarcimento non può essere provato nel suo preciso ammontare, esso è liquidato dal giudice con valutazione equitativa, se del caso mediante il parametro del canone locativo di mercato;
3. nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da mancato guadagno è lo specifico pregiudizio subito, quale quello che, in mancanza dell'occupazione, egli avrebbe concesso il bene in godimento ad altri verso un corrispettivo superiore al canone locativo di mercato o che lo avrebbe venduto ad un prezzo più conveniente di quello di mercato.

Le S.U. riconoscono quindi la figura del danno in sé ammettendo che l'occupazione senza titolo sia fattispecie del diritto al risarcimento del danno per la sua attitudine a ostacolare o escludere il diritto di godimento. Con questa posizione, riflessa dal primo principio di diritto, sembra superata la posizione ostile della Terza Sezione che, per esigenze di sistema, mira ad evitare il riconoscimento stesso della figura in linea di principio.

Contemporaneamente, però, è inserito un robusto freno alla potenzialità espansiva di tale riconoscimento. Invero, il danno in questione deve essere inteso, secondo il Supremo consesso, quale danno da perdita subita e dunque danno emergente che deve concretarsi in una perdita della effettiva possibilità di esercizio del diritto di godimento del bene, diretto o indiretto mediante la concessione in locazione dell'immobile. La perdita subita non può, pertanto, ritenersi presunta ed insita nello status di proprietario del bene, ma dev'essere legata alla prova dell'effettivo impedimento di godere del bene. Diversamente opinando si aprirebbe la strada ad un risarcimento automatico che prescinderebbe dalla gravità del danno e dalla sua antigiuridicità, che per giunta non ammetterebbe prova contraria e ciò sarebbe inaccettabile. Non verrebbe in ogni caso in essere, come sostenuto dalla Terza Sezione, un danno punitivo, per il quale servirebbe un *quid pluris* che colleghi la riparazione della perdita subita alla riprovevolezza della condotta del danneggiante, con un'amplificazione della componente riparatoria in misura proporzionale al grado della colpa o all'intensità del dolo del danneggiante.

Detto esito interpretativo, per quanto riguarda la lesione della facoltà di godimento, resta coerente al significato di danno risarcibile quale perdita patrimoniale subita in conseguenza di un fatto illecito. In particolare, la linea da perseguire è quella del punto di mediazione fra la teoria normativa del danno, emersa nella giurisprudenza della Seconda Sezione civile, e quella della teoria causale, sostenuta dalla Terza Sezione civile, e, al fine di salvaguardare tale punto di mediazione, l'estensione della tutela dal piano reale a quello risarcitorio, per l'ipotesi della violazione del contenuto del diritto, deve lasciare intatta la distinzione fra le due forme di tutela;

La distinzione fra azione reale e azione risarcitoria è, invero, il riflesso processuale di quella sostanziale fra regole di proprietà e regole di responsabilità, sicché la tutela reale è orientata al futuro e mira al ripristino dell'ordine formale violato mediante l'accertamento dello stato di diritto e la rimozione dello stato di fatto contrario al diritto soggettivo, mentre l'azione risarcitoria è orientata al passato e costituisce il rimedio per la perdita subita a causa della violazione del diritto costituendo la misura riparatoria per la concreta lesione del bene della vita verificatasi in

conseguenza della condotta abusiva dei terzi. In altri termini, mentre la tutela reale costituisce il rimedio per l'alterazione dell'ordinamento formale, la tutela risarcitoria è compensativa del bene della vita perduto, secondo le modalità del danno emergente se la perdita patrimoniale (o non patrimoniale) è in uscita, del lucro cessante se la perdita è in entrata.

Proprio la distinzione fra le due forme di tutela comporta che il fatto costitutivo dell'azione risarcitoria non possa coincidere senza residui con quello dell'azione di rivendicazione, ma debba contenere l'ulteriore elemento costitutivo del danno risarcibile; ciò significa tenere ferma la distinzione, espressione della teoria causale del danno, fra causalità materiale e causalità giuridica.

Per quanto concerne, invece, la prova del danno la Corte utilizza il principio processuale di non contestazione e le presunzioni semplici.

Il danneggiato che chiede il risarcimento dovrà allegare la perdita di una concreta ed effettiva possibilità di godimento, potendo servirsi anche di presunzioni semplici, di fatti notori deducibili da fatti secondari: se tali circostanze non sono oggetto di contestazione, queste diventano fatti non controversi che escono così dal *thema probandum*, in quanto si considerano pacifici.

La contestazione del danneggiante, per vincere la presunzione, deve chiaramente essere più o meno specifica a seconda della circostanza che i fatti allegati siano notori o meno.

Il secondo principio di diritto espresso dalla Corte, invece, si occupa della determinazione del *quantum* nel caso, più o meno frequente, in cui sia particolarmente complessa la prova dell'ammontare preciso del pregiudizio concretamente subito: in tale circostanza il danno può essere liquidato dal giudice in via equitativa *ex* articolo 1226 c.c., eventualmente mediante il parametro del canone locativo di mercato.

Quanto poi al mancato guadagno, la Corte lo esemplifica nello specifico pregiudizio subito dal titolare del bene, coincidente con la mancata concessione, a causa dell'occupazione abusiva, del godimento ad altri verso un corrispettivo superiore al canone locativo di mercato ovvero la mancata vendita ad un prezzo più conveniente di quello di mercato. Questo pregiudizio deve ovviamente essere provato in maniera specifica, esulando dai fatti noti ed essendo circostanza possibile, ma eccezionale.

In buona sostanza la Corte sostiene che entrambe le voci di danno vanno provate: la distinzione sta nel fatto che il danno emergente, attenendo ad un'eventualità normale può essere oggetto di presunzioni semplici e del principio di non contestazione; il lucro cessante, invece, attenendo a fatti eccezionali, richiede una prova piena e compiuta, non potendo il danneggiato avvalersi di alcuna presunzione.

In altri termini, le Sezioni Unite aprono all'idea del danno *in re ipsa* inteso come effetto del mancato godimento, ma ne riducono immediatamente la portata impedendone l'espansione, imponendo la necessità della prova di un danno concretamente subito. La circostanza che l'esistenza di tale danno si possa provare per presunzioni non toglie che esso finisca sempre per consistere in un danno–conseguenza, in un fatto da allegare e provare quale fatto–pregiudizio conseguente al fatto–evento.

Questo attenua molto il riconoscimento iniziale della idoneità dell'occupazione abusiva a ledere il diritto di godimento: una lesione è concreta se è specifica, ed è specifica se non si riduce alla lesione generica del diritto di godimento. Si ricade inevitabilmente nel danno–conseguenza che il danneggiato ha l'onere di dimostrare. Non vi è, pertanto, alcuna forma di presunzione intesa come inversione dell'ordinario criterio di distribuzione dell'onere ex art. 2728 c.c.: la presunzione cui si fa ricorso è quella cui fa riferimento l'art. 2729 c.c., che presuppone gli ordinari oneri di allegazione e contestazione.

In chiusura di trattazione merita un'osservazione particolare un passaggio della pronuncia in commento in cui le Sezioni Unite affermano che

il “danno” di cui si fa menzione nella seconda parte dell'art. 2043 non è altra cosa rispetto al “danno ingiusto” di cui si parla nella prima parte della stessa norma: se non c'è danno conseguenza non c'è danno ingiusto.

In buona sostanza, la Suprema Corte finisce con l'equiparare il danno evento con il danno conseguenza, sancendone l'equiparazione in quanto — si sostiene — ciò che connota l'ingiustizia del danno sarebbe la conseguenza che da esso deriva. Prosegue la Corte asserendo che

causalità materiale e causalità giuridica non sono le fasi di una successione cronologica, ma i due diversi punti di vista in sede logico-analitica dell'unitario fenomeno del danno ingiusto, il quale non è identificabile se non alla luce di questa dualità di nessi causali, l'uno informato al criterio della regolarità causale, l'altro a quello della consequenzialità immediata e diretta: la distinzione tra i le due fasi sarebbe pertanto logica e non cronologica.

In questo assunto, peraltro ininfluenza ai fini del caso deciso e del tutto ultroneo rispetto alle conclusioni rassegnate, la Corte finisce per affermare che un danno ingiusto senza danno conseguenza non sarebbe affatto ingiusto.

Le conseguenze di tale asserzione sarebbero dirompenti da un punto di vista sistematico, in quanto legare il concetto di ingiustizia del danno alla conseguenza e dunque ammettere l'esistenza del danno-evento solo in presenza del danno-conseguenza ha ripercussioni sistemiche rilevanti.

Si pensi al risarcimento del *danno tanatologico*: si tratta di ipotesi in cui la morte del danneggiato sopraggiunga immediatamente a seguito di una condotta illecita, senza che vi sia un lasso temporale sufficientemente ampio perché lo stesso possa rendersi conto della fine della sua vita. La giurisprudenza ad oggi consolidata ritiene che tale circostanza non comporti un risarcimento del danno morale per la vittima, trasferibile *iure successionis* agli eredi, in quanto la morte così avvenuta non è produttiva di sofferenze (e dunque conseguenze) per il deceduto: ebbene affermare che non esiste danno ingiusto senza danno-conseguenza porterebbe al paradosso per cui l'azione che cagioni una morte immediata, non comportando conseguenze risarcibili, non sarebbe connotata dal carattere dell'ingiustizia.

Si pensi, poi, a tutti gli sforzi che sono stati fatti per ammettere dalla dottrina e dalla giurisprudenza l'azione di arricchimento mediante fatto ingiusto. Si tratta di casi in cui l'agente lede un diritto altrui mediante lo sfruttamento indebito di un suo bene e tale lesione procura al suo autore un profitto superiore al danno-conseguenza o addirittura in assenza totale di danno-conseguenza. Un soggetto, pertanto, si procura un profitto ingiusto perché frutto di un'ingiusta lesione: viene leso un diritto, senza tuttavia procurargli un danno conseguenza.

Tipico esempio legislativamente previsto è lo sfruttamento di un'opera intellettuale, dove il legislatore ha previsto delle norme *ad hoc* che consentono un'azione che permette di recuperare la "parte ingiusta" del profitto così realizzato.

Tanto la giurisprudenza, quanto la dottrina da anni si interrogano se nel nostro ordinamento sia ammissibile un'azione che consenta a colui che è stato vittima di una simile lesione ingiusta di recuperare quei profitti che il danneggiante ha ottenuto ingerendo indebitamente nella sfera giuridica del titolare del bene e disponendone in suo luogo e traendo dei frutti che, tuttavia, in concreto egli non avrebbe mai potuto trarre in quanto si era disinteressato del bene. Il danneggiato, insomma, non ha avuto un reale lucro cessante, mentre il danneggiante ha ottenuto invece un profitto ingiusto. Le Sezioni Unite del 2008 hanno ritenuto che in questi casi fosse applicabile la *negotiorum gestio* e che fosse applicabile analogicamente il 2032 c.c. occupandosi proprio della cosa data in locazione al condomino da comunista, senza il necessario consenso dell'altro. La più acuta dottrina finisce per ammettere l'esistenza di una deroga al generale divieto dell'*over-compensation*, in ragione del generale principio di causalità degli spostamenti patrimoniali, consentendo al soggetto che abbia subito un danno ingiusto di poter recuperare, mediante l'articolo 2041 c.c., i frutti indebitamente percepiti dal danneggiante mediante lo sfruttamento indebito dell'altrui bene.

Ebbene tutti gli sforzi sinteticamente richiamati verrebbero vanificati da questo passaggio della sentenza delle Sezioni Unite: se infatti si ammette che in assenza di conseguenza manchi l'ingiustizia, non si potrebbe parlare neanche di arricchimento mediante fatto ingiusto, perché non potremmo più qualificare quel fatto come ingiusto e pertanto sarebbe preclusa l'esperibilità del 2041 c.c.

In definitiva, dunque, cancellare la distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza è contrario alla storia del 2043 c.c., alla sua formulazione letterale, oltre che a stratificazioni giurisprudenziali e letteratura casistica.

L'INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO

LUIGI CORTELLINO

Ai sensi dell'art. 1322 del codice civile, enunciante il principio dell'autonomia contrattuale, le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto. Tale principio trova il suo fondamento anche nella Costituzione, che riconosce ai cittadini la libertà effettiva di esplicazione della personalità (art. 3) e tutela la libertà di iniziativa economica (art. 41). Difatti, tale autonomia concede ai contraenti la facoltà di determinare il contenuto del regolamento negoziale fissato dal contratto.

Tuttavia, lo stesso art. 1322 c.c. specifica che tale libertà deve essere confinata “nei limiti imposti dalla legge”. Da questa espressione già si evince come il contenuto del negozio giuridico non è necessariamente riservato alla sola volontà delle parti e alle determinazioni convenzionali da esse assunte.

Infatti, la fissazione degli effetti del contratto dipende dalla volontà delle parti, desunta dall'interpretazione del negozio giuridico, e dalle fonti che integrano la volontà.

In tal senso, è opportuno ricordare che in sede di esecuzione del contratto i destinatari delle norme interpretative, espresse negli artt. 1362–1371 c.c., sono le parti: l'interpretazione del contratto rientra nello sforzo diligente richiesto ex art. 1176 c.c. al debitore per l'esatto adempimento affinché la comune intenzione dei contraenti, qualora non sia nitida, venga chiarita con il significato che la legge reputa obiettivamente congruo.

Ulteriormente, l'art. 1374 c.c. prevede che il contratto obbliga le parti non solo a quanto stabilito nel medesimo, ossia nel regolamento negoziale, ma anche a tutte le conseguenze che derivano dalla legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità. Tale disposizione è da considerarsi come la base normativa della c.d. integrazione del contratto, con il quale si intende l'arricchimento del regolamento contrattuale attraverso fonti diverse dalla volontà delle parti, c.d. fonte eteronome.

Gli orientamenti passati non aderivano alla suddetta tesi, assurgendo a principio rigorosamente intangibile quello dell'autonomia negoziale.

La dottrina tradizionale riteneva che l'integrazione incidesse solo sul piano degli effetti del contratto, mentre il contenuto del medesimo era riservato esclusivamente alla volontà delle parti. In senso diametralmente opposto si colloca la dottrina più recente che ritiene coincidente la volontà dei contraenti con la volontà degli effetti giuridici, dato che le determinazioni contrattuali delle parti sono proprie volte a produrre gli effetti nella sfera giuridica propria e altrui.

Dunque, da quanto espresso dall'art. 1374 c.c., prima fonte eteronoma del contratto è la legge, da considerarsi in senso lato, comprendendo non solo la legge in senso formale o gli atti ad essi equiparati nella gerarchia delle fonti ma anche le leggi in senso sostanziale, così ricomprendendo anche atti amministrativi, tra cui le prescrizioni regolamentari delle Autorità indipendenti, le norme e le sentenze provenienti dal diritto comunitario in conseguenza della penetrazione nell'ordinamento italiano, e persino i principi della Convenzione CEDU.

Ulteriormente, l'art. 1374 c.c. sancisce una integrazione di secondo grado, in quanto in mancanza della legge, è necessario far riferimento agli usi e all'equità. Con i primi si intendono gli usi normativi (la consuetudine) espressi dagli art. 1 e 8 delle Preleggi, secondo due requisiti:

- uno di natura oggettiva: consistente nella uniforme e costante ripetizione di un dato comportamento;
- l'altro di natura soggettiva: consistente nella consapevolezza di prestare osservanza ad una norma giuridica.

Mentre si ritengono clausole contrattuali, i c.d. usi negoziali come espresso dall'art. 1340 c.c.: questa distinzione comporta importanti

differenze applicative in riferimento, per esempio, all'interpretazioni e all'onere probatorio.

Mentre, in via ulteriormente subordinata rispetto alla volontà delle parti, alla legge ed agli usi, l'art. 1373 c.c. contempla l'equità. Quest'ultima è tradizionalmente definita come la "giustizia del caso concreto"; invece, in ambito contrattuale, è intesa come il giusto comportamento delle contraenti in relazione allo scopo ed alla natura dell'affare. Dunque, un contratto equo è un contratto connotato da prestazioni che, in ragione dell'oggetto e della causa dell'operazione negoziale, possano dirsi tra loro equilibrate.

Alla luce di ciò, si comprende che l'integrazione del contratto è un fenomeno complesso che racchiude due tipologie di integrazione: suppletiva e cogente.

L'integrazione si ritiene suppletiva quando determina il contenuto del rapporto contrattuale in mancanza di una diversa previsione delle parti: essa supplisce alle lacune negoziali offrendo un sostegno all'autonomia privata, consentendo di realizzare gli interessi previsti dal contratto nonostante l'incompletezza del contenuto del negozio. Invece, si dice cogente quella integrazione che determina coattivamente il rapporto contrattuale malgrado una diversa volontà delle parti: essa si sovrappone ad un regolamento completo ma disapprovato dall'ordinamento perché violativo di norme inderogabili, espressive dei valori ed interessi ritenuti preminenti. La regola voluta dai contraenti e disapprovata dall'ordinamento viene così espulsa dall'assetto negoziale e sostituita con un'altra regola di fonte eteronoma. Dunque, l'integrazione cogente è il meccanismo che più intensamente limita e sacrifica la libertà contrattuale in nome di interessi superiori rispetto a quelli individuali delle parti.

Ad ogni buon conto, a prescindere dal tipo di integrazione, il rapporto rimane contrattuale, atteso che la principale fonte costitutiva è l'atto di autonomia delle parti. Infatti, pur integrando e modificando il regolamento negoziare, il contratto deriva pur sempre dalla volontà dei contraenti. Se dovessero, quindi, sorgere, per via integrativa, nuove ed ulteriori obbligazioni rispetto all'oggetto del contratto, le parti sono tenute ad adempierle, tanto che la loro violazione costituisce inadempimento e dà luogo all'applicazione degli ordinari rimedi a tutela del contratto.

Allo schema appena illustrato, risulta necessario soffermarsi sul principio generale di buona fede in senso oggettivo, quale regola di condotta ispirata ai canoni solidaristici di lealtà, correttezza e cooperazioni alle ragioni di controparte, divenuto nei tempi odierni la principale fonte di integrazione del contratto.

Il principio di correttezza di cui all'art. 1175 c.c. esprime, secondo un indirizzo interpretativo ormai pacifico, una clausola generale del sistema che, lungi dall'esaurire la propria portata applicativa nei singoli richiamati normativi rinvenibili nel testo codicistico, assume una generale valenza programmatica e percettiva. Il principio di correttezza è quindi dotato di autonoma cogenza, determinando il sorgere di responsabilità addebitabile, anche nel caso in cui il comportamento scorretto non abbia violato una specifica norma giuridica.

Il Bianca ha affermato che il principio di intangibilità della libertà individuale del contratto deve cedere davanti all'esigenza di giustizia sociale. Si è fatta, dunque, strada l'idea che l'autonomia privata di cui all'art. 1322 c.c. sia subordinato a quello costituzionale della solidarietà sociale. Inoltre, oggi, la dottrina e la giurisprudenza attualmente prevalenti affermano la sostanziale identità concettuale della correttezza e della buona fede oggettiva.

Nel nostro sistema giuridico, la *bona fides* nasce con il diritto romano che ne rivendica due ambiti applicativi: da un lato, in riferimento ai diritti reali, in cui la buona fede rileva in senso soggettivo, ossia come stato psicologico del soggetto che ignora di ledere l'altrui diritto; dall'altro lato, per quanto riguarda i contratti, essa rileva in senso oggettivo, quale obbligo di comportamento per i contraenti, ulteriori rispetto all'obbligo di adempimento, secondo standard generali di correttezza e lealtà. Con il passaggio da una società agricola ad una marcatamente commerciale, l'attenzione del diritto romano si sposta dal diritto reale al diritto contrattuale, sancendo così una maggiore rilevanza della buona fede oggettiva, al fine di garantire gli scambi ed i traffici mercantili. Inoltre, nell'età della codificazione, tra il XIX e XX secolo, la buona fede diventa il punto fondamentale della disciplina dei contratti onerosi. Tuttavia, l'ascesa del liberalismo segnò un significativo restringimento dell'ambito applicativo, seppur non scomparendo dai codici.

Infatti, l'art. 1124 del codice civile del 1865 prevedeva che i contratti devono essere eseguiti in buona fede, ciononostante senza prevedere una sanzione ad un comportamento scorretto. Ulteriormente, nei primi anni successivi all'entrata in vigore del codice il ruolo riconosciuto alla buona fede dalla dottrina e dalla giurisprudenza è pressoché nullo, tanto da essere escluso tra le fonti di integrazione del contratto in quanto non espressamente previsto dall'art. 1374 c.c., ma solo nell'articolo successivo che sancisce la c.d. buona fede esecutiva.

Soltanto a partire dagli anni Settanta, con l'avvio di un rinnovamento dell'ordinamento nel senso di rafforzare una uguaglianza sostanziale oltre che formale tra i consociati, la suddetta disposizione codicistica è stata riletta alla luce dei precetti costituzionali. In tal modo, è stato individuato nell'art. 2 della Costituzione il principio di solidarietà sociale ed alla buona fede è stato progressivamente riconosciuto valore immediatamente precettivo, fornendo nuovo impulso per lo sviluppo del diritto dei contratti (e non solo). Siffatto risultato interpretativo si spiega alla luce del progressivo riconoscimento del valore precettivo e non solo programmatica della Carta Costituzionale.

Pertanto, in sede di integrazione del contratto, la buona fede è la principale fonte di integrazione del contratto totalmente atipica, considerando l'equità un criterio residuale. In tal modo, in forza del combinato disposto dell'art. 1175 e 1375 c.c., le parti sono tenute ad eseguire non solo quanto previsto dal programma negoziale e quanto imposto dalla legge, dagli usi e dall'equità, in via integrativa, ex art. 1374 c.c., ma sono anche tenute a porre in essere tutte quelle condotte, non aprioristicamente determinabili, che, secondo canone di correttezza, risultano di volta in volta necessarie per preservare l'utilità e l'interesse della controparte, nei limiti di un sacrificio non apprezzabile e sproporzionato.

Dunque, dalla buona fede derivano innanzitutto obblighi integrativi prestazionali, ossia accessori e strumentali all'adempimento in senso tecnico e alla realizzazione dei contrapposti interessi. Cosicché il rapporto obbligatorio divenga un rapporto complesso in cui la buona fede si atteggia a clausola di reciprocità: il creditore vuole realizzare l'interesse sotteso alla prestazione cui ha diritto, in modo sostanziale ed effettivo, mentre il debitore detiene l'interesse ad essere liberato dal vincolo contrattuale e non soggiacere alle iniziative patrimoniali del creditore.

Si tratterà, a seconda delle circostanze del caso concreto, di obblighi di esecuzioni di prestazione non espressamente previsti, come ad esempio obblighi di avviso o di informazioni, obblighi di modifica delle prestazioni pattuite, o, ancora, obblighi di tolleranza alle modifiche apportate. La violazione di siffatti obblighi integrativi è idonea a determinare responsabilità da inadempimento, ai sensi dell'art. 1218 del codice civile.

Con la progressiva evoluzione del principio solidaristico di buona fede sono stati riconosciuti anche obblighi integrativi non di prestazione ma di "protezione", preordinati alla complessiva salvaguardia della complessiva sfera giuridica personale e patrimoniale della controparte, esposta a rischio proprio in virtù del vincolo negoziale sorto.

Parte della dottrina sostiene che la suddetta categoria di obblighi di protezione sarebbe superflua in quanto, nel nostro ordinamento, la tutela dell'integrità della sfera giuridica personale e patrimoniale dei singoli conosciuti è assicurata in via generale *erga omnes* dalla responsabilità aquilana.

Pertanto, gli obblighi di protezione nascenti da un rapporto obbligatorio attuano una contrattualizzazione dell'illecito extracontrattuale, attribuendo alla responsabilità da inadempimento quei danni cagionati alla controparte che, altrimenti, avrebbero trovato tutela nel divieto generale del *neminem laedere*⁽¹⁾.

Con una ulteriore forza espansiva, la dottrina ha elaborato un concetto di buona fede, di matrice germanistica, capace di imporre ai contraenti obblighi di salvaguardia non solo della controparte ma anche di soggetti estranei al rapporto giuridico che si trovano in una posizione di prossimità rispetto alle parti.

Parallelamente al ruolo di fonte integrativa degli effetti contrattuali, dove le applicazioni del principio di buona fede si caratterizzano in "senso positivo", ossia per il fatto di imporre alle parti del rapporto

(1) Questi obblighi di protezione sono obblighi integrativi di un preesistente rapporto obbligatorio tra le parti e, pertanto, differenti dagli obblighi di protezione autonomi che connotano la figura del contatto sociale qualificato. La dottrina del contatto sociale qualifica osserva che un rischio specifico di lesione delle reciproche sfere giuridiche può insorgere non solo fra le parti di un rapporto obbligatorio negozialmente pattuita, ma anche per effetto del contatto intervenuto tra due soggetti determinati, allorché uno di essi si affidi all'altro per il raggiungimento di un determinato scopo ed il soggetto qualificato dia spontaneamente esecuzione all'attività.

obblighi di comportamento ulteriori e diversi da quelli pattuiti, la buona fede ha anche una “dimensione negativa”.

Il principio solidaristico, in tal senso, svolge una funzione limitativa dei diritti derivanti dal contratto, facendo sancire il principio del divieto di abuso del diritto. Il divieto in esame preclude al titolare di una posizione giuridica soggettiva di vantaggio di esercitarla per finalità diverse da quelle per cui l'ordinamento l'ha riconosciuto (abuso c.d. funzionale) ovvero con modalità tali da arrecare alla sfera giuridica altrui un pregiudizio ingiustificatamente sproporzionato rispetto all'interesse perseguito (abuso c.d. modale).

A riguardo, è necessario sottolineare che nell'ordinamento italiano il divieto di abuso del diritto è un principio inespresso, di creazione essenzialmente dottrinale e pretoria, dato che manca una norma espressa che affermi il divieto in termini di principio generale, operante per qualsivoglia situazione giuridica soggettiva di vantaggio. Si è tentato di ancorare il suddetto divieto all'art. 833 c.c. che sancisce il divieto di atti emulativi da parte del proprietario.

Tuttavia, tale soluzione è stata esclusa in quanto la suddetta disposizione codicistica richiede un comportamento doloso volto ad arrecare pregiudizio al vicino, elemento non previsto dal divieto di abuso del diritto.

Il silenzio del legislatore del 1942 si spiega in primis alla luce della cultura giuridica degli anni 1930–1940, caratterizzata da una matrice di stampo illuministico–liberale, ritenente l'esercizio del diritto del tutto insindacabile sul piano giuridico, così da non scalfire il principio dell'autonomia negoziale e, soprattutto, per scongiurare un sindacato del giudice nelle scelte negoziali.

Anche per il principio in esame, gli anni Settanta furano un periodo fertile per lo sviluppo delle tutele riconosciute dal nostro ordinamento sulla base delle disposizioni, ritenute direttamente percettive, previste dalla Costituzione.

Infatti, la compiuta affermazione del divieto di abuso del diritto quale principio generale dell'ordinamento giuridico è tradizionalmente ricondotta a due sentenze della Corte di Cassazione, la n. 3775/94 sul c.d. caso Fiuggi e la n. 20106/09 sul c.d. caso Renault, in cui sono elencati gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto: 1) la titolarità di

un diritto in capo ad un soggetto; 2) possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanze che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio giuridico o extra-giuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetto la controparte.

In conclusione, è possibile considerare il divieto di abuso del diritto un principio di chiusura del sistema che, in una prospettiva di giustizia sostanziale che assicuri l'equilibrio e la proporzione dei rapporti giuridici, garantisce l'“autocorrezione” dell'ordinamento evitando di ritenere lecito ogni comportamento non espressamente vietato.

Chiarita la nozione di abuso del diritto, risulta di facile comprensione una delle ultime pronunce della Cassazione civile n. 16743/2021. Infatti, i giudici di legittimità hanno escluso la tutela del locatore che richiedeva il pagamento dei canoni di locazione di un immobile ad uso abitativo, pattuiti e mai richiesti dal 2004 al 2013.

La Corte Territoriale aveva, inizialmente, negato la tutela risarcitoria richiesta dal locatore per il pagamento dei canoni di locazione arretrati in virtù della teoria, di matrice tedesca, della *Verwirkung* secondo cui il ritardo nell'esercizio di un proprio diritto comporta una consumazione, o disinnescamento, dell'azione processuale poiché ingenera un affidamento nella controparte nella oggettiva rinuncia del diritto stesso.

La Terza Sezione della Corte di Cassazione — pur ammettendo la possibilità di servirsi della teoria della *Verwirkung* per giustificare il comportamento del debitore di riduzione del valore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa per una crisi economica (o pandemica) nei rapporti contrattuali di durata — ha ritenuto che, alla stregua del principio di buona fede e correttezza quale clausola di reciprocità e specificazione del dovere di solidarietà ex art. 2 Cost., le parti, in assenza di apprezzabile sacrificio, sono tenute a preservare l'interesse dell'altro contraente per tutta la durata del rapporto in forza del combinato disposto degli artt. 1175-1375 del codice civile, a prescindere da quanto espressamente stabilito dal contratto o dalla legge.

Ne consegue che l'improvvisa richiesta di pagamento di tutti i canoni di locazione in un'unica soluzione — dopo non averli mai pretesi — costituisce abuso del diritto, di matrice romanistica, in quanto il comportamento inerte del locatore, protratto per un periodo di tempo considerevole, aveva ingenerato nel conduttore l'affidamento nella remissione del diritto di credito per *facta concludentia*.

In conclusione, è bene ricordare che la dottrina spinge verso una nuova frontiera della buona fede, da intendersi non solo regola di comportamento integrativa e limitati dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto, ma come una vera e propria regola di validità del contratto da sanzionare con la nullità virtuale ex art. 1418 del codice civile. In questa prospettiva la buona fede assurgerebbe a strumento di controllo e, eventualmente, di correzione giudiziale dell'autonomia negoziale, qualora essa configuri un rapporto iniquo e squilibrato economicamente. Tuttavia, tale tentativo espansivo è stato escluso dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente poiché:

1. imprescindibili esigenze di certezza dei rapporti giuridici impongono di ritenere che le regole di validità possano essere stabilite solo da norme di fattispecie, puntuali e precise, e non anche da clausole generali che lasciando troppi margini di interpretazione soggettiva;
2. il principio di autonomia negoziale, in forza del quale le parti sono arbitre di valutazioni di convenienza del negozio, sarebbe seppellito dalla buona fede quale regola di validità.

Orbene, questo indirizzo teso a negare l'idoneità della buona fede ad assurgere a regola di validità è stato recentemente messo in discussione delle decisioni della Corte Costituzionale sulla caparra cofirmataria manifestamente iniqua e sproporzionata. Nell'ordinanza n. 248 del 2013, confermata dalla successiva n. 77 del 2014, la Corte ha ritenuto nulla, ai sensi dell'art. 1418 c.c., per contrasto con l'art. 1175 c.c. in combinato disposto con l'art. 2 della Costituzione, la clausola contrattuale avente ad oggetto una caparra cofirmataria manifestamente iniqua e sproporzionata, consentendo al giudice di intervenire in senso integrativo o modificativo sullo statuto negoziale, qualora

questo procedimento sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e per evitare l'esercizio abusivo dei diritti.

L'intervento del giudice sul contratto è uno degli aspetti più delicati del problema dell'integrazione. La giurisprudenza della Cassazione è molto cauta nel richiamare il criterio dell'equità come strumento di correzione e/o integrazione da parte del giudice. In dottrina, il Perlinger ha elaborato la teoria del "giusto rimedio" in base al quale occorre trovare nell'ordinamento la soluzione più appropriata alla tutela dell'interesse in gioco, superando l'idea della tipicità dei rimedi.

Tuttavia, dalla normativa comunitaria sui contratti e dalle pronunce della Corte di Giustizia possiamo concludere che il potere correttivo del giudice vada inteso come un temperamento alla libertà contrattuale ma al fine di tutelare l'autonomia contrattuale della parte debole. Sicché si tratta di un intervento diretto proprio a tutelare la libertà contrattuale. In tale prospettiva il potere correttivo del giudice non può essere che più ampio possibile.

Questo perché l'ordinamento attuale, secondo Santoro-Passerelli, intende ancora la funzione del contratto secondo la funzione del passato perché pretende che l'assetto delle parti sia equo.

In tale prospettiva gli interventi del giudice tutelano l'autonomia privata dal momento che il contratto deve essere indirizzato ad un risultato giusto.

PER UNA RIFORMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI

ENRICO FEDE

Lo scopo delle modifiche alla responsabilità civile dei magistrati è quello di consentire la soddisfazione relativa ad una esigenza già ampiamente registrata dalla Sovranità Popolare nel referendum dell'8 Novembre 1987 in cui oltre l'80% degli aventi diritto manifestò la volontà di correggere uno squilibrio esistente in ordine all'argomento sensibile del risarcimento del danno provocato dall'errore giudiziario al fine di rendere l'ordinamento giuridico conforme allo spirito dei principi fondamentali della Costituzione.

Uno dei problemi che angustia maggiormente il cittadino che entra in contatto con l'apparato giudiziario in Italia è il riconoscimento del giusto risarcimento del danno provocato dal magistrato che commette un errore nell'esercizio delle sue funzioni.

Il problema non è di scarso rilievo poiché accade frequentemente, nei casi più gravi, che il cittadino sia sottoposto alla privazione della libertà personale e successivamente venga riconosciuto estraneo ai fatti contestati.

Altresì l'errore giudiziario, laddove non venisse accertato prima della sentenza passata in giudicato, viene corretto dal procedimento di revisione previsto dal nostro ordinamento. In questi casi, l'errore, commesso dal giudicante, ad oggi è disciplinato dalla legge 117/88 conosciuta come legge Vassalli (dal nome del suo autore).

Per sviluppare correttamente gli approfondimenti sulle anomalie del nostro ordinamento al riguardo, anomalie che producono danni

devastanti nei confronti dell'inerte cittadino da parte dell'amministrazione della giustizia, è necessario esaminare la legislazione in vigore, sia dal punto di vista storico che da quello normativo.

La legge Vassalli entra in vigore nel 1988 a seguito della consultazione referendaria tenutasi in Italia nel novembre 1987 in cui le forze politiche proponenti riuscirono ad ottenere un risultato mai più raggiunto: oltre l'80% dei votanti rispose affermativamente alla domanda di abrogazione delle norme in vigore in quel tempo per stabilire una responsabilità civile dei giudici.

A quella conclamata vittoria dei "SÌ", il Parlamento rispose con una legge, la n. 177/88 appunto, che decisamente si allontanava dalla decisione presa dagli Italiani nel referendum.

La legge Vassalli eludendo intenzionalmente la volontà espressa dalla Sovranità Popolare, fece ricadere gli errori commessi dal magistrato sullo Stato e non sui giudici chiamando addirittura a risarcimento lo strato meno abiente della cittadinanza italiana. Vediamo come.

In questa analisi si deve partire dal principio fondamentale enunciato dall'articolo 3 della nostra Costituzione: l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge nel senso che tutti i cittadini rispondono alle leggi in ugual maniera e senza distinzioni di sorta.

In Italia questo enunciato non è più vero.

I cittadini in generale, e quelli che appartengono a tutte le categorie professionali in particolare, rispondono personalmente sotto il profilo penale e sotto il profilo civile con il loro patrimonio degli errori che vengono commessi, nell'esercizio delle loro prestazioni d'opera, a danno di altri cittadini.

Ad es. il medico risponde di lesioni colpose se sbaglia la diagnosi ed il paziente rimane invalido, il chirurgo ugualmente se sbaglia l'intervento chirurgico e dall'errore il paziente subisce menomazioni. Altresì il chirurgo risponde di omicidio colposo se, durante o dopo l'intervento si riconduce al suo errore la causa della morte. In questo caso è emblematica e di oggettivo interesse la sentenza n. 20790 depositata il 28 settembre 2009 dalla terza sezione civile della Corte di Cassazione che richiama i medici ad «adottare tutte le precauzioni per impedire prevedibili complicazioni e di adoperare tutta la scrupolosa attenzione che la particolarità del caso richiede, secondo la prudenza e la diligenza esigibili dalla specializzazione posseduta».

Per l'inosservanza di tali obblighi il medico "risponde anche per colpa lieve" come già sancito peraltro nella sentenza n. 9085/2006. Non si hanno dubbi che tali prescrizioni si estendano a tutte le categorie professionali.

Ancora: l'ingegnere che sbagliando i calcoli provoca il crollo del palazzo o del ponte risponde in toto, dal danno al manufatto sino al danno alla persona, laddove si dimostri che il danno è stato da egli stesso cagionato a qualsiasi titolo.

In sostanza i professionisti, ma più genericamente tutti i cittadini, rispondono personalmente dei danni cagionati a terzi. Un principio questo ampiamente accettato e condiviso in tutti gli ordinamenti degli Stati moderni.

Il giudice, figura professionale come le altre, cittadino come gli altri, reclutato nell'amministrazione giudiziaria mediante concorso pubblico (non avendo natura elettiva in Italia), viene invece tenuto al riparo dalle conseguenze dell'errore a lui stesso riconducibile.

Se emette un provvedimento restrittivo della libertà o, comunque, un provvedimento iniquo in tutte le sue accezioni che danneggia un cittadino che risulti estraneo ai fatti contestati, il giudice non viene chiamato in giudizio a rispondere del suo operato.

Viene dispensato ex lege dall'obbligo di responsabilità personale in aperto contrasto col principio enunciato dall'art. 3 della Costituzione, sia sotto il profilo penale e sia sotto il profilo civile (risarcimento del danno).

Quindi se il giudice pronuncia una sentenza errata egli gode della immunità/impunità che lo esonera dall'obbligo di rispondere penalmente e civilmente dell'errore commesso e dal danno cagionato nell'esercizio delle sue funzioni.

Secondo l'articolato Vassalli (legge n. 117/88), il giudice risponde dell'errore giudiziario, limitatamente ai casi di privazione della libertà personale, solo in caso di dolo o colpa grave, limitando il già ristrettissimo ambito cui il danneggiato può chiedere soddisfazione del danno patito.

L'art. 2 della legge, infatti, elenca i casi che costituiscono colpa grave:

- a. la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile;

- b. l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento;
- c. la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento;
- d. l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

Al riguardo è sintomatica una delle più recenti massime della Suprema Corte, allorché limita le ipotesi di responsabilità ai soli casi di «evidente, grossolana e macroscopica violazione della norma stessa, ovvero una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico o l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o ancora lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero» (Cass. Civ. n. 7272/2008). Limitando quindi ulteriormente, si ribadisce, il diritto al risarcimento del cittadino.

Certamente i principi dettati dalla norma, in uno con l'interpretazione offerta dalla Suprema Corte di Cassazione, intendono salvaguardare il principio costituzionale della libertà e della indipendenza della funzione giurisdizionale; tuttavia, la rarissima applicazione della legge, anche in considerazione della presenza di una fase di delibazione di ammissibilità, deve far riflettere su quella che si può chiaramente definire come inaccessibilità di fatto alla tutela risarcitoria.

Ciò pure in presenza di numerosi e spesso eclatanti errori giudiziari che hanno portato il Popolo Italiano a una progressiva ed ormai eclatante perdita di fiducia nei confronti dell'amministrazione giudiziaria.

Si aggiunga a quanto sopra che la Corte di Giustizia Europea, sempre molto attenta a quanto accade nel nostro Paese nei confronti del quale non lesina sanzioni in materia di giustizia, afferma una difformità sostanziale con il Trattato CEE in una norma nazionale che esclude la responsabilità in relazione alla attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove rese nell'ambito dell'attività giudiziaria perché limita la responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice.

Siamo di fronte quindi ad un doppio contrasto:

1. quello nei confronti dell'art. 3 della costituzione italiana – eguaglianza dei cittadini;
2. quello nei confronti del diritto comunitario.

La proposta che abbiamo elaborato elimina questi vizi modificando la legge Vassalli in maniera tale che si mantenga la responsabilità del giudice in fatto di dolo e si introduca la responsabilità personale per colpa.

L'elemento soggettivo, dunque, non sarà più caratterizzato dal possesso della qualifica di gravità ma sarà colpa sic et simpliciter. L'errore giudiziario sarà imputato al giudice per negligenza, imperizia, imprudenza oltre, naturalmente, al dolo.

Va da sè che, essendo il giudice, ai sensi della presente proposta, responsabile personalmente in quanto non più coperto dall'intervento dello Stato, l'articolo 18 della legge Vassalli debba essere definitivamente abrogato.

L'articolo 18 recita infatti: *Misure finanziarie. Agli oneri conseguenti all'attuazione dell'articolo 15 della presente legge, valutati in lire 2.000 milioni in ragione d'anno a decorrere dall'esercizio 1988, si fa fronte mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 1988–1990, al capitolo 6856 dello stato di previsione del ministero del tesoro per l'anno 1988, utilizzando parzialmente l'accantonamento previsto alla voce "revisione della normativa in materia di patrocinio gratuito"*.

Oltretutto tale norma discrimina la categoria dei cittadini meno abbienti e li colpisce in quanto li rende diretti responsabili pecuniari di un danno provocato da terzi.

Un fatto questo che non risulta abbia eguali per gravità a livello planetario.

Secondo questa norma infatti, lo Stato, per riparare l'errore del giudice, attinge alle risorse del gratuito patrocinio che sono istituite per consentire la difesa dei cittadini più deboli laddove siano chiamati dall'amministrazione giudiziaria a difendersi.

Con l'abrogazione dell'art. 18 citato avremo quindi che non sarà più lo Stato a rispondere dell'errore del giudice ma il giudice stesso

mediante obbligatoria stipula di contratto di assicurazione privata presso riconosciuto ed affidabile Istituto.

Risulta da questa breve analisi che lo scopo precipuo di riformare la legge Vassalli sia quello di ricostituire il tessuto connettivo del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. lacerato da una immunità di fatto, tradottasi in diritto con l'approvazione della legge 117/88.

Lo scopo è quello appunto di registrare finalmente un equilibrio tra la Sovranità Popolare manifestata dal risultato del referendum del novembre 1987 ed una normativa che lo realizzi in modo esaustivo e completo a tutela del diritto di TUTTI i cittadini italiani che a tutt'oggi, al contrario, devono subire l'onta, il disonore e il danno di una legge acclaratamente iniqua e che perdipiù garantisce l'impunità da colpa di chi è chiamato a giudicare.

Si sottopone alla vostra lettura e giudizio il seguente testo di proposta legislativa che cercheremo di presentare in aula tramite qualche parlamentare di buona volontà.

Testo della proposta legislativa

Art. 2

Responsabilità per dolo o colpa

Viene sostituito in questi termini:

1. Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia agisce in via esclusiva contro il magistrato responsabile per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale.

2. Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie darà luogo a responsabilità anche l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove.

Art. 3
Diniego di giustizia

Viene sostituito nei seguenti termini:

1. Costituisce diniego di giustizia il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, dieci giorni dalla data di deposito in cancelleria. Se il termine non é previsto, debbono in ogni caso decorrere inutilmente dieci giorni dalla data del deposito in cancelleria dell'istanza volta ad ottenere il provvedimento.

2. Il termine di dieci giorni non può essere prorogato e va considerato termine perentorio.

Per la redazione di sentenze di particolare complessità, il dirigente dell'ufficio, con decreto motivato adottato prima della scadenza, può aumentare fino ad altri sessanta giorni il termine di cui sopra.

3. Quando l'omissione o il ritardo senza giustificato motivo cernono la libertà personale dell'imputato, il termine di cui al comma primo é ridotto ad un giorno, improrogabile, a decorrere dal deposito dell'istanza.

Art. 4
Competenza e termini

Viene sostituito nei seguenti termini:

1. L'azione di risarcimento del danno contro il magistrato deve essere esercitata dal danneggiato, dai sui familiari e da ogni altro avente diritto. Competente é il tribunale del luogo ove ha sede la corte d'appello del distretto di residenza del danneggiato o dell'avente diritto.

2. L'azione di risarcimento del danno contro il magistrato può essere esercitata osservando l'iter ordinario secondo le disposizioni di legge vigenti in materia di risarcimento del danno patrimoniale e non. L'azione può essere esercitata decorsi tre anni dalla data del fatto che ha

cagionato il danno se in tal termine non si é concluso il grado del procedimento nell'ambito del quale il fatto stesso si é verificato.

3. Nei casi previsti dall'articolo 3 l'azione deve essere promossa entro due anni dalla scadenza del termine entro il quale il magistrato avrebbe dovuto provvedere sull'istanza.

4. In nessun caso il termine decorre nei confronti della parte che, a causa del segreto istruttorio, non abbia avuto conoscenza del fatto.

Art. 5

Ammissibilità della domanda

Viene sostituito nei seguenti termini:

1. Il tribunale, sentite le parti, delibera in camera di consiglio sull'ammissibilità della domanda di cui all'articolo 2.

2. A tale fine il giudice istruttore, alla prima udienza, rimette le parti dinanzi al collegio che é tenuto a provvedere entro tre giorni dal provvedimento di rimessione del giudice istruttore. Comitato Cittadini per la Giustizia Comitato Cittadini per la Giustizia.

3. La domanda é inammissibile quando risulta manifestamente infondata.

4. L'inammissibilità é dichiarata con decreto motivato, impugnabile con i modi e le forme di cui all'articolo 739 del codice di procedura civile, innanzi alla corte d'appello che pronuncia anch'essa in camera di consiglio con decreto motivato entro quindici giorni dalla proposizione del reclamo. Contro il decreto di inammissibilità della corte d'appello può essere proposto ricorso per cassazione, che deve essere notificato all'altra parte entro trenta giorni dalla notificazione del decreto da effettuarsi senza indugio a cura della cancelleria e comunque non oltre dieci giorni. Il ricorso é depositato nella cancelleria della stessa corte d'appello nei successivi dieci giorni e l'altra parte deve costituirsi nei dieci giorni successivi depositando memoria e fascicolo presso la cancelleria. La corte, dopo la costituzione delle parti o dopo la scadenza dei termini per il deposito, trasmette gli atti senza indugio e comunque non oltre dieci giorni alla corte di cassazione che decide entro sessanta giorni dal ricevimento degli atti stessi. La corte di cassazione, ove annulli il provvedimento

di inammissibilità della corte d'appello, dichiara ammissibile la domanda. Scaduto il quarantesimo giorno la parte può presentare, rispettivamente al tribunale o alla corte d'appello o, scaduto il sessantesimo giorno, alla corte di cassazione, secondo le rispettive competenze, l'istanza di cui all'articolo 3.

5. Il tribunale che dichiara ammissibile la domanda dispone la prosecuzione del processo. La corte d'appello o la corte di cassazione che in sede di impugnazione dichiarano ammissibile la domanda rimettono per la prosecuzione del processo gli atti ad altra sezione del tribunale e, ove questa non sia costituita, al tribunale che decide in composizione interamente diversa. Nell'eventuale giudizio di appello non possono far parte della corte i magistrati che abbiano fatto parte del collegio che ha pronunciato l'inammissibilità. Se la domanda è dichiarata ammissibile, il tribunale ordina la trasmissione di copia degli atti ai titolari dell'azione disciplinare; per gli estranei che partecipano all'esercizio di funzioni giudiziarie la copia degli atti è trasmessa agli organi ai quali compete l'eventuale sospensione o revoca della loro nomina.

Art. 6

Intervento del magistrato nel giudizio

Viene sostituito nei seguenti termini:

1. Il magistrato il cui comportamento, atto o provvedimento rileva in giudizio dovrà essere chiamato in causa e potrà intervenire in ogni fase e grado del procedimento direttamente o mediante l'assistenza di un legale ritualmente nominato. Al fine di consentire l'eventuale intervento del magistrato, il presidente del tribunale deve dargli comunicazione del procedimento almeno quindici giorni prima della data fissata per la prima udienza.

2. La decisione pronunciata nel giudizio promosso contro il magistrato fa stato nel procedimento disciplinare.

Art. 7.

Azione di rivalsa

Abrogato.

Art. 8

Competenza per l'azione di rivalsa e misura della rivalsa

Abrogato.

Art. 9

Azione disciplinare

Viene sostituito nei seguenti termini:

1. Il procuratore generale presso la corte di cassazione per i magistrati ordinari o il titolare dell'azione disciplinare negli altri casi devono esercitare l'azione disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento, salvo che non sia stata già proposta, entro due mesi dalla comunicazione di cui al comma quinto dell'articolo 5. Resta ferma la facoltà del ministro di grazia e giustizia di cui al secondo comma dell'articolo 107 della Costituzione.

2. Abrogato.

3. Abrogato.

Art. 10

L'art. 18

Viene sostituito nei seguenti termini:

Art. 10

Obbligo assicurativo

Entro cinque giorni dalla pubblicazione della presente legge nella Gazzetta Ufficiale è fatto obbligo ai magistrati della Repubblica Italiana di provvedere alla idonea copertura assicurativa contro gli errori giudiziari che danno luogo alle richieste di risarcimento del danno patrimoniale e non.

PROGETTO DI LEGGE MODIFICA ALLA NORMATIVA RELATIVA ALLE MISURE CAUTELARI PERSONALI

MICHELE NARDI

La cronaca quotidiana ci restituisce il calvario continuo di innocenti sottoposti a custodia cautelare e poi risultati innocenti a seguito di un processo durato spesso vari anni. Nel frattempo, sono stati privati di tutto, della libertà, della dignità, degli affetti, della sessualità, del lavoro.

Hanno perso amici, famiglia, amore.

Le loro vite sono state irrimediabilmente danneggiate e nessun risarcimento economico, peraltro difficile da conseguire alla luce dell'attuale legislazione e della rigida interpretazione giurisprudenziale, potrà mai riparare quelle cicatrici e ridare a questi malcapitati quello che è stato loro tolto ingiustamente.

Dunque, appare urgente una riforma radicale della normativa che regola la custodia cautelare, secondo due direttrici fondamentali: la prima è quella di limitare ulteriormente le ipotesi di reato sottoponibili a custodia; dall'altra quella di spezzare il rapporto fra inquirente e giudicante sia prevedendo un gip collegiale che decida sulle richieste di custodia cautelare, sia allontanando geograficamente il tribunale del riesame in altro distretto di Corte d'appello.

Seguendo queste due direttrici abbiamo elaborato il seguente progetto di legge, che sottoponiamo alla lettura e al giudizio di tutti voi, sperando che venga fatto proprio da qualche parlamentare di buona volontà che non sia terrorizzato dall'idea di mettersi contro quella canea

giustizialista che imperversa nelle piazze ma che è pronta a sbraitare contro le ingiustizie del potere quando viene sfiorata personalmente.

Testo della proposta legislativa:

- *art. 1:* nell'art. 274, 1° comma, lett *c*) le parole “non inferiore nel massimo a cinque anni” sono sostituite con le parole “non inferiore nel massimo a sei anni”.
- *art. 2:* nell'art. 275, 3° comma, il primo periodo e così sostituito: “la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive e interdittive anche se applicate cumulativamente risultano inadeguate e comunque sono in relazione ai reati di cui all'articolo 407, 2° comma, lettera a numeri 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 7-*bis*”.
- *art. 3:* nell'art. 280, 1° comma, le parole “della reclusione superiore nel massimo a tre anni” sono sostituite dalle parole “della reclusione superiore nel massimo a quattro anni”; Al 2° comma le parole “non inferiore nel massimo a cinque anni” sono sostituite dalle parole “non inferiore nel massimo a sei anni”.
- *art. 4:* il primo comma dell'articolo 291 è così sostituito “le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero che presenta al Tribunale in composizione collegiale gli elementi su cui la richiesta si fonda compresi i verbali il cui articolo 268 comma due limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti e comunque conferiti l'archivio di cui articolo 269 nonché tutti gli elementi ai fori dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate. Nel corso delle indagini preliminari la competenza spetta al giudice per le indagini preliminari quando la misura cautelare è richiesta contestualmente alla convalida di fermo o arresto”.
- *art. 5:* nell'art. 299, 3° comma, sono aggiunte dopo le parole “provvede con ordinanza entro cinque giorni dal deposito della richiesta” sono aggiunte le parole “a pena di perdita di efficacia della misura in atto”;
- *art. 6:* nell'art. 304 è soppressa la lettera *c*).
- *art. 7:* nell'art. 305 cpp, al secondo comma, le parole “quando sussistono gravi esigenze cautelari che in rapporto ad accertamenti

particolarmente complessi ho nuove indagini disposte ai sensi dell'articolo 415-*bis* comma quattro”, sono sostituite dalle parole “quando vengono disposte su richiesta dell'indagato nuove indagini a seguito della notifica dell'avviso di cui all'articolo 415-*bis*”.

- *art. 8*: all'articolo 309, decimo.com dopo le parole “l'ordinanza del tribunale deve essere depositata in cancelleria entro 30 giorni dalla decisione” sono aggiunte subito dopo le parole “a pena di perdita di efficacia della misura cautelare”.
- *art. 9*: il 4° comma dell'articolo 309 è così sostituito: “la richiesta di riesame è presentata nella cancelleria del tribunale competente ai sensi dell'articolo 11. Si osservano le forme previste dall'articolo 582”.
- *art. 10*: nell'articolo 311, comma 5-*bis* dopo le parole “se è stata annullata con rinvio su ricorso dell'imputato un'ordinanza che ha disposto ho confermato la misura coercitiva ai sensi dell'articolo 309 comma 9”, sono aggiunte subito dopo le parole “la Corte di Cassazione ne ordina con il dispositivo l'immediata liberazione”.

VERSO UNA RIFORMA RADICALE DEL SISTEMA DI PROTEZIONE GIURIDICA DELLE PERSONE

PARTE PRIMA

GIUSEPPE REALE

I. Introduzione al tema

A seguito dell'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno è emersa una larga diffusione della sua applicazione, questo potrebbe apparire come un dato confortante, in realtà la diffusione dell'utilizzo dell'Istituto ha fatto emergere la totale trascuratezza di alcuni aspetti che sono stati del tutto ed in modo preoccupante disattesi. Tra questi, in assoluto, il tema del rispetto "dei bisogni e delle aspirazioni" del beneficiario, e della permanente prospettiva della ricerca del consenso del medesimo anche nelle ipotesi in cui l'amministratore di sostegno sia investito della rappresentanza esclusiva per il compimento di alcuni atti di particolare rilievo, sia sotto il profilo personale che patrimoniale.

Evidenti le gravi omissioni ed effetti nefasti nel caso Buzzanca oggetto di puntuali segnalazioni. Illustriamo brevemente in via preliminare i seguenti passaggi:

- I. Abrogazione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, questo permetterebbe di sollecitare il superamento anche di diverse categorie che imperversano nella applicazione dell'amministrazione di sostegno, svilendone l'effetto e traducendo la stessa quale strumento vessatorio.

2. Superamento della tendenza a standardizzare il procedimento e gli effetti attraverso l'introduzione di un nuovo diritto del beneficiario "il progetto di vita", rafforzamento del diritto ad essere informato ed a concorrere comunque e sempre alle decisioni fondamentali (la Cassazione nel caso Englaro ha dettato criteri ed indirizzo preciso ora tradotto nella legge al fine di soddisfare il fondamentale principio di autodeterminazione, a tutela delle libertà fondamentali). Il progetto di vita impone una rieducazione del sistema verso il valore della centralità della persona umana, che mal sopporta provvedimenti tipo, ricorsi tipo, sollecitando interventi personalizzati e rispettosi della specifica storia di vita di ogni essere umano.
3. Rispetto delle volontà della persona sottoposta ad amministrazione di sostegno, prevedendo che lo stesso possa costruire anche nella prospettiva di una amministrazione un quadro di direttive da rispettare. "Designazione del proprio amministratore di sostegno e dei contenuti di indirizzo dell'amministrazione di sostegno per l'ipotesi di futura perdita di autonomie". Previsione della necessaria ricostruzione della volontà del beneficiario anche rispetto alla ricostruzione della storia di vita dello stesso e della storia clinica, prevedendo la conservazione ed il rafforzamento di tutta la rete relazionale essenziale alla vita della persona, con la previsione espressa della conservazione dei doveri che discendono dalle relazioni fondamentali ed il rispetto degli effetti della comunione legale, anche nel caso di apertura di amministrazione di sostegno.
4. Evidenza della preferenza della "domiciliarità" per rispettare e conservare il luogo di vita del beneficiario.
5. Criterio di idoneità nella scelta dell'amministratore di sostegno, corroborato da percorsi di formazione permanenti, condizione essenziale per poter essere nominati.
6. Correttivi e previsioni in materia di accertamento patrimoniale, superando il criterio formalistico e riduttivo dell'inventario formale, essendo l'accertamento patrimoniale attività più vasta e diretta a contrastare ipotesi di circonvenzione di incapaci e appropriazioni indebite, introducendo la previsione di una ricostruzione patrimoniale relativa al quinquennio precedente (questa attività concretamente è diretta al riscontro di tutte quelle forme di depauperamento

patrimoniale che avvengono in capo a persone che progressivamente e nel tempo perdono autonomie).

7. Previsione di termini che rispettino l'efficacia e spesso la necessaria tempestività di intervento. Ogni forma di tutela e di protezione di chi si vede compromesse le proprie abilità, non può tollerare tempi di attesa eccessivamente lunghi che divengono per ciò solo vessatori e spesso favoriscono il decadimento (il caso Buzzanca è emblematico in questo senso, ma la casistica è vasta, complessa e preoccupante).
8. Introduzione di due nuovi istituti il "Mandato per la propria futura incapacità" ed il "Mandato per la futura incapacità a favore del terzo". Il cambio culturale che la proposta vuole generare prende in considerazione una sollecitazione diretta ad offrire uno strumento per favorire l'autoderminazione rispetto al tempo della futura incapacità o ridotta autonomia. La costruzione di un contratto per atto pubblico (una sorta di trust all'italiana) in cui vengono nominati uno o più mandatari ed un controllore, dove porre sotto vincolo di destinazione beni immobili e mobili, da destinare alle finalità impresse dal mandante. Il notaio dovrà costruire il contratto con l'ausilio di altri professionisti della salute, un approccio, anche qui multiprofessionale alla tutela della fragilità, mutuato dal Canada Francese. Il contratto viene sottoposto ad omologa da parte del Giudice tutelare, e da quando spiega la sua efficacia si sgancia completamente dal Giudice tutelare, defaticando l'ufficio dello stesso e favorendo una educazione collettiva verso l'autodeterminazione, rispettando la centralità della persona umana. Il mandato a favore del terzo offre uno strumento ugualmente efficace per le famiglie con figli disabili che possono così creare un quadro completo per la gestione della cura ed assistenza del proprio figlio disabile e quindi destinare del patrimonio a tale finalità anche nel tempo ed infine mediante testamento. Questo istituto è certo un cambio culturale significativo per le famiglie e le destinazioni di sostanze in modo strutturato e completo. L'atto di vincolo patrimoniale e di mandato inclusivo sarà esente da imposte e tasse e non soggetto a revocatoria, così facendo una scelta di campo a favore delle famiglie e di tutti coloro che anche per fatti accidentali, malattie o perdita progressiva di autonomie si vedono supportati dalle istituzioni con strumenti efficaci e rigorosi.

9. La proposta viene completata con la previsione di una formazione permanente per magistrati, notai, avvocati, professionisti, familiari che di occuperanno della presente materia. Una formazione strutturata iniziale e permanente, ogni anno, quale condizione imprescindibile per occuparsi di una materia così complessa e variegata nelle sue manifestazioni come la fragilità umana.
10. Introduzione della possibilità da parte di chiunque ne abbia interesse di ricorrere contro il provvedimento di ablazione di diritti fondamentali e di alcune capacità di agire, questo per stimolare una particolare attenzione e motivazione sostanziale di decisioni che incidono notevolmente sulle libertà.
11. Superamento dei criteri di utilità evidente e necessità quali uniche categorie per richiedere e concedere autorizzazioni, ponendo l'attenzione ad altri aspetti legati ai "Bisogni ed alle Aspirazioni", nuova sollecitazione, all'indirizzo di vita e scelte fondamentali del beneficiario anche rispetto alla propria storia. Questo aspetto informerà anche i contenuti della delega ai notai per le autorizzazioni che potranno concedere in alternativa all'autorità giudiziaria, per gli atti per cui sono stati incaricati alla stipula.

Proponiamo, quindi, più strumenti flessibili, ma comunque con forti elementi rieducativi di un sistema non ponendo più il patrimonio al centro, ma l'alto valore e sacralità della persona umana, superando vecchi schemi dando priorità alle libertà fondamentali, al consenso, alla predeterminazione, riducendo il più possibile interferenze nelle scelte fondamentali della vita; la gestione patrimoniale, comunque rigorosa, sarà strumento funzionale al soddisfacimento di bisogni ed aspirazioni possibilmente liberi e predeterminati da parte delle persone stesse.

Una *rivoluzione culturale* che si fonda sulla complessità della casistica e sui bisogni che ogni individuo esprime nel poter e voler costruire il proprio cammino esistenziale.

2. Relazione preliminare al progetto di riforma

Dopo l'incontro con l'associazione Labirinto 14 luglio, ed alla luce degli eventi che hanno caratterizzato la vicenda non solo di Lando Buzzanca,

ma anche di una vasta casistica da cui sono emersi fatti e conduzioni inerenti alle amministrazioni di sostegno molto gravi, che hanno determinato sofferenze e inaccettabili violazioni dei diritti fondamentali inalienabili ed intangibili, ho ritenuto, insieme ad un gruppo a struttura multiprofessionale, di rivisitare il testo che segue che porta la proposta di radicale innovazione dell'amministrazione di sostegno, con l'abrogazione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione.

Significativo l'apporto di altri professionisti che hanno aderito ad un team multiprofessionale ed interdisciplinare indicati in chiusura del presente documento.

Un team che sta interagendo per la costruzione di nuove strade in tema di supporto alla fragilità, mossi dal caso di Lando Buzzanca e dalle migliaia di casa che hanno incontrato nell'amministrazione di sostegno un sistema vessatorio e non di reale e valido ausilio verso la libertà ed il benessere sostanziale.

Il testo prevede l'introduzione a pieno titolo della creazione di un "progetto di vita" atto a qualificare e connotare l'intervento di protezione che non può divenire strumento generativo di disagio, bensì di facilitazione e godibilità della vita nella forma più completa ed appagante per ogni essere umano che vede applicarsi la misura stessa, unitamente ad altri istituti, come il mandato per la futura incapacità, introducendo garanzie e strumenti più efficaci al fine di migliorare la qualità di intervento a favore di chi si può vedere destinatario. Si introduce un obbligo di formazione permanente per tutti gli operatori, al fine di superare schemi mentali, vetusti e forieri di abusi e gravi omissioni.

Un progetto elaborato, con molte implicazioni che potranno dare impulso ad una sostanziale rieducazione di tutti gli operatori (magistrati, avvocati e professionisti in genere, medici, psichiatri, psicologi, counselor, educatori, assistenti sociali, infermieri, familiari) che intervengono in ambito tutelare, decostruendo schemi e strutture mentali che attengono ad una formazione ormai non capace di dare risposte adeguate alla fragilità e che di fatto rimane ancorata alla conservazione patrimoniale fine a se stessa, innestandosi in complessità relazionali e familiari ben più articolate, che richiedono plurime competenze ed una aperta sensibilità a rivedere molte funzionalità ed abilità anche relazionali che non vanno assolutamente date per scontate.

Ascolto profondo, comunicazione, capacità di gestire stati emotivi, reattività, che si traducono spesso in forme di abuso del ruolo, che diviene prevaricante, capacità di gestire il conflitto al fine di migliorare il quadro relazionale in cui chi si occuperà di temi limite come quello della fragilità, possa orientarsi e crescere attraverso percorsi mirati e costanti.

Il tema della formazione permanente non potrà essere naturalmente soddisfatto da corsi e lezioni meramente frontali soprattutto in tema di relazionalità, ma in forme introspettive ed esperienziali, accedendo anche alla conoscenza diretta dei meccanismi mentali che caratterizzano la mente narrativa e che ci agiscono nei processi relazionali in modo del tutto inconsapevole.

Sottolineo come tutte le maggiori vessazioni si manifestano di fatto nel campo relazionale, facendo emergere un vero e proprio analfabetismo relazionale che affligge l'intera collettività a diversi livelli, basta assistere a ciò che avviene ed è avvenuto in questi due ultimi due anni dove ad ogni livello, anche pubblico, abbiamo avuto esempio di aggressioni verbali non degne di una umanità matura nella relazionalità.

Osservo ancora, che il tema della fragilità umana è vasto e complesso e riguarda ognuno di noi, nessuno escluso.

La gamma delle fragilità più o meno manifeste non possono essere considerate e trattate solo con strumenti giuridici, che non sono la soluzione, ma nel migliore dei casi solo veicoli di processi di natura pedagogica, assistenziale, di sostegno e diretti a favorire il la vita serena e di piena realizzazione di ogni essere umano, nel rispetto della sua natura, delle sue libertà fondamentali e di una vita di relazione soddisfacente, in osservanza dei bisogni e delle aspirazioni che caratterizzano la nostra esistenza terrena.

Nel testo della proposta è stato fatto riferimento anche al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, per le deleghe ai notai relative alle autorizzazioni per il compimento degli atti per cui è dato loro incarico di stipula.

In ogni comunità ci sono i forti dei forti e dei deboli. Entrambi sono legati l'uno all'altro. Inoltre, non è sempre possibile fare una distinzione precisa tra i due. Perché volte i forti diventano deboli e i deboli dimostrano una certa forza. I forti non devono elevarsi al di sopra

dei deboli, ma dovrebbero vedere i deboli come uno specchio in cui riconoscersi. Perché tutti hanno anche dei punti deboli... Questo corrisponde, tra l'altro, anche alle conoscenze della psicologia odierna: una comunità che non presta attenzione ai deboli trascura le proprie debolezze, poiché i deboli spesso rappresentano uno specchio per la comunità. Chi vorrà essere a capo di una comunità composta esclusivamente dai forti, resterà meravigliato di come un pò alla volta i forti diventino deboli.⁽¹⁾

Portiamo ancora all'attenzione di chi si accinge a leggere questo articolato progetto di riforma a due nuove previsioni fondamentali che vanno nella direzione della educazione e rieducazione al principio di autodeterminazione della propria vita, nel rispetto delle libertà fondamentali: il mandato per la futura incapacità con la previsione anche della ipotesi del mandato per la futura incapacità a favore del terzo, quale nuovo strumento per le famiglie a favore dei propri figli, congiunti o conviventi, inserendo anche la possibilità di dotazioni patrimoniali nel tempo anche con testamento da parte di terzi nel rispetto dei vincoli di natura assistenziale e di rispetto dei bisogni ed aspirazioni della persona impressi nel contratto di mandato originario. Uno strumento complesso, ma che realmente si offre come ausilio fondamentale, alternativo e completo rispetto all'amministrazione di sostegno.

Questa previsione può proteggere realmente la persona, la famiglia, i conviventi e chi vuole autodeterminarsi rispetto alle scelte fondamentali della propria vita. Un quadro normativo che predilige realmente la persona in una prospettiva di valorizzazione della centralità dell'essere umano, rispetto di ciò che sono state le proprie scelte fondamentali e così per le scelte che un nucleo familiare configura come essenziali a percorsi rispettosi ed aderenti al vissuto ed alla storia di ogni cittadino che vuole camminare sui sentieri della propria libertà.

Il mandato ed il connesso vincolo patrimoniale vengono proposti come non passibile di alcuna revocatoria da parte di terzi ed il relativo atto di vincolo con trasferimento o senza trasferimento è totalmente esente da imposta.

(1) Padre Ansell Grun, "benedettino di Münsterschwarzach", in *Pace, gioia... o frustrazione? Ciò che è importante per vivere insieme*, ed. Messaggero, Padova, 2020.

Una scelta radicale diretta a superare vecchi schemi di natura meramente patrimonialistica, per rimarcare il bisogno di creare un processo di cambiamento significativo sul cammino delle libertà fondamentali.

Leggere in altre prospettive di riforma il mero affidarsi alla sensibilità di un terzo (sia questo un professionista o un magistrato è troppo semplicistico ed estremamente rischioso e non può prospettarsi in una visione rieducativa del sistema della protezione dell'essere umano in una visione sistemica).

Altro aspetto è l'eliminazione dell'interdizione legale al fine di ridare impulso ad un visione prospettica diversa di interventi educativi e sostanziali all'interno delle carceri o con sistemi alternativi che possano rivalutare la persona umana offrendo nuovi percorsi di vita con ulteriori attività da promuoversi da parte di una politica attenta alla collettività ed all'essere umano.

Mai, forse, come in questo momento, il mondo intero si presta a fungere da cassa di risonanza della fragilità umana, mettendone a nudo tutta la complessità e problematicità.

Il disagio non solo economico, seppure in questo preciso quadro storico congiunturale, decisamente allarmante, ma anche le difficoltà attinenti la scelta di stili di vita sostenibili, le modalità di concepire la vita di relazione ed il suo prezioso significato anche in vista della "tenuta" del tessuto sociale, genera una diffusa fragilità che inevitabilmente si ripercuote sulle famiglie e che è destinata a colpire larghe fasce della società, indipendentemente dal censo, dalla cultura e dal grado d'istruzione.

La debolezza e la fragilità cui tutti siamo o potremmo essere esposti impone una diversa lettura degli istituti di protezione giuridica, che oggi mostrano tutte le mancanze da cui sono affetti ed in particolare la prospettiva del soccorso che scende dall'alto e non anche la disponibilità di strumenti per recuperare autonomia ed indipendenza in un'ottica che non sia di mero assistenzialismo, ma anche di pari opportunità sociale, soprattutto dopo che alcuni valori di un rinnovato umanesimo sono stati introdotti, nel vigente sistema normativo, con la legge che ha istituito l'amministrazione di sostegno.

La legge n. 6/2004 ha generato, da che è in vigore, un fervente dibattito culturale che ha coinvolto non solo i giuristi e gli operatori del

diritto, ma anche i medici, gli psichiatri, i servizi socio-assistenziali, le famiglie, enti pubblici e privati, con e senza scopo di lucro, in un'affannosa ricerca diretta a determinare l'ambito di applicabilità di un istituto di protezione rispetto ad un altro e, infine, alla consapevolezza della preferibilità, come strumento principe della protezione della persona, dell'amministrazione di sostegno, rispetto all'interdizione, dal sapore e dagli echi in senso lato sanzionatori e negativi, ed all'ormai quasi del tutto inutilizzata inabilitazione.

In verità, a nostro parere, tale dibattito corre il rischio di perdere di vista che non si tratta di privilegiare l'uno o l'altro istituto, ma di rivederne, dalle fondamenta, i contenuti, anche e soprattutto nelle forme di concreta applicazione alla realtà di vita in cui i soggetti deboli che ne hanno necessità si vengono a trovare.

In una ormai non più recente, ma sempre attuale, pubblicazione dal titolo *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno. La centralità della persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità* (Giappichelli, Torino, 2008) scrissi:

Laddove anche, infatti, si giungesse a definire quale istituto sia da privilegiare, nessun traguardo veramente utile avremmo ancora raggiunto, per garantire dignità ai soggetti afflitti da ridotte autonomie. Ritengo, invece, che solo occupandoci di individuare delle modalità, operatività ed impostazioni che realmente pongano al centro dell'intervento la Persona, i suoi bisogni, le sue aspirazioni, disporre del patrimonio e delle risorse personali in modo funzionale rispetto alla Persona medesima, inserita nella sua storia, nel suo mondo di relazione, nel suo habitat, ove si sono esplicate la sua personalità, le sue caratteristiche e quei tratti dell'esistere che rendono l'individuo unico, specifico ed irripetibile, potremo dare spazio e corpo alla dignità che compete ad ogni essere umano. È ormai palese che il rischio non sta nel definire un soggetto "interdetto" anziché "beneficiario di un'amministrazione di sostegno" o viceversa, ma nel riproporre schemi ed impostazioni rigide che possono di fatto ricondurre l'amministrazione di sostegno all'interdizione, semplicisticamente mutando formalmente il nomen iuris a situazioni che nella sostanza vengono trattate con lo stesso spirito irriguardoso per un'umanità di per sé già penalizzata da disagi e ridotte autonomie nel vivere quotidiano. La tendenza a schematizzare, a semplificare l'approccio al soggetto debole, non guardando alla complessità

di ogni essere umano, può di fatto vanificare un reale intervento di ausilio alle persone deboli. Tutti gli aspetti che riguardano un individuo e, quindi, la cura dei suoi interessi, anche patrimoniali, delle “cose proprie” (espressione straordinaria che vividamente pone in luce l’intimità del rapporto con il proprio mondo, con la propria vita, con ciò che lo caratterizza e contraddistingue): la sua casa, i suoi spazi, i suoi ricordi, i legami affettivi ad ambienti ed oggetti (che possono avere un valore economico o meno, ma comunque rappresentano la propria permanenza su questa terra ed in questa specifica esistenza) vanno ricompresi, scoperti, evidenziati e protetti affinché la propria debolezza che s’intendeva proteggere non diventi il presupposto di altre vessazioni.

Proprio sulla scorta di queste osservazioni e alla luce del valore cardine della centralità dell’essere umano, abbiamo ritenuto di proporre l’abrogazione degli istituti dell’interdizione e dell’inabilitazione, rivisitando in modo completo l’istituto dell’amministrazione di sostegno, in modo che quanto delle prime due possa essere mantenuto in vista dell’esclusiva protezione del soggetto privo di autonomia, possa esservi ricompreso, mai come schema meccanico da applicare acriticamente ed in via astratta, ma solo dopo ragionata individuazione delle necessità che impongono di limitare la capacità delle persone e di introdurre una figura vicaria che affianchi o sostituisca l’interessato nel compimento degli atti della vita.

In altri termini riteniamo che la definitiva scomparsa degli istituti tradizionali possa divenire uno sprone reale e concreto a far sì che l’apporto alla protezione del soggetto debole sia più adeguata e rispettosa dell’essere umano nel suo esistere e manifestarsi. Si tratta, quindi, di una nuova disciplina che prende le sue mosse dalla legge n. 6/2004, rendendola più aderente e idonea rispetto alla debolezza che in ogni singolo caso specifico determina la necessità di un intervento istituzionale.

Essa raccoglie e si fa portavoce dei bisogni espressi dalle numerosissime famiglie che incontriamo e che ci rappresentano il grave disagio vissuto nel rapportarsi con l’applicazione degli schemi rigidi delle misure fino ad oggi vigenti, dove sensibilità ed attenzione all’essere umano spesso non si accompagnano all’applicazione del diritto e dove il diritto è troppo spesso letto ed applicato in modo esclusivamente formalistico, al di fuori dalla comprensione sistematica delle norme che disciplinano

gli interessi familiari e di vita delle persone, in un'ottica meramente patrimonialistica, diretta alla conservazione anziché all'utilizzo delle risorse economiche in modo funzionale ai bisogni ed alle aspirazioni di chi si trovi in difficoltà. Aspirazioni e bisogni che si possono comprendere appieno solo grazie ad una conoscenza profonda di ogni singola situazione, costituita da elementi caratterizzanti, specifici e spesso unici nel loro genere.

La nuova normativa propone, dunque, una visione personalizzata della protezione e trova le sue radici in una reale e sostanziale esperienza solidaristica, caratterizzata dalla professionalità degli approcci e da precisi percorsi di responsabilizzazione di coloro che sono chiamati ad intervenire. La persona è posta al centro di un intervento graduato rispetto alla sua stessa condizione, nel quale rilevano non tanto la presenza di una patologia, quanto e soprattutto i riflessi che essa è in capace di determinare sul grado di autonomia esistente, che deve essere, se non migliorato, almeno conservato in un'ottica di recupero di pari opportunità.

L'amministrazione di sostegno diviene così un reale e concreto percorso da attuare nell'interesse della persona debole per la quale la strutturazione di un articolato progetto di vita diviene non solo un passaggio eventuale dell'intervento, ma un diritto della persona debole che vede ridotte le proprie autonomie.

La gradualità dell'intervento imporrà la necessità di studiare ed analizzare il caso singolo evitando processi burocratici di standardizzazione dell'intervento. Il Giudice tutelare, l'amministratore di sostegno, i servizi sociali e sanitari, le presenze parentali di riferimento, tutti si vedranno responsabilizzati nella progettazione che porrà al centro la persona con i suoi bisogni e le sue aspirazioni.

Un percorso composito che richiederà: attenzione, sensibilità, professionalità, rispetto, maturità civile e conoscenza, con la predisposizione di un intervento per quanto possibile partecipato e non meramente assistenzialistico.

Accanto ai poteri di vigilanza e di garanzia del Giudice tutelare, vi sarà la funzione dell'amministratore di sostegno, scelto in quanto idoneo allo specifico incarico, che assumerà un ruolo sostanziale anche nella fase istruttoria, di conoscenza della persona, di accertamento del patrimonio

e di utilizzo delle risorse disponibili conformemente al quadro di vita del beneficiario, che potrà pure fornire, anche in anticipo rispetto al momento di effettiva necessità, direttive specifiche nell'atto di designazione del proprio amministratore, anche in forma olografa, sia in ordine alla cura, sia rispetto al contesto abitativo e relazionale da rispettare e considerare, quale ambito in cui un essere umano si esprime e si riconosce.

Non più dunque, “provvedimenti-tipo” preconfezionati all'interno dei Tribunali e rabberciati in funzione delle più macroscopiche esigenze, o semplificazioni atte a tradire un'umanità sofferente e che chiede di veder conservata e protetta la propria dignità di essere umano.

Quando si parla di fragilità e debolezza inevitabilmente non ci si deve limitare a pensare ai casi di ridotta autonomia per eventi infau- sti verificatisi alla nascita, ma anche e soprattutto a tutte quelle situa- zioni che si generano nel corso della vita, per un incidente, per il so- praggiungere di patologie psichiatriche o degenerative progressive, che si manifestano in là negli anni (demenza, alzheimer...). Si tratta di si- tuazioni cui mal si adatta l'applicazione della normativa prevista per la tutela dei minori, del tutto inadeguata, spesso inutilmente e danno- samente invasiva, dove l'aspetto patrimonialistico dell'intervento vie- ne attuato in una prospettiva meramente conservativa più in vista delle aspettative degli eredi che in funzione dell'espressione del soggetto che è effettivo proprietario e titolare delle sostanze e di ogni diritto con na- tura patrimoniale.

Tale impostazione rigida ha spesso costituito strumento di vessa- zione dei nuclei familiari, che oltre al disagio della patologia e della sofferenza del proprio congiunto, si sono trovati a dover sperimenta- re l'applicazione della protezione giuridica come condizione di allonta- namento dalla vita di relazione e dai diritti e doveri che ne discendono. Troppo spesso accade che l'interdetto o il beneficiario non possa più es- sere considerato come padre, madre, coniuge, figlio.

3. Alcuni dati statistici

Alcuni dati statistici possono offrire la dimensione del fenomeno. Sul sito web www.handicapincifre.it si legge:

In base alle stime ottenute dall'indagine sulla salute e il ricorso ai servizi sanitari, emerge che in Italia le persone con disabilità sono 2 milioni 609mila, pari al 4,8% circa della popolazione di 6 anni e più che vive in famiglia. La stima si basa su un criterio molto restrittivo di disabilità, quello secondo cui vengono considerate persone con disabilità unicamente quelle che nel corso dell'intervista hanno riferito una totale mancanza di autonomia per almeno una funzione essenziale della vita quotidiana. Se consideriamo in generale le persone che hanno manifestato una apprezzabile difficoltà nello svolgimento di queste funzioni la stima allora sale a *6 milioni 606 mila* persone, pari al 12% della popolazione, che vive in famiglia, età superiore ai 6 anni. Tale dato è in linea con quello rilevato nei principali paesi industrializzati. *Sfuggono tuttavia le persone che, soffrendo di una qualche forma di disabilità non fisica ma mentale, sono in grado di svolgere tali attività essenziali.*

Il dato riportato non è però esaustivo, in quanto per le patologie di natura psichiatrica più diffuse in Italia, identificate nell'ambito dell'area delle depressioni, pare che una persona su quattro manifesti gravi disturbi depressivi, quali attacchi di panico e fobie, mentre il 4-5% della popolazione soffre di forme psicotiche ed altrettanto diffusi sono i disturbi della personalità, di cui però non esiste un censimento.

Si tenga ancora in considerazione che i servizi territoriali di psichiatria trattano solo il 10% dei casi che necessiterebbero di un intervento di ausilio e nel corso di un anno 34 mila sono i ricoveri in strutture ospedaliere e 48 mila i ricoveri in strutture residenziali.

Tali dati sono stati elaborati dalla dodicesima commissione permanente (Igiene e sanità) nella seduta 316, nel corso della XIV legislatura presso il Senato della Repubblica, nell'intervento rubricato "*Indagine conoscitiva sullo stato dell'assistenza psichiatrica in Italia e sull'attuazione dei progetti obiettivo per la tutela della salute mentale*".

Da un'indagine della Società di psichiatria emerge che negli ultimi 30 anni sono altresì mutati i fattori di rischio, che non sono più di natura medico-biologica e genetica, ma anche e soprattutto psicosociali e ambientali. Tale constatazione offre conferma della necessità che la protezione giuridica si realizzi sulla base di percorsi specifici e personalizzati, imponendo un elevato profilo tecnico dell'intervento e

coinvolgendo sia i servizi sanitari che quelli sociali, oltre alle professionalità specifiche necessarie.

Allo stesso modo appare più che giustificato e necessario introdurre il principio di doverosità dell'intervento del medico di famiglia, rispetto alla promozione del procedimento per l'apertura dell'amministrazione di sostegno.

Altro fenomeno da non trascurare è il notevole e progressivo invecchiamento della popolazione, che caratterizza maggiormente alcune regioni del nord Italia ed in modo particolare il Piemonte.

L'anziano fragile è ormai, comunque, una presenza diffusa e abituale nella nostra società che coinvolge tutte le famiglie⁽²⁾.

La fragilità dell'essere umano ha multiformi espressioni che necessariamente devono essere ricomprese all'interno di un valido sistema di protezione, capace di adattarsi duttilmente, ma al tempo stesso con precisione ed efficacia, a tutti i fenomeni che riducono le autonomie di una persona.

Un sistema di protezione inadeguato inevitabilmente genera costi e diseconomie ingiustificabili, sia rispetto alle risorse private, sia rispetto a quelle pubbliche.

Ecco perché è opportuna l'introduzione del dovere di accertamento patrimoniale che si spinga a compiere indagini almeno nel quinquennio precedente l'adozione del provvedimento di protezione.

L'accertamento patrimoniale è attività ben più complessa ed articolata rispetto all'inventario. Con gli strumenti che l'ordinamento giuridico pone a disposizione per ricostruire la situazione *quo ante*, se l'intervento di protezione è ben strutturato e non si limita a soddisfare apparenti formalismi che raramente si concretizzano in sistemi di protezione sostanziale, è possibile rimediare ad impoverimenti ingiusti e vere e proprie grassazioni che, altrimenti, resterebbero non solo impunite, ma anche ignote.

(2) Vale la pena di richiamare la definizione dell'anziano fragile, tratta dal «Giornale di Gerontologia», 2001, 49, suppl. 11, che così si esprime: «quei soggetti di età avanzata o molto avanzata, cronicamente affetti da patologie multiple, con stato di salute instabile, frequentemente disabili, in cui gli effetti dell'invecchiamento e delle malattie sono spesso complicati da problematiche di tipo socio-economico. Sulla base di questa definizione, la fragilità comporta un rischio elevato di rapido deterioramento della salute e dello stato funzionale e un elevato consumo di risorse».

Abbiamo troppo spesso potuto riscontrare come, nella realtà dei casi a noi affidati dall'autorità giudiziaria, l'analisi degli atti di disposizione patrimoniale compiuti da soggetti fragili lascia emergere dispersioni di cospicuo valore economico improprie, dovute anche a forme di convenzione che riducono sul lastrico le persone già in difficoltà, obbligandole anche a diventare un inevitabile costo per la società.

La graduabilità dell'intervento, nella nuova amministrazione di sostegno, consentirà di ottenere protezione fin dalla fase iniziale dell'insorgenza di fragilità anche non gravi, mentre l'eliminazione del disvalore sociale ricollegato all'interdizione (ed ormai profondamente sedimentato anche nel sentire comune), consentirà agli interessati di ricorrere serenamente al Giudice tutelare, così evitando l'accrescersi di quei disagi di vita, nella cura di sé e nella gestione delle proprie risorse, che nel tempo ed in assenza di supporto, potrebbero rivelarsi irrimediabilmente dannose, se non addirittura nefaste.

L'intervento di protezione sarà poi modellabile nel tempo in base al mutare delle condizioni e necessità del beneficiario: per tutti i soggetti coinvolti nell'assistenza è previsto, infatti, un dovere positivo di intervento per concorrere a determinare le modifiche del provvedimento che renderà il sostegno efficace nel pieno e completo contemperamento delle esigenze della protezione, della limitazione al compimento di atti dannosi, della libertà di esercitare i diritti per i quali resta possibile la capacità di autodeterminazione.

4. La protezione giuridica in Europa

Una breve disamina dei sistemi di protezione della persona in ambito europeo permette di constatare come l'interesse per la materia, negli altri ordinamenti giuridici, sia assai elevato e come la necessità di pensare, anche in ambito italiano, ad un serio e sostanziale superamento dell'istituto dell'interdizione costituisca un processo non più rimandabile.

Al di fuori dei confini nazionali, infatti, si assiste ad una sollecitazione forte e precisa alla ratifica unanime della convenzione dell'Aja sulla protezione dei soggetti adulti. A tal riguardo proprio il ministro Angelino Alfano ha manifestato, unitamente alla presidenza francese

della Comunità, l'attenzione alla protezione dei soggetti fragili nell'ambito della garanzia della libera circolazione sul territorio europeo.

L'Italia ha aderito, inoltre, favorevolmente alla conferenza di Gand, dove è evidente il tentativo di armonizzare il quadro normativo europeo della tutela dei soggetti deboli. Quanto agli specifici sistemi di protezione negli altri Paesi europei, non possiamo trascurare gli esempi dell'Austria e della Germania.

In Austria, già dal 1984, sono stati soppressi gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, con la contestuale nascita dello "*Sachwalterschaft*" (*amministrazione di sostegno*), dove i compiti dell'amministratore di sostegno vengono individuati in relazione ai singoli e specifici bisogni.

Il soggetto amministrato non perde completamente la propria capacità di agire, che viene integrata dall'intervento dell'amministratore. Possono essere nominati professionisti nell'assistenza per casi particolarmente complessi.

In Germania, nel 1991, l'interdizione e l'inabilitazione hanno seguito la stessa sorte, con l'introduzione della "*Betreuung*", che non prevede l'incapacitazione totale. Tale istituto si colloca tra aiuto ed intervento, tra tutela offerta dallo Stato e mantenimento dell'autodeterminazione dell'interessato. Il Giudice, nel graduare il proprio intervento dovrà tener conto del benessere soggettivo dell'interessato.

L'incapacità di un soggetto a curare i propri interessi deve essere riconducibile ad una causa psicopatologica, e l'intervento esterno deve obbedire ai principi di necessità e sussidiarietà rispetto alle possibilità di protezione che il singolo ed il suo contesto familiare riescono ad organizzare ed attuare autonomamente.

In caso di handicap fisico l'intervento di sostegno può essere attuato solo su richiesta dello stesso beneficiario.

Il sistema francese annovera ancora gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, pur se il Giudice può mitigare i loro effetti rendendoli il più aderenti possibili al caso concreto. Nel 1968 è stato introdotto l'istituto della "*Sauvegarde de Justice*". La protezione dei soggetti deboli, nel sistema francese, si inserisce nell'ambito di una impostazione solidaristica a sfondo umanitario, con rilievo ed in considerazione del concorrente interesse della collettività in cui il soggetto beneficiario vive, si relaziona e si manifesta.

In altri termini l'individuo non viene considerato esclusivamente in sé e per sé, ma è "contestualizzato" nel suo ambiente familiare, di quartiere e sociale.

Nel sistema francese ed in quello tedesco è configurabile la formulazione di un mandato per la propria futura incapacità. Nelle previsioni del diritto francese, l'attenzione alla domiciliarità trova espressa previsione, per le finalità terapeutiche che la caratterizzano.

La Spagna prevede l'istituto della "*Incapacitacion*" introdotto con la riforma legislativa del 1983-1984. Nel 2003 è stata introdotta la possibilità dell'assunzione della tutela legale da parte di agenzie e fondazioni pubbliche per la protezione delle persone incapacitate.

In Lussemburgo esistono tutte e tre le forme di protezione, mentre in Svizzera il sistema ha configurato la tutela pubblica come regola generale e sussistono un'autorità tutelare in senso stretto ed una autorità di vigilanza.

In Inghilterra e nel Galles vige l'istituto dell'*Enduring Powers of Attorney Act 1985*, che consente alla persona di configurare autonomamente la propria protezione, conferendo ad un terzo, che lo rappresenterà, una procura destinata a mantenere i propri effetti nonostante la sopravvenuta infermità psichica, nella quale sarà possibile determinare preventivamente l'oggetto stesso del mandato (e, quindi, i criteri ai quali dovrà attenersi l'attività del procuratore).

Il potere rappresentativo diventa efficace nel momento in cui la procura viene registrata presso il Tribunale. L'Autorità giudiziaria non ha alcun potere di verifica circa l'effettiva sussistenza dello stato di incapacità, ma solo poteri di controllo e di vigilanza, esercitati a posteriori sui rendiconti della gestione, fino a quello di sostituzione del procuratore che si sia reso inadempiente o inadeguato.

5. Le motivazioni etiche della proposta di riforma

Il sistema proposto si fonda sul rispetto dell'uomo nella sua integralità, nulla trascurando della sua dimensione corporea, emozionale, psichica e relazionale, cui si aggiunge, nel riconoscimento delle matrici cristiana e umanistica del nostro sistema di valori, l'aspetto spirituale,

richiamandosi anche al fondamentale principio espresso dall'Organizzazione Mondiale della Sanità che individua la salute non nella mera assenza di malattia, ma nell'equilibrio fra tutte le componenti in cui si manifesta l'essenza dell'essere umano.

La fragilità della persona non può più essere considerata un fatto eccezionale, marginale, riguardante individui o fasce di popolazione isolate, ma una condizione diffusa, in grado di toccare chiunque e che deve necessariamente essere presa in considerazione nella sua globalità al fine di favorire un reale processo evolutivo della società moderna.

Lo scienziato francese Xavier Le Pichon, studioso e ricercatore noto in tutto il mondo per le scoperte sui movimenti tellurici, ha scritto con grande efficacia:

Le parti deboli, imperfette, sono quelle che permettono più facilmente un'evoluzione progressiva. Succede così per la vita e mi sembra che sia ugualmente vero riguardo alla società. Tendiamo a tener conto solo delle persone che stanno bene, ignorando chi fa fatica a seguire il ritmo della vita che impone loro la società. Orbene una società, che separi gli elementi produttivi da tutti gli altri, considerati come pesi morti, cioè come marginali o esclusi, è una società dura, caratterizzata dallo scontro e spesso dal rigetto. Non è raro che si tratti di una società triste e pessimista. È il contrario di una società in cui tutti sono stati bene integrati in una struttura diversificata, molto più flessibile, in un modo di vita multiforme, più facile e più conciliante. Si tratta di una società spesso più felice e più ottimista. È necessario indubbiamente approfondire questa riflessione. Una società composta esclusivamente di elementi uniformi, senza alcuna eterogeneità è una società più rigida, più dura, meno flessibile. Quando si esamina un sistema qualsiasi bisogna prenderlo nel suo insieme e ricordarsi che il suo funzionamento è determinato dall'interazione di tutte le parti dell'insieme. Non ci sono parti inutili; l'eliminazione delle parti considerate inutili cambierà molto il sistema e potrà impedirne il funzionamento.⁽³⁾

In altri termini, il progetto di riforma qui proposto si innesta in un quadro normativo europeo evoluto che configura l'intervento di protezione e di sostegno graduato e non invalidante, capace di aderire alla

(3) X. LE PICHON, *Alle radici dell'uomo. Dalla Morte all'Amore*, Messaggero, Padova, 2002.

realtà nel suo manifestarsi. Esso appare, in confronto al sistema vigente, più consono ai bisogni dei soggetti fragili, imponendo un'attenzione alla persona che il sistema dell'interdizione e dell'inabilitazione, anche dopo l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, nel suo rigido schematismo non consente anche nelle ipotesi più mitigate e controllate di applicazione.

Nello sviluppo della sensibilità umana verso le persone fragili ci sono tappe legislative che raccolgono quanto seminato nei solchi della storia che le ha precedute e che segnano un "salto" di qualità etica. Nella recente storia italiana una di queste tappe è stata la legge n. 180/1978, nota come legge Basaglia.

Essa, basata su una interpretazione che oseremmo chiamare più umana della cura psichiatrica, fu una vera e propria "rivoluzione" culturale. Un nuovo approccio alla persona malata promosso e sperimentato da Franco Basaglia che, mediante i suoi studi, ha ispirato tale normativa. Sappiamo quanto l'introduzione di questa legge sia stata discussa, come anche quanto siano state dibattute le modalità della sua applicazione e, ancora oggi, quanto la sua pratica sia difficile, criticata e spesso disattesa.

Tuttavia, oggi essa rappresenta un punto di non ritorno: quello di un trattamento più umano della persona psichicamente malata, basato sull'instaurazione di nuovi rapporti sia con il personale che si occupa dell'assistenza, sia con la società rappresentata dalle risorse presenti sul territorio.

Nella stessa direzione di incremento di attenzione all'umanità integrale della persona si è posta la legge n. 6/2004, segnando un altro punto di non ritorno.

Essa rappresenta indubbiamente un importante progresso nell'attenzione all'umana fragilità che, fatte le debite differenze, data la diversità della materia, ha introdotto, come la legge Basaglia, un percorso di non ritorno.

Ad essa va, infatti, l'indubbio merito di aver introdotto con il nuovo istituto giuridico di assistenza, quello dell'amministrazione di sostegno, una forma eticamente più matura di assistenza verso quelle persone che, per le più svariate ragioni, abbiano perso, del tutto o in parte, la capacità di auto-gestione.

Le ragioni del suo apprezzamento morale stanno nello sforzo di tradurre in termini operativi la centralità della persona, che, prima di essere soggetto in difficoltà, è, appunto, persona ed in quanto tale merita un'attenzione leale verso i suoi bisogni più urgenti, come anche un ascolto profondo delle sue aspirazioni più intime.

Ci sono, infatti, almeno due atteggiamenti opposti che, paradossalmente, tradiscono entrambi il valore dell'uomo che si trova in condizione di fragilità: quello di trattarlo come se "non fosse in difficoltà", e quello di comportarsi con lui come se queste "difficoltà" riducessero o, ancor peggio, negassero la sua umanità.

Nell'uno come nell'altro caso ciò che si considera è una figura astratta e comunque falsa, che non corrisponde all'uomo reale il quale non è né sola sostanza spirituale, priva di necessità materiali, né pura materialità.

L'uomo è invece soggetto individuato dal corpo e contrassegnato dalle sue esigenze psicologiche e dalle sue aspirazioni spirituali. Uno "spirito incarnato" che ha nella salute e nel benessere fisico e psichico la condizione per perseguire il compimento della sua personalità e che conserva il suo valore in qualunque condizione si trovi. Questo uomo di carne-spirituale è il valore etico cui deve guardare l'ordinamento giuridico nel "disciplinare" l'umana convivenza.

Poste queste premesse antropologiche era impensabile, come i migliori critici avevano previsto, che le istanze contenute nella legge n. 6/2004 non esigessero il rinnovamento dell'intero sistema di protezione della persona previsto dal codice civile del 1942 nella direzione di sviluppare le feconde convinzioni etiche in essa contenute.

Svolgere tale progetto suggerisce, dal punto di vista della riflessione etica, di declinare il valore della persona secondo alcuni termini chiave che lo rappresentano.

Innanzitutto, quello della sua *dignità*. Una qualità sostanziale che è di ogni persona prima di qualsiasi fragilità fisica o psichica: «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti»⁽⁴⁾. Pertanto, come recita ancora la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, «ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di

(4) Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, art. 1.

origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione» (art. 2, comma 1). In queste affermazioni di principio sono racchiuse le ragioni di fondo dello sforzo di rendere l'istituto dell'amministrazione il più corrispondente possibile al valore della dignità umana.

Uno sforzo che esige un'attenzione integrale alla persona con i suoi bisogni materiali, ma anche con il suo mondo relazionale, le sue aspirazioni, le sue sensibilità, così da corrispondere alla sua natura più autentica che abbiamo riassunto nell'immagine dello "spirito incarnato".

Tale attenzione non può ridursi ad un intervento occasionale e tanto meno parziale (la sola amministrazione dei beni economici), ma apre ad un intervento progettuale. Quell'uomo reale al quale stiamo guardando per poggiare la nostra riflessione non è infatti un "episodio", ma la sua esistenza si dispiega nella storia.

Se dunque l'urgenza dell'intervento di assistenza può richiedere un'attenzione all'immediato, tuttavia, superata la fase critica il rispetto della sua persona esige che con lui, proporzionatamente alle sue autonomie residue, si definisca un *progetto di vita*.

Operazione che, ovviamente, implica un'adeguata valutazione delle reali *risorse* personali del soggetto assistito. Ecco l'ulteriore termine chiave cui fa riferimento l'attuale proposta di legge.

Essa muove dalla considerazione antropologica che, per quanto compromesse, non si dà persona umana che non abbia un minimo di risorse residue da valorizzare o comunque da esprimere. Evidenza che non è contemplata negli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione.

Di qui la spinta di natura innanzitutto etica alla loro abrogazione e trasformazione in amministrazione di sostegno.

Un'istanza eticamente auspicabile, che risulta sottesa al titolo XII del codice civile rinnovato nel 2006, che non recita più "Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione", ma "Delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia", e che si dimostra coerente con la nostra Costituzione laddove essa afferma che «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3 Cost.).

Dal punto di vista poi della modalità di approccio all'assistenza, l'attuale affinamento delle competenze che il progresso delle scienze ci offre, impone un approccio multidisciplinare che permetta ai diversi professionisti delle scienze umane (medici, psichiatri, psicologi, assistenti sociali...) e giuridiche di considerare la persona assistita secondo la propria prospettiva così da assicurargli un'assistenza integrale ed integrata. Laddove, infatti, la relazione con la persona in situazione di fragilità si connota eticamente secondo la categoria del *servizio*, ci si aspetta che questo venga svolto secondo le migliori opportunità a nostra disposizione.

Questo apre ad un'ultima osservazione. Insieme all'impegno di introdurre nel nostro codice civile una normativa che risulti più rispettosa del valore dell'uomo, si tratta di porre le condizioni reali per una sua applicazione pratica.

È chiaro, infatti, che una maggior attenzione all'autonomia della persona comporta un incremento di risorse rispetto ad un'assistenza in cui le capacità dell'assistito siano del tutto "azzerate".

Solo la contemporanea messa in opera di una legislazione rinnovata, insieme alla creazione dei "mezzi" per poterla realmente attuare renderà eticamente sostenibile, alla prova dei fatti, il rinnovato impegno a favore dei diritti dell'uomo che si trova in stato di necessità.

**PROGETTO DI LEGGE
PER L'ABROGAZIONE DELL'INTERDIZIONE E DELL'INABILITAZIONE
E MODIFICAZIONE DELLA DISCIPLINA DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO**

GIUSEPPE REALE

ART. 1. Nuova rubrica del Titolo XII del libro primo del Codice civile.

La rubrica del Titolo XII del libro primo del Codice civile è sostituita dalla seguente: “Della protezione della persona: l'amministrazione di sostegno e l'incapacità naturale”.

ART. 2. Modificazione dei capi del Titolo XII nel libro primo del Codice civile.

I capi primo e secondo del titolo dodicesimo del libro primo del Codice civile sono sostituiti dai seguenti capi.

CAPO I

PRESUPPOSTI E FINALITÀ DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

404. (*Presupposti dell'amministrazione di sostegno*). La persona che, per effetto di una infermità o di una menomazione o inabilità fisica o psichica, si trova nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno con i poteri stabiliti dal Giudice tutelare nel decreto di cui all'art. 411 o in provvedimenti successivi. Solo quando la persona, a causa di abituale infermità di mente, appaia incapace di intendere o di volere e solo con riferimento all'estensione di tale incapacità, il Giudice tutelare può prevedere, con decreto motivato, che l'amministratore di sostegno si sostituisca

al beneficiario e lo rappresenta negli atti civili relativi. Comunque, anche in quest'ultima ipotesi la sostituzione in rappresentanza, è dovere dell'amministratore di sostegno sempre indagare la volontà del beneficiario, documentando tale attività, al fine di ottenere il consenso dello stesso, in osservanza di quanto prescritto dagli artt. 405 et 413.

405. (*Finalità dell'amministrazione di sostegno*). L'amministrazione di sostegno ha come scopo l'eliminazione degli ostacoli che limitano di fatto la capacità di agire della persona priva in tutto o in parte di autonomia ed è finalizzata alla realizzazione dei bisogni, dei desideri e delle aspirazioni della persona stessa. L'assistenza dell'amministratore di sostegno riserva attenzione centrale al rispetto dei valori della dignità della persona e della realizzazione dell'individuo, ricercando, per quanto possibile, l'adesione del consenso dell'interessato, anche attraverso la presumibile ricostruzione di esso, sulla scorta di eventuali manifestazioni anticipate di volontà o direttive e con il ricorso ad elementi tratti dalla vita anteatta. Del procedimento per acquisire il consenso o per la ricostruzione dello stesso, è necessario darne atto per iscritto ed il decreto di autorizzazione dovrà contenere il contenuto dello stesso. L'amministrazione di sostegno persegue, come obiettivo prioritario, la protezione della persona attraverso il mantenimento della domiciliarità ed il permanere del radicamento nel consolidato contesto familiare, affettivo, amicale e sociale, curando che eventuali conflitti endofamiliari ed eterofamiliari, vengano sanati nell'interesse del benessere di vita del beneficiario così mantenendo integri tutti i propri rapporti, come dallo stesso voluti e vissuti. Tali finalità devono ispirare anche tutte le attività delegate ai notai previste dal d.lgs. del 10 ottobre 2022, n. 149.

CAPO II

PROCEDIMENTO PER L'APERTURA DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

406. (*Soggetti*). Il ricorso per l'apertura dell'amministrazione di sostegno può essere proposto dallo stesso soggetto beneficiario, anche nell'ultimo anno di minore età, dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dai parenti entro il quarto grado e dagli affini entro il secondo grado, nonché dal Pubblico Ministero.

I responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona ed i medici di medicina generale del servizio sanitario nazionale, ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre al Giudice tutelare il ricorso di cui al comma precedente. Il medesimo obbligo si applica ai responsabili dei servizi sanitari e sociali ai quali sia richiesta la presa in carico di persone per le quali appaia evidente l'opportunità dell'apertura del procedimento per l'amministrazione di sostegno.

I soggetti di cui al comma precedente, ma anche chi ne abbia interesse o venga a conoscenza di fatti tali che ne giustifichino la nomina quando non vi è urgenza nella protezione dell'interessato ed i primi in alternativa al ricorso al Giudice tutelare, possono fornire notizie al Pubblico Ministero affinché presenti il ricorso medesimo.

407. (Procedimento). Il ricorso per l'apertura dell'amministrazione di sostegno si presenta al Giudice tutelare del luogo di residenza o di domicilio dell'interessato. I ricorrenti ed il beneficiario possono stare in giudizio senza il ministero di un difensore.

Il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno deve indicare le generalità del beneficiario, la sua dimora abituale, l'esposizione delle ragioni per cui si richiede la nomina dell'amministratore di sostegno, il nominativo ed il domicilio, se conosciuti dal ricorrente, del coniuge, dei discendenti, degli ascendenti, dei fratelli e dei conviventi del beneficiario.

Il giudice tutelare fissa con decreto immediatamente esecutivo l'udienza nella quale deve sentire personalmente il soggetto cui il procedimento si riferisce, recandosi, ove occorra, nel luogo in cui questa si trova, mandando il ricorrente a notificare il ricorso ed il decreto al beneficiario, al coniuge, alla persona stabilmente convivente, ai parenti entro il quarto grado e agli affini entro il secondo grado. Il ricorso ed il decreto sono comunicati dalla cancelleria del Giudice tutelare al Pubblico Ministero. Si applica l'articolo 344.

408. (Decisione). Il giudice tutelare provvede sul ricorso entro 45 giorni dalla sua presentazione, con decreto motivato, assunte le necessarie

informazioni e sentiti i soggetti di cui all'articolo 406 e di tutti coloro che ritiene possano fornire informazioni adeguate ed utili al procedimento; in caso di mancata loro comparizione provvede comunque sul ricorso. Dispone altresì, anche d'ufficio, gli accertamenti di natura medica e tutti gli altri mezzi istruttori utili ai fini della decisione. Se nominato, il Giudice tutelare deve sentire anche l'amministratore di sostegno provvisorio. In ogni caso, nel procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno interviene il Pubblico Ministero.

CAPO III

APERTURA DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

409. (*Apertura dell'amministrazione di sostegno*). Quando dispone l'apertura dell'amministrazione di sostegno, il Giudice tutelare indica se essa è a tempo determinato, stabilendone la durata, o se essa è a tempo indeterminato. Quando è emesso nei confronti di un minore non emancipato, il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno può essere emesso solo nell'ultimo anno della sua minore età e diventa esecutivo a decorrere dal momento in cui la maggiore età è raggiunta, salvo non sia stato stipulato un contratto di mandato a favore del minore e regolarmente depositato ed omologato. In tale ipotesi il mandato prevale. Il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno, il decreto di chiusura ed ogni altro provvedimento assunto dal giudice tutelare nel corso dell'amministrazione di sostegno devono essere immediatamente annotati a cura del cancelliere nell'apposito registro.

Il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno e il decreto di chiusura devono essere comunicati, entro dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile per le annotazioni in margine all'atto di nascita del beneficiario. Se la durata dell'amministrazione di sostegno è a tempo determinato, le annotazioni devono essere cancellate alla scadenza del termine indicato nel decreto di apertura o in quello eventuale di proroga. Se l'amministrazione di sostegno è a tempo determinato, essa può essere prorogata dal Giudice tutelare, con decreto motivato emesso anche d'ufficio prima della scadenza del termine.

410. (*Atti urgenti*). Qualora ne sussista la necessità, il Giudice tutelare

adotta anche d'ufficio, e quindi anche se non è stato introdotto alcun ricorso da parte dei soggetti legittimati, essendo possibile che lo stesso venga informato con segnalazione o per aver appreso di circostanze che ne giustifichino proprio intervento urgente, con decreto motivato, i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio e può procedere anche d'ufficio alla nomina di un amministratore di sostegno provvisorio, indicando i singoli atti che questi è autorizzato a compiere, anche prima dell'audizione di cui al terzo comma dell'articolo 407. Sulla richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno provvisorio contenuta nel ricorso di cui all'art. 407, il Giudice provvede con decreto motivato entro dieci giorni dal deposito in cancelleria. L'amministratore di sostegno provvisorio interviene nel procedimento con i doveri di cui al comma secondo dell'art. 410 e deve prendere immediato contatto con l'interessato ed accertarsi delle sue condizioni di vita. Egli compie le indagini opportune e ne riferisce al Giudice tutelare ai fini della determinazione del contenuto del decreto di cui all'art. 411, entro giorni 10 dall'assunzione dell'ufficio.

411. (*Nomina dell'amministratore di sostegno*). Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve contenere l'indicazione:

- 1) delle generalità della persona beneficiaria e dell'amministratore di sostegno;
- 2) della durata dell'incarico, che può essere anche a tempo indeterminato;
- 3) dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario;
- 4) degli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno;
- 5) dei limiti, anche periodici, delle spese che l'amministratore di sostegno può sostenere, senza necessità di preventiva autorizzazione e salvo il rendiconto, con l'utilizzo delle somme di cui il beneficiario ha o può avere la disponibilità;
- 6) del termine, non superiore a 60 giorni dalla comunicazione del decreto all'amministratore di sostegno nominato, entro il quale quest'ultimo deve riferire al Giudice tutelare circa le condizioni di vita personale

e sociale del beneficiario e le sue esigenze, predisponendo un progetto di vita finalizzato, ove possibile, all'incremento o al mantenimento dell'autonomia della persona, autonomia che deve essere obbiettivo fondamentale di riferimento;

7) della periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve successivamente riferire al Giudice tutelare circa l'attività svolta, le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario ed il grado di realizzazione del progetto di cui al numero precedente;

8) l'indicazione che il beneficiario può compiere liberamente tutti gli atti per i quali non è prevista l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva dell'amministratore di sostegno, ferma la partecipazione del beneficiario alla determinazione della volontà e consenso per il compimento di tutti gli atti di rilievo per il beneficiario medesimo. Il Giudice tutelare può, in ogni tempo, modificare o integrare, anche d'ufficio, con decreto motivato, le decisioni assunte con il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno e deve in ogni caso tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni, delle aspirazioni e delle richieste di questa che dovrà essere sentito e del quale dovranno essere rispettate le volontà espresse in atti precedenti all'apertura dell'amministrazione di sostegno. Il giudice tutelare nel corso della vita dell'amministrazione di sostegno, quindi dopo l'assunzione dell'ufficio da parte dell'amministratore di sostegno mediante giuramento, è tenuto a pronunciarsi su ogni ricorso, completo e per il quale non abbia chiesto integrazioni, entro 10 giorni dalla presentazione o dal deposito dell'integrazione richiesta.

412. (*Scelta dell'amministratore di sostegno*). La scelta dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla cura e agli interessi della persona del beneficiario. L'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria futura incapacità, mediante atto pubblico, scrittura privata autenticata o nelle forme di cui all'art. 602. È facoltà del beneficiario provvedere alla nomina anche di due amministratori di sostegno con compiti e funzioni diverse. In tali casi, il Giudice tutelare può nominare, con decreto motivato, uno o più soggetti diversi, solo quando chi designato dall'interessato manchi ovvero sussistano gravi motivi che lo rendano o

li rendano non idonei all'ufficio, il decreto dovrà contenere espressa e precisa motivazione.

L'interessato può revocare la designazione già effettuata nelle stesse forme di cui al comma secondo. In mancanza di designazione e nei casi di cui al comma terzo, il Giudice tutelare deve nominare l'amministratore di sostegno sulla base dell'idoneità del soggetto ad assicurare la cura e gli interessi del beneficiario. Ove possibile, il Giudice tutelare preferisce chi sia più idoneo tra il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata, verificando comunque sempre se il contesto familiare non presenti conflittualità interne da non rendere serena la gestione dell'amministrazione di sostegno.

Quando appaia opportuno distinguere la cura della persona dall'amministrazione del patrimonio, il Giudice tutelare può nominare due amministratori di sostegno, specificando per ciascuno l'oggetto dell'incarico e gli atti di cui ai numeri 3) e 4) dell'articolo precedente. In mancanza di designazione, nei casi di cui al comma terzo o in mancanza di idoneità dei soggetti di cui al comma quinto, il Giudice tutelare può chiamare all'ufficio di amministratore di sostegno anche altra persona idonea, ovvero uno dei soggetti di cui al titolo II del codice, al cui legale rappresentante o alle persone che questi ha facoltà di delegare con atto depositato presso l'ufficio del Giudice tutelare, competono tutti i doveri e le facoltà previsti per l'amministratore di sostegno. Il Giudice tutelare può respingere la delega ove il delegato non sia persona idonea ai sensi del quinto comma o per altri gravi motivi.

Non può ricoprire le funzioni di amministratore di sostegno l'operatore dei servizi pubblici o privati che presta direttamente la cura o l'assistenza al beneficiario. Gli amministratori di sostegno devono comunque dimostrare ai fini della propria nomina di aver partecipato ad un corso di formazione dedicato a tale funzione di almeno 60 ore, dove il programma prevede un approccio multiprofessionale alla fragilità. Tali corsi potranno essere realizzati da enti pubblici ed enti privati (associazioni e fondazioni enti di terzo settore) l'elenco di tali enti con i programmi di formazione andranno depositati presso gli uffici dei Giudici

tutelari dei territori in cui si propongono per la formazione. La partecipazione a tali formazioni potrà essere annoverata tra le forme di aggiornamento professionale. Gli amministratori di sostegno dovranno partecipare a corsi di aggiornamento per almeno 20 ore all'anno, anche specifici convegni possono essere annoverati tra i percorsi formativi ai fini dell'aggiornamento.

Presso l'ufficio del Giudice tutelare sarà tenuto un registro in cui potranno essere iscritte le persone che dimostrino di aver partecipato a tali formazioni e dopo avere ottenuto il rilascio di attestazione di partecipazione.

Per gli enti che svolgono la funzione di amministratore di sostegno, tale finalità deve emergere dai fini istituzionali o da delibere di indirizzo. Gli operatori dell'ente che si occuperanno di tale funzione devono anche loro aver partecipato alle indicate formazioni.

I magistrati e i notai che si occuperanno in modo specifico di funzioni tutelari e di mandati per la futura incapacità nell'ambito della loro formazione costante e periodica saranno tenuti a partecipare a percorsi di aggiornamento professionale almeno una volta prima di assumere il loro ufficio o ricevere incarico, con un corso di almeno 100 ore nell'arco di un anno in cui oltre a materie di carattere tecnico giuridico, vi siano interventi formativi specifici e di natura anche esperienziale su competenze pertinenti alle materie inerenti ai processi relazionali nei percorsi di cura (Psichiatria, geriatria, psicologia, counseling relazionale, pedagogia). Non potranno assumere tali uffici o formulare detti contratti se non dopo aver partecipato a detta formazione. Il corso dovrà concludersi con una tesi in cui verrà sottoposto un caso specifico in cui i magistrati dovranno aprire una amministrazione di sostegno e svilupparne la gestione in modo completo ed i notai dovranno formulare un contratto di mandato per la futura incapacità dandone giustificazione e motivazione in diritto e dimostrando di aver valutato gli effetti anche di natura relazionale dei contenuti dello stesso. Alla data di entrata in vigore della presente legge, potranno svolgere detti uffici coloro che si sono iscritti a detti percorsi formativi, che dovranno essere portati a termine, al fine di non interrompere la funzione e l'attività in corso. Detti soggetti dovranno poi partecipare a corsi di aggiornamento specifici per almeno 30 ore annue, che verranno attestate dagli

enti che provvederanno alla formazione. Il Consiglio superiore della Magistratura e l'Ordine Nazionale del notariato, monitorerà l'effettiva partecipazione alle attività di formazione dei soggetti indicati.

413. (*Doveri dell'amministratore di sostegno*). Nello svolgimento dei suoi compiti l'amministratore di sostegno agisce con la diligenza del buon padre di famiglia per la realizzazione delle finalità di cui al primo comma dell'art. 405 e risponde dei danni cagionati al beneficiario per effetto della violazione dei suoi doveri secondo le regole generali.

L'amministratore di sostegno deve sempre e tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere, ove possibile promuovendone il consenso e, comunque, agendo in base ai principi di cui al secondo comma dell'art. 405. Qualora questo non avvenga, qualsiasi atto compiuto, anche se autorizzato, è da ritenersi annullabile e l'annullabilità può essere richiesta dalle persone legittimate a ricorrere per l'apertura dell'amministrazione di sostegno.

L'amministratore di sostegno deve sempre e tempestivamente informare il Giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario, affinché questi componga il contrasto o assuma i provvedimenti motivati ed opportuni. Tale attività deve essere documentata ed inserita in ogni decreto di autorizzazione.

In caso di contrasto, di scelte o di atti dannosi ovvero di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario, questi, il Pubblico ministero o gli altri soggetti di cui all'articolo 406 possono ricorrere al Giudice tutelare, che adotta con decreto motivato gli opportuni provvedimenti.

Nell'amministrazione del patrimonio del beneficiario, l'amministratore di sostegno non si limita al compimento degli atti necessari o dotati di utilità evidente, ma compie anche e soprattutto quelli opportuni in vista del benessere psicofisico della persona e della realizzazione delle sue aspirazioni, osservando che gli atti siano funzionali e rispettosi del progetto di vita nell'interesse primario del beneficiario.

All'amministrazione di sostegno si applicano gli articoli 374, 375 e 376, ma i provvedimenti di autorizzazione di cui alle ultime due norme sono emessi dal Giudice tutelare. Si applica, altresì, l'art. 377.

Al di fuori dei casi di cui agli articoli 374 e 375, quando

l'amministratore di sostegno è incaricato della rappresentanza esclusiva del beneficiario in tutti gli atti di ordinaria amministrazione del patrimonio, egli può compierli senza preventiva autorizzazione del Giudice tutelare, anche oltre il limite di cui al numero 3) dell'art. 411, fermo l'obbligo del rendiconto. All'amministrazione di sostegno si applicano: l'articolo 349 e, in quanto compatibili, gli articoli da 350 a 353, l'articolo 378, e gli articoli da 383 a 387. Si applica altresì il comma primo dell'articolo 380, ma quando l'amministratore di sostegno è il coniuge o la persona stabilmente convivente o l'ascendente, il discendente, il fratello o la sorella del beneficiario e le entrate di questo non superano il limite di euro 2000,00 (duemila,00) mensili, egli, in luogo del rendiconto, può presentare una relazione sintetica sulle spese sostenute. Gli altri soggetti possono presentare una relazione sintetica solo con riferimento alle spese riguardanti il sostentamento della persona. Nei primi sessanta giorni da quando ha assunto l'ufficio, l'amministratore di sostegno, quando non gli sono affidati compiti attinenti esclusivamente alla cura della persona, deve procedere all'accertamento del patrimonio del beneficiario, provvedendo, anche con l'ausilio di consulenti, alla ricognizione di tutti gli elementi attivi e passivi sulla base di indagini estese almeno agli ultimi cinque anni e se opportuno alla formazione dell'inventario col ministero di un notaio a ciò delegato dal Giudice tutelare. L'inventario si forma, ove possibile, con l'intervento del beneficiario, se impossibilitato necessario è documentare tale impossibilità ed il fatto che lo stesso sia stato informato, e con l'assistenza di due testimoni scelti preferibilmente fra i suoi parenti o gli amici, seguendo le disposizioni degli artt. 364, 365 e 366. Si applicano altresì le disposizioni di cui agli artt. 361, 367, 368, 369 e 370. Il Giudice tutelare consente che la relazione sulla consistenza patrimoniale sia fatta senza ministero del notaio quando:

- 1) la titolarità e l'entità dei beni sia rilevabile con certezza mediante documentazione contabile;
- 2) la titolarità e l'entità dei beni sia rilevabile con certezza dalla certificazione di una pubblica autorità;
- 3) la spesa necessaria per l'inventario con il ministero del notaio appaia eccessiva con riferimento al valore dei beni che devono formarne oggetto.

L'amministratore di sostegno riferisce al Giudice tutelare l'esito dell'accertamento patrimoniale entro il termine di cui al numero 6) dell'art. 411 e, comunque, entro 60 giorni dalla data di assunzione dell'ufficio. L'accertamento patrimoniale può comprendere l'inventario, ma qualora lo stesso sia esaustivo il giudice tutelare su richiesta può esonerare dal compimento dell'inventario con il ministero del notaio.

L'amministratore di sostegno deve informare il Giudice tutelare tempestivamente e, comunque, entro il termine di cui al numero 7) dell'art. 411 delle situazioni che rendono opportuna la modificazione o l'integrazione del decreto di cui alla medesima norma, dando atto nella sua relazione e ricorso di aver informato il beneficiario e delle rappresentazioni dello stesso.

414. (*Poteri del Giudice tutelare*). Il Giudice tutelare vigila sulla correttezza dell'operato dell'amministratore di sostegno e, in qualunque momento, può richiederli chiarimenti ed informazioni. Il Giudice, anche informalmente, può assumere informazioni dal beneficiario e dagli altri soggetti di cui all'art. 406.

Il Giudice tutelare, quando l'entità del patrimonio e la complessità dell'attività di amministrazione lo rendono opportuno nell'interesse del beneficiario, può imporre all'amministratore di sostegno la stipulazione di una polizza assicurativa per la responsabilità civile, indicando il massimale di copertura. In tali casi, la spesa necessaria al pagamento del premio è posta, in tutto o in parte, a carico del patrimonio del beneficiario.

415. (*Curatore di garanzia*). Quando devono compiersi uno o più atti con l'assistenza o la rappresentanza dell'amministratore di sostegno e l'interesse di questi sia in opposizione o comunque emerga un possibile conflitto di interessi a quello del beneficiario dell'amministrazione di sostegno, il Giudice tutelare nomina un curatore di garanzia, scelto secondo i criteri di cui all'art. 412, al quale conferisce il potere di assistenza o di rappresentanza del beneficiario, anche per il curatore si osservano di doveri che gravano sull'amministratore di sostegno.

416. (*Atti compiuti dal beneficiario o dall'amministratore di sostegno in violazione di norme di legge o delle disposizioni del giudice*). Gli atti

compiuti dall'amministratore di sostegno in violazione di disposizioni di legge, o in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferitigli dal giudice, possono essere annullati su istanza dell'amministratore di sostegno, del pubblico ministero, del beneficiario o dei suoi eredi ed aventi causa o di chiunque ne abbia interesse.

Possono essere parimenti annullati su istanza dell'amministratore di sostegno, del beneficiario, o dei suoi eredi ed aventi causa, o di chiunque ne abbia interesse, gli atti compiuti personalmente dal beneficiario in violazione delle disposizioni di legge o di quelle stabilite dal Giudice tutelare nei decreti di cui agli artt. 409 e 411 e in quelli successivi, anche a norma dell'art. 420.

Le azioni relative si prescrivono nel termine di cinque anni. Per il beneficiario, il termine decorre dal momento in cui è cessato lo stato di sottoposizione all'amministrazione di sostegno.

417. (*Durata dell'incarico. Equa indennità*). Salvo che si tratti del coniuge non legalmente separato, della persona stabilmente convivente, dell'ascendente o del discendente, l'amministratore di sostegno non è tenuto a continuare nell'incarico oltre i dieci anni dalla nomina. Il Giudice tutelare, quando richiesto con il rendiconto annuale e con quello finale, riconosce a favore dell'amministratore di sostegno, oltre ad un rimborso, anche forfetario, delle spese sostenute per l'esercizio dell'ufficio, un'indennità commisurata all'entità del patrimonio del beneficiario ed alla complessità ed importanza delle attività di cura della persona e di amministrazione dei beni. Tale indennità, di natura non retributiva, è equamente determinata con riferimento anche ai risultati raggiunti nell'interesse del beneficiario. L'indennità è oltre al riconoscimento delle spese sostenute dall'amministratore nello svolgimento del proprio ufficio e da determinarsi anche in via forfettaria in ragione delle attività effettivamente svolte. Alla liquidazione delle spese andrà unita la prevista liquidazione della indennità.

418. (*Cessazione dell'amministrazione di sostegno*). Quando il beneficiario, l'amministratore di sostegno, il pubblico ministero o taluno degli altri soggetti di cui all'articolo 406, ritengono che si siano determinati i presupposti per la cessazione dell'amministrazione di sostegno, o per la

sostituzione dell'amministratore, rivolgono istanza motivata al giudice tutelare.

L'istanza è comunicata al beneficiario ed all'amministratore di sostegno. Il giudice tutelare provvede con decreto motivato, acquisite le necessarie informazioni e disposti gli opportuni mezzi istruttori.

CAPO IV

DIRITTI DEL BENEFICIARIO DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

419. *(Capacità di agire del beneficiario dell'amministrazione di sostegno).* Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno mantiene la capacità di agire per tutti gli atti che non sono attribuiti alla rappresentanza esclusiva dell'amministratore di sostegno, compresi quelli, di natura personale e riguardanti diritti fondamentali, che non gli sono stati espressamente vietati dal Giudice tutelare a norma dell'art. 420, abrogazione che dovrà essere motivata pena nullità del decreto. Anche nel caso di provvedimento ablativo motivato l'amministratore di sostegno dovrà sempre indagare la volontà del beneficiario anche deducendo la stessa dallo stile di vita del beneficiario, dalla sua storia, convincimenti e orientamenti religiosi, umani e filosofici, così onorando la vita del medesimo e le scelte per lui fondamentali. Pertanto, ogni atto da compiersi in ragione di tale decreto e quelli autorizzativi successivi deve essere preceduto da tale analisi che deve costituire oggetto di apposita relazione o dedotta in apposito ricorso al Giudice tutelare, a garanzia e tutela dei diritti fondamentali del beneficiario. La vita anteatta del beneficiario è di riferimento essenziale per il Giudice tutelare e per l'amministratore di sostegno nel costruire il sistema di protezione giuridica al fine di evitare ogni forma di pregiudizio agli interessi personali e patrimoniali dello stesso. La violazione delle prescrizioni di cui al presente articolo può essere eccepita mediante ricorso al Giudice tutelare, da parte di chiunque ne abbia interesse e non solo da parte dei soggetti di cui all'art. 418, il quale dovrà pronunciare decreto motivato nell'interesse esclusivo del beneficiario, decreto soggetto a reclamo da parte del ricorrente. La tutela dei diritti fondamentali di ogni essere umano può essere fatta valere da persone fisiche che abbiano o hanno avuto rapporti significativi con il beneficiario, da enti pubblici e privati che istituzionalmente

si occupano della promozione e tutela di diritti fondamentali, di amministrazione di sostegno e cura di persone con ridotte autonomie. In nessun caso, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può essere privato della capacità di compiere autonomamente gli atti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana.

420. (*Limitazioni dei diritti fondamentali*). Il Giudice tutelare, nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno o in provvedimenti successivi, può stabilire divieti, limitazioni o decadenze che incidono sui diritti fondamentali della persona, anche in casi diversi da quelli espressamente previsti nel Codice civile e in altre disposizioni di legge, solo quando ciò appare necessario per assicurare l'adeguata protezione del beneficiario e nel rispetto dei suoi bisogni ed aspirazioni. Il Giudice tutelare può altresì stabilire che tali diritti siano esercitati con l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva dell'amministratore di sostegno, quando per la natura degli atti ciò è ammissibile. Il beneficiario comunque deve essere sempre sentito anche durante la vita dell'amministrazione di sostegno, osservando che vi sia un espresso consenso, laddove gli atti per cui è chiesta l'autorizzazione, incidano sulla vita dello stesso. Il Giudice tutelare, se procede in udienza ne dà avviso al beneficiario e all'amministratore di sostegno, anche provvisorio, invitandoli a nominare un difensore almeno cinque giorni prima dell'udienza successiva alla quale il procedimento è rinviato per la decisione riguardante i diritti fondamentali della persona. Qualora la scelta venga effettuata dal beneficiario, l'amministratore di sostegno deve limitarsi a provvedere al pagamento degli onorari del professionista nominato. Se il Pubblico Ministero non è presente, il Giudice manda alla cancelleria di comunicargli la data del rinvio. Quando non procede in udienza, il Giudice fissa con decreto udienza avanti a sé per la decisione, dandone comunicazione al Pubblico Ministero, al beneficiario e all'amministratore di sostegno, con l'invito a questi ultimi a provvedere, almeno cinque giorni prima dalla data fissata, alla nomina di un difensore.

Le udienze nelle quali devono essere trattate questioni sui diritti fondamentali del beneficiario si svolgono con la presenza necessaria del Pubblico Ministero e del difensore. Se il beneficiario e l'amministratore di sostegno, anche provvisorio, non provvedono alla nomina del

difensore entro il termine di cui ai commi quarto e quinto, il Giudice nomina un difensore d'ufficio tratto dall'elenco messo a disposizione dal Consiglio dell'ordine forense territorialmente competente, da questo predisposto e periodicamente aggiornato in base a criteri che tengano conto della specifica competenza richiesta.

Il Giudice fa dare immediato avviso al difensore d'ufficio, anche mediante trasmissione telefax o con altro mezzo idoneo, della nomina, della data dell'udienza e delle generalità e dell'indirizzo del beneficiario e dell'amministratore di sostegno.

Il difensore d'ufficio ha l'obbligo di prestare il patrocinio, può essere sostituito solo per giustificato motivo e cessa dalla funzione se viene nominato un difensore di fiducia dal beneficiario o dall'amministratore di sostegno. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 419.

421. (*Progetto di vita*). La cura della persona del beneficiario e dei suoi interessi è realizzata dall'amministratore di sostegno attraverso il progetto di vita di cui al numero 6) dell'art. 411, formulato con la partecipazione, ove possibile, del beneficiario stesso e sulla base delle finalità e dei principi di cui all'art. 405, con l'indicazione degli obiettivi da raggiungere e della loro priorità.

Quando l'interessato, nell'atto di designazione di cui all'art. 412 ha indicato direttive, desideri e aspirazioni, il progetto di vita deve tenerne conto, salvo che ciò sia in contrasto con le esigenze di protezione della persona. Le esigenze di protezione della persona non possono precludere tutte quelle relazioni che hanno costituito punto di riferimento per la stessa persona, anzi queste andranno favorite e sostenute. La rete relazionale della persona beneficiaria va comunque favorita e facilitata, e non possono essere imposti regimi di esclusione o regolamentazione delle visite che vessino il beneficiario. Il progetto è sottoposto all'approvazione del Giudice tutelare, che può richiedere, oltre alle osservazioni del beneficiario, quelle degli altri soggetti di cui all'art. 406. Quando non approva il progetto, il Giudice tutelare, con decreto motivato, indica all'amministratore di sostegno i rilievi del caso e lo invita ad una nuova formulazione.

Il Giudice tutelare vigila sulla realizzazione del progetto e può richiedere in qualunque tempo all'amministratore di sostegno di fornire

informazioni sullo stato di essa. L'amministratore di sostegno, per la realizzazione del progetto di vita, ha comunque la facoltà di richiedere l'ausilio dei servizi sanitari, sociali ed assistenziali anche al fine di promuovere la presa in carico del beneficiario e richiedere l'erogazione di provvisori ed indennità cui abbia diritto, nonché di ricorrere all'ausilio di professionisti con le necessarie competenze o di enti anche privati che istituzionalmente si occupino di persone con ridotte autonomie o di attuare sistemi di ausilio integrato e progettuale a favore di persone fragili. Gli interventi di cura ed ausilio anche sanitario devono essere tempestivi, sempre nel rispetto della persona e del suo consenso, che va comunque e sempre ricercato.

421-bis. (*Mandato per la futura incapacità*). Chiunque, nel pieno possesso delle proprie capacità ed autonomie, può formulare un contratto di mandato per la propria futura incapacità, nominando quali mandataria una o più persone che potranno agire disgiuntamente e con funzioni diverse nell'ipotesi di sopraggiunta incapacità del mandante. Tale contratto rimane sospeso fino alla sopraggiunta incapacità che dovrà essere verificata ed attestata dal Giudice tutelare competente con proprio decreto motivato, previa istruttoria necessaria, attività che promuove d'ufficio o su semplice segnalazione da parte di chiunque ne sia interessato. Il decreto emesso determina il verificarsi degli effetti del contratto.

Il mandato dovrà essere stipulato con il ministero di un notaio che potrà essere supportato da uno psicologo, da uno psichiatra o da un counselor relazionale di sua fiducia al fine indagare la volontà effettiva del mandante rispetto al programma di vita per la eventualità di sua futura incapacità.

Il contratto di mandato dovrà contenere disposizioni in ordine alla cura del mandante per le varie evenienze esistenziali anche in ordine alle direttive anticipate di fine vita, nonché tutte le disposizioni di carattere patrimoniale al fine di consentire la gestione ed amministrazione del patrimonio personale così da indirizzare la stessa al soddisfacimento dei bisogni ed aspirazioni del mandante. Il patrimonio, mobiliare ed immobiliare potrà essere inserito in modo espresso nel contratto, tale previsione ed inserimento imprimerà un vincolo di destinazione e finalizzazione dello stesso. Il mandatario potrà compiere tutti gli atti di

gestione ed amministrazione, anche la vendita, secondo i criteri e per le finalità impresse nel mandato, senza la previsione delle prescrizioni per le amministrazioni di sostegno.

Nel contratto di mandato dovranno prevedersi delle sostituzioni dei mandatari in caso di loro impossibilità, incapacità o morte sopraggiunte. Nel contratto di mandato dovrà essere previsto un controllore, e suoi sostituiti eventualmente, che avrà l'obbligo di verificare il rendiconto almeno annualmente. Il rendiconto dovrà non solo rappresentare gli aspetti meramente amministrativi, ma dovrà contenere una relazione relativa allo stato di salute e di benessere generale e relazionale del mandante.

Il mandato deve prevedere altresì la nomina di un curatore speciale, e suoi sostituti, per l'ipotesi in cui si verificasse un conflitto di interesse nella gestione del mandato, il conflitto dovrà essere diretto ed esplicito ed attuale.

Il mandato dovrà inoltre prevedere il compenso annuale per i mandatari, per il curatore e per il controllore. Il contratto di mandato andrà depositato, presso l'ufficio del Giudice tutelare dove viene istituito un registro per i mandati per la futura incapacità. Il registro, anche in forma elettronica gestito dalla cancelleria del Giudice tutelare, avrà due sezioni una dedicata ai mandati depositati ed una ai mandati attivati per effetto del verificarsi dei presupposti. Il Giudice tutelare dovrà, esaminato il contratto, entro 30 giorni dal deposito, emettere un decreto di omologazione dello stesso al fine di verificarne la piena legittimità del contenuto rispetto alle finalità del contratto medesimo. Nel caso in cui il Giudice non provveda all'omologazione dello stesso deve indicare i motivi e rimandare il contratto al notaio rogante che dovrà rivederne il contenuto con il mandante ed eventualmente integrare e modificarne i contenuti e ridepositare l'atto definitivo per l'omologazione dello stesso. Avverso il decreto di diniego dell'omologazione o di richiesta di integrazioni o modificazioni, il notaio rogante potrà ricorrere al Tribunale ordinario, in sede collegiale, del luogo di residenza del mandante entro 10 giorni dalla comunicazione del decreto di diniego. Il tribunale ordinario dovrà pronunciarsi entro 45 giorni dal deposito del ricorso, in difetto di pronuncia, nel termine previsto il contratto sarà da ritenersi omologato.

Avverso il decreto del Tribunale in sede di reclamo è ammesso ricorso in Cassazione.

Nel caso il mandante dovesse essere sottoposto ad amministrazione di sostegno, non viene meno il contratto di mandato, l'amministrazione di sostegno potrà eventualmente ed esclusivamente colmare gli ambiti non previsti e contemplati dal contratto di mandato, non potrà sostituirsi allo stesso salvo che nell'ipotesi di risoluzione del contratto di mandato, suo annullamento, o per rinuncia dei mandatari o loro impossibilità a proseguire il rapporto. Il mandato quando prevederà un vincolo di destinazione relativo a diritti reali, andrà trascritto, pur se gli effetti del mandato sono sospensivamente condizionati. Fino a che il mandato non spiega i suoi effetti i beni su cui è stato apposto il vincolo, possono essere alienati e sono pienamente disponibili, il vincolo dispiegherà i suoi effetti solo al verificarsi della condizione dell'accertamento dei presupposti che lo renderanno efficace.

Nel corso della vita del mandante possono essere sottoposti al medesimo vincolo altri beni con apposito atto integrativo. Anche terzi soggetti possono conferire e trasferire beni alla persona che ha disposto il vincolo in mandato con la medesima finalità, qualora il mandato fosse già efficace, l'accettazione dovrà essere effettuata dal mandatario, gli effetti della disciplina che regola il contratto a favore del terzo.

I genitori di minori che presentano delle disabilità, possono nell'ultimo anno della minore età, formulare un contratto di mandato a favore del terzo e quindi del proprio figlio, trasferendo beni al beneficiario con l'apposizione del vincolo di destinazione alle finalità che imprimono nel detto contratto la cui efficacia si spiegherà al raggiungimento della maggiore età del figlio, la cui efficacia si spiegherà al raggiungimento della maggiore età del figlio. Detto contratto dovrà essere depositato presso l'ufficio del Giudice tutelare per la sua omologa.

Ulteriori dotazioni potranno essere fatte anche mediante testamento da parte di terzi. Tutti i contratti di mandato, di apposizione del vincolo di destinazione e di trasferimento anche ad opera di terzi sono esenti da imposte e tasse. I mandatari dovranno, al fine di poter svolgere tale ruolo e funzione, formarsi secondo le indicazioni e prescrizioni previste per gli amministratori di sostegno. Al verificarsi della condizione di efficacia del mandato il mandatario dovrà essere in possesso

di certificazione attestante l'avvenuta formazione, detto attestato andrà depositato presso l'ufficio del Giudice tutelare e del notaio rogante.

Non possono svolgere il ruolo di mandatari gli istituti di credito, né società o organizzazioni fiduciarie o società assicurative. Nel contratto di mandato il mandante potrà disporre la devoluzione finale del patrimonio eventualmente residuo per il tempo della sua morte o di morte del beneficiario, per l'ipotesi del contratto a favore del terzo.

L'atto di mandato con destinazione di patrimonio a soggetti fragili non è soggetto a revocatoria, come non lo è quello disposto dal mandante per la propria futura incapacità al verificarsi della condizione di efficacia dello stesso.

Fino al verificarsi della condizione di efficacia il contratto può essere risolto e modificato.

422. (*Patrimonio del beneficiario*). Ove possibile e purché siano assicurate le esigenze di vita, di assistenza e di protezione del beneficiario, l'amministratore di sostegno deve mantenere, nella gestione del patrimonio del beneficiario, la destinazione da questi impressa alle sue sostanze, rispettando anche le scelte etiche manifestate dalla persona o di cui abbia conoscenza ai sensi dell'ultima parte del comma secondo dell'art. 405. Gli investimenti finanziari devono garantire la conservazione del capitale.

In nessun caso e compatibilmente con le limitazioni dell'autonomia da cui sia colpito, il beneficiario può essere esonerato dall'adempimento degli obblighi di assistenza morale e materiale nell'ambito della famiglia ed in particolare dalla contribuzione di cui al terzo comma dell'art. 143 e dagli obblighi di cui all'art. 147, di cui alla seconda parte del comma primo dell'art. 148 e di cui al titolo XIII del libro I.

422. (*Esercizio dell'impresa*). Il Giudice tutelare vieta l'esercizio dell'attività di impresa al beneficiario dell'amministrazione di sostegno solo quando la continuazione sia dannosa per la protezione dei suoi interessi e quando non sia possibile adottare cautele per assicurarne la corretta gestione amministrativa e contabile.

La partecipazione a società di capitali, quando occorre, è esercitata con l'assistenza dell'amministratore di sostegno o con la sua rappresentanza esclusiva.

423. (*Convenzioni, disposizioni testamentarie e donazioni*). All'amministratore di sostegno, salvo che si tratti del coniuge, della persona stabilmente convivente o del parente entro il quarto grado, si applicano le disposizioni di cui agli artt. 388, 599 e 779.

libertà nel diritto

Rivista quadrimestrale di cultura giuridica

I. *Anno I – Fascicolo I – gennaio–aprile 2023*

ISBN 979-12-218-0684-7, formato 17 × 24 cm, 244 pagine, 20 euro

Finito di stampare nel mese di maggio del 2023
dalla tipografia «The Factory S.r.l.»
via Tiburtina, 912 – 00156 Roma