



# TOGA LECCHESE

QUADRIMESTRALE EDITO DALL'ORDINE AVVOCATI DI LECCO

Anno XXXIV - N. 3/2024





La collaborazione con Toga Lecchese è aperta a tutti gli operatori del diritto che intendano inviare saggi, interventi, provvedimenti giudiziari, note a sentenza e cronache di vita forense.

Gli articoli, le note, le osservazioni – firmati o siglati – esprimono unicamente l'opinione del loro autore.

## SOMMARIO

PROBLEMI VECCHI E NUOVI IN TEMA DI AFFOLLAMENTO CARCERARIO .....	3
DUBBIO .....	5
DECESSO O ESTINZIONE DEL DATORE DI LAVORO .....	6
MEMINI .....	11
"LEALTA' " E DIFESA PENALE : UN TRAVAGLIO INTERPRETATIVO (Parte Seconda) .....	13
STALKING o MALTRATTAMENTI dopo LA CESSAZIONE della CONVIVENZA? .....	18
LA SOLA VICINITAS PUO' NON BASTARE per impugnare un titolo edilizio .....	20
CERCO / OFFRO .....	22
PREMIO IN MEMORIA DELL'AVVOCATO GIOVANNI BANA: VERSO UN SISTEMA PENALE EUROPEO .....	23
A TAVOLA CON PABLO ATCHUGARRY .....	32

 **TOGA LECCHESE**

Fondatore e Direttore Responsabile  
RENATO COGLIATI

Stampa:  
Tipografia Lecchese srl  
Lecco

Autorizzazione n. 2/91 del tribunale di Lecco

Questa testata è associata a



## PROBLEMI VECCHI E NUOVI IN TEMA DI AFFOLLAMENTO CARCERARIO

1. Le cronache quotidiane sottolineano l'urgente necessità di interventi legislativi finalizzati a risolvere il problema dell'affollamento carcerario, per evitare che le condizioni in cui sono costretti a vivere i detenuti conducano agli esiti drammatici di cui, con sempre maggiore frequenza, siamo testimoni.

2. Seppure con minore gravità, il tema era noto anche nell'esperienza giuridica romana, dove la pena detentiva non costituiva, in realtà, l'unica modalità di esercizio del sistema punitivo: infatti, nell'antichità, il carcere non era concepito come luogo di espiazione della pena, ma essenzialmente come uno strumento di custodia preventiva.

Infatti, il carcere nell'antica Roma non aveva, in origine, la stessa funzione delle prigioni moderne: esso era principalmente utilizzato per la detenzione temporanea in attesa di giudizio o dell'esecuzione della pena, che poteva consistere nella pena di morte, nell'esilio o nei lavori forzati.

3. L'unico fabbricato costruito sul Campidoglio nella Roma al tempo della monarchia e destinato a funzione di prigione, fu il carcere Tulliano (carcer Tullianum): secondo lo storico Livio, che lo fa risalire ad Anco Marzio nel VII secolo a.C., il nome potrebbe derivare da tullus (pozza d'acqua che affiorava all'interno delle cave), ma non può escludersi un riferimento a Servio Tullio o Tullio Ostilio, anche quale testimonianza della risalenza del fenomeno carcerario nella storia del sistema dei diritti.

Il carcere Tulliano era una prigione sotterranea, buia e insalubre, testimonianza della severità con cui i Romani trattavano coloro che si trovavano in attesa di giudizio o di condanna: ne è testimonianza un celebre passo delle *Declamationes* di Calpurnio Flacco: "Ho visto il carcere pubblico costruito di grandi massi, cui si accede per aperture strette e oblunghe che da appena un po' di luce in quell'oscurità. Ogni volta che lo stridore della porta ferrata si apre i prigionieri impauriti si guardano l'un l'altro e mentre assistono all'altrui supplizio, apprendono quel che li aspetta. Risuonano lì dentro colpi di frusta, la sporcizia ricopre i corpi, le mani sono oppresse dalle catene"



4. La gestione dei detenuti era affidata ai magistrati o ai soldati a seconda delle singole necessità contingenti, senza la previsione di un'autorità carceraria, come nell'attuale sistema: ciò significava che il trattamento dei prigionieri poteva variare considerevolmente, a seconda della posizione sociale del detenuto o della sua capacità di pagare per ottenere condizioni migliori.

Nonostante tale funzione del carcere nel sistema romano, l'affollamento carcerario era un problema noto: infatti, durante periodi di instabilità politica o militare, quando le carceri si affollavano di prigionieri politici, criminali comuni e schiavi in attesa di processi, che spesso potevano tardare mesi o anni.

Tuttavia, come detto, i detenuti non erano destinati a lunghe permanenze: la giustizia romana tendeva a essere rapida e, una volta conclusi i processi, i prigionieri lasciavano il carcere per essere esiliati, condannati a morte o venduti come schiavi.

A ben vedere, però, il sovraffollamento carcerario -durante queste epoche- non era necessariamente dovuto a una mancanza di infrastrutture, ma piuttosto all'inefficienza giudiziaria e al crescente numero di schiavi e di prigionieri politici.

5. Il fenomeno dell'affollamento carcerario, seppure esistente nell'esperienza giuridica romana, era gestito attraverso soluzioni che non includevano la detenzione a lungo termine, bensì tramite un sistema punitivo fondato sulla pena capitale, sull'esilio e sul lavoro forzato, piuttosto che su lunghi periodi di restrizione della libertà personale.

Ciò che -ovviamente- non toglie importanza all'esatta comprensione delle dinamiche carcerarie romane e che la condizione in cui vivevano i detenuti non fornisca spunti di riflessione sul confronto con i moderni sistemi penitenziari e con le problematiche di sovraffollamento dei nostri istituti di pena, nella prospettiva di una soluzione che si rende sempre più indifferibile ed urgente.

Federico Pergami

## DUBBIO

La rivista dell'avvocatura italiana è titolata, come noto, "Il Dubbio" e si tratta di un nome appropriato perché, dove manca il dubbio, non si avverte il problema e dove non si avverte il problema fa difetto l'intelligenza.

Come insegnano i dotti Gesuiti, il dubbio può essere rimediato con il discernimento, che comporta l'attitudine ad ascoltare e a comparare.

Qualche volta, però, il dubbio concerne problemi tanto complessi e situazioni dall'intreccio tanto articolato, o disarticolato, da rendersi insuperabile e risolversi in quella che i Greci chiamavano "aporia" o, nel linguaggio della geometria, "apeirogon", cioè un poligono dagli infiniti lati: in altri termini, risolversi in una impossibilità di risoluzione.

Neppure la logica, con le sue rigorose meccaniche, riesce talvolta ad attingere la soluzione, restando confinata nel dubbio.

Per esempio Aulo Gellio, collega morto qualche anno fa (II secolo) prospettava: "Quando mento e dico che sto mentendo, mento o dico la verità?"

Mi viene memoria di una verifica di deontologia, occorsa anni fa con una giovane praticante avvocato, dallo sguardo sveglio e dalla loquela pronta. Non le fu proposto Aulo Gellio ma un quesito più banale a proposito dell'impiego della corrispondenza tra avvocati.

Mevio scrive a Caio: "Caro Collega, come dalle intese, il cliente è deceduto"

Comunicazione riservata; notizia neutra ed ostensibile ... oppure confessione di un delitto, forse compartecipato dal "Caro Collega"?

La giovane si ricordò del Qoelet: "Tempus est tacendi"; il quesito non ebbe risposta; la verifica fu nondimeno superata ed ho notizia che, senza dubbio, è divenuta un ottimo avvocato.

Per concludere da sorriso a sorriso, De Crescenzo raccontava di due amici, uno dei quali riferisce all'altro: "Sai, ho letto su una rivista scientifica che non avere dubbi è segno di stupidità". E l'altro "Ne sei proprio sicuro?"; e il primo "Nessun dubbio".

Non si può del resto dimenticare che il sorriso era il contenuto di quell'ipotetico libro di Aristotele la cui vietata ricerca, ne "Il nome della rosa", era stata causa di una serie di delitti nell'antico convento, che lo custodiva. Perché, secondo la tesi di quel bel libro, del quale conservo l'eco, riso e sorriso sdrammatizzano, deretorizzano, aprono al dubbio ed in tal modo sottraggono potere all'istituzione



## DECESSO O ESTINZIONE DEL DATORE DI LAVORO: RIFLESSI SUL RAPPORTO DI LAVORO DIPENDENTE

Se il decesso del lavoratore non può che determinare la risoluzione del rapporto di lavoro, con liquidazione da parte del datore di lavoro delle spettanze maturate dal de cuius agli eredi dello stesso, il decesso (o, in termini più generali, laddove non si tratti di persona fisica, l'estinzione) del datore di lavoro produce effetti diversi sul rapporto di lavoro con il dipendente.

In primo luogo si possono considerare i casi nei quali il datore di lavoro è una persona fisica.

Le ipotesi di maggior rilievo riguardano senza dubbio la ditta individuale e (come si avrà modo di osservare più avanti) lo studio del libero professionista, in cui l'attività imprenditoriale o professionale coincide, di fatto, con l'attività lavorativa del titolare.

Come ha recentemente ricordato il Tribunale di Gela (Sez. civ., Giudice del Lavoro, 13/02/2024, n. 27) attraverso richiami ai precedenti di Cassazione, «l'impresa individuale non costituisce un centro d'imputazione di rapporti giuridici distinto e diverso dal suo titolare: di conseguenza, l'azienda dell'imprenditore individuale non può essere configurata alla stregua di un patrimonio separato dal restante patrimonio dell'imprenditore medesimo, e al suo decesso ab intestato cade in successione a favore di tutti gli eredi legittimi» (cfr. Cass. civ., Sez. I, 02/03/2005, n. 4442); «ancora, la Suprema Corte ha affermato che "In tema di impresa individuale, a seguito del decesso dell'imprenditore individuale la gestione dell'azienda è soggetta alle regole della comunione ereditaria fino a quando non viene manifestata dagli eredi, in modo espresso o tacito, la volontà di proseguire l'attività imprenditoriale facente capo al de cuius, eventualmente nelle forme societarie"» (cfr. Corte di Cass. civ., Sez. V, ord. 18/04/2018, n. 9464).

Nel caso in cui gli eredi svolgano l'attività d'impresa, ovviamente con finalità di sfruttamento dell'azienda medesima, sorge una società di fatto tra gli stessi, che deve comunque essere regolarizzata entro un anno mediante la costituzione di una società regolare di persone o di capitali.

Non pare ora necessario addentrarsi nell'analisi dei tradizionali e noti criteri che distinguono la società e la comunione, essendo sufficiente ricordare che, a differenza della società tra coeredi, la comunione ereditaria è rivolta al godimento diretto o indiretto, alla mera amministrazione e alla gestione puramente strumentale dei beni ereditari.

Sotto questo profilo, la giurisprudenza è incline ad applicare la seguente presunzione: se «alla morte del titolare» l'impresa individuale «non cessa con una necessaria fase di liquidazione», ma «viene continuata in una forma di comunione», «in mancanza di atti formali» tale situazione «fa legittimamente configurare una società di fatto tra i chiamati alla eredità; e si deve ritenere, di conseguenza, per il principio di affidamento e di necessaria tutela dei terzi, che ogni chiamato che voglia restare estraneo alla continuazione della impresa deve formulare una rinuncia espressa nelle forme di legge, non essendo sufficiente il fatto che l'eredità non sia stata accettata. Questa presunzione non è certamente di carattere assoluto, ma è "iuris tantum" e ammette la prova del contrario» (cfr. Cass. civ., Sez. V, 17/11/2000, n. 14889).

Pertanto, rilevato che il decesso del titolare dell'impresa individuale, lungi dal determinare un'estinzione ipso iure dell'attività di impresa, comporta invece una gestione dell'azienda secondo le regole della comunione ereditaria e la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dei coeredi genera una società tra gli stessi, deve conseguentemente ritenersi che, alla morte del titolare dell'impresa individuale non consegua automaticamente l'estinzione del rapporto di lavoro subordinato del lavoratore in precedenza assunto quale dipendente della ditta individuale.

E ciò tanto più che il sopravvenuto decesso del titolare dell'impresa individuale non è contemplato dall'ordinamento quale ipotesi di licenziamento ad nutum di cui all'art. 2118 cod. civ.

Quindi, se gli eredi non intendono proseguire l'attività del de cuius, il decesso del datore di lavoro configura per il lavoratore la perdita involontaria del posto di lavoro. Pertanto, gli eredi dovranno procedere al licenziamento per giustificato motivo, riconoscendo l'indennità sostitutiva del preavviso e le spettanze di fine rapporto, unitamente al pagamento all'INPS del cd. ticket di licenziamento. Inoltre, pare ragionevole erogare l'indennità sostitutiva del preavviso, come previsto dal CCNL applicato al rapporto di lavoro. In ogni caso, è importante considerare il settore di attività dell'impresa e la dimensione dell'organico, al fine di poter correttamente applicare la normativa in tema di licenziamenti individuali o collettivi (sull'applicabilità della normativa sui licenziamenti collettivi persino al caso di pensionamento del titolare persona fisica, v. Corte UE, C-196/2023).

Nei casi in cui l'eredità non venga accettata dagli eredi, il Tribunale è chiamato, su istanza di parte, a nominare un curatore dell'eredità giacente, che, dopo aver determinato la consistenza delle attività e passività facenti parte dell'eredità, procederà al realizzo delle prime e al pagamento delle seconde. Quindi, si ritiene che il curatore possa procedere alla comunicazione della cessazione del rapporto di lavoro.

Invece, se gli eredi proseguono l'attività d'impresa del defunto, essi – indipendentemente dal fatto che venga tra loro formalmente costituita una nuova società – rispondono di tutti i debiti assunti da quest'ultimo verso i dipendenti (cfr. Cass. civ., Sez. Lav., ord. 02/11/2020, n. 24197). Nel precedente da ultimo citato, la Cassazione – nel confermare la statuizione della Corte d'Appello – ha ribadito quanto si è già accennato sopra in merito alla differenza tra comunione e società, ovvero che, qualora più eredi esercitino, congiuntamente e in via di fatto, lo sfruttamento diretto dell'azienda già appartenuta al de cuius, deve escludersi la configurabilità di una mera amministrazione di beni ereditari in regime di comunione: si è, invece, in presenza dell'esercizio di attività imprenditoriale da parte di una società di fatto.

Secondo la sentenza, dunque, ove vi sia il diretto sfruttamento dell'impresa da parte di tutti i coeredi, l'originaria comunione si trasforma in una società, sia pure irregolare o di fatto. Per i Giudici di legittimità ne consegue che, in ordine ai debiti contratti nell'esercizio di tale attività, restano prive di rilievo la qualità successoria dei soggetti coinvolti e le eventuali limitazioni di responsabilità ad essa correlate.

Nel caso di specie, i coeredi erano stati chiamati da una dipendente del de cuius a rispondere solidalmente dei debiti da questo contratti nei suoi confronti e avevano eccepito la natura parziaria della responsabilità di ognuno di loro per i debiti del defunto. La Corte, rilevando che i coeredi non si erano limitati al godimento dei beni dell'impresa del defunto ma si erano dedicati all'esercizio congiunto e di fatto della stessa, ha stabilito che l'originaria comunione ereditaria – che comporta la responsabilità parziaria dei singoli coeredi per i relativi debiti – si era trasformata in società di fatto, delle cui obbligazioni rispondono solidalmente tutti i soci.

Spostando l'attenzione sull'attività professionale, si può osservare che essa, a differenza di quella imprenditoriale, normalmente cessa con la morte del professionista, dal momento che una continuazione richiederebbe il mantenimento, in capo agli eredi, dei requisiti professionali pro-



pri dell'attività stessa. Valgono quindi le considerazioni sopra esposte per l'ipotesi di mancata prosecuzione dell'attività da parte degli eredi dell'imprenditore defunto e conseguente cessazione del rapporto di lavoro con il dipendente.

Al contrario, nella meno frequente ipotesi in cui almeno un erede fosse dotato del requisito professionale necessario all'esercizio dell'attività e intendesse continuare quella già svolta dal defunto, subentrerebbe a quest'ultimo, proseguendo il rapporto di lavoro con il dipendente.

Infine, sempre nell'ambito dei casi in cui datore di lavoro è una persona fisica, merita di essere ricordata la disciplina particolare inerente al rapporto di lavoro domestico, che vede come lavoratore un collaboratore familiare (colf, badante, baby sitter, etc.).

Data la particolare natura di questo tipo di contratto di lavoro (in cui, ai fini della stipula del contratto di lavoro sono elementi determinanti la fiducia reciproca tra le parti e le qualità individuali e personali dei soggetti contraenti), le conseguenze del decesso del datore di lavoro sono state analizzate e gli interessi ben temperati dal CCNL di categoria, ove si rinvencono specifiche previsioni che regolano il decesso del datore di lavoro. L'art 40, commi 7 e 8, recita: «In caso di morte del datore di lavoro domestico il rapporto può essere risolto con il rispetto dei termini di preavviso. I familiari coabitanti, risultanti dallo stato di famiglia, sono obbligati in solido per i crediti di lavoro maturati fino al momento del decesso».

Occorre ora occuparsi dei casi in cui il datore di lavoro è una società, distinguendo le società di persone da quelle di capitali.

Nella prima tipologia, la persona del socio riveste un ruolo fondamentale per l'andamento dell'impresa e la partecipazione sociale non è liberamente trasmissibile agli eredi. L'art. 2284 cod. civ. prevede che, salvo diversa disposizione dello statuto, alla morte del socio i soci superstiti hanno una triplice opzione: a) liquidare la quota del de cuius agli eredi; b) sciogliere direttamente la società; c) continuare la società con gli eredi del socio defunto, sempre che questi vi acconsentano. Quindi, gli eredi diventano solo creditori della società, e mai automaticamente soci, considerato che l'acquisto automatico della posizione di "socio" comporterebbe l'assunzione della responsabilità illimitata per tutti i debiti e obbligazioni sociali. Tale disposizione è applicabile ai soci di s.s., s.n.c. e s.a.s. (limitatamente alla posizione del socio accomandatario).

Nelle società di persone, la posizione di socio limitatamente responsabile si identifica soltanto con il socio accomandante di s.a.s. (normata dal successivo art. 2232 cod. civ.). L'art. 2322, comma 1, cod. civ. prevede che la quota di partecipazione del socio accomandante sia trasmissibile per causa di morte, proprio perché si tratta di un subentro con responsabilità limitata; di conseguenza, gli eredi, purché abbiano accettato l'eredità, acquistano la qualità di soci accomandanti della società di cui faceva parte il de cuius.

Premesso ciò, è evidente che il decesso del socio di società di persone ha un immediato impatto sul rapporto di lavoro dipendente soltanto nel caso in cui i soci superstiti decidano di sciogliere la società e procedano, dunque, con l'intimazione del recesso per cessazione dell'attività. Negli altri due casi, l'attività di impresa continua normalmente, come pure i rapporti di lavoro dipendente.

Diversamente dalle società di persone, nelle società di capitali (s.r.l., s.p.a., s.a.p.a.), caratterizzate dalla (tendenziale) irrilevanza delle qualità e dei requisiti personali dei singoli soci, le partecipazioni sociali sono liberamente trasmissibili, sia per atto tra vivi che mortis causa, in quanto tali società hanno personalità giuridica in forza della loro autonomia patrimoniale perfetta, che si

sostanza nella totale separazione tra il patrimonio della società e quello dei singoli soci (l'unico caso di socio illimitatamente responsabile riguarda la posizione del socio accomandatario nella s.a.p.a.; trattasi di ipotesi inversa rispetto a quella dell'accomandante nella s.a.s.).

Alcune vicende inerenti alle società di capitali, comunque, possono determinare l'estinzione del datore di lavoro e, di conseguenza, la cessazione del rapporto lavorativo: si tratta, ad esempio, delle attività di liquidazione e cessazione dell'attività d'impresa, che sia volontaria o che si realizzi a seguito dell'apertura di procedure concorsuali.

In tema di assoggettamento del datore di lavoro ad una procedura concorsuale, come ribadito anche da Cass. civ., Sez. Lav., ord. 03/02/2023, n. 3351, «La dichiarazione di fallimento non integra, ai sensi dell'art. 2119, comma 2 cod. civ., una giusta causa di risoluzione del rapporto, sicché esso non si risolve ex lege per effetto dell'apertura della procedura concorsuale, entrando in una fase di sospensione. In tale contesto, qualora il curatore fallimentare opti per lo scioglimento del rapporto, esso cessa per effetto non già della dichiarazione di fallimento ex se, bensì in presenza di un giustificato motivo oggettivo quale la cessazione dell'attività di impresa, per effetto dell'esercizio di una facoltà comunque sottoposta al rispetto delle norme limitative dei licenziamenti individuali e collettivi. Se il rapporto si scioglie in tal modo, in assenza di un periodo di preavviso nel quale il lavoratore abbia potuto prestare la propria attività, egli matura, così come stabilito dall'art. 2118, comma 2, cod. civ., il diritto alla relativa indennità sostitutiva».

Ai sensi del comma 2 dell'art. 2119 cod. civ., neppure il caso della liquidazione coatta amministrativa costituisce giusta causa di risoluzione del rapporto di lavoro.

Quindi, per risolvere il rapporto di lavoro, si rende necessaria una manifestazione di volontà del curatore/liquidatore, che potrà anche mantenere in essere i contratti di lavoro, qualora l'attività di impresa prosegua anche oltre l'apertura della procedura concorsuale. In questo caso, proprio per evitare l'intimazione dei licenziamenti collettivi e mantenere almeno in parte la continuità aziendale, la legge consente al curatore/liquidatore di poter anche attivare l'ammortizzatore sociale straordinario.

Fino al 31 dicembre 2015, la Cassa Integrazione Straordinaria era riconosciuta in costanza di qualsiasi tipo di procedura concorsuale, mentre, dal 1° gennaio 2016 (data di entrata in vigore della Riforma sugli ammortizzatori sociali: D. Lgs. n. 148/2015, che ha confermato la precedente previsione dell'art. 2, comma 70, Legge 28/06/2012 n. 92) l'ammortizzatore straordinario può essere concesso solo se sussistano prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione, da valutare in base a parametri oggettivi definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

Non determina alcuna cessazione del rapporto la sospensione dell'attività imprenditoriale, disposta dall'Ispettorato del Lavoro quale provvedimento sanzionatorio al fine di far cessare il pericolo per la salute e la sicurezza dei lavoratori, nonché contrastare il lavoro irregolare, ai sensi dell'art. 14, comma 1, D.Lgs. n. 81/2008, come modificato dall'art. 13 D.L. n. 146/2021, convertito con modificazioni dalla Legge n. 215/2021. I rapporti di lavoro sono sospesi solo in relazione alla prestazione lavorativa, tanto che, quale obbligo accessorio, ai sensi del comma 2 del citato art. 14, D.Lgs. n. 81/2008, come modificato dal D.L. n. 146/2021, convertito con modificazioni dalla Legge n. 215/2021, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere la retribuzione e a versare i relativi contributi ai lavoratori interessati dall'effetto del provvedimento di sospensione.

Infine, si deve ricordare sommariamente la disciplina dei trasferimenti d'azienda, cui può anche accompagnarsi l'estinzione del soggetto cedente.



L'art. 2112, comma 5, cod. civ., come modificato dalla legge n. 276/2003, definisce trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda.

In sintesi, la fattispecie di trasferimento d'azienda ricorre, oltre che nelle ipotesi espressamente contemplate dalla legge, in tutte le fattispecie in cui, ferma restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa, si abbia la sostituzione della persona del titolare, quale che sia il mezzo tecnico giuridico attraverso cui tale sostituzione si attua.

Si precisa che il trasferimento del pacchetto azionario di maggioranza o di controllo di una società non incide sull'autonoma soggettività giuridica delle società interessate e non vale ad integrare il passaggio della titolarità dell'azienda dall'una all'altra società ai sensi dell'art. 2112 c.c., non determinando, in definitiva, la sostituzione di un soggetto giuridico ad un altro nella titolarità dei rapporti pregressi (Cass. civ., 18/04/2007, n. 9251).

In deroga all'art. 1406 cod. civ. (in virtù del quale la cessione del contratto richiede il consenso del contraente ceduto), nel trasferimento d'azienda è irrilevante il consenso del lavoratore trasferito, in quanto trattasi di una successione legale di contratto (ex multis: Cass. civ., 30/07/2004, n. 14670; Cass. civ., 25.10.2002, n. 15105; Cass. civ., n. 10761/2001). Tuttavia, la posizione del lavoratore gode di particolari tutele, come si vedrà tra breve.

L'effetto principale che consegue al trasferimento d'azienda è la continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario, con la conservazione di tutti i diritti che ne derivano (art. 2112 c.c.), purché si tratti di diritti già maturati in precedenza ed esercitabili nei confronti del cedente (Cass. civ., 12/05/2004, n. 9031). Fra i diritti che il prestatore di lavoro conserva c'è il diritto al riconoscimento dell'anzianità di servizio maturata, il mantenimento del livello retributivo raggiunto e la tutela dei crediti di lavoro maturati al momento del trasferimento.

Sempre ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., il cedente ed il cessionario sono obbligati in solido per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. L'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2112 cod. civ. prescinde dall'esistenza di un rapporto contrattuale tra l'imprenditore uscente e quello che subentra nella gestione dell'azienda, mentre diventa rilevante la circostanza che vi sia continuità nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, restando immutati il complesso organizzato dei beni dell'impresa e l'oggetto di quest'ultima.

Qualora si tratti di fusione con incorporazione del soggetto cedente, il cessionario sarà l'unico responsabile dei crediti vantanti dal personale dipendente, e dei relativi adempimenti, anche amministrativi.

Alessia Riva

Davide Tessera

## MEMINI

La memoria: occuparsene significa nuotare “in gurgite vasto”, come diceva Virgilio.

Le neuroscienze hanno studiato la memoria con numerosi e differenti approcci ( quello di Atkinson e Shiffrin, o quello chiamato Human-information processing, e a seguire – si veda da internet), analizzando fasi e caratteristiche di questo formidabile contenitore costituito, secondo qualcuno, da un flusso di informazioni regolato da un processo di input-output.

Negli anni settanta del secolo scorso uno studioso (Endel Tulving, recentemente deceduto quasi centenario) aveva contribuito alla classificazione dei processi mnestici distinguendo, tra l'altro, la memoria episodica da quella semantica: quest'ultima concerne i concetti astratti (qualche reminiscenza di Platone?) mentre la prima ha una collocazione spazio-temporale e riguarda avvenimenti della vita.

E' di tali avvenimenti che si occupa il diritto che, quando è controverso, si snoda in un processo.

Questa è la sede dove la memoria consente di evocare fatti ed azioni del passato da sottoporre all'esame del giudice ed assume pertanto una importanza fondamentale, anzi imprescindibile.

Un tipo di memoria, nel processo, può essere di carattere obiettivo, come quella che si deriva dalla produzione di documenti scritti, per esempio un testamento ovvero corrispondenza o libri e registri contabili. Un tal genere di memoria, prevede l'art. 2712 del codice civile, può anche essere costituita dalle “riproduzioni fotografiche, informatiche, cinematografiche, (dal)le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra riproduzione meccanica di fatti e di cose”.

Ma la memoria può consentire una riproduzione di quanto avvenuto mediante la testimonianza delle persone che vi hanno assistito: è questo il peculiare oggetto delle memorie istruttorie, con formulazione di capitoli di prova testimoniale, da articolare secondo quanto previsto dall'art. 244 e seguenti del codice di procedura civile.

In questo caso la “memoria” che emerge da tali “memorie” e conseguenti dichiarazioni dei testimoni appare tuttavia filtrata dalle scelte del difensore, che seleziona i fatti a proprio avviso più rilevanti, formula i capitoli più convenienti, indica i soggetti meglio affidabili per confermare le proprie tesi.

Si ammette ora (anzi: dal 2009 ma con infrequente impiego) anche la testimonianza scritta (art. 257 bis del codice di procedura civile), con analoghi meccanismi di selezione.

E' evidente, in questi casi, che l'obiettività della evocazione si incrocia con la soggettività delle scelte onde, in qualche pur modesta misura, pare lecito convenire con l'affermazione di Borges che “la memoria è creativa”.

Oltre alla confessione, giudiziale o spontanea, di fatti sfavorevoli al dichiarante (articolo 228 e seguenti del codice di procedura civile), un antico mezzo in qualche misura surrogatorio della memoria è quello del giuramento (art. 233 e seguenti del codice di procedura civile) che si risolve in una peculiare mescolanza tra fatto, sua verità, onore (il giurante è ammonito dell'importanza morale dell'atto-art. 238) e timore della sanzione (parimenti rappresentata quale ammonimento – ibidem).



Chi scrive queste brevi note non pratica la materia penale, dove peraltro si afferma, più che in quella civile, l'esigenza della ricerca della verità. Non senza scordare il celebre dubbio di Pilato "che cos' è la verità"?

Il quale Pilato, racconta Anatole France, rientrato in Italia ormai vecchio, a chi gli chiede di quel Gesù che aveva fatto crocifiggere in Palestina, risponde di non ricordare.

Ho poi parlato delle Memorie di Adriano? Temo di no, perdoni Madame Yourcenar ma credo di avere già stancato a sufficienza chi legge.

G.C.

## “LEALTA’ ” E DIFESA PENALE : UN TRAVAGLIO INTERPRETATIVO (Parte Seconda)

Alcuni anni dopo ( 2006), il **CCBE** (Consiglio Forense degli Ordini Europei) approverà la “Carta dei Principi fondamentali dell’Avvocato Europeo”:

Ancora una volta si richiamerà esplicitamente lo spinoso problema della “apparente contraddittorietà” fra i <<...*vari doveri e obblighi...*>> dell’avvocato e si affermerà , nel commento al principio (**indipendenza e libertà di garantire la difesa e la consulenza al proprio cliente**) che il legale<<...*deve anche restare indipendente dal suo cliente se vuole ottenere la fiducia dei terzi e dei giudici ...*>> e si aggiunge, al principio (**lealtà verso il cliente**) che <<...*Alcuni degli aspetti più delicati della deontologia dipendono dall’interazione tra principio di lealtà verso il cliente e i principi di dignità, onorabilità e probità, del rispetto verso i colleghi e, in particolare, del rispetto dello Stato di Diritto e del contributo alla buona amministrazione della giustizia*>>.

Nel mondo deontico europeo, come si vede, il ruolo dell’avvocato soffre di questa continua ricerca di chiarezza e scelta di campo fra l’obbiettivo privatistico dell’operato legale e l’aspirazione ad un orizzonte pubblicistico che dovrebbe caratterizzarlo; ma la sovrabbondanza dei termini utilizzati, forse con eccessiva enfasi e confusa commistione concettuale (*lealtà, dignità, onorabilità, rispetto, fiducia, contributo alla buona amministrazione della giustizia, doveri nei confronti dei giudici, della amministrazione della giustizia, scorrettamente*), lungi dal risolvere il problema, ne rende più equivoca la soluzione.

Con questo complessivo quadro di disposizioni nazionali ed europee verrà affrontata, in Italia, la modifica della disciplina generale della professione forense.

Nel 2012 ( l. 1 dicembre 2012 n.247 – Nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense) il legislatore fornirà al ruolo dell’avvocato una dimensione assonante con le trasformazioni politiche e culturali intervenute nella società europea lungo i circa 80 anni decorsi dal testo del 1933.

La nuova legge professionale svela un contenuto più privatistico rispetto alla normativa abrogata; tuttavia ne ribadisce esplicitamente la “funzione sociale” e pur abolendo il “**Giuramento**” - espressione troppo evocativa del modello etico-retorico fascista- parla, meno enfaticamente, di “**Impegno solenne**”: ma anche il testo di tale “impegno solenne”, cui la dichiarata “solennità” attribuisce forse superflua enfasi, rendendolo sostanzialmente equipollente al “giuramento”(che cosa è un “giuramento”, se non un “impegno solenne?”), ribadisce pedissequamente i concetti di “**lealtà**” ed “**onore**” - oltre che quello, più umile, di “diligenza” - quali caratteri intrinseci dell’agire professionale.

Invece, quello che costituiva il riferimento pubblicistico e tipicamente “fascista” contenuto nel “giuramento” del 1933 - gli “**interessi superiori della nazione**” -, viene sostituito, attraverso un completo capovolgimento di visione, più assonante al sopravvenuto modello ideale e sociale repubblicano e democratico, dalla “*tutela dell’assistito*”.

Intanto, il movimento critico innescato nel mondo ( non solo) forense dalla squalificante disposizione del “famigerato” art.14 del CDF del 1997 e i caratteri della “*lealtà*” e dello “*onore*” ribaditi nella nuova legge professionale del 2012, hanno costretto il CNF a un significativo, ma non ancora rigoroso, ripensamento.

oOo



Nel 2014 verrà approvato (1 gennaio 2014) il nuovo Codice Deontologico Forense.

Il testo attuale del “*Dovere di verità*”, riprodotto nell’art.50 di tale CDF, è il frutto dell’ampio dibattito scatenato dal “*Dovere di verità*” dell’art.14 del codice del 1997, rispetto al cui contenuto la Camera Penale di Como e Lecco era stata, da subito, attiva nel denunciare la inaccettabilità, proprio per la sempre più condivisa contrarietà a considerare lecita e coerente con la figura dell’avvocato, qualsiasi contaminazione con il falso( Di grande interesse sono stati i dibattiti svolti in due cicli di convegni – di cui sono stati pubblicati i lavori- organizzati dalla Camera Penale di Como e Lecco: sono intervenuti esponenti importanti dell’università, della magistratura e della avvocatura, dal titolo “*L’avvocato e la verità*” e “*La difesa penale tra patrocinio infedele e favoreggiamento personale*”. In uno di questi dibattiti il celeberrimo avvocato e docente universitario Angelo Giarda, correggendo provocatoriamente il mio precedente intervento in cui affermavo che nei nostri studi legali si dedica almeno il 50% del tempo ad elaborare fantasiose ricostruzioni di comodo in favore del cliente, replicò che io mi sbagliavo perchè se ne occupa molto di più! ).

Occorre considerare che alla modifica del contenuto del vecchio art.14 CDF, sostituito dalla previsione dell’attuale art.50, si è pervenuti anche grazie alla spinta dell’onda ideale e pratica innescata dalla rivoluzionaria legge 397/2000 sulle investigazioni difensive che, come sopra detto, ha attribuito al difensore un ruolo estremamente dinamico e centrale sul palcoscenico del processo, caratterizzato da alcuni momenti di indubbia rilevanza pubblicistica.

Per questa ragione si è ancora di più imposta la attuale prescrizione dell’art.50-*Dovere di verità*- del CDF , il cui punto deonticamente qualificante e innovativo è proprio costituito dal divieto, per il difensore, di “*utilizzare*” , e non solo di “*introdurre*”, prove false.

Purtroppo, però, il “*coraggio*” del CNF non ha avuto la forza e la coerenza che ci si sarebbe dovuto aspettare; così che una deplorable titubanza, un pochino...farisaica, ha limitato il divieto esclusivamente alle prove false<<...*provenienti dalla parte assistita*... >>!

Quindi, in virtù del disposto dell’art.50 del CDF, il difensore potrà/dovrà difendere il proprio cliente utilizzando, senza vergognarsi (?), prove che sappia essere “*false*”, purchè lasci che siano altri, non egli stesso o il proprio assistito, a “*sporcarsi le mani*” con la loro introduzione!

Non male per un ceto professionale che ambisce svolgere una “*funzione sociale*”, che dovrebbe operare con le stimmate della “*lealtà*” e dello “*onore*”, che dovrebbe tutelare, sì, l’interesse della parte assistita ( *art.10- Dovere di fedeltà- termine che ritengo inappropriato, mentre si dovrebbe parlare di “lealtà”*), ma pur sempre<<...*nel rispetto del rilievo costituzionale* – cosa del tutto ovvia; ci mancherebbe!- *e sociale- della difesa* >> .

Ed è del tutto evidente che questa modalità operativa ( utilizzare prove false introdotte da soggetti diversi dall’assistito, occultare testimonianze ostili ecc ecc), impedisce qualsiasi affidabilità alla figura del difensore, indipendentemente dalla circostanza, stoltamente eccepita da alcuni, che nella pratica forense sarebbero comunque molto pochi i casi in cui potrebbe presentarsi la necessità di siffatti comportamenti: si continua a non capire che non si tratta di “*quantità*”, ma di “*qualità*” della condotta processuale!

oOo

Questo sintetico excursus, fornisce la risposta ai quesiti iniziali: l’avvocatura penale non ha un’anima nitida, univocamente orientata e, forse, neppure sa esattamente ciò che è e ciò che vuole essere.

Quello che sembra certo è che l’anima che, di fatto, si impone per norma processuale e per

regola deontica, è l'anima utilitaristica legata all'interesse del cliente; non quella della "lealtà" e dello "onore"!

Ad una aspirazione della primigenia, antica avvocatura verso nobili scopi, quali la difesa delle giuste ragioni personali sostenute dal "diritto" ma arbitrariamente violate, si è ben presto affiancata, con incisività viepiù prevalente, la tutela degli "interessi".

Da quando sulla figura dello "assistito" si è sovrapposta ed ha prevalso la figura del "cliente", l'anima pura (ci sarà mai stata?) dell'avvocato che interveniva in aiuto (ad auxilium vocatus) della vittima, del più debole, prevaricato nei propri diritti, ha imboccato una strada utilitaristica e privatistica sempre più inconciliabile con quella dell'etica sociale e delle esigenze di salvaguardia della collettività attraverso la onesta e leale tutela giuridica.

Alla fine, devo riconoscere che le regole processuali e deontiche, al di là di qualche retorica ridondanza lessicale, sospingono il legale ad agire proprio in questa prospettiva utilitaristica.

Mi ero quindi sbagliato nel rivendicare alla figura del difensore un mio concetto di "lealtà" e di "funzione sociale" quali caratteri impressigli nitidamente dai sacri testi: in effetti, proprio il quadro normativo esaminato nella sua complessiva elaborazione, non lo pretende o lo pretende in modo diverso da quanto io ritenessi.

Io davo corpo alla mia aspirazione verso una immagine dell'avvocato che la norma positiva, processuale e deontica, smentisce.

Mi devo arrendere, con amarezza ma per onestà intellettuale, al risultato della mia stessa esegesi: devo riconoscere che l'avvocato può, quindi "deve" utilizzare (<<...lealmente e attuando l'ordinamento per i fini della giustizia > !?) prove false, occultare (<<...lealmente...>!?) elementi di prova da lui stesso acquisiti, tacere (<<...lealmente...>!?) circostanze a lui note ma nocive all'assistito e tanto altro ancora, perchè deve fare l'interesse del cliente.

Nella nostra realtà codicistica, il difensore, prima di tutto e sopra di tutto, è mandatario dell'assistito, con l'obiettivo specifico di conseguire il miglior risultato possibile nel suo esclusivo interesse, lecito o illecito: un assistito-mandante cui viene riconosciuto (giustamente!) il diritto di difendersi anche mentendo, senza che debba sottostare ad alcuna regola morale e, ovviamente, ad alcun dovere di verità, di lealtà, di correttezza, di onore ecc.

Per scardinare questo inscalfibile patto d'acciaio che salda difeso e difensore e che impone al secondo di rappresentare e tutelare esclusivamente gli interessi del primo (salvo non accettazione o rinuncia del mandato o salvo precisi accordi preventivi) caratterizzando il compito difensivo in chiave più pubblicistica, in grado di fornire alla figura dell'avvocato un aplomb di alto profilo morale, quale condizione per attribuirgli lo svolgimento di una autentica "funzione sociale", occorrerebbe che il tessuto normativo vietasse, tout court, l'utilizzo di prove false, vietasse l'occultamento di deposizioni acquisite, ecc ecc.

Occorrerebbe, insomma, che si parlasse esplicitamente di... *tutela dei diritti dell'assistito...* - sempre che questi vi abbia interesse, perchè vi sono diritti al riguardo ai quali l'assistito potrebbe non avere "interesse"-, unica tutela che dovrebbe costituire oggetto della azione difensiva nel processo penale e non si parlasse di <<...tutela dell'interesse dell'assistito...>> (affrontare questo delicatissimo argomento ci porterebbe fuori dall'ambito di queste riflessioni).

Ma l'art.10 del CDF( **Dovere di fedeltà**- ) riproducendo la formula dell'art.1 comma 1 che recita <<...a tutela e nell'interesse della parte assistita.>>, cita lo <<...interesse...>> dell'assistito, quale obiettivo dell'azione difensiva; mentre il successivo richiamo al <<...rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa>> appare la solita formula di stile - *la troviamo anche nell'art. 12 CDF-*, inefficace e, soprattutto, contraddetta dalla preminente realtà codicistica e deontica.



Occorre, insomma, accettare che la "lealtà" sia considerata attributo qualitativo della figura dell'avvocato, soltanto in disposizioni di sapore astratto e retorico; più come auspicato "dover essere", che quale carattere imperativo e imprescindibile del suo effettivo "essere":

oOo

Un collega col quale ho affrontato l'argomento, mi ha peraltro fatto rilevare che la mia interpretazione del termine "lealtà" presente nel tessuto deontico, sarebbe errata: la "lealtà" contemplata quale attributo della figura dell'avvocato, non riguarderebbe il comportamento del legale, il suo modo di porsi dinanzi ai magistrati o altri soggetti del processo, ma riguarderebbe la "lealtà" intesa quale "rispetto" della normativa vigente: tale "lealtà", insomma, si identificerebbe nell'agire entro il quadro delle norme stabilite dal codice processuale e dal CDF.

Sì che non sarebbe "slealtà" quella del difensore che, per esempio, non versasse nel processo testimonianze acquisite ex art.391 bis cpp, perchè tali da danneggiare la tesi sostenuta dal cliente, oppure, conferendo col pm, gli tacesse una circostanza contraria all'interesse difensivo ecc ecc.

D'altro canto l'ar.53 del CDF, trattando dei "**Rapporti con i magistrati**", prevede che tali rapporti debbano essere improntati a <<...dignità e a reciproco rispetto>> e non menziona affatto la "lealtà" che il CDF in vigore pretende, invece (art.19) in modo specifico nei rapporti con <<...i colleghi e le istituzioni forensi>>.

L'obiezione è suggestiva.

Io non credo, tuttavia, che si possa condividere l'idea di una "lealtà" rivolta a regole processuali o deontiche e non rivolta ai soggetti dello scenario giudiziario: il termine "lealtà", quale ottemperanza alle regole processuali, non mi sembrerebbe neppure lessicalmente appropriato, come sarebbe quello, per esempio, di "rispetto" "osservanza" ecc.

Anche Remo Danovi, nel suo lucido "Commentario Del Codice Deontologico Forense" - Giuffrè 2001- parla di "lealtà" quale attributo della interazione tra i soggetti interlocutori sul palcoscenico del processo.

Io credo, piuttosto, che della "lealtà" verso gli attori del processo penale, al di là del plurimo e retorico richiamo quale carattere deontico della condotta difensiva, sicuramente il cpp, ma anche il CDF, facciano a meno!

Insomma: credo proprio che all'avvocato non sia imposto, di fatto, alcun tipo di "lealtà" verso gli altri attori del processo!

Può ripugnare una tale conclusione, ma essa mi sembra evidente almeno nelle norme del cpp, in cui sono ammesse condotte difensive inequivocabilmente "sleali" (utilizzo di prove false, silenzio su prove testimoniali acquisite ecc).

Tutto questo (anche se valesse l'obiezione del collega sul riferimento della "lealtà" limitatamente al rispetto delle regole processuali e non quale carattere distintivo dei rapporti tra avvocato e magistrato) suscita un immediato interrogativo: quale potrebbe mai essere la credibilità di una siffatta figura professionale?

Quale l'efficacia della sua azione difensiva, soprattutto in quelle importanti pieghe del processo in cui rileva il rapporto personale, diretto, di "*fiducia*" tra magistrato e difensore?

Senza "*lealtà*" relazionale, che fiducia potrebbe mai esserci?

(Si noti, tra l'altro, che il concetto di "*fiducia*" fra avvocati e magistrati è esplicitamente formulato nella normativa deontica europea-sopra citata-, al di là di qualsiasi ingenua astrazione, proprio sottolineando l'importanza di questo elemento di fatto interpersonale nel funzionamento del meccanismo giudiziario e proprio nell'interesse stesso dell'assistito. Vedi Principio-a) della Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo).

Nè sembra lecito affermare che il processo è una tecnica oggettivamente dettagliata in astratto, con regole formali la cui effettiva attuazione prescinde dalla fisicità della personale, diretta interlocuzione tra magistrato e avvocato!

Tutti sappiamo che non è e non può affatto essere così!

Anzi: tutti sappiamo quanto sia importante, proprio nell'incedere concreto della vicenda processuale, il rapporto di stima e di affidabilità tra la persona del tal magistrato e la persona del tal avvocato!

E ancora: come potrebbe mai, l'avvocatura penale, dolersi della diffusa diffidenza da parte della magistratura e del diffuso giudizio negativo da parte della collettività?

Se l'avvocato, può utilizzare prove false, può nascondere al magistrato prove che danneggerebbero la (di fatto infondata, quindi "falsa", quindi antisociale) tesi difensiva, se può tacere, inceppando il corso del processo, circostanze dannose all'assistito ed altro ancora, pur di fare l'interesse del cliente, in danno della "vittima" che verrebbe doppiamente lesa, allora la classe forense è condannata ad un generale giudizio di disvalore!

Allora deve rassegnarsi all'idea di essere trattata con diffidenza dai magistrati e di essere vituperata dalla collettività.

Allora anche l'avvocatura della contemporaneità è costretta ad indossare lo stesso costume caricaturale e negativo di cui è fatta oggetto da tempi immemorabili, ad interpretare lo stesso ruolo antisociale.

oOo

PS. Per il lettore

Ritengo che la questione sopra trattata, comunque la si voglia risolvere, sia destinata ad apparire puro divertimento accademico e si appresti a divenire del tutto indifferente e priva di qualsivoglia interesse nell'immediato futuro che già incalza la contorta e afflitta contemporaneità.

Preme, inesorabilmente, sul presente della della civiltà del sapiens(?), il mondo inquietante e incontenibile degli algoritmi, della intelligenza artificiale, della robotica.

Le figure attuali di giudici, di avvocati, di tutta la sterminata fauna che anima l'immenso caravanserraglio velleitario e inefficiente dell'attuale firmamento giudiziario, con tutti i suoi farraginosi e autoreferenziali riti, saranno cancellate dall'incedere tecnologico-scientifico-utilitaristico che nessun codice, nessun divieto, nessuna regola saranno in grado di costringere entro alvei invalicabili.

Buoni o cattivi, colpevoli o innocenti, ben presto non saranno più decretati dalla limitatezza inesplicante e fallace delle povere menti umane, ma dalla algida infallibilità della sempre più potente mente artificiale.

Nell'incombente futuro che è già presente, faranno sorridere, se mai ci fosse ancora un qualche sopravvissuto umano celato fra i recessi della oramai dominante disumanità robotica, questi fatui argomenti di una tormentata, esiziale civiltà (?) fortunatamente scomparsa.

E sarà un futuro senza bisogno di "lealtà" e di "onore": categorie del tutto estranee alle esigenze della nuova era virtuale nella quale, finalmente, nessun <<...*sanguis*...>> sarà più <<... *versato*...>> per nessuna <<...*patria*...>> e nessun sole dovrà più risplendere <<...*su le sciagure umane*>>.



## **STALKING o MALTRATTAMENTI *dopo* LA CESSAZIONE della CONVIVENZA?**

A dirimere la problematica, non di secondaria importanza, ci ha pensato il Supremo Consesso sez. VI lo scorso 30/7/2024 n. 31178, che ha fatto proprio un orientamento precedente per il quale è configurabile la fattispecie penale di maltrattamenti in famiglia e verso i conviventi, anche dopo la cessazione della convivenza, sugellata a far tempo dalla data della decisione giudiziale di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio. Il reato configurato nell'art. 572 c.p. è, cioè, ipotizzabile pur nel caso in cui i comportamenti del reo durino e siano posti in essere anche dopo il venir meno della convivenza con la vittima, finché siano ancora in vigore i vincoli e gli obblighi di solidarietà, nascenti dall'intercorso rapporto tra le parti stesse e disciplinati dall'art. 143 e seg.ti del c.c.. Pertanto, terminata la convivenza more uxorio e cessato ogni vicolo sopra indicato i comportamenti qualificabili come molestie, vessazioni o persecuzioni rientreranno, se sussumibili nelle relative caratteristiche e peculiarità, nella fattispecie disciplinata dall'art. 612 bis c.p. e non più nell'alveo dell'art. 572 c.p. ossia dei maltrattamenti familiari.

Ma volendo fare un passo indietro, e volger lo sguardo verso la dimensione fattuale, esaminata dalla Cassazione nella indicata vertenza, dobbiamo prendere le mosse dalla circostanza che Caio, venuta meno la cd. convivenza di fatto, minacciava Tizia, in modo reiterato, a causa del blocco, ad opera di quest'ultima, del numero telefonico e si recava presso l'abitazione, ove risiedeva anche il figlio minore e urlava all'indirizzo della ex "ti uccido", brandendo un coltello verso la vittima e, ponendo, così in essere, quanto previsto e punito dall'art. 612 bis c.p. avendo cagionato un grave e importante stato d'ansia e di terrore nella persona offesa. Il reo era già stato attinto da una misura restrittiva, gli arresti domiciliari in conseguenza di diverso procedimento giudiziario a proprio carico sempre nei confronti della ex per maltrattamenti durante la convivenza.

Contro l'ordinanza di convalida del Gip del fermo in flagranza con applicazione della misura restrittiva più grave (custodia cautelare) sussistendo il fumus delicti in relazione al reato di stalking il legale dell'imputato proponeva istanza per il riesame in modo da attribuire una diversa qualificazione ai fatti più recenti (come minaccia grave di cui all'art. 612 c.p.) ed evidenziando che quest'ultimo era già in misura restrittiva, sia pur degli arresti domiciliari e che quindi andava scarcerato per insussistenza dei presupposti della richiesta misura. Il Tribunale del Riesame in accoglimento sia pur parziale dell'istanza, derubricava i più recenti fatti di cui l'imputato si era reso protagonista, qualificandoli non quale atti persecutori, ma semplicemente quali maltrattamenti familiari, mantenendo, però, la misura imposta dal Gip in precedenza. E ciò sulla considerazione che questi più recenti atteggiamenti verso la persona offesa trovavano un antecedente già nell'istaurato giudizio sempre a carico dello stesso imputato e che non poteva essere reputato quale episodio isolato e a sé stante, dovendo applicarsi la conti nuazione tra i vari episodi in base alla concomitanza temporale, alla sussistenza della medesima persona offesa e all'identificazione del movente identico degli antefatti. Il Tribunale del Riesame evidenziava inoltre che, nonostante il comportamento ultimo del reo fosse in ambito temporale, prossimo alla cessazione della convivenza, tuttavia una valutazione complessiva tra il giudizio già pendente (per maltrattamenti) e quello attuale (per stalking) non poteva che essere considerato un puzzle di un unico "progetto illecito" di vessazioni, ideato e realizzato dal reo sin dal momento della convivenza. Non convinto totalmente delle motivazioni addotte dal Riesame, il legale impugnava nuovamente,

sottoponendo la questione alla Cassazione alla luce dei motivi di violazione di legge e di vizio di motivazione, in quanto i motivi a fondamento del provvedimento del Giudice della cautela (e quindi in parte del Riesame) in merito alla espletata riqualificazione (da atti persecutori in maltrattamenti familiari) avrebbe dovuto indurre, l'Organo giudicante, dal punto di vista esegetico a mantenere la misura degli arresti domiciliari e non ad applicare quella della custodia carceraria. Ad avviso della difesa nelle vicende di cui l'imputato si era reso protagonista sotto cattiva luce, vi era più di un iato temporale, tale da reputare non sussistente né il vincolo della continuazione, ma soprattutto l'assenza del vincolo di convivenza e degli obblighi conseguenti, permettendo in questo modo di qualificare solo ed esclusivamente come minaccia grave l'ultimo (in ordine di tempo) degli illeciti attuati, Per la difesa in tale ultimo episodio non si poteva parlare né di maltrattamenti familiari, né di stalking ma di altro e diverso reato.

Giunta all'ultimo grado di giudizio, il Collegio, annullando l'ordinanza cautelare e disponendo altro procedimento avanti sempre il Riesame affinché si procedesse ad un vaglio più approfondito e circoscritto nel contesto dei maltrattamenti familiari. Infatti analizzando i concetti di famiglia e di convivenza, così come delineati anche in sede nomofilattica si riesce ad enucleare anche nella fattispecie de qua le peculiarità oggettive dell'indicata norma violata, ossia dell'art. 572 c.p., da intendersi in un concetto e in una accezione più ristretta e aderente al dettato stesso, Solo l'esistenza in concreto di una stabile e (più o meno) evidente relazione affettiva ed emotiva tra le persone coinvolte e, quindi, la presenza di una comunione di sentimenti, di mutua assistenza e collaborazione reciproca, permette di evidenziare la differenza tra lo stalking e i maltrattamenti familiari. Alla luce di questa considerazione la Cassazione si è "spinta" a sostenere che i comportamenti ripetuti nel tempo di carattere molesto e/o vessatorio che affondino le loro radici nel momento nel quale vi è stata la "definitiva" cessazione della convivenza sotto ogni profilo (e non solo affettivo e sentimentale), allora è possibile configurare l'ambito di applicazione della fattispecie delineata dall'art. 612 bis c.p. nel suo secondo comma e non quella delineata nell'art. 572 c.p.. In effetti non revocando in dubbio che il reato dell'art. 572 c.p. è ravvisabile anche quando venga meno la "comunione materiale e spirituale tra le parti" e di reciproco rispetto e fedeltà (art. 143 c.c), è altrettanto vero che solo al pronunciamento della decisione sul divorzio o sulla cessazione degli effetti civili del matrimonio si ha il discrimen distintivo tra art. 612 bis c.p. e l'art. 572 c.p.. In assenza di questo elemento fattuale rimarranno in essere tutti quegli "effetti civilistici" conseguenti al matrimonio o alla convivenza di fatto o more uxorio che potranno essere invece "cancellati" o meglio privati di giuridica rilevanza tra le parti conviventi solo con il detto deposito.

Luigi Tancredi



## LA SOLA VICINITAS PUO' NON BASTARE per impugnare un titolo edilizio

È noto che, al fine di tutelare la propria posizione rispetto a un provvedimento amministrativo, autorizzativo o di diniego, è necessario essere parti del procedimento che ne ha determinato l'emanazione.

Il nostro ordinamento non prevede in via generale la possibilità di un'azione popolare avverso il provvedimento ritenuto illegittimo, salvo casi eccezionali (come, comprensibilmente a esempio, in materia elettorale).

Sembrava che a tale principio fosse stata introdotta una importante eccezione, con la modifica, per opera della legge ponte (l. n. 765/1967), dell'art. 31 della legge urbanistica (n. 1150/1942), ove è stato affermato che "chiunque" poteva prendere visione di una licenza edilizia, con relativi allegati, e eventualmente ricorrere contro il rilascio, nel caso di ritenuta illegittimità.

Il dubbio è stato risolto con sollecitudine dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale ha costantemente stabilito che erano legittimati al ricorso solo i soggetti, che potevano essere considerati toccati nel proprio interesse, a tal fine enunciando -sin da allora- il criterio della "vicinitas", da valutarsi con prudente apprezzamento da parte del giudice.

La definizione di tale nuovo criterio, nel tempo, ha poi subito una evoluzione estendendo la legittimazione non solo ai diretti confinanti, bensì anche ai soggetti la cui attività potrebbe subire un pregiudizio dal nuovo insediamento urbanistico (si pensi all'apertura di un nuovo supermercato, pur distante, ma non troppo, da quello del ricorrente).

Il quadro giurisprudenziale si è, poi, suddiviso in due difformi orientamenti, ove il primo riteneva che la accertata vicinitas assorbisse anche il requisito dell'interesse al ricorso, mentre una diversa, leggermente minoritaria, ottica richiedeva comunque necessario che il ricorrente desse prova del concreto pregiudizio sofferto.

Il dissidio predetto ha reso necessario l'intervento dell'Adunanza Plenaria (AP) del Consiglio di Stato, per la soluzione di una emblematica vertenza, cui si accennerà in seguito.

L'AP ha optato (sentenza n. 22/2021) per il secondo dei due richiamati orientamenti, avendo considerato che il codice del processo amministrativo (CPA) fa più volte riferimento all'interesse a ricorrere: negli artt. 35, 34, 13 e anche 31 e, quindi, il complesso normativo pone "l'accentuazione della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo", rendendo, pertanto, necessaria "una verifica delle condizioni dell'azione (più) rigorosa".

Si trascrivono alcuni principi di diritto pronunciati dall'AP:

*"Nei casi di impugnazione di un titolo autorizzatorio edilizio, riaffermata la distinzione e l'autonomia tra la legittimazione e l'interesse al ricorso quali condizioni dell'azione, è necessario che il giudice accerti, anche d'ufficio, la sussistenza di entrambi e non può affermarsi che il criterio della vicinitas, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato"*

*"Nelle cause in cui si lamenti l'illegittimità del titolo autorizzatorio edilizio per contrasto con le norme sulle distanze tra le costruzioni imposte da leggi, regolamenti o strumenti urbanistici, non solo la violazione della distanza legale con l'immobile confinante con quello del ricorrente, ma anche quella tra detto immobile e una terza costruzione può essere rilevante ai fini dell'accerta-*

*mento dell'interesse al ricorso, tutte le volte in cui da tale violazione possa discendere con l'annullamento del titolo edilizio un effetto di ripristino concretamente utile, per il ricorrente, e non meramente emulativo".*

### **L'emblematico caso come risolto, sulla base dei detti principi, dal Consiglio di giustizia amministrativa (CGA) della Sicilia.**

Il ricorso del signor A riguardava l'impugnazione di un titolo edilizio, con il quale il Comune aveva autorizzato il signor B a costruire un edificio su un lotto di terreno, confinante con il terreno su cui il signor A aveva edificato la sua abitazione: quindi, era sicuramente sussistente il requisito della vicinitas senza necessità di ricorrere ai più recenti ampliamenti del requisito stesso, sopra richiamati.

Semplificando: il principale motivo di ricorso (l'unico, al fine, che aveva indicato un fondato profilo di illegittimità del titolo edilizio contestato, e che perciò ha reso necessario la formulazione dei quesiti sottoposti all'AP) riguardava il rispetto della distanza tra edifici, come prescritta dall'art. 9 del DM n. 1444/1968.

Però tale violazione concerneva la distanza, non tra l'edificio del resistente B con quello del ricorrente A, bensì rispetto a altro edificio (di proprietà del signor C) ubicato dalla parte opposta a quella di terreno e edificio di A.

In conseguenza della situazione di fatto ora espressa, con la sentenza n.1075/2022, il CGA ha rigettato il ricorso, dichiarandolo inammissibile sulla base delle seguenti considerazioni:

- *l'immobile contestato si affacciava su una terza proprietà e, quindi, "la sola modifica del lato costruito in violazione della regola sulla distanza tra fabbricati potrebbe, in quanto non visibile dall'immobile di proprietà dell'appellante (cioè, del ricorrente A), essere del tutto indifferente ... in termini di incidenza sull'aria, la luce, la visuale e il panorama";*
- *quindi è possibile che "l'annullamento della concessione impugnata non si riverberi in un'utilità effettiva per il ricorrente, dando semplicemente luogo alla costruzione di un immobile modificato nel lato non visibile dalla proprietà degli appellanti";*
- *anche perché "l'art. 38 del D.P.R. n. 380 del 2001 non consente di prevedere, fra i diversi scenari possibili (quali la rimozione dei vizi amministrativi, la riduzione in pristino e l'applicazione di una sanzione pecuniaria alternativa), le conseguenze conformative derivanti dall'annullamento giurisdizionale".*

In conclusione, richiamo altra sentenza del CGA Sicilia (sent. n. 218/2024) che illustra la ragione per cui, nonostante il rinvio esterno al c.p.c. da parte dell'art. 39 CPA e, quindi, anche all'art. 100 c.p.c., nel processo civile, per legittimare l'azione è sufficiente la pura affermazione dell'attore, mentre nel giudizio amministrativo si rende necessaria "la dimostrazione effettiva della titolarità di un interesse legittimo".

Secondo detta sentenza ciò dipende dal fatto che



*"nell'azione di accertamento ... la prospettiva della mera affermazione è imposta dalla piena sovrapposizione e coincidenza tra questione sostanziale di merito e questione processuale ..."*

*"diversamente, nell'azione di annullamento, ..., atteso che non si tratta di accertare la sussistenza di una posizione giuridica soggettiva, ma la legittimità dell'azione amministrativa, ... la verifica dell'esistenza di una legitimatio ad causam assume significato giuridico autonomo rispetto al merito della controversia, non coincidendo l'accertamento della legittimazione ad agire con la fondatezza nel merito dell'azione giurisdizionale esercitata".*

Mario Anghileri

## ***Cerco / Offro***

Vendesi, a seguito di incarico dell'Avvocato Ambrogio Denti, ufficio di mq 91 circa in Lecco Piazza Affari 7 con possibilità di sua trasformazione abitativa. Avv. Luigi Giordano Tel: 0341 821196

L'Avv. Paolo Rivetti offre ampio locale, altri spazi e servizi in Lecco Via C. Cattaneo 67  
Tel: 0341/282869 – 393/9252495 - fax 0341/354694

Affittasi stanza e postazione di lavoro, con fornitura di servizi, presso il mio Studio in Lecco Via Roma n. 41. Avv. Fabio Brusadelli - tel: 0341.283920 e.mail: consul@slbrusadelli.it

# PREMIO IN MEMORIA DELL'AVVOCATO GIOVANNI BANA: VERSO UN SISTEMA PENALE EUROPEO

SOMMARIO: 1. La necessità di un sistema penale europeo. – 2. Diretrici per lo sviluppo del sistema penale europeo e stato attuale della cooperazione in materia penale. – 3. Gli strumenti di cooperazione giudiziaria basati sul mutuo riconoscimento – 3.1 Il mandato di arresto europeo. – 3.2 L'ordine europeo di indagine. – 3.3 L'ordine di protezione europeo e gli ordini di congelamento e confisca. – 4. Prospettive.

## 1. La necessità di un sistema penale europeo

L'incedere instancabile delle nuove tecnologie e il carattere sempre più globale delle relazioni sociali, pongono nuove sfide e opportunità per l'Europa anche sul piano della giustizia penale e, allo stesso tempo, rendono sempre più evidenti i limiti dei singoli Stati nella gestione delle conseguenti ricadute sul piano penale. In tal senso basti pensare ai fenomeni della imperante e capillare diffusione della criminalità transfrontaliera, dell'esponentiale crescita del cyber-crime e della dematerializzazione dello spazio attraverso la nuova frontiera del metaverso.

Conseguentemente, appare con sempre maggiore evidenza che la creazione di un sistema penale europeo, unico e omogeneo, valido per l'intero territorio europeo, non possa più essere considerato come una chimera ma, diversamente, debba essere visto come una condizione necessarie per poter garantire nel modo più pieno ed effettivo i diritti e le libertà del popolo europeo.

Per raggiungere il traguardo di uno spazio giudiziario penale unico, caratterizzato da strutture e organi comuni, che utilizzano un sistema di regole sovrapponibili, occorre muovere con passo deciso dalla strada dell'attuale integrazione a quella dell'uniformazione europea.

Presupposti indispensabili per intraprendere questo percorso sono la fiducia reciproca tra i Paesi aderenti e tra questi e le istituzioni comuni, nonché l'omogeneità "diretta" delle disposizioni normative e quella "indiretta" degli strumenti di cooperazione (o, più correttamente in un'ottica di omogeneizzazione, degli strumenti di relazione).

Passando dal piano del dover essere allo stato dell'essere, il contesto più idoneo per la creazione di un sistema investigativo e processuale penale europeo è quello dell'Unione Europea, che, da una parte, è l'unico "strumento" attualmente in grado di costruire vincoli stringenti tra i Paesi europei e, dall'altra, presenta già tra le sue finalità lo sviluppo di uno spazio unico di libertà, sicurezza e giustizia.

Pilastro per la realizzazione di questo fine è la cooperazione giudiziaria in materia penale- divenuta di competenza concorrente dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona-, la cui base legale è costituita dai capi primo e quarto del titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Tale forma di collaborazione si fonda espressamente sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, che deve essere favorito attraverso il ravvicinamento delle disposizioni legislative penali (art. 82.1 Tfue). Come si avrà modo di evidenziare meglio nel prosieguo (v. *infra*, 3.1, 3.2 e 3.3).



## 2. Diretrici per lo sviluppo del sistema penale europeo e stato attuale della cooperazione in materia penale

La cooperazione in materia penale, con riguardo al solo piano processuale (quindi tralasciando gli interventi di diritto sostanziale), è stata sviluppata lungo tre direttrici fondamentali: il riconoscimento di un nucleo minimo di diritti processuali comuni in capo ai soggetti coinvolti; la creazione di una rete di organismi europei; l'implementazione degli strumenti di cooperazione che si fondano sul principio del reciproco riconoscimento.

Sotto il primo aspetto, in via più generale, occorre evidenziare che – nonostante le fallimentari esperienze della costituzione europea e la mancata adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – l'Unione Europea garantisce e tutela una serie di libertà sancite dalla Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., nonché, a specificazione di questo *corpus*, ha riconosciuto, nell'ambito della cooperazione in materia penale, alcuni diritti processuali fondamentali attraverso una serie di direttive. La continua e ulteriore individuazione di queste garanzie, e la conseguente creazione di una piattaforma comune di diritti e libertà, costituisce uno dei presupposti cardine per il futuro sviluppo di un diritto processuale penale europeo.

Quanto al secondo aspetto, è stata creata una rete di organismi europei per la cooperazione giudiziaria e di polizia verticale, di cui fanno parte Eurojust (Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale), Europol (Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto), la Procura europea e O.I.a.f. (Ufficio europeo per la lotta antifrode).

La loro funzione è, a vario titolo e con sfumature diverse, quella di supportare o coordinare le autorità degli Stati membri nel corso delle indagini o nei procedimenti giudiziari per facilitare la cooperazione penale. Costituisce un'eccezione a questo quadro la Procura europea, che non ha una mera funzione di supporto, ma svolgere direttamente le indagini ed esercita l'azione penale (davanti alle competenti autorità nazionali dello Stato membro) in relazione ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

Infine, il terzo macro-ambito di intervento in materia di cooperazione penale è stato quello degli strumenti di cooperazione giudiziaria che si fondano sul principio del reciproco riconoscimento, i quali costituiscono l'oggetto principale di approfondimento in questa sede.

## 3. Gli strumenti di cooperazione giudiziaria basati sul mutuo riconoscimento

Imprescindibile per l'efficace e rapida collaborazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri è la disponibilità di strumenti che facilitino la libera circolazione delle decisioni giudiziali e delle prove all'interno del territorio dell'Unione.

Per lungo tempo i meccanismi utilizzati tra gli Stati membri sono stati incentrati su un tipo di cooperazione intergovernativa discrezionale (basata su convenzioni internazionali multilaterali), che avevano come protagonisti organi appartenenti al potere esecutivo, tutt'altro che scevri da contingenti influenze politiche.

Momento cruciale per l'affermazione del principio del riconoscimento è stato il Trattato di Lisbona, il quale, all'art. 82.1 del Tfu, afferma espressamente che tutta la materia della cooperazione penale è fondata su tale principio, così generalizzando il passaggio da una cooperazione

tra Stati, non vincolante e in balia della discrezionalità politica, basata sul sistema della richiesta, a una incentrata sul mutuo riconoscimento e sullo strumento dell'ordine, vincolante (salvo il ricorrere di alcune eccezioni) per le autorità giudiziarie del Paese membro che lo riceve.

Pertanto, il riconoscimento reciproco si sostanzia nell'obbligo diretto per le autorità giudiziarie dei Paesi membri, al ricorrere di determinate condizioni, di riconoscere e dare esecuzione ai provvedimenti emessi da un'altra autorità appartenente a un diverso Stato e, specularmente, nella possibilità di richiedere con procedure semplificate e tempi certi l'esecuzione di un suo provvedimento fuori dai confini nazionali.

Recentemente si è assistito a una massiccia opera di armonizzazione delle normative domestiche attraverso una regolamentazione degli strumenti di cooperazione penale volta a superare la presenza di ogni filtro politico. Gli strumenti che verranno di seguito esaminati sono il mandato di arresto europeo, l'ordine europeo di indagine, l'ordine europeo di protezione e l'ordine di congelamento o confisca.

### 3.1 Il mandato di arresto europeo

In ordine cronologico il mandato di arresto europeo (m.a.e.) è stato il primo strumento di cooperazione giudiziaria penale basato sul principio del mutuo riconoscimento. Infatti, con la decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI le precedenti procedure di estradizione in uso tra gli Stati membri sono state sostituite dalla disciplina del mandato di arresto europeo.

Il m.a.e. è lo strumento demandato alla circolazione coattiva delle persone tra i Paesi membri. Viene definito dall'articolo 1.1 della decisione quadro come una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro per far arrestare in uno Stato diverso e, quindi, consegnare una persona ricercata, ai fini dell'esercizio di un'azione penale (cd. m.a.e. processuale) o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privativa della libertà (cd. m.a.e. esecutivo).

Le grandi novità rispetto al sistema dell'extradizione sono l'eliminazione del filtro politico e il mutamento delle modalità di contatto tra le autorità giudiziarie degli Stati membri, che è mediato da un'autorità giudiziaria centrale (non più politica).

Il campo di applicazione del m.a.e. è definito, in via generale, dall'articolo 2.1 della decisione, che prevede la possibilità di emettere: il mandato processuale quando si procede per reati previsti nell'ordinamento di ambedue gli Stati (cd. doppia incriminazione) e puniti con una pena massima non inferiore a un anno; il mandato esecutivo in caso di esecuzione di una condanna a pena detentiva non inferiore a quattro mesi per un reato con doppia incriminazione.

La decisione 2002/584/GAI prevede poi una serie di ipotesi di rifiuto obbligatorio o facoltativo per lo Stato di esecuzione, la cui estensione è inversamente proporzionale all'ampiezza con cui viene applicato il principio del mutuo riconoscimento; maggiori sono le possibilità di rifiuto, minore è la libertà di circolazione delle decisioni giudiziarie.

L'articolo 3 disciplina i motivi di rifiuto obbligatorio, che sono costituiti dalla concessione da parte dello Stato di esecuzione dell'amnistia alla persona ricercata, dalla ricorrenza di un caso di *ne bis in idem* e dall'età della persona ricercata inferiore al limite minimo previsto nell'ordinamento interno per il riconoscimento della responsabilità penale. Quanto alle ipotesi di rifiuto facoltativo, l'articolo 4 include tra queste la circostanza che il m.a.e. sia relativo a un reato non oggetto di doppia incriminazione e punito con una pena nel massimo inferiore



ai tre anni. Un altro motivo di rifiuto facoltativo è la pendenza di un'azione penale dello Stato di esecuzione per lo stesso fatto oggetto del mandato. Infine, il riconoscimento del m.a.e. può essere rifiutato se il reato si è prescritto sulla scorta della normativa dello Stato di esecuzione.

L'art. 4-*bis*, introdotto con la decisione quadro 2009/299/GAI, prevede un'ulteriore ipotesi di rifiuto facoltativo per i procedimenti eseguiti in assenza dell'imputato e in cui non siano state rispettate alcune condizioni relative all'effettiva conoscenza del processo.

Una volta ricevuto il mandato di arresto, l'autorità di esecuzione deve arrestare il soggetto ricercato e decidere in ordine allo stato di custodia dell'arrestato, valutando se ci siano le condizioni per rimetterlo in libertà.

Se il ricercato non presta il proprio consenso alla consegna si apre una fase interlocutoria, in cui ha diritto a un'audizione presso l'autorità giudiziaria dell'esecuzione (artt. 14 e 19 decisione).

Segue la decisione dell'autorità dell'esecuzione sulla consegna dell'arrestato, che deve avvenire entro 10 giorni dalla prestazione del consenso o entro 60 giorni dall'arresto del ricercato (artt. 15 e 17). In caso di decisione positiva la consegna deve avvenire entro 10 giorni dalla decisione definitiva di eseguire il mandato d'arresto europeo, salvo ipotesi eccezionali di differimento (art. 23 e 24 decisione).

Su questa base legislativa si innesta la normativa italiana di attuazione, contenuta nella legge 69/2005, il cui testo originario ha subito numerose modifiche ad opera del d.lgs. 10/2021, adottato a seguito dell'apertura di una procedura di infrazione nei confronti del nostro Paese per il non corretto recepimento della decisione quadro 2002/584/GAI.

L'articolo 4 della legge 69/2005 designa il Ministero della giustizia come autorità centrale deputata ad assistere le autorità giudiziarie competenti. Al Ministero spetta il compito di trasmettere e ricevere i m.a.e. e la relativa corrispondenza.

Segue la parte più corposa del testo normativo (artt. da 5 a 27-*bis* della legge) in materia di procedura passiva di consegna, nella quale l'Italia è lo stato di esecuzione.

Competente a decidere sulla richiesta di consegna avanzata tramite m.a.e. è la Corte di appello nel cui distretto ha la residenza, la dimora o il domicilio l'imputato o il condannato o, in mancanza, la Corte di appello di Roma.

Quanto al campo di applicazione, gli articoli 7 e 8 riprendono pedissequamente la previsione dell'articolo 2 della decisione quadro.

Una volta inviata dall'autorità straniera la richiesta di consegna con il m.a.e. la stessa viene inoltrata dal Ministero alla Corte di appello competente, la quale avvisa il Procuratore generale presso la Corte di appello della ricezione. Quindi, la Corte decide con ordinanza motivata sull'applicazione di un'eventuale misura coercitiva (in questa sede la norma fa specifico rinvio alle disposizioni in materia di misure cautelari personali coercitive).

Diversamente, se l'arresto è di iniziativa della polizia giudiziaria a seguito del rintraccio del ricercato segnalato nel Sistema di informazione Schengen (SIS), l'arrestato viene messo a disposizione del presidente della Corte d'appello entro 24 ore per la convalida.

Viene quindi fissata udienza in camera di consiglio in cui la Corte di appello decide, previo contraddittorio tra le parti, sulla consegna. La forma del provvedimento è l'ordinanza, in caso di consenso dell'arrestato alla consegna, oppure la sentenza, qualora non sia stato preventi-

vamente fornito il consenso. Avverso la decisione della Corte è ammesso ricorso in Cassazione.

La legge, agli artt. 18, 18-*bis* e 18-*ter*, riporta i motivi di rifiuto obbligatorio e facoltativo già previsti nella decisione quadro, specificando che il requisito minimo per poter dare esecuzione al m.a.e. è il compimento da parte del ricercato degli anni 14 di età al momento della commissione del reato.

Quanto alle disposizioni della legge relative alla procedura attiva di consegna (articoli da 28 a 33), queste prevedono che il m.a.e. possa essere emesso dal giudice che ha applicato la misura della custodia in carcere o degli arresti domiciliari alla base del mandato (m.a.e. processuale), dal pubblico ministero che ha emesso l'ordine di esecuzione per una pena non inferiore a un anno oppure dal pubblico ministero gravato dell'esecuzione di misure di sicurezza personali detentive (m.a.e. esecutivo).

L'autorità procedente trasmette il mandato al Ministro della giustizia per la traduzione e l'inoltro all'autorità straniera competente, che è quella del Paese dove il ricercato ha la propria residenza, dimora o domicilio. Qualora non sia possibile identificare tali luoghi, ma risulta comunque possibile che la persona si trovi nel territorio di uno Stato membro dell'Unione europea, l'autorità giudiziaria dispone l'inserimento di una specifica segnalazione nel SIS.

Conclusa l'analisi della disciplina europea e di recepimento nazionale del mandato di arresto europeo, è ora possibile analizzare l'impatto di questo strumento nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia penale.

La dimostrazione dell'impatto positivo dello strumento nella prassi della cooperazione emerge anche dalla lettura dei dati sul m.a.e. In particolare, si evidenzia un sempre maggiore utilizzo nel corso del tempo. I mandati di arresto europei sono passati dai poco meno di 10.000 emessi (con circa 3.000 consegne) del 2011 ai più di 14.000 del 2021, con circa 7.000 consegne. Sicuramente l'efficacia del m.a.e. è evidente con riguardo ai tempi necessari per l'esecuzione, si è passati da circa 1 anno con il sistema tradizionale di estradizione ai soli 53 giorni del mandato, che si riducono ulteriormente a 20 in caso di consenso. Anche se il dato mediamente è incoraggiante si sono verificati non pochi casi di ritardi ingiustificati.

Il problema più rilevante rispetto alla disciplina in oggetto è sicuramente quello dell'incompleto o non corretto recepimento della decisione negli ordinamenti interni, che ha portato all'apertura della procedura di infrazione nei confronti di ben ventidue Paesi membri. Le violazioni sono consistite soprattutto nell'ingiustificato ampliamento dei motivi di rifiuto (molti Stati hanno introdotto nuovi motivi, come nel caso della disciplina italiana antecedente al 2021, o hanno reso alcuni di quelli facoltativi obbligatori) così creando una forte disomogeneità a livello applicativo e limitando l'operatività del principio del mutuo riconoscimento.

### 3.2 L'ordine europeo di indagine

La disciplina delle prove è quella in cui si hanno le maggiori differenze tra i diversi sistemi processuali degli Stati membri. Per cercare di ridurre le difficoltà nella raccolta transnazionale delle prove si è passati dalla mutua assistenza, incentrata sulla cooperazione intergovernativa e sulla rogatoria, al mutuo riconoscimento, basato sulla cooperazione diretta tra autorità giudiziarie attraverso lo strumento dell'ordine europeo di indagine penale (o.e.i.).



L'o.e.i. è disciplinato a livello comunitario dalla direttiva 2014/41/UE e può essere utilizzato per la raccolta di qualsiasi atto di indagine (art. 3), collegato a un procedimento penale già in essere o in vista della promozione dello stesso (art. 4).

L'ordine viene trasmesso direttamente dall'autorità giudiziaria richiedente a quella di esecuzione (art. 7), che lo esegue, salvo ricorrano i motivi specifici di non riconoscimento o esclusione previsti dall'art. 11. Tra questi rientrano il ricorrere di situazioni di immunità o di privilegi che rendono impossibile l'esecuzione dell'o.e.i., la circostanza che l'esecuzione leda interessi essenziali di sicurezza nazionale, l'ipotesi in cui l'atto investigativo non sia ammesso a norma del diritto dello Stato di esecuzione in un caso interno analogo.

Infine, l'o.e.i. può essere rifiutato se la condotta alla base dello stesso non è penalmente rilevante per il diritto dello Stato di esecuzione, salvo rientri in uno specifico elenco di reati previsto dalla direttiva e sia punito con una pena o una misura di sicurezza detentiva della durata massima di almeno tre anni (il requisito della doppia incriminazione è previsto solo rispetto a procedimenti relativi a reati meno gravi).

Nell'esecuzione dell'ordine l'autorità di esecuzione si attiene alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, sempre che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione.

Se l'atto di indagine richiesto non esiste nel diritto dello Stato di esecuzione oppure non può essere utilizzato in un caso interno analogo, l'autorità dello Stato di esecuzione esegue un atto di indagine alternativo (art. 10); l'autorità di esecuzione può anche ricorrere a un atto d'indagine diverso da quello richiesto qualora assicuri lo stesso risultato dell'atto richiesto nell'o.e.i. con mezzi meno intrusivi (principio di proporzionalità).

La direttiva è stata attuata dall'Italia con il d.lgs. 108/2017.

Con riferimento alle norme sulla procedura passiva, l'Italia identifica quale soggetto deputato al riconoscimento e all'esecuzione dell'o.e.i. il pubblico ministero (o meglio il Procuratore della Repubblica) presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti. Pertanto, non essendo previsto un vaglio ministeriale, si ha un sistema caratterizzato dal dialogo diretto tra autorità giudiziarie.

Il procuratore può rifiutare il riconoscimento per i motivi indicati dall'art. 10, che riprendono pedissequamente quelli indicati dall'art. 11 della direttiva.

Gli artt. 7 e 9 ribadiscono il principio di proporzione previsto dalla direttiva, infatti, qualora l'atto richiesto con o.e.i. non risulti proporzionato è possibile sostituirlo con un altro provvedimento che riconosce un effetto utile ma che è meno invasivo.

Nei casi in cui per il compimento dell'atto richiesto la legge italiana prevede la competenza del giudice, il pubblico ministero, dopo aver riconosciuto l'o.e.i., fa richiesta al giudice per le indagini preliminari di dare inizio all'esecuzione.

In caso di riconoscimento, entro ulteriori 90 giorni occorre provvedere all'esecuzione.

Infine, il d.lgs. prevede le modalità di impugnazione in relazione all'o.e.i. passivo (art. 13), configurando l'istituto dell'opposizione avverso il decreto di riconoscimento emesso dal Procuratore avanti al gip. L'accoglimento dell'opposizione determina l'inefficacia del decreto di riconoscimento.

Sul piano della procedura attiva, sono competenti all'emissione di un o.e.i., nell'ambito delle

rispettive attribuzioni, il pubblico ministero e il giudice procedenti (art. 27), che possono attivarsi anche su richiesta del difensore (art. 31).

Anche in materia di o.e.i. attivo sono previste, specularmente a quanto fatto per il passivo, una serie di disposizioni che specificano le modalità di raccolta all'estero di particolari atti di indagine.

L'analisi della disciplina dell'ordine europeo di indagini può essere conclusa evidenziando come la distanza tra le normative nazionali in materia probatoria spesso crea problemi sul piano dell'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero. Pertanto, l'unificazione anche delle regole probatorie è indispensabile per creare un diritto europeo delle prove, prodromico a un processo penale europeo.

### 3.3 L'ordine di protezione europeo e gli ordini di congelamento e confisca

Un altro strumento rilevante di cooperazione basato sul principio del mutuo riconoscimento è l'ordine di protezione europeo, disciplinato dalla direttiva 2011/99/UE, attuata in Italia con d.lgs. 9/2015. La finalità di questo strumento è quella di semplificare il riconoscimento degli ordini di protezione delle vittime di reati tra Stati membri. Un soggetto beneficiario di un ordine di protezione nazionale può richiedere l'emissione di un ordine di protezione europeo al fine di vedersi riconosciuto, con una procedura semplificata, un ordine di protezione anche nello Stato membro di destinazione.

La struttura della direttiva è simile a quella del m.a.e., vengono indicati i principi per la designazione dell'autorità competente o delle autorità competenti (artt. 3 e 4), nonché i presupposti oggettivi per l'emissione della misura (artt. 5 e 6) e i contenuti che deve avere la stessa (art. 7). Lo stato ricevente può non riconoscere l'ordine di protezione europeo per una serie di motivi specificamente elencati (art. 10).

L'Italia ha dato esecuzione a questa misura individuando come soggetti competenti all'emissione e alla ricezione dell'ordine di protezione europeo le autorità procedenti per il tramite del Ministero della giustizia (art. 3 d.lgs.).

Più nel dettaglio, quanto alla procedura attiva di emissione, competente all'emissione dell'ordine europeo di protezione, su richiesta della persona protetta che vuole trasferirsi in un Paese membro, è il giudice che ha disposto l'applicazione della misura cautelare dall'allontanamento dalla casa familiare ex art. 282-*bis* o del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa ex art. 282-*ter* c.p.p. (art. 5 d.lgs. 9/2015). L'ordine viene trasmesso al Ministero, che lo trasmette all'autorità competente dello Stato di esecuzione (art. 6).

Quanto alle norme sul procedimento passivo, competente per il riconoscimento dell'ordine è la Corte di appello nel cui distretto la persona protetta ha dichiarato l'intenzione di soggiornare o di risiedere (art. 7). La Corte può non riconoscere l'ordine per i motivi tassativamente indicati dall'art. 9. Se riconosce l'ordine di protezione europeo dispone l'applicazione di una delle misure cautelari previste dagli articoli 282-*bis* e 282-*ter* del codice di procedura penale, in modo da assicurare la corrispondenza con gli obblighi dettati nella misura di protezione.

L'impatto pratico di questo strumento è molto limitato, si contano solo 7 emissioni di un ordine europeo di protezione in tutta l'Unione.



Infine, l'ordine di congelamento o di confisca è l'ultimo degli strumenti oggetto di analisi.

Questa disciplina è finalizzata a facilitare il recupero transfrontaliero dei proventi da reato, mediante congelamento e confisca dei fondi di provenienza illecita.

Gli strumenti dell'ordine di congelamento e dell'ordine di confisca sono oggetto del regolamento 2018/1805/UE, che stabilisce le regole secondo le quali un paese dell'UE riconosce ed esegue nel suo territorio ordini di congelamento e di confisca emessi da un altro paese dell'UE nel contesto di procedimenti penali.

L'ordine di congelamento è una decisione emessa o convalidata da un organismo emittente al fine di impedire la distruzione, la trasformazione, la rimozione, il trasferimento o la cessione di beni che l'organismo desiderava confiscare (art. 2.1). Invece, l'ordine di confisca è una sanzione o misura finale imposta da un'autorità giudiziaria a seguito di un procedimento per un reato, che consiste nel privare definitivamente di un bene una persona o una società (art. 2.1).

Questa disciplina è incentrata sul reciproco riconoscimento e la celerità dei tempi di esecuzione, infatti, è previsto un termine di 45 giorni per il riconoscimento di un ordine di confisca e, in casi urgenti, un termine di 48 ore. Tuttavia, questo strumento presenta le stesse limitazioni previste anche per gli altri strumenti di cooperazione, ad esempio rispetto alla riduzione del campo di applicazione per il principio della doppia incriminazione (art. 3) o ai motivi di non riconoscimento e non esecuzione (artt. 8 e 19).

Nel nostro Paese, l'art. 12 legge 127/2022 ha delegato il Governo ad adottare misure per adeguare la normativa nazionale al regolamento 2018/1805/UE.

#### 4. Prospettive

Conclusa la disamina degli strumenti finalizzati alla cooperazione giudiziale in materia penale, incentrati sul principio del mutuo riconoscimento, appare opportuno avanzare alcune considerazioni complessive.

La disciplina attuale dei diversi strumenti, per quanto più o meno sofisticata, presenta dei limiti strutturali legati alla ampia possibilità per gli Stati di non dare attuazione alle istanze di cooperazione. Più in generale, la normativa si trova nello stadio intermedio tra la tradizionale cooperazione intergovernativa (incentrata sulle convenzioni internazionali e il filtro politico) e quello che si auspica possa essere la prossima fase, quella dell'uniformazione, presupposto fondamentale per la creazione di un sistema penale europeo.

L'elemento principale che allo stato, per lo specifico profilo del mutuo riconoscimento, non permette un significativo avanzamento è sicuramente quello della carenza di una piena fiducia reciproca e, conseguentemente, l'istinto alla conservazione delle proprie prerogative sia da parte degli Stati membri sia delle autorità giudiziarie che ne fanno parte; il tutto, acuito dall'instabilità legata alle recenti tensioni ai confini orientali dell'Europa e alla crisi democratica che sta colpendo alcuni Stati dell'Unione.

Un primo fattore che fomenta la scarsa fiducia tra gli Stati membri è l'assenza, nei fatti, di regole comuni che garantiscano un livello minimo di protezione dei diritti fondamentali. Infatti, benché formalmente si ritenga che l'adozione della Carta di Nizza e l'adesione di tutti gli Stati membri dell'Unione alla Convenzione EDU possano far presumere il raggiungimento di uno

standard minimo comune di tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini, è sotto l'occhio di tutti che siano ogni anno moltissime le condanna da parte della Corte EDU nei confronti dei Paesi membri dell'Unione. Questo dimostra che spesso, al di là dell'adesione formale a trattati e convenzioni, in concreto non si raggiunge quel livello minimo di garanzie comuni fondamentale per il funzionamento del sistema del mutuo riconoscimento, portando alla proliferazione dei motivi di mancata esecuzione delle richieste di cooperazione giudiziaria. Un esempio su tutti, nonostante l'Italia abbia ratificato la Carta di Nizza e la Convenzione Edu, che impongono il rispetto dell'equo processo e della ragionevole durata del procedimento, dal 1953 è stata condannata dalla Corte EDU per ben 1.205 volte a causa del ritardo nella celebrazione dei processi. Questo sicuramente è un elemento che nella prassi porta a una comprensibile riduzione di fiducia da parte degli altri Stati membri nei confronti della giustizia del bel paese. Ma l'Europa è costellata di situazioni di questo tipo.

In conclusione di tale ragionamento, non appare irragionevole prospettare come passaggio necessario al fine di raggiungere un livello maggiore di fiducia reciproca – e, quindi, in una prospettiva di più ampio periodo, come presupposto per l'adozione di un *corpus* di regole processuali penali uniformi per tutti i Paesi membri, prodromico alla creazione di un sistema penale europeo – la creazione di una base condivisa di principi costituzionali dettagliati e vincolanti, il cui rispetto sia garantito in maniera effettiva e sistematica.

### Bibliografia

- AA.VV., *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, a cura di RAFARACI T., BELFIORE R., Springer, Svizzera, 2019
- AA.VV., *L'attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, a cura di DI PAOLO G., PRESSACCO L., BELFIORE R., RAFARACI T., Editoriale Scientifica, Napoli, 2022
- AA.VV., *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di KOSTORIS R.E., DANIELE M., Giappichelli, Torino, 2018
- AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di KOSTORIS R.E., Giuffrè, Milano, 2022
- MANES V., CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino, 2020
- WILLEMS A., *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, HART Publishing, Oxford, 2021



## ATAVOLA CON PABLO ATCHUGARRY



L'appuntamento è presso il suo studio nella Brianza Lecchese, luogo di cui il maestro non ama comunicare l'ubicazione (non per ritrosia ma per dedizione al lavoro ... l'invasione di curiosi e postulanti lo distrarrebbe). Lo trovo accerchiato da blocchi statuari di marmo bianco di Carrara, in varie dimensioni, cui prima con il disegno e poi con gli strumenti classici di scultura cerca di dare vita.

*"Il rapporto con la materia è interessantissimo perché alla fine è un doppio rapporto. Lo scultore dà molto ricevendo altrettanto. Il marmo statuario di Carrara, quello rosa del Portogallo, il marmo nero del Belgio sono i marmi che io lavoro. Ecco, la situazione è di incontrarsi con la natura, la natura incontaminata che c'è ancora, appunto. Ci sono segreti in questo blocco di marmo che è appartenuto ad una montagna, come Carrara agli Apuani. Da parte mia nutro molto rispetto perché ogni pezzo tolto è tolto per sempre, quindi non permette ripensamenti; bisogna prendere una strada, essere sicuri di quella strada e poi andare avanti ascoltando sempre la materia".*

Si approssima mezzogiorno e Pablo mi invita a fargli compagnia a pranzo: *"In genere stacco solo per prendere un'insalata e qualche bicchiere d'acqua, ma oggi possiamo continuare al ristorante. Ti conviene seguirmi con la tua auto, la mia ha la polvere dello scultore".* In effetti, sbircio mentre sale, è imbiancata.

Arriviamo alla Casupola, ristorante di Bosisio Parini immerso nel verde.

*"Sono nato in Uruguay nel 1954 (non lo dice ma il 23 agosto ha festeggiato sobriamente con familiari ed amici 70 anni, n.d.r.). L'Uruguay guarda molto all'Europa perché si è nutrito di una emigrazione proveniente soprattutto da Italia e Spagna. Si dice che un cinquanta per cento della popolazione dell'Uruguay abbia origini italiane. Mia nonna era Ligure; dalla parte di mia mamma avevano un cognome lombardo, Bonomi, quindi le origini c'erano, le radici le avevo. L'Italia mi ha sempre attirato. Soprattutto sono stato attirato da quello che rappresenta l'Italia che custodisce almeno la metà del patrimonio artistico mondiale. Inoltre il caso ha voluto che a Parigi trovassi una pittrice di Mandello con cui ho costruito una bella amicizia. Lei mi ha parlato di Lecco e io qui sono arrivato per prima volta nel 1977. Nel '78 ho allestito una mostra di pittura nella Galleria Visconti di Romeo Pedrolì, che peraltro era uno scultore".*

Si avvicina il cameriere. Raccoglie le ordinazioni ma si attarda, quasi volesse sentire i racconti del maestro, che ordina polipo alla piastra su purea di patate; mi accodo.

*"Diciamo che io sono cresciuto a Lecco o meglio: sono cresciuto in Italia, più precisamente a Lecco. Le mie opere giovanili sono rimaste nel territorio. Quindi: ho tracciato un percorso sul territorio durante questo percorso ho acquisito maggiore maturità. Per me l'arte è un modo di vivere la vita; non ci può essere una vita senza arte. L'arte è l'espressione più intima dell'essere umano, destinata a superare i limiti della vita, dell'autore; attraverso l'arte noi possiamo, rincontrarci con autori di tante altre epoche; queste sopravvivono all'autore ed attraverso esse rimangono testimonianze di quello che l'autore ha voluto dire."*

Arriva il polipo che denota dimestichezza del cuoco a trattare il pesce; entrambi non identifichiamo gli ingredienti che fanno da letto, ma va bene così, oggi l'interesse è concentrato su altro.

Il discorso si sposta sui giovani, che in ogni ambito professionale sono alla ricerca del successo, facile ed immediato, ed ancora una volta sull'amore che lo lega alla Lombardia ed a Lecco. *"Io penso sia importantissimo che prima il giovane, l'essere umano, trovi se stesso e trovi un po' il suo cammino, la sua vocazione, che può essere appunto diversa, diverse strade, diversi obiettivi, tutte le strade hanno bisogno di un grande sforzo e di un lungo percorso. Quindi il consiglio che io darei ai giovani è: capisco l'immediatezza ed il bisogno di arrivare subito, però occhio a non saltare i gradini. Penso che la strada dell'essere umano nella sua maturità, nel suo cammino di vita, sia una lunghissima scala con tanti gradini e quindi non bisogna aver paura di farli uno ad uno, perché tutto questo sarà il patrimonio che ci portiamo dentro quando ce l'avremo fatta. Anche ora penso ancora al futuro. Come dicevo prima, tutto è una lunga scala, gradino a gradino. Io penso anche che non si arriva mai. È un cammino e quindi bisogna godere di questo cammino che è duro, ripido, e soprattutto - secondo me - non si arriva mai alla meta...o si continua a salire o si scende. Per me ora è un momento di grandi soddisfazioni anche a livello mondiale sia per l'interesse dei collezionisti, sia in molti altri ambiti. Ad esempio: adesso in Uruguay hanno emesso una serie di nove francobolli rappresentanti mie opere. Si succedono tante situazioni belle di*

*riconoscimento, come questo che ho avuto nel Parlamento uruguayano; anche qui ho ricevuto l'Ordine della Stella d'Italia, un riconoscimento dell'operato di questa mia lunga carriera; io ho cominciato quando avevo otto anni realizzando un cavallino in cemento; adesso di anni ne ho settanta, quindi sono sessantadue anni di carriera, di lavoro. Di questi, più di quarant'anni sono di permanenza a Lecco! Riconosco l'amore per questo territorio che è bello, forte, laborioso; inoltre Lecco due anni fa mi ha conferito il Premio "San Nicolò" ed ha organizzato, un anno fa, una grande mostra a Palazzo delle Paure, una sorta di antologia importante, grande quasi come quella tenutasi a Palazzo Reale di Milano a cavallo tra il 2021 ed il 2022. Ho sposato la causa di Lecco, anche con il mio vivere qui. Otto mesi l'anno faccio conoscere la città ed il suo territorio. Mi vengono a trovare moltissime persone da tutto il mondo; vengono a Lecco quindi scoprono in questo modo anche la bellezza naturale di questi luoghi".*

Viene servito il primo: per entrambi un risotto al nero di seppia sovrastato da qualche gambero. Ero titubante nel richiederlo come invece, deciso, aveva fatto il maestro appena giunti al ristorante. Una volta assaggiato l'ho finito subito, sorridendo al commento di Pablo che, bonariamente ha osservato: "Vedo che l'hai divorato tutto. Sono contento sia piaciuto anche a te".

Gli ricordo che negli anni Ottanta lo si vedeva circolare a Lecco spingendo una carrozzina di un bimbo a cui era stata tolta la parte superiore.

*"Questa carrozzina è stato il mio primo mezzo di trasporto a Lecco. Quando realizzai un'opera in marmo per un collezionista di Lecco, Don Marino Colombo, la realizzai a Carrara ma non avevo il mezzo di trasporto e quindi degli amici mi aiutarono. Quest'opera pesava cento chili. Io in treno andai da Carrara a Brescia, in casa di altri amici. Questi amici non avevano neanche loro delle risorse economiche e non avevano una macchina; lui - che era un intellettuale e viveva di fotografia e di cinema - prese una carrozzina dei suoi nipoti e la adattò per portare questa scultura che avevo fatto a Carrara. Fece inoltre delle foto oggi riprodotte in più cataloghi ed in più posti; con una foto, con uno scatto, si vedevano i mezzi, cioè si vedeva una 500 e si capiva che l'ambientazione era italiana, si intuiva il Nord Italia. Poi la nebbia e questo omino, anzi omone (che ero io) con i capelli lunghi, che trasportava la prima scultura in marmo come fosse un figlio...perchè metaforicamente sono dei figli. Mi sembra una bella immagine per i giovani: a quell'epoca non c'erano i mezzi economici, neanche per andare alla stazione in auto e prendersi questa scultura. Eppure, nonostante i pochi mezzi a disposizione, c'era la forza di volontà."*

Dopo il risotto Pablo richiede, insistendo senza successo perché io faccia altrettanto, un pezzetto di gorgonzola o, in alternativa, un taleggio. Invece gli viene servito un grande piatto di formaggi con due marmellate.

Senza scomporsi il maestro affronta il piatto continuando a discorrere: "Mi piace avere a che fare con persone umili. In generale mi interessa l'essenza dell'essere umano e l'essenza si manifesta in tutti gli ambiti; si può cogliere in persone che sono molto in vista ed in altre molto umili. Per me è lo stesso valore, è il valore dell'incontro. Poi dagli altri si impara sempre."

Terminato il piatto di formaggi il maestro è titubante. Affogato al caffè...o è troppo? Ci pensa. Alla fine cede..."anche se immagino che tu non lo prenda"... "Esatto" rispondo.

Gli faccio una domanda un pochino provocatoria, magari banale, sul suo futuro: "C'è ancora qualcosa che vorresti fare...da grande?" Risponde: "Ora vorrei continuare nella realizzazione del MACA (Museo de Arte Contemporaneo Atchugarry) inaugurato nel Gennaio 2022 a Manantiales in Uruguay dedicato ai maestri dell'arte contemporanea.

*È un progetto molto impegnativo, stiamo facendo teatro, quindi noi lì, in questa fondazione, facciamo dei festival di letteratura; a settembre un festival di letteratura poi: festival di musica, festival di teatro, di cinema... tutte attività culturali dell'essere umano. Quindi "da grande" vorrei poter seguire queste attività.*



*Abbiamo anche in cantiere un progetto di residenze per artisti.  
Ma soprattutto vorrei restituire favori alla Natura, non solo prendere... In quest'ottica abbiamo in Uruguay piantato più di diciassettemila piante autoctone".*

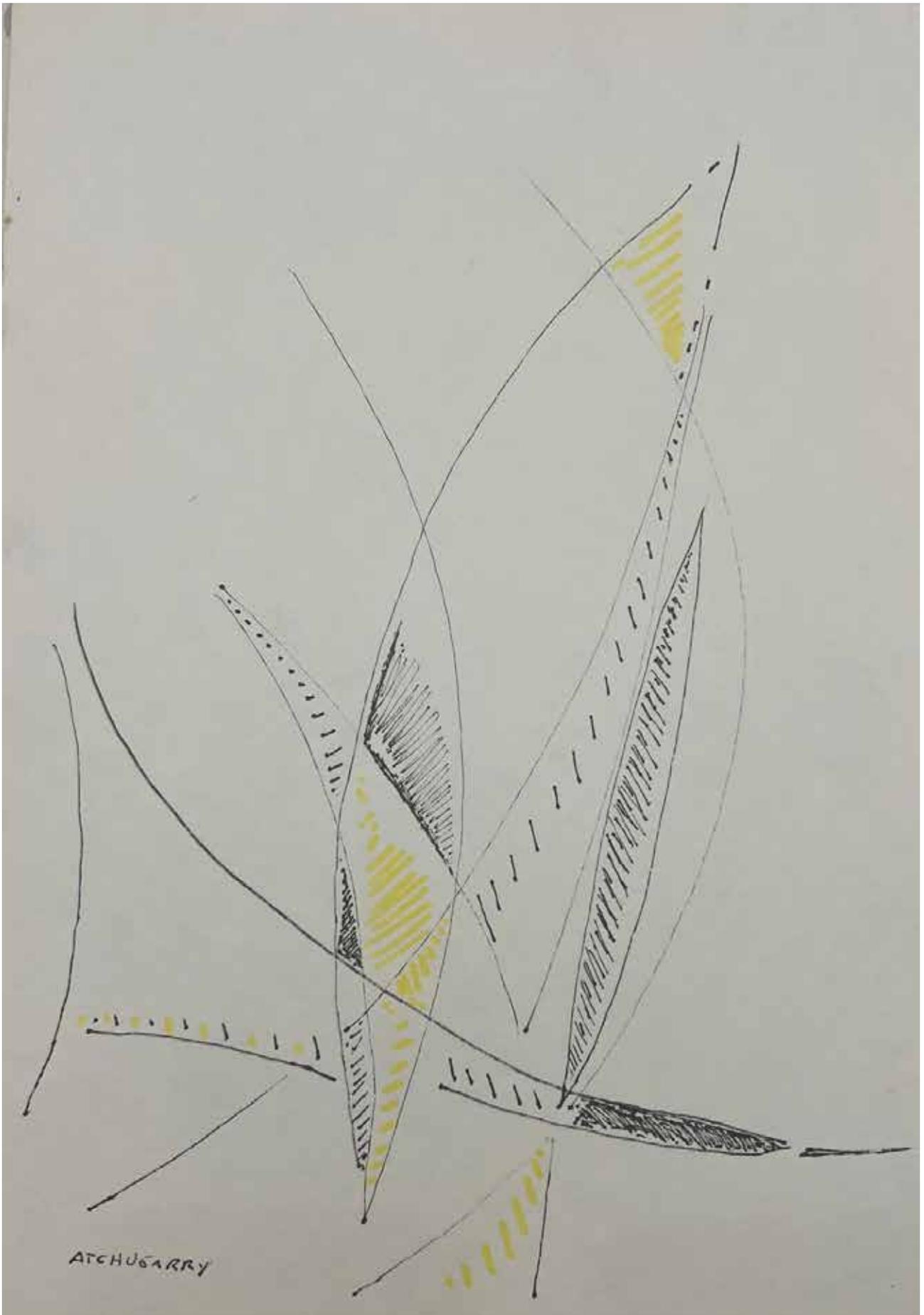
Lasciando il ristorante - e sottolineando la ovvietà degli scongiuri - gli chiedo come vorrebbe essere ricordato. *"Forse come una persona che ha amato l'arte, che ha amato gli altri e che si è data da fare per un tema tanto importante come quello della pace."*

*"Ad multos annos maestro".*

*"Grazie Renato"*

Renato Cogliati







# TIPOGRAFIA LECCHESE

STAMPA DIGITALE PICCOLO E GRANDE FORMATO  
STAMPATI COMMERCIALI E PUBBLICITARI

---

*dal 1980 la stampa di qualità*

---



*La tipografia al servizio  
del tuo studio*

*richiedi un preventivo a:*

**[tipografialecchese@gmail.com](mailto:tipografialecchese@gmail.com)**