



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

ANNALI 2023

ANNO XI

DEL DIPARTIMENTO JONICO

ESTRATTO

VITA ACCADEMICA



ISBN 9788894665161

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Paolo Pardolesi

DIRETTORE ANNALI

Paolo Stefanì

COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Gabriele Dell'Atti, Fabio De Matteis

COMITATO SCIENTIFICO

Elio Borgonovi, Rosa Calderazzi, Silvana Filomena Cecinaro,
Cristiano Cincotti, Laura Costantino, Ivan Demuro, Nicola
Fortunato, Andrea Lovato, Benjamin Peñas Moyano, Mario Ricca,
Carmela Ventrella

COMITATO EDITORIALE

Patrizia Montefusco (Coordinatrice), Cosimo Abene, Anna Bitetto,
Lucianna Cananà, Giuseppe Liverano, Francesco Sporta Caputi

COMITATO DI REDAZIONE

Debora Cazzetta, Maria Di Maggio, Filomena Pisconti, Mario Santoro,
Anna Tataranni, Pierluca Turnone

Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
Convento San Francesco - Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy

e-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it

telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099

7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>

ANNOXI
ANNALI 2023
DEL DIPARTIMENTO JONICO



VITA ACCADEMICA

Danila Certosino

VITTIME DI REATO CON *STATUS* MIGRATORIO IRREGOLARE E MODALITÀ DI ACCESSO ALLA GIUSTIZIA PENALE*

SOMMARIO: 1. La particolare vulnerabilità delle vittime migranti. – 2. Il permesso di soggiorno per vittime di violenza domestica. – 3. I permessi di soggiorno speciali per migranti vittime o testimoni di reato: disciplina attuale e prospettive *de jure condendo*.

1. Le condizioni di marginalità in cui spesso versa la popolazione migrante determinano, purtroppo, una maggiore esposizione al rischio di essere vittima di reato. Il catalogo dei reati di cui gli stranieri sono soggetti passivi è assai vasto e spazia dai reati più efferati, a cominciare dalla tratta di esseri umani, alle molteplici ed ordinarie forme di vittimizzazione che rimangono, spesso, sommerse.

In questi ultimi anni, il fenomeno migratorio in continua espansione ha determinato una situazione abbastanza preoccupante: essere un migrante con *status* irregolare è di per sé fonte di vulnerabilità, in quanto aumentando il numero di migranti con *status* irregolare, aumenta anche il numero di potenziali vittime di reato che – di fatto – non hanno accesso effettivo alla giustizia nel momento in cui intendono denunciare una fattispecie di reato.

I migranti con *status* irregolare sperimentano, in effetti, una condizione di particolare vulnerabilità¹ che ostacola l'esercizio del loro diritto di difesa in qualità di

* Testo della Relazione preparata in vista del *Festival MEDITERRAE 2024. Mediterraneità e confini: Cultura, Migrazioni, Diritti, Sostenibilità*, Taranto, Dipartimento jonico, 11-13 gennaio 2024.

¹ Sulla definizione di vittima vulnerabile cfr., in dottrina, M. Gialuz, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino 2012, p. 66 ss.; L. Parlato, *La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di "ascolto effettivo" nel procedimento penale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3306 ss.; Ead., *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Ed. Torri del vento, Palermo 2012, p. 71 ss., secondo la quale il concetto di vittima vulnerabile compone un microsistema assai variegato che necessita di tenere in considerazione una pluralità di situazioni di natura eterogenea (l'età, il sesso, le condizioni psico-fisiche, la tipologia del delitto subito); S. Quattrocchio, *Vulnerabilità e individual assessment*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 299 ss.

vittime. Infatti, nel momento in cui si rivolgono alle forze dell'ordine per la denuncia del reato subito, tali soggetti finiscono per rivelare il proprio *status* migratorio, esponendosi così al rischio di essere espulsi o sottoposti a procedimento penale. Conseguentemente, si registra una netta riluttanza alla denuncia per gli stranieri irregolari che genera ulteriore emarginazione per questa categoria, un incremento della loro vittimizzazione dovuta al fatto che gli autori del reato possono approfittare del silenzio della persona offesa e l'impossibilità di contrastare efficacemente molti episodi delittuosi presenti sul territorio.

È stato al riguardo condotto uno studio socio-giuridico dedicato all'accesso alla giustizia libero e sicuro per le vittime di reato con *status* migratorio irregolare, con particolare attenzione alla fase di denuncia del reato².

L'indagine si è focalizzata su uno degli effetti collaterali prodotti dalla c.d. *Crimmigration*, ossia la vittimizzazione dei soggetti irregolari, che si potrebbe specularmente definire *Victimigration*³.

La ricerca conferma che in Italia i migranti irregolari che si rivolgono alle forze di polizia o a qualunque pubblica autorità per denunciare un reato corrono effettivamente il rischio di subire un procedimento penale o una procedura amministrativa di espulsione. Questo dipende in larga parte dal fatto che le procedure di identificazione funzionali alla denuncia portano all'inevitabile rivelazione della condizione di irregolarità, che – a sua volta – attiva l'obbligo di denuncia del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio.

Si verifica, purtroppo, una sostanziale coincidenza tra i soggetti che devono assistere le vittime migranti irregolari e i soggetti incaricati dell'*enforcement* della

Ad avviso di S. Allegrezza, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, cit., p. 13, nell'attuale legislazione, esistono almeno tre tipi di "supervittime": i bambini vittime di reati sessuali, le donne vittime di reati sessualmente orientati e le cosiddette "vittime collettive" (gruppo etnico, sessuale, religioso oppure vittime di mafia o di terrorismo). Altre categorie di vittime sono invece considerate dimenticate, ovvero quelle dei reati economici, dei reati ambientali, dei reati culturali.

In ambito sovranazionale, la Direttiva 2012/29/UE (*che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*) è intervenuta in maniera particolarmente incisiva nei confronti delle vittime con specifiche esigenze di protezione, inquadrando le categorie di riferimento e fornendo loro adeguati strumenti di tutela. Sono oggetto di particolare attenzione, le vittime della tratta di esseri umani, del terrorismo, della criminalità organizzata, della violenza nelle relazioni strette, di violenza o sfruttamento sessuale, della violenza di genere, di reati basati sull'odio nonché le vittime disabili.

² Si tratta di uno studio condotto dall'Università degli Studi di Milano. Tale ricerca si inserisce nell'ambito del progetto VisaRoc "*Victims with Irregular migration Status's Afe Reporting Of Crimes*", co-finanziato dall'Unione Europea e coordinato dall'Università di Barcellona in cui sono consorziati enti di ricerca, ONG e pubbliche amministrazioni dislocate in quattro città (Barcellona, Gand, Milano e Utrecht), che si propone di esplorare i profili di tensione tra la protezione delle vittime dell'UE e le politiche di immigrazione, tematica evidenziata anche nella Strategia dell'UE sui diritti delle vittime (2020-2025).

³ Per approfondimenti cfr. S. Taverri, *L'accesso alla giustizia penale per le vittime di reato con status migratorio irregolare*, in *Sist. pen. (web)*, 16 novembre 2023.

legge in materia di immigrazione. Infatti, gli agenti di polizia a cui dovrebbero essere indirizzate le denunce di reati da parte delle vittime migranti hanno anche il dovere di denunciare lo *status* di irregolarità degli stessi, con le conseguenze pregiudizievoli che ne derivano quali l'espulsione e il procedimento penale per i reati di cui all'art. 10-bis T.U.I. Pertanto, non è possibile impedire lo scambio di dati tra gli operatori sociali (ad es. le organizzazioni di assistenza alle vittime) e le autorità competenti a ricevere le segnalazioni di reato (come gli ispettori del lavoro, la polizia locale, la Procura della Repubblica) da un lato, e i funzionari dell'Ufficio Immigrazione dall'altro.

Nell'ordinamento italiano, l'obbligo di denuncia non conosce eccezioni paragonabili a quelle previste con riguardo all'obbligo di referto gravante sugli operatori medico-sanitari, previste dall'ordinamento per garantire un sereno accesso alle cure anche agli autori di reato (art. 365, comma 2, c.p.) e agli stranieri irregolari (art. 35, comma 5, T.U.I.).

In tali fattispecie, l'obbligo di denuncia del migrante irregolare subisce, infatti, un'espressa deroga *ex lege* proprio nell'ottica di garantire l'effettiva tutela del diritto alla salute, pertanto, i medici non sono tenuti a segnalare la condizione di irregolarità della persona che si sottopone alle cure. Le strutture sanitarie sono, quindi, concepite come porti sicuri per i migranti irregolari, mentre non si può dire lo stesso per le stazioni di polizia e – in generale – per le altre strutture pubbliche, considerato che tutte le volte in cui la persona migrante deve esibire un permesso di soggiorno valido può essere denunciata per il suo *status* irregolare, anche nelle situazioni in cui l'interazione con un'autorità pubblica costituisce l'esercizio di un diritto (come il diritto di difesa di una vittima) o l'adempimento di un obbligo pubblico (come la testimonianza in un processo)⁴.

Effettivamente, la denuncia di un reato da parte dello straniero irregolare nel territorio comporta, inevitabilmente, la “rivelazione” della sua condizione e, conseguentemente, l'obbligo di denuncia per le autorità con cui si interfaccia, impedendo, evidentemente, un effettivo accesso alla giustizia. Una situazione che compromette l'esercizio del diritto di difesa sancito dalla Costituzione e riconosciuto ad ogni persona, indipendentemente dal suo *status* amministrativo (art. 24 Cost.), nonché il diritto a non autoincriminarsi (o diritto al silenzio) in base al principio del *nemo tenetur se detegere*.

Gli unici istituti che forniscono una tutela in queste situazioni sono il riconoscimento della protezione internazionale e il rilascio di permessi di soggiorno speciali, che regolarizzano la presenza dello straniero sul territorio favorendone l'integrazione sociale. Tuttavia, questi strumenti sono previsti soltanto per alcune

⁴ Sembrano fare eccezione – nella prassi – alcuni Tribunali, in cui i magistrati e la polizia giudiziaria accettano generalmente qualsiasi documento di identificazione e, in alcune situazioni, non richiedono nemmeno un documento di identificazione: una modalità che tutela i migranti irregolari chiamati a deporre. Tuttavia, nella maggioranza dei casi il migrante, chiamato a testimoniare nel processo, non si presenta per timore di essere denunciato per il suo *status* irregolare.

categorie di soggetti. Oltre alla protezione internazionale che può essere riconosciuta solo in presenza di particolari requisiti, i permessi speciali rivolti a vittime/testimoni di reato sono: il permesso di soggiorno speciale per motivi di protezione sociale (art. 18 T.U.I.); il permesso di soggiorno speciale per vittime di violenza domestica (art. 18-bis T.U.I.); il permesso di soggiorno speciale per particolare sfruttamento lavorativo (art. 22, comma 12-*quater*, T.U.I.); il permesso di soggiorno speciale per motivi investigativi (art. 2, d.l. 27 luglio 2005, n. 144) e il permesso di soggiorno per motivi di giustizia (art. 5, comma 2, T.U.I. e art. 11, comma 1, lett. c-*bis*, d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394). Nel contesto italiano, quindi, gli ostacoli più significativi, dal punto di vista normativo, derivano dal fatto che i permessi di soggiorno speciali non coprono l'intero spettro dei reati subiti dagli stranieri irregolari e dalla mancanza di un'esenzione dall'obbligo di denuncia per i pubblici ufficiali preposti alla ricezione delle denunce stesse.

2. Con particolare riferimento al permesso di soggiorno speciale per vittime di violenza domestica (art. 18-*bis* T.U.I. - d.lgs. 286/1998), occorre evidenziare come l'art. 59 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla "*Prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne*" (c.d. Convenzione di Istanbul, adottata l'11 maggio del 2011 e ratificata dall'Italia con la l. 27 giugno 2013, n. 77)⁵ prevede che gli Stati adottino le misure per garantire che le vittime, il cui *status* di residente dipende da quello del coniuge o del partner, possano ottenere in caso di scioglimento del matrimonio o della relazione, in situazioni particolarmente difficili, un titolo autonomo di soggiorno, indipendentemente dalla durata del matrimonio o della relazione. Tale disposizione ha trovato attuazione nell'ordinamento italiano con l'inserimento ad opera della legge 15 ottobre 2013, n. 119 (cd. legge sul femminicidio)⁶ nel Testo Unico

⁵ V., al riguardo, G. Battarino, *Note sull'attuazione in ambito penale e processuale penale della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 2 ottobre 2013; F. Cassibba, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Giappichelli, Torino 2017, p. 67 ss.; C.D. Leotta, voce *Femminicidio*, in *Dig. disc. pen.*, VIII Agg., Utet, Torino 2014, p. 260 ss.; S. Martelli, *Le Convenzioni di Lanzarote e Istanbul: un quadro d'insieme*, in L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo della vittima di reato. Modelli di tutela tra politiche dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, Padova 2015, p. 31 ss.; M.G. Ruò, *Nell'attuazione dell'accordo Istanbul il rebus del contrasto*, in *Guida dir.*, 37, 2019, p. 56 ss.

⁶ Per un commento, cfr., fra i vari contributi, G. Amato, *Si accentua la protezione delle "fasce deboli"*, in *Guida dir.*, 36, 2013, p. 59 ss.; Id., *Giro di vite su violenza sessuale e maltrattamenti*, *ivi*, 44, 2013, p. 77 ss.; F. Bartolini, *Considerazioni su alcune delle misure antiviolenza contenute nella l. n. 119/2013 su sicurezza pubblica e "femminicidio"*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, p. 1 ss.; F. Basile, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 11 dicembre 2013, p. 1 ss.; G. Bellantoni, *Tutela della donna e processo penale: a proposito della legge n. 119/2013*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 641 ss.; E. Buccoliero, *Femminicidio: una legge imperfetta ma che rende le donne meno ricattabili e i minori meno invisibili*, in *Min. giust.*, 1, 2014, p. 153 ss.; A. Cisterna, *Dall'allarme sociale per i casi di "femminicidio" un intervento a 360 gradi su sicurezza e giustizia (decreto legge 14 agosto 2013 n. 93)*, in *Guida dir.*, 36, 2013, p. 57 s.; Id., *Con un riequilibrio delle esigenze di sicurezza il*

dell'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, cd. T.U.I.) dell'art. 18-*bis*, ai sensi del quale il Questore, quando siano accertate situazioni di violenza o abuso ed emerga un concreto e attuale pericolo per l'incolumità della persona offesa, rilascia un permesso per consentire alla vittima straniera, priva di permesso di soggiorno, di sottrarsi alla violenza domestica.

Secondo l'art. 3 della Convenzione di Istanbul l'espressione "violenza domestica" designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima⁷. Affinché tale permesso di soggiorno possa essere rilasciato, devono in particolare essere riscontrate violenze domestiche o abusi nei confronti di una persona migrante nel corso di indagini o procedimenti penali per uno dei seguenti reati: maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.); lesioni personali, semplici e aggravate (artt. 582 e 583 c.p.); mutilazioni genitali femminili (art. 583-bis c.p.); sequestro di persona (art. 605 c.p.); violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.); atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.); matrimonio forzato (art. 558-*bis* c.p.); nonché per uno qualsiasi dei delitti per i quali il codice di procedura penale prevede l'arresto obbligatorio in flagranza (art. 380 c.p.p.).

provvedimento arriva sul "banco di prova", *ivi*, 44, 2013, p. 73 ss.; A. Diddi, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, in *Proc. pen. e giust.*, 2, 2014, p. 91 ss.; D. Donati, *La violenza contro le donne*, in www.questionegiustizia.it, 16 dicembre 2013; C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1390 ss.; C.D. Leotta, voce *Femminicidio*, in *Dig. disc. pen.*, VIII Agg., Utet, Torino 2014, p. 248 ss.; E. Lo Monte, *Repetita (non) iuvant: una riflessione a caldo sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/2013, con. in l. 119/2013, in tema di "femminicidio"*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 12 dicembre 2013; F. Macri, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1 ss.; A. Marandola, *Nuove norme in materia di violenza di genere. Aspetti processuali*, in *Studium iuris*, 2014, p. 527 ss.; A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 10 gennaio 2015; F. Occhiogrosso, *La legge sul femminicidio: un'occasione mancata*, in *Min. giust.*, 1, 2014, p. 148 ss.; G. Pavich, *Le novità del decreto-legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili. Un esame critico delle nuove norme sostanziali e processuali del d.l. n. 93/2013 riguardante i delitti in danno di soggetti deboli*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 24 settembre 2013; P. Pittaro, *La legge sul femminicidio: le disposizioni penali di una complessa normativa*, in *Fam. dir.*, 7, 2014, p. 715 ss.; R. A. Ruggiero, *La tutela processuale della violenza di genere*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2352 ss.; N. Stolfi, *Brevi note sulle nuove norme introdotte dalla L. 119/2013 in materia di violenza di genere*, in *Riv. pen.*, 2014, p. 657 ss.; F. Trapella, *Fattispecie di femminicidio e processo penale. A tre anni dalla legge sulla violenza di genere*, in *Dir. pen. cont. (trim)*, 2, 2017, p. 21 ss.

⁷ La definizione di violenza domestica si rinviene, altresì, nell'ambito dell'art. 3, comma 1, d.l. n. 93 del 2013, conv. con modif. nella l. n. 119 del 2013, secondo cui «si intendono per violenza domestica uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima».

Per una completa disamina sulle tappe del cammino legislativo in tema di violenza domestica e di genere cfr. N. Triggiani, *L'ultimo tassello nel percorso legislativo di contrasto alla violenza domestica e di genere: la legge "Codice Rosso", tra effettive innovazioni e novità solo apparenti*, in *Proc. pen. e giust.*, 2, 2020, p. 451 ss.

Il permesso di soggiorno può essere rilasciato dal Questore anche quando le situazioni di violenza o abuso emergano nel corso di interventi dei centri antiviolenza o dei servizi sociali specializzati nell'assistenza delle vittime di violenza; ai fini del rilascio è, comunque, sempre richiesto il parere dell'autorità giudiziaria e lo scopo è quello di fornire protezione alla vittima.

Il permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica ha la durata di un anno e può essere revocato in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso, oppure se vengono meno le condizioni che ne hanno giustificato il rilascio.

È appena il caso di sottolineare che la persona migrante cui viene rilasciato il permesso di soggiorno per violenza domestica non può essere condannata per il reato in precedenza commesso di ingresso e soggiorno irregolare, trovando applicazione l'articolo 10-*bis*, comma 6, T.U.I. il quale prevede che il giudice pronunci sentenza di non luogo a procedere nell'ambito del procedimento penale a carico dello straniero nei cui confronti sia stato rilasciato il permesso di soggiorno *ex art. 18-bis* T.U.I.

Va, tuttavia, evidenziato, come tale norma sia stata fortemente avversata dalle associazioni e centri antiviolenza, ritenendola contraria alla Convenzione di Istanbul.

I rilievi critici si sono focalizzati soprattutto sul ridotto contenuto dell'art. 18-*bis* T.U.I. rispetto a quanto previsto dall'art. 59 della Convenzione di Istanbul, che – come si è visto – stabilisce che gli stati adottano le misure per «garantire che le vittime, il cui *status* di residente dipende da quello del coniuge o del partner, conformemente al loro diritto interno, possano ottenere in caso di scioglimento del matrimonio o della relazione, in situazioni particolarmente difficili, un titolo autonomo di soggiorno, indipendentemente dalla durata del matrimonio o della relazione».

La tutela apprestata dalla l. 119/2013 – che ha appunto introdotto l'art. 18 *bis* T.U.I. – non deriva, infatti, dal mero stato di vittima, ma è vincolata al requisito del pericolo grave e attuale alla sua incolumità, che rappresenta solo le situazioni di alto rischio. In teoria, in assenza di un grave e attuale pericolo, la donna straniera non ha diritto al permesso di soggiorno pur se vittima di violenza domestica.

Inoltre, il pericolo deve derivare dalla scelta di sottrarsi alla violenza o quale conseguenza delle dichiarazioni rese, requisito che di fatto fa dipendere la possibilità di conseguire un autonomo titolo di soggiorno dall'attiva partecipazione al processo penale – come è implicito nella necessità del parere del pubblico ministero – e dalla possibilità di farsi seguire da servizi sociali specializzati che attesteranno il rischio per l'incolumità.

Sarebbe stato, invece, più aderente alla Convenzione di Istanbul assicurare alla donna straniera, a motivo della sua particolare vulnerabilità, la possibilità di un soggiorno legale per il solo fatto di essere vittima, per tutto il periodo necessario al superamento delle difficoltà derivanti dalla stessa condotta violenta subita.

Il requisito aggiuntivo del pericolo grave e attuale all'incolumità previsto per le vittime straniere finisce, quindi, per determinare un'irragionevole disparità di trattamento rispetto alle vittime italiane.

Va, poi, evidenziato un altro aspetto: la legge n. 119 del 2013 non ha recepito l'indicazione avanzata dalle avvocate dei centri antiviolenza dell'associazione D.i.Re. di svincolare il rilascio del titolo di soggiorno dalla presentazione della denuncia da parte della donna seguendo lo schema del permesso di protezione sociale definito dall'articolo 18 d.lgs. 286/1998, che affianca al percorso giudiziario anche quello sociale; di conseguenza, rimane presupposto dell'accesso alla misura di protezione il parere positivo del pubblico ministero e, quindi, la presentazione di una querela, ignorando che le donne migranti hanno molta paura di rivolgersi alle autorità perché temono fortemente di essere espulse.

Lo strumento è stato, così, indebolito perché dopo la presentazione della querela le donne migranti senza permesso di soggiorno si ritrovano a vivere una situazione di attesa e di precarietà che aggrava la loro vulnerabilità e le espone ad ulteriori e più gravi forme di violenza, compromettendo fortemente il buon esito del loro percorso di uscita dalla violenza⁸.

3. Soffermandoci ora sull'effettività di tutti i permessi di soggiorno speciali per i migranti vittime o testimoni di reato, occorre, al riguardo, evidenziare come tali strumenti sono stati scarsamente utilizzati nella prassi. Il Ministero dell'Interno pubblica annualmente dati sul numero totale di permessi di soggiorno rilasciati in Italia e i più recenti ne confermano il limitato impiego⁹.

Considerato che al 1° gennaio 2022 gli stranieri presenti in Italia sono stati stimati in 506 mila unità, i permessi rilasciati ai migranti vittime o testimoni di reato nella

⁸ Merita sottolineare come la Giurisprudenza di merito, in una delle prime pronunce sul permesso di soggiorno per violenza domestica, ha statuito che «il pericolo per la incolumità deve essere inteso quale diritto alla salvaguardia della integrità personale della vittima oggetto di tutela della norma, tale da ricomprendere anche le possibili pressioni psicologiche che, pur non connotate da atti di lesioni che attingano il fisico della persona, influiscano sulla libertà di autodeterminazione della vittima anche rispetto alle sue scelte di vita, non ultime quelle riguardanti la libertà di autodeterminazione nel corso delle indagini o del processo, considerando che la vittima migrante si trova in una condizione di maggiore debolezza, sia per la mancanza di figure familiari di vicinanza e sostegno, sia per il rischio di perdere definitivamente la possibilità di usufruire del permesso di soggiorno ottenuto per ricongiungimento e di dover tornare in patria riportando con sé i figli, ponendo anche questi ultimi in una situazione di sofferenza». In questi termini, Trib. Bari, Sez. immigrazione e protezione internazionale, Sent. 18 gennaio 2021, consultabile in www.marinacastellaneta.it.

Le pressioni psicologiche (nel caso di specie, l'ex marito, per il tramite della figlia, avrebbe fatto sapere alla donna che se fosse tornata a vivere con lui le avrebbe permesso di rinnovare il permesso di soggiorno) influiscono, quindi, sulla incolumità e sulla libertà della donna inducendola a ritornare a vivere col marito, con pericolo di una violenza, pur di ottenere la possibilità di rimanere in Italia.

⁹ Secondo gli ultimi dati pubblicati sul sito del Ministero dell'interno (www.interno.gov.it), per l'anno 2022 risultano 643 permessi speciali per motivi di protezione sociale (art. 18 T.U.I.); 109 permessi speciali per violenza domestica (art. 18-bis T.U.I.); 29 permessi speciali per particolare sfruttamento lavorativo (art. 22, comma 12-quater, T.U.I.); 21 permessi per motivi investigativi (L. 31 luglio 2005, n. 155); 73 permessi per motivi di giustizia (art. 11, comma 1, c-bis, d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394), per un totale di 875 permessi speciali.

prassi non hanno avuto un impatto significativo, essendo stati rilevati nella misura di 875.

Tra le ragioni che scoraggiano la denuncia, oltre a fattori di carattere culturale, il più delle volte le persone migranti non sono a conoscenza dell'esistenza dei permessi speciali, o comunque non sarebbero in grado di gestire la procedura da sole. Peraltro, il rilascio del permesso non è immediato né automatico e non tutti possono "permettersi" un periodo di attesa. Per l'effettività dei percorsi di denuncia sicura è, quindi, evidente la centralità del supporto esterno, il cui funzionamento dipende dall'organizzazione a livello locale, ossia dall'effettiva presenza, all'interno di un determinato contesto, di iniziative locali che realizzino programmi speciali di protezione sociale. La mancanza sul territorio di questi programmi può comportare l'impossibilità di accedere al percorso sociale, impedendo di fatto il rilascio dei permessi speciali.

La possibilità di accedere a tali permessi può variare, quindi, significativamente a seconda della diffusione territoriale delle associazioni autorizzate, che realizzano i programmi speciali di protezione sociale. Peraltro, i Questori e i Procuratori della Repubblica hanno un'ampia discrezionalità nel sostenere il rilascio di un permesso speciale a livello locale: ciò può creare una situazione di disomogeneità geografica nell'utilizzo dei permessi, con le autorità di alcune aree particolarmente inclini e preparate all'uso dei permessi speciali, rispetto a quelle di altre province. Non basta, dunque, la presenza nell'ambito territoriale di programmi di protezione sociale: è necessaria un'efficace collaborazione tra gli operatori sociali e le varie autorità coinvolte.

Gli operatori sociali svolgono un ruolo fondamentale di assistenza alle vittime di reato con uno *status* di migrazione irregolare, costituendo un punto di riferimento a cui rivolgersi, sia per denunciare i reati subiti senza interfacciarsi direttamente con la pubblica autorità, sia per l'inserimento in percorsi sociali ai fini della regolarizzazione. Per una buona riuscita del percorso di denuncia sicura è fondamentale l'adozione di un approccio c.d. *multi-agency*, tramite il quale le ONG e gli enti anti-tratta hanno un canale privilegiato di comunicazione con la Commissione territoriale per l'asilo e gli attori istituzionali (polizia, autorità giudiziaria, prefetture) al fine di un'efficace cooperazione volta all'identificazione delle vittime che hanno diritto a permessi speciali. In questo modo, è possibile denunciare il reato senza esporsi a conseguenze sfavorevoli, anzi attivando un percorso di regolarizzazione e l'inserimento in programmi di protezione.

Sono stati poi riscontrati ulteriori limiti che – nella prassi – impediscono l'ingresso in percorsi di denuncia sicura anche per coloro che avrebbero diritto ad un permesso speciale. I fattori emergenti spaziano dalla difficoltà delle vittime a concepirsi come tali e a svincolarsi dalla rete criminale, alla ritrosia nel relazionarsi con le autorità per la mancanza di fiducia nelle stesse. Altri elementi di ostacolo alla denuncia si

rinvengono, poi, nel timore di ripercussioni negative e nella predilezione per la “tutela” offerta dalla propria rete di riferimento.

In conclusione, anche in considerazione del forte accentramento delle competenze in materia di immigrazione e di prevenzione e contrasto della criminalità vigente in Italia, si prospetta necessaria una riforma del quadro giuridico rilevante per la tematica, da perseguire attraverso l'estensione dei permessi di soggiorno per vittime di reato, ovvero con l'istituzione di una deroga all'obbligo di denunciare i migranti per la loro condizione di irregolarità, nel momento in cui accedano al sistema penale per cercare protezione in qualità di vittime.

A livello locale, occorrerebbe un potenziamento delle prassi che favoriscono la denuncia sicura per le vittime di reato irregolari, consolidando, come si è visto, l'approccio *multi-agency* attraverso la costruzione di solide reti locali formalizzate attraverso protocolli.

Appare, poi, necessaria l'istituzione di *hub* locali in cui raccogliere le denunce, valutando anche la possibilità di introdurre uno sportello informativo e di assistenza all'interno dell'Università; infine, si propone l'istituzione di una prassi che suggerisca agli operatori di non richiedere l'esibizione di un valido titolo di soggiorno laddove ciò non sia strettamente necessario¹⁰.

In ultimo, occorre rivolgere l'attenzione verso gli orizzonti di tutela conseguibili a livello sovranazionale attraverso gli strumenti di armonizzazione previsti dall'Unione Europea. Al riguardo, risulta particolarmente significativa la Proposta di modifica della direttiva 2012/29/UE, *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza protezione delle vittime di reato*, che prevede l'inserimento dell'art. 5-bis, volto ad introdurre nuove norme tese a favorire la denuncia da parte delle vittime, tra cui spicca la possibilità di presentare denuncia servendosi di tecnologie dell'informazione e della comunicazione facilmente accessibili e di agevole utilizzo (comma 1), ma soprattutto la norma di cui al comma 5, in cui si prevede che «Gli Stati membri provvedono affinché alle autorità competenti che entrano in contatto con una vittima che denuncia un reato sia vietato trasferire alle autorità competenti per la migrazione dati personali relativi allo *status* di soggiorno della vittima, almeno fino al completamento della prima valutazione individuale di cui all'articolo 22».

Si pensi, poi, ad una potenziale estensione della tutela offerta dal diritto al silenzio alle vittime di reato con *status* migratorio irregolare: i fattori che scoraggiano la denuncia finiscono, di fatto, per escludere questi soggetti dall'accesso equo ed effettivo alla giustizia e questo comporta non solo una violazione del diritto di difesa, ma anche degli obblighi positivi di tutela sanciti dalla CEDU, che impongono allo Stato

¹⁰ Cfr., sul punto, S. Taverriti, *L'accesso alla giustizia penale per le vittime di reato con status migratorio irregolare*, cit.

di adottare i presidi necessari per la tutela dei diritti degli individui senza discriminazioni¹¹.

¹¹ V., ancora, S. Taverriti, *L'accesso alla giustizia penale per le vittime di reato con status migratorio irregolare*, cit.

Lorenzo Pulito

DONNE MIGRANTI E VIOLENZA DI GENERE NEL CONTESTO GIURIDICO SOVRANAZIONALE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'esigenza di contrastare la violenza di genere sulla base di un fondamento comune: il caso esemplificativo della tratta e delle indagini a mezzo squadre investigative comuni. – 3. L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul. – 4. La proposta della Commissione europea di una direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica. – 5. Prospettive future. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Le innovazioni legislative interne in materia di violenza di genere evidenziano singolari coincidenze temporali rispetto al contesto internazionale ed europeo¹.

Questo “sincronismo” si riconnette alla ratifica di convenzioni internazionali (come nel caso della l. 27 giugno 2013, n. 77² di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Istanbul³), alla trasposizione di atti di diritto dell'Unione europea (si

* Testo della relazione redatta in vista del Festival Mediterrae 2024 (Taranto, Dipartimento Jonico dell'Università di Bari Aldo Moro, 11-13 gennaio 2024).

¹ Lo evidenzia A. Di Stasi, *Introduzione*, in A. Di Stasi, R. Cadin, A. Iermano, V. Zambrano (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 20.

² Su cui cfr. G. Battarino, *Note sulla attuazione in ambito penale e processuale penale della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2013, p. 1 ss.

³ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. Sulla Convenzione di Istanbul, v., tra gli altri, S. De Vido, M. Frulli (eds.), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, Edward Elgar, Cheltenham, 2023; S. De Vido, *Donne, Violenza e diritto internazionale: la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Mimesis, Milano, 2016; E. D'Ursel, *La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes: une révolution silencieuse?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 113, 2018, p. 29 ss.; L. Grans, *The Istanbul Convention and the Positive Obligation to Prevent Violence*, in *Human Rights Law Review*, 1, 2018, p. 133 ss.; J. Jones, *The European Convention on Human Rights (ECHR) and the Council of Europe Convention on Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention)*, in R. Manjoo, J. Jones (eds.), *The Legal Protection of Women from Violence: Normative Gaps in International Law*, Routledge, Abingdon, New York, 2018, p. 139 ss.; R.J.A. McQuigg, *Istanbul Convention, domestic violence and Human Rights*, Routledge, London, New York, 2017; J. Niemi, L. Peroni, V. Stoyanova, *International Law and violence against women: Europe and the Istanbul Convention*, Routledge, Abingdon, Oxon, New York, 2020; G. Pascale, *L'entrata in vigore della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la*

pensi al d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 con cui si è data attuazione alla direttiva 2012/29/UE⁴) oppure alla risposta ordinamentale a pronunce di condanna del nostro Paese emanate dalla Corte europea di Strasburgo (è noto come la l. 19 luglio 2019 n. 69, c.d. “Codice rosso”⁵, sia stata “ispirata” dal caso Talpis⁶).

Questo sistema “integrato”, “reticolare”, multilivello di tutela offre numerosi vantaggi, tra i quali la possibilità di investigare e contrastare più efficacemente i reati.

2. Tra le forme di violenza che riguardano particolarmente le donne migranti e di cui si occupano le fonti sovranazionali si collocano, in particolare, le mutilazioni genitali femminili, il matrimonio forzato e la tratta di donne e ragazze: quest’ultima non è contemplata nella Convenzione di Istanbul, ma da una Convenzione del Consiglio d’Europa⁷ e, sul versante dell’ordinamento dell’Unione europea, dalla direttiva 2011/36/UE⁸, che rappresenta la prima misura di cooperazione giudiziaria

violenza domestica, in Osservatorio costituzionale, settembre 2014, p. 1 ss.; D. Šimonovics, *Global and Regional Standards on Violence Against Women: The Evolution and Synergy of the CEDAW and Istanbul Conventions*, in *Human Rights Quarterly*, 3, 2014, p. 590 ss.; F. Staiano, *The Italian Implementation of the Council of Europe Convention on Violence Against Women and Victims’ Rights to Reparations*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 24, 2015, p. 269 ss.

⁴ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, del 25 ottobre 2012, in *GUUE* L 315/57, del 14 novembre 2012. In dottrina, v. L. Lupária (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, Padova, 2015.

⁵ A riguardo, N. Triggiani, *L’ultimo tassello nel percorso legislativo di contrasto alla violenza domestica e di genere: la legge ‘Codice Rosso’*, in *Proc. pen. giust.*, 2, 2020, p. 451 ss.

⁶ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 2 marzo 2017, ricorso n. 41237/14, Talpis c. Italia. Per un commento, v. M. Castellaneta, *I ritardi e le misure inadeguate per combattere il fenomeno della violenza contro le donne rappresentano delle violazioni*, in *Guida dir.*, 14, 2017, p. 102 ss.; R. Conti, *Violenze in danno di soggetti vulnerabili tra obblighi (secondari) di protezione e divieto di discriminazione di genere. Corte EDU, 2 marzo 2017, Talpis c. Italia, ric n. 41237/14 (non definitiva)*, in *Questione Giustizia*, 23 marzo 2017; A. Di Stasi, *Il diritto alla vita e all’integrità della persona con particolare riferimento alla violenza domestica (artt. 2 e 3 CEDU)*, in Ead. (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno (2016-2020)*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2020, p. 18 ss.

⁷ Convenzione del Consiglio d’Europa sull’azione contro la tratta di esseri umani, adottata a Varsavia il 16 maggio 2005, ratificata dall’Italia con legge 2 luglio 2010 n. 108, ed entrata in vigore il 1° febbraio 2008.

⁸ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, del 5 aprile 2011, in *GUUE* L 101 del 15 aprile 2011. A riguardo, M.G. Giammarinaro, *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2012, p. 15 ss. Sull’attuazione della direttiva, avvenuta tramite il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, v. M. Montanari, *L’attuazione italiana della direttiva 2011/36/UE: una nuova mini-riforma dei delitti di riduzione in schiavitù e tratta di persone*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2014.

penale in materia di lotta al crimine transnazionale, adottata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, al fine di realizzare lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia⁹.

Ciascuna fattispecie, densa di sollecitazioni, meriterebbe una trattazione diffusa, ma per ragioni di contenimento dei tempi mi soffermerò sulla tratta. Non mi soffermerà sulla fattispecie criminosa, in quanto ciò sarà oggetto di altro specifico intervento, mentre il mio contributo vuole soffermarsi sull'indagine e sul contrasto di tale fenomeno criminoso, spesso di dimensione transnazionale, onde dimostrare i significativi vantaggi offerti dal ricorso agli strumenti di cooperazione introdotti a livello dell'UE. Se ne potrà concludere che, così come per la tratta, anche per la violenza di genere il contrasto al fenomeno potrà essere efficace se affrontato in una dimensione sovranazionale.

L'*Eurojust Report on Trafficking in Human Beings, Best practice and issues in judicial cooperation*¹⁰ del febbraio 2021, in cui si sottolinea la complessità di perseguire i casi transfrontalieri di tratta di esseri umani, perché vi è un ruolo preminente dei gruppi criminali organizzati, effettua un'analisi sistematica delle numerose indagini cui l'Agenzia europea ha prestato il proprio supporto.

Da tale analisi risulta quanto sia decisivo il contributo offerto in queste inchieste non solo dal supporto di Eurojust, ma anche dal ricorso a strumenti di cooperazione, primo fra tutti quello delle squadre investigative comuni (s.i.c.)¹¹.

⁹ Per questo rilievo e per più ampie considerazioni sulla tutela europea delle donne migranti vittime di tratta si rinvia a V. Tevere, *La tutela internazionale dei diritti delle donne vittime di violenza Riflessioni giuridiche in una prospettiva di genere*, Gutenberg ed., Salerno, 2021, p. 92.

¹⁰ Consultabile all'indirizzo <https://www.eurojust.europa.eu/publication/eurojust-report-trafficking-human-beings>.

¹¹ Su cui, v., in dottrina, E. Bakker-J. Powderly, *Dealing with transnational terrorism, the concept and practice of Joint Investigation Teams*, in *Security and Human Rights*, 1, 2011, p. 19 ss.; G. Barrocu, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine d'indagine*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2017, p. 143 ss.; L. Camaldo, *Le squadre investigative comuni: la normativa di attuazione dopo una lunga attesa (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34)*, in F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 17 ss.; A. Cisterna, *Al Pm un ruolo decisivo nella predisposizione e direzione dell'attività*, in *Guida dir.*, 15, 2016, p. 57 ss.; G. De Amicis, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34: l'attuazione delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano*, in T. Bene, A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria internazionale. I decreti legislativi di attuazione*, in *Il Penalista, Speciale riforma*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 52 ss.; C. Ferrara, *La decisione quadro n. 2002/465/G.A.I. del 13 giugno 2002 istitutiva delle squadre investigative comuni*, in L. De Matteis, C. Ferrara, F. Licata, N. Piacente, A. Venegoni, *Diritto penale sostanziale e processuale dell'Unione europea. Il diritto e la procedura penale negli strumenti legislativi dell'Unione europea*, vol. I, Exeo, Padova, 2011, p. 133 ss.; R.M. Geraci, *Le squadre investigative comuni. Uno studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 2017; C. Gualtieri, *Joint Investigation Teams*, in *ERA Forum*, 2, 2007, p. 233 ss.; G. Iuzzolino, *Le squadre investigative comuni*, in G.M. Armone, B.R. Cimini, F. Gandini, G. Iuzzolino, G. Nicastro, A. Pioletti, *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 47 ss.; L. Klimek, *Joint Investigation Team in the European Union*, in *Internal Security*, 1, 2012, p. 63 ss.; A. Mangiaracina, *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: le squadre investigative comuni*, in *Cass. pen.*, 6, 2004, p. 2189 ss.; A. Marandola, *La cooperazione investigativa transnazionale: le squadre investigative comuni*, in *Il Penalista*, 20 aprile 2016; M.R. Marchetti, *Ratificato l'accordo Italia-Svizzera per una migliore assistenza giudiziaria in materia penale*

I *joint investigation teams* assolvono alla funzione di unire gli inquirenti di due o più Stati differenti i quali, grazie a questo istituto, possono accertare e reprimere, dialogando direttamente e operando congiuntamente, fenomeni criminosi transfrontalieri.

Per effetto del necessario atto istitutivo che viene siglato si viene a creare uno “spazio investigativo comune”, unitario, non frammentato dai confini nazionali, costituito dalla somma dei territori degli Stati che hanno sottoscritto l’accordo, nella quale i componenti del *team* possono compiere tutti gli atti investigativi e di ricerca della prova necessari a realizzare le finalità per le quali l’*équipe* è stata istituita. Le autorità miste (giudiziarie e di polizia) nazionali che compongono la squadra sono pertanto legittimate ad agire, oltre che nel proprio territorio, anche in quello degli Stati facenti parte del gruppo investigativo.

E ciò senza dover ricorrere a farraginose forme di assistenza giudiziaria, tanto di tipo tradizionale, come le rogatorie, quanto improntate al principio del mutuo riconoscimento.

Nell’Unione europea la disciplina delle squadre investigative comuni è stata introdotta dall’art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000, relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale, entrata in vigore sul piano internazionale il 23 agosto 2005, e dalla successiva Decisione quadro 2002/465/GAI del 13 giugno 2002. All’attuazione di quest’ultima fonte nel nostro Paese si è provveduto adottando, il 15 febbraio 2016, il decreto legislativo n. 34¹².

(II), in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 111 ss.; G. Melillo, *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e unione europea*, Atti del Convegno “L’armonizzazione della prova penale nell’Unione europea”, Bologna University Press, Bologna, 2009, p. 93 ss.; Id., *Il tormentato cammino delle squadre investigative comuni fra obblighi internazionali e legislazione nazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2008, p. 121 ss.; M. Perrotti, *Squadre investigative comuni in ambito euro unitario. Dalla decisione quadro alla normativa nazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2016, p. 1007 ss.; M. Plachta, *Joint Investigation Teams: A New Form of International Cooperation in Criminal Matters*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2, 2005, p. 284 ss.; M. Pronk, T. Schalken, *On joint investigation teams, Europol and supervision of their joint actions*, *ivi*, 1, 2002, p. 70 ss.; A. Scella, *Verso le squadre investigative comuni: lo scenario italiano*, in *Quest. giust.*, 5, 2010, p. 137 ss.; Id., *Squadre investigative comuni*, in Aa.Vv., *Investigazioni e prove transnazionali. Atti del XXX Convegno nazionale dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale* (Roma, 20-21 ottobre 2016), Giuffrè, Milano, 2017, p. 141 ss.; T. Spapens, *Joint investigation teams in the European Union: Article 13 JITS and the alternatives*, in H.J. Albrecht, A. Klip (eds.), *Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2013, p. 439 ss.; A. Vitale, *Le squadre investigative comuni*, in L. Filippi, P. Gualtieri, P. Moscarini, A. Scalfati (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, Padova, 2010, p. 67 ss.; nonché, volendo, L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, Cacucci, Bari, 2023.

¹² D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34, recante «Norme di attuazione della decisione quadro 2002/465/ GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni», in *G.U.*, 10 marzo 2016, n. 58. Per un primo inquadramento, cfr. R. Belfiore, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, in *Cass. pen.*, 10, 2016, p. 3886 ss.; L. Camaldo, *Le squadre investigative comuni: la normativa di attuazione dopo una lunga attesa (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34)*, *cit.*, p. 17 ss.; E. Gonzato, *Squadre investigative comuni: l’Italia finalmente recepisce la decisione quadro 2002/465/GAI*,

La norma contenuta nella Convenzione di Bruxelles, invece, è stata attuata dall'Italia in tempi più recenti (ad opera del d.lgs. n. 149 del 2017¹³, che ha modificato il Libro XI del codice di procedura penale relativo ai rapporti giurisdizionali con

in *Eurojus*, 14 marzo 2016, p. 1 ss. In tempi più recenti, sul tema, v. R. Belfiore, *Joint Investigation Teams in the Italian Legislation Implementing Framework Decision 2002/465/JHA*, in T. Rafaraci, R. Belfiore (eds.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, Cham, 2018, p. 131 ss.; G. De Amicis, *Horizontal Cooperation*, in R.E. Kostoris (ed.), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, Cham, 2018, p. 273 ss.; U. Liberatore, *Il ruolo della cooperazione transnazionale di polizia in Europa nel settore della tutela degli interessi economico-finanziari dell'Unione. Punto di situazione e possibili dinamiche evolutive, anche alla luce dell'istituzione dell'European Public Prosecutor Office*, in *Quaderno della Rivista Trimestrale della Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia*, 2, 2021, spec. p. 87 ss.; M.R. Marchetti, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 10^a ed., Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2020, p. 1014 ss.; F. Spiezia, *Indagini di criminalità organizzata e reati transnazionali. Le varie forme di cooperazione internazionale*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 4, 2017, spec. p. 113 ss.; G. Varraso, *Ordine europeo di indagine penale e squadre investigative comuni*, in A.M. Maugeri (a cura di), *Stati generali della lotta alle mafie. Tavolo XV – "Mafie e Europa"*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2019, p. 181 ss.

¹³ D.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, recante «Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere», in *G.U.*, 16 ottobre 2017, n. 242, entrato in vigore il 31 ottobre 2017. In dottrina, v. G. Di Paolo, *La riforma della disciplina codicistica delle rogatorie internazionali (d.lg. 3 ottobre 2017, n. 149)*, in *Cass. pen.*, 10, 2018, p. 3425 ss. Tale decreto costituisce esercizio della delega conferita con l. 21 luglio 2016, n. 149, recante «Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e delega al Governo per la sua attuazione. Delega al Governo per la riforma del libro XI del codice di procedura penale. Modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero: termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive», in *G.U.*, 4 agosto 2016, n. 181, sulla quale v. in dottrina, tra gli altri, E.N. La Rocca, *La legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri UE*, in *Arch. pen. (web)*, 3, 2016, p. 1 ss.; F. Ruggieri, *La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale. La montagna ha partorito un topolino?*, in *Proc. pen. giust.*, 2, 2017, p. 310 ss.; E. Selvaggi, *Un passo decisivo verso il restyling della cooperazione*, in *Guida al dir. dossier*, 5, 2016, p. 31 ss.; Id., *Mutua assistenza, sparisce l'intervento ministeriale*, ivi, p. 36 ss.; N. Triggiani, *In divenire la disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere: appunti sulla l. 21 luglio 2016, n. 149*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, p. 1 ss. Con D.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, in *G.U.*, 27 aprile 2017, n. 97, entrato in vigore il 22 febbraio 2018, sono state poi dettate «Norme di attuazione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000». A commento, v. L. Camaldo, *L'attuazione della Convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione a "geografia variabile"*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8, 2017, p. 202 ss.; B. Galgani, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 456 ss.; S. Monici, *Emanate le norme di attuazione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 29 maggio 2000: quali margini operativi in vista dell'(imminente) trasposizione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale?*, in *Eurojus*, 3 maggio 2017; L. Salazar, *Genesis della Convenzione. La tardiva ratifica e la sua attuale operatività*, in M.R. Marchetti, E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al codice di procedura penale all'ordine europeo di indagine*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2019, p. 195 ss.; E. Selvaggi, *Un ammodernamento diventato necessario per tutti gli Stati UE*, in *Guida dir.*, 25, 2017, p. 45 ss.; F. Trapella, *Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000: una lunga gestazione e un destino incerto*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2018, p. 114 ss.

autorità straniera e ha introdotto l'art. 729-*quinquies* c.p.p., in materia di squadre investigative comuni¹⁴).

Ma i *joint investigation teams* possono essere istituiti da Stati dell'UE con Paesi terzi, sulla scorta di altre basi giuridiche. Queste ultime, con riferimento ad indagini per tratta, possono individuarsi nell'art. 20 del Secondo Protocollo Addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale e nell'art. 19 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (UNTOC), adottata a Palermo nel 2000).

Si comprende bene perché le s.i.c. rappresentino uno strumento efficace ed efficiente da utilizzare nei casi di tratta di esseri umani, in cui sono coinvolte diverse giurisdizioni (di origine, transito e sfruttamento delle vittime), consentendo tra gli investigatori una collaborazione dinamica e proattiva, flessibile e rapida nell'adeguare le misure investigative al fluire delle cangianti circostanze che si prospettano in ogni singola indagine concreta, giovandosi del supporto, anche finanziario, di Eurojust, o anche di Europol e di Frontex.

Le s.i.c. sono risultate molto utili anche nel recupero dei proventi del reato e nello svolgimento di indagini finanziarie.

Come si ricava dal *Financial investigation handbook on trafficking in human beings* dell'ALEFA-Association of Law Enforcement Forensic Accountants, la tratta di esseri umani è un grande business e frutta ai trafficanti profitti stimati in 150 miliardi di dollari l'anno. Il guadagno finanziario è il principale incentivo per le reti criminali organizzate e privarle dei loro proventi rappresenta il modo più efficace per smantellarle. Tuttavia, solo l'1,2% dei proventi illeciti viene confiscato nell'Unione europea, lasciando il 98,8% a disposizione dei criminali¹⁵.

¹⁴ Su tale norma v. F. Giunchedi, C. Santoriello, sub Art. 729-*quinquies* c.p.p., in A. Gaito (a cura di), *Codice di Procedura Penale commentato (on line)*, Wolters Kluwer, 2023. V. anche M. Chiavario, *Diritto processuale penale*, 9ª ed., Wolters Kluwer Utet, Torino, 2022, p. 1375 ss.; A. Diddi, *I rapporti internazionali*, in F. Cerqua, A. Diddi, A. Marandola, G. Spangher, *Manuale teorico-pratico di diritto processuale penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 1093; G. Diotallevi, sub Art. 729-*quinquies* c.p.p., in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 221 s.; A. Gaito, *Rogatorie*, in O. Dominioni, P. Corso, A. Gaito, G. Spangher, N. Galantini, L. Filippi, G. Garuti, O. Mazza, G. Varraso, F.R. Dinacci, M. Bontempelli, E.M. Mancuso, C. Iasevoli, *Procedura penale*, 8ª ed., Giappichelli, Torino, 2023, p. 1193; M.R. Marchetti, sub Art. 729-*quinquies* c.p.p., in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 6ª ed., Wolters Kluwer, Milano, 2023, t. III, p. 3057 ss.; S. Ruggeri, sub Art. 729-*quinquies* c.p.p., in H. Belluta, M. Gialuz, L. Lupária (a cura di), *Codice sistematico di procedura penale*, 6ª ed., Giappichelli, Torino, 2023, p. 898; P. Spagnolo, sub Art. 729-*quinquies* c.p.p., in G. Illuminati, L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 3ª ed., Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2020, p. 3538 s.; C. Valentini, *Cooperazione giudiziaria internazionale*, in A. Scalfati, A. Bernasconi, A. De Caro, M. Menna, C. Pansini, A. Pulvirenti, N. Triggiani, C. Valentini, D. Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2023, p. 1115 s.

¹⁵ In http://www.alefa.eu/ckeditor_upload/files/165804-ALEFA-E-Publication-updated_14%2003%2019%20v%20edit%20with%20NO%20contacts.pdf.

Una delle ragioni di questi dati risiede nel fatto che gli autori di questi reati fanno ricorso al metodo ḥawāla¹⁶ (o hundi), un sistema informale di trasferimento di valore che consente pagamenti a beneficiari remoti senza alcun trasferimento fisico di contanti.

Sono in corso studi, ricerche e riflessioni congiunte da parte di Europol, Eurojust e di altri attori europei per individuare le opportune soluzioni volte a superare tali difficoltà investigative¹⁷ che – evidentemente – non possono che essere affrontate facendo fronte comune.

3. Tornando ad un discorso più generale sulla violenza contro le donne, specialmente delle più vulnerabili come le migranti, occorre evidenziare come tale tema sia stato e sia tutt'ora al centro degli obiettivi strategici dell'UE.

Due recenti tappe, dense di prospettive future, meritano di essere richiamate.

Una è rappresentata dall'adesione alla Convenzione di Istanbul da parte dell'Unione, che le permetterà di confermare il proprio impegno a combattere la violenza contro le donne nel proprio territorio e a livello globale, ed a rafforzare l'attuale azione politica e il quadro giuridico sostanziale esistente nel settore del diritto processuale penale.

La Convenzione di Istanbul è stata firmata a nome dell'Unione il 13 giugno 2017 e la procedura è stata completata con il deposito di due strumenti di approvazione il 28 giugno 2023, attivando il 1° ottobre 2023 la sua entrata in vigore per l'Unione.

La ratifica da parte dell'UE è espressamente prevista dalla Convenzione di Istanbul (art. 75) e rientrava tra le priorità dell'attuale Commissione von der Leyen, come emerge dalla Strategia per la parità di genere 2020-2025¹⁸.

L'adesione dell'UE alla Convenzione di Istanbul non è solo un atto politico: dal punto di vista giuridico implica dei chiari obblighi di attuarne le disposizioni in capo

¹⁶ Hawala (gestito dai cosiddetti hawaladar) è un sistema informale di trasferimento di valore che consente pagamenti a beneficiari remoti senza alcun trasferimento fisico di contanti. Per iniziare un trasferimento, chi effettua il bonifico versa un importo a hawaladar A. Dopo aver addebitato una commissione, hawaladar A contatta la sua controparte, hawaladar B, e lo informa che gli è stato affidato un importo che può essere immediatamente pagato a un beneficiario presso la sede di B. Le transazioni possono essere effettuate in entrambi i modi. Di tanto in tanto, A e B bilanciano i loro conti; questa è l'unica transazione che può comportare un trasferimento fisico di denaro tra i due hawaladar. Il sistema si basa interamente sulla fiducia tra gli operatori. Nella maggior parte dei paesi, l'hawala non è considerata un'attività illegale, perché sostiene anche le persone che non possono beneficiare dell'inclusione finanziaria (la situazione tipica è quella di un lavoratore in un Paese che restituisce una parte del proprio reddito al Paese di origine). Tuttavia, poiché non è regolamentato e le transazioni sono difficili da tracciare, è altamente vulnerabile alle attività di riciclaggio di denaro.

¹⁷ Si vedano i materiali del seminario *Financial Investigation of Trafficking in Human Beings*, organizzato dall'ERA a Tessalonica il 14-15 luglio 2022, reperibili in https://era-comm.eu/countering-thb/wp-content/uploads/sites/44/2023/02/322DT101f_SC_EN.pdf.

¹⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 5 marzo 2020, *Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere (2020-2025)*, COM (2020) 152 final.

all'UE e ai suoi Stati membri. L'UE dovrà adeguare, nei limiti delle competenze attribuitele dai trattati, la propria normativa alla Convenzione¹⁹.

4. Il secondo passaggio che merita di essere richiamato è la proposta di Direttiva sulla lotta alla violenza nei confronti delle donne e alla violenza domestica, che è stata avanzata dalla Commissione europea l'8 marzo 2022²⁰.

Questa proposta è riconducibile alla citata strategia per la parità, ma ha un significativo rilievo anche nell'ottica della Strategia dell'UE sui diritti delle vittime 2020-2025²¹, nelle cui "azioni chiave" non mancano espliciti riferimenti alle «vittime migranti».

La proposta dichiara apertamente di colmare una lacuna nel diritto unionale, in cui non esiste una legge che affronti specificatamente la violenza di genere e domestica²².

Gli obiettivi della proposta sono declinati all'art. 1.

Mira a fissare (a) norme minime riguardanti la criminalizzazione di alcune condotte; in maniera inedita rispetto alla Convenzione di Istanbul, anche quelle di cyber-violenza.

Quali basi giuridiche adotta l'art. 82, par. 2, TFUE – che consente il ravvicinamento procedurale nelle materie penali aventi «dimensione transnazionale» – e l'art. 83, par. 1, TFUE, che consente al Parlamento europeo e al Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, di stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in talune «sfere di criminalità» particolarmente gravi che presentano una «dimensione transnazionale» intrinseca o legata alla particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Ora, tra tali sfere la criminalità informatica è menzionata esplicitamente, ma non così per la violenza contro le donne o alla violenza domestica per la quale bisogna fare leva, non senza difficoltà²³, su quella dello «sfruttamento sessuale delle donne e dei minori».

¹⁹ Per alcune considerazioni sulle prospettive derivanti dall'impegno dell'Unione europea nel contrasto alla violenza contro le donne per effetto della conclusione della Convenzione di Istanbul, cfr. C. Morini, *La questione dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul alla luce del parere 1/19 della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 3, 2021, p. 136 ss.

²⁰ Commissione europea, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, COM (2022) 105 final.

²¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 24 giugno 2020, *Strategia dell'UE sui diritti delle vittime (2020-2025)*, COM (2020) 258 final.

²² Per una panoramica sui contenuti della proposta, cfr. A. Pitrone, *Il lungo (ed incidentato) percorso della lotta alla violenza contro le donne nell'Unione europea. Dalla questione dell'adesione alla Convenzione di Istanbul alla proposta di una direttiva "ad hoc"*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 3, 2022, p. 692 ss.

²³ Su tali aspetti E. Bergamini, *The Proposal for a EU Directive on Combating Violence Against Women and Domestic Violence*, in A. Di Stasi, R. Cadin, A. Iermano, V. Zambrano (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, cit., spec. p. 29 e 40.

L'alternativa, incoraggiata da ONG come *European Women's Lobby*, sarebbe stata quella di includere il reato di violenza contro le donne come euro-crimine, richiedendo un voto unanime abbastanza improbabile in seno al Consiglio (articolo 83, paragrafo 1, seconda frase)²⁴.

Ancora, la proposta mira a fissare norme minime riguardanti (b) i diritti delle vittime di tutte le forme di violenza contro le donne o di violenza domestica prima, durante o dopo il procedimento penale, nonché riguardanti (c) la protezione e l'assistenza delle vittime.

A grandi linee, in tema di accesso alla giustizia, la direttiva proposta risponde al problema della scarsità di denunce riguardanti gli atti di violenza perpetrati contro le donne: dando spazio a nuove modalità di denuncia (anche online o tramite altre tecnologie dell'informazione e della comunicazione); incoraggiando le segnalazioni da parte di chiunque sia a conoscenza di tali reati o nutra sospetti; eliminando per i professionisti del settore, quali ad esempio gli operatori sanitari o gli psichiatri, l'ostacolo a segnalare un fondato sospetto di rischio imminente di danno fisico grave, rappresentato dalle norme previste a tutela della riservatezza; garantendo, in caso di denunce da parte di minorenni, che queste siano sicure, riservate, a misura di minore.

Richiede (all'art. 17) che i reati di violenza contro le donne e di violenza domestica siano oggetto di indagini e di azioni penali efficaci, che vi siano competenze e risorse sufficienti e che le condotte che configurano stupro siano perseguibili d'ufficio.

Assicura un'azione preventiva: vale a dire una valutazione individuale specifica per identificare le esigenze di protezione e di sostegno delle vittime (artt. 18-19).

La vita privata della vittima trova protezione all'articolo 22, secondo cui le prove o le domande relative alla vita privata della vittima, in particolare quelle riguardanti il suo comportamento sessuale passato, possano essere ammesse, ai fini delle indagini penali e dei procedimenti giudiziari, solo se strettamente necessarie in quanto funzionali all'esercizio dei diritti della difesa.

Ancora, si occupa del supporto specialistico alle vittime, specificamente legato alla tipologia di reato subito (artt. 27-30).

In chiave soggettiva, l'art. 35 dispone che venga prestata un'assistenza specifica alle vittime appartenenti a gruppi esposti a un maggior rischio di violenza contro le donne o di violenza domestica, quali sono «le donne migranti prive di documenti, le donne richiedenti protezione internazionale, le donne che fuggono da conflitti armati».

5. L'adozione di tale Direttiva potrebbe apparire superflua alla luce dell'adesione dell'UE alla Convenzione di Istanbul, eppure la loro interazione sinergica appare importante: da una parte, «la Convenzione guiderà l'azione legislativa UE, auspicabilmente anche nel senso di un più marcato approccio di genere al diritto

²⁴ Lo ricorda S. De Vido, *A first insight into the EU proposal for a Directive on countering violence against women and domestic violence*, in *EJIL:Talk!*, 7 aprile 2022.

europeo» e, dall'altra, «la Direttiva costituirà lo strumento espansivo della Convenzione di Istanbul (rispondendo alla violenza facilitata dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ad esempio) e l'azione degli Stati membri dell'UE sarà soggetta al controllo della Commissione per il tramite della procedura di infrazione»²⁵.

Aggiungasi che, onde attuare la Convenzione, l'Unione dovrà altresì adeguare la propria normativa in materia migratoria al capitolo VII della Convenzione di Istanbul e, in materia di protezione delle vittime, al capitolo IV della Convenzione.

Merita di essere ricordato che la Commissione ha elaborato una proposta di direttiva presentata il 12 luglio 23 (COM(2023)424, proposta vittime), che andrà a modificare quella 2012/29, ritenuta inadeguata a prevenire la vittimizzazione secondaria (si veda l'analisi dell'*European Parliament Research Service* di luglio 2023), migliorando anche il diritto al risarcimento²⁶.

Ora, la «valutazione dell'attuazione della Direttiva 2012/29 sui diritti delle vittime da reato non potrà che tenere conto per la sua revisione della Convenzione di Istanbul e della proposta di Direttiva»²⁷.

Altro aspetto di rilievo si riconnette alla circostanza che la Convenzione di Istanbul è stata sì firmata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea, ma Bulgaria, Repubblica ceca, Ungheria, Lettonia, Lituania e Slovacchia non ne sono ancora divenute parte: ebbene, la convenzione «“entrerà” nel loro sistema giuridico per il tramite, e nei limiti delle competenze attribuite dai Trattati, del diritto derivato dell'Unione europea». Indipendentemente dalla sua ratifica, per tutti gli Stati membri dell'UE e per l'Unione stessa «la Convenzione costituirà strumento interpretativo del diritto europeo già in vigore»²⁸.

Non ultima per importanza la circostanza che l'UE, in conseguenza dell'adesione alla convenzione, è soggetta alla procedura di monitoraggio e valutazione da parte del GREVIO (*Group of experts on Action against violence against women and domestic violence*)²⁹.

²⁵ S. De Vido, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa: il ruolo delle organizzazioni della società civile a tutela delle donne*, in *Sist. pen.*, 13 luglio 2023. Secondo quanto auspicato nella Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull'impatto della violenza da parte del partner e dei diritti di affidamento su donne e bambini, P9_TA(2021)0406, par. 6, la Convenzione di Istanbul dovrebbe «essere considerata una norma minima» idonea a fornire all'Unione l'ispirazione per compiere «ulteriori progressi per eliminare la violenza di genere e domestica».

²⁶ M. Castellaneta, *Vittime di reato: la Commissione presenta la nuova proposta di direttiva*, in www.marinacastellaneta.it, 2 ottobre 2023.

²⁷ S. De Vido, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa*, cit.

²⁸ S. De Vido, *ivi*.

²⁹ Su cui V. Tevere, *La tutela internazionale dei diritti delle donne vittime di violenza Riflessioni giuridiche in una prospettiva di genere*, cit., p. 34 ss.

6. Sia a livello nazionale che sovraordinato le norme giuridiche volte a contrastare la violenza contro le donne, anche migranti, non sembrano mancare, neppure in prospettiva *de jure condendo*.

La sfida per il futuro è che ad esse si accompagni un più alto grado di effettività.

E ancora: una sollecitazione che viene dal Comitato ONU garante dell'applicazione della Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (Comitato CEDAW), e che riguarda l'Italia.

Tale Comitato, con decisione del 18 luglio 2022, ha condannato l'Italia per il mancato rispetto di tale convenzione perché il giudizio all'origine del caso (di violenza sessuale) era stato pesantemente condizionato da stereotipi e pregiudizi di genere (sussistenti financo nei provvedimenti giurisdizionali), raccomandandosi di promuovere una formazione puntuale e capillare sugli stereotipi sessisti che impediscono alle donne di accedere, in condizione paritaria, alle aule di giustizia rivolta a magistratura, avvocatura e forze di polizia; di promuovere, sempre indirizzandoli a questi nonché al «personale addetto all'applicazione della legge e [al] personale medico», programmi specifici sulla dimensione giuridica, culturale e sociale della violenza contro le donne e sulle discriminazioni di genere; di prevedere strategie per il monitoraggio delle sentenze con strumenti di denuncia e controllo dei casi di stereotipizzazione giudiziaria³⁰.

L'auspicio è che l'evoluzione normativa sia accompagnata da una necessaria rivoluzione culturale, condizione primaria per l'efficace e effettivo contrasto al fenomeno, insieme alla particolare necessità di combattere tali reati sulla base di un fondamento comune.

³⁰ A.G. Lana, *Le violazioni della Convenzione europea dei diritti umani riscontrate nella più recente giurisprudenza della Corte EDU in casi di violenza domestica*, in A. Di Stasi, R. Cadin, A. Iermano, V. Zambrano (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, cit., p. 656 ss.

Angelica Riccardi

LA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI DI LAVORO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il dibattito “politico”. – 3. Le criticità sul piano applicativo. – 4. Considerazioni conclusive.

1. La certificazione è stata configurata sin dalla sua introduzione come un istituto “anfibo”, diretto da una parte alla qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro, dall’altra alla rimodulazione delle tutele relative attraverso processi di c.d. volontà assistita¹.

L’inquadramento teorico dell’istituto è stato in un primo periodo discusso – con il paradosso che uno strumento che nasce per qualificare contratti di lavoro ha, almeno all’inizio, causato una *querelle* quanto alla sua stessa qualificazione –, ma successivamente il dibattito si è sufficientemente assestato nell’ascrivere la certificazione al *genus* degli atti a contenuto valutativo, e segnatamente, all’interno dei provvedimenti dichiarativi, fra gli atti di “certazione”².

È stato infatti rilevato che, stante la carenza di poteri ispettivi e di indagine in capo agli organi della certificazione, non appare possibile assegnare la natura di accertamento, neppure amministrativo, all’atto di certificazione, che deve dunque essere configurato quale un atto di certazione *sui generis*: non mera dichiarazione di scienza, ma risultato di una valutazione tecnico giuridica di un testo negoziale. L’atto finale del procedimento *de quo* è dunque una “certazione”, cioè il conferimento di pubblica fede³ alla qualificazione pattizia del contratto.

* Relazione introduttiva tenuta al Convegno *Certificazione e tipologie contrattuali non standard. Stato dell’arte e prospettive* - Taranto, 10 novembre 2022.

¹ Si vedano gli articoli 75, 81 e 82 del D.Lgs. n. 276/2003.

² Ripercorre questo dibattito A. Tursi, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. Magnani, P.A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali, Commentario ai Decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 595 ss.

In tema v. anche L. Nogler, *Procedure di certificazione*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro, Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna 2004, pp. 869 ss.

³ Ex art. 78, comma 2, lett. d), D.Lgs. n. 276/2003.

Successivamente il raggio di azione della certificazione si è progressivamente ampliato, sia sul piano dell'ambito di operatività sia sul piano delle funzioni ascritte all'istituto, con una serie di interventi legislativi.

Quanto al primo versante, particolarmente significativa è stata la legge n. 183/2010, che ha dilatato l'area in cui si ha l'intervento qualificatorio degli organi di certificazione e ha messo in connessione questo istituto con le procedure di soluzione stragiudiziale dei conflitti di lavoro⁴.

A seguito di questo intervento del legislatore, il procedimento di certificazione non trova più limitazione alle ipotesi dapprima tassativamente elencate nell'art. 75 del D.Lgs. n. 276/2003⁵, ma è utilizzabile per ogni tipologia contrattuale, nominata o innominata. La versione novellata di questa norma stabilisce, infatti, che possono essere oggetto di certificazione tutti «i contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro», ricomprendendo pertanto nell'ambito di questa procedura, oltre ai contratti di lavoro subordinato, i contratti di subfornitura, i contratti d'opera, i contratti di appalto⁶, e, più in generale, ogni contratto di natura commerciale in cui vengano in rilievo prestazioni lavorative⁷.

Quanto al versante funzionale, si è registrato uno sviluppo analogo, con la progressiva assegnazione alla certificazione di nuovi compiti, che si sommano alle funzioni originarie di qualificazione dei contratti e assistenza alle parti per la determinazione del suo contenuto⁸. Allo stato, infatti, la certificazione può essere sede per l'esperimento del tentativo di conciliazione ex 410 c.p.c., può riguardare singole clausole contrattuali (quali clausole appositive del termine, clausole elastiche e flessibili nei contratti *part-time*), può investire le tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento previste dai contratti individuali e i parametri per la quantificazione delle indennità risarcitorie connesse, può concernere clausole compromissorie.

2. Le diverse funzioni via via attribuite alla certificazione condividono con l'originaria funzione di qualificazione delle tipologie contrattuali lo scopo di aumentare

⁴ Su questo intervento legislativo v. M.T. Carinci, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-114/2011*; V. Speciale, *La certificazione e l'arbitrato dopo il "Collegato lavoro" (legge 4 novembre 2010, n. 183)*, in *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-118/2011*.

⁵ La versione originaria dell'art. 75 del D.Lgs. n. 276/2003 limitava l'operatività del procedimento di certificazione alla «qualificazione dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto di cui al presente decreto, nonché dei contratti di associazione in partecipazione di cui agli articoli 2549-2554 del codice civile».

⁶ Per questa tipologia di contratti la sottoposizione a certificazione era stata già espressamente prevista dall'art. 84 del D.Lgs. n. 276/2003.

⁷ Parimenti è intervenuto sull'ambito di operatività della certificazione il D.Lgs. n. 81/2015, che vi ha ricompreso le collaborazioni etero-organizzate.

⁸ In tema A. Avondola, *Legge, contratto e certificazione nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, Jovene, Napoli 2013, pp. 64 ss.

la certezza del diritto, ed in tal modo arrivare da una parte a ridurre il contenzioso, dall'altra a rendere calcolabili per il datore di lavoro i costi della gestione dei rapporti di lavoro (con l'accresciuta prevedibilità degli esiti dei giudizi).

Sullo sfondo si ha anche la tesi secondo cui l'eccessivo numero dei processi in materia di lavoro e la loro durata dipende, più che dalle norme procedurali, dalle norme sostanziali: sarebbero «le regole del diritto sostanziale, incentrate sull'asse "norma inderogabile-giudice", e la cultura giuridica conflittuale e antagonista che le pervade» un fattore incentivante il contenzioso tra le parti del rapporto di lavoro⁹.

Anche con la limitazione dell'analisi al solo versante della certificazione delle tipologie contrattuali, possiamo già immaginare perché questo istituto ha causato un acceso dibattito.

La certificazione va a toccare dei veri e propri *totem* del diritto del lavoro, non solo quello della effettività della volontà delle parti nella qualificazione del contratto, ma anche quelli della indisponibilità del tipo contrattuale, della prevalenza dell'esecuzione rispetto alla stipula del contratto, della indisponibilità dei diritti e della pienezza della loro tutela giurisdizionale¹⁰.

E questo spiega anche perché il dibattito sulla certificazione è stato così connotato in senso ideologico, o di politica del diritto, o politico *tout court*: si scontrano su questo terreno due visioni agli antipodi del ruolo del diritto del lavoro come strumento di regolazione dei rapporti sociali.

Abbiamo, da una parte, chi ritiene che il lavoratore sia un contraente debole, e che, proprio per questo, subisca di fatto l'assetto di interessi che viene sottoposto a certificazione¹¹; dall'altra, chi ha una visione del lavoratore come soggetto emancipato ed essenzialmente uguale al datore di lavoro nel momento in cui i due si rivolgono a una commissione di certificazione.

Ancora più alla base, si ha il conflitto – a carattere ancora più ideologico o politico – tra chi ritiene che il diritto del lavoro sia un luogo di ineliminabile conflitto sociale, di non componibilità neppure teorica dell'interesse del lavoratore con quello del datore

⁹ M. Tiraboschi, *Giustizia del lavoro. La riforma del collegato*, in *GL*, 2010 p. 9.

¹⁰ Sulla derogabilità assistita e sulla disposizione dei diritti nel D.Lgs. n. 276/2003 cfr C. Pisani, *La norma inderogabile a precetto generico come fonte di incertezza*, in AA.VV., *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino 2004; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano 2003; M. Tiraboschi, *La c.d. certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, in *LD*, 2003; A. Bellavista, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, in *WPC.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT-35/2004*; A. Tursi, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT-41/2004*.

Più in generale su questo tema si veda R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile del diritto del lavoro*, Jovene, Napoli 1976; M. Magnani, *Disposizione dei diritti*, in *DDPComm*, IV, Utet, Torino 1990; R. Voza, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *GDLRI*, 1998.

¹¹ Tra gli altri, V. Speciale, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, p. 301; L. Nogler, *Procedure di certificazione*, cit., pp. 869 ss.; M.G. Garofalo, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, Bari 2004, pp. 429 ss.; M. Novella, *Certificazione in materia di lavoro e tutela giurisdizionale*, in *LD*, 2014, pp. 347 ss.

di lavoro; e chi invece ritiene che questi due soggetti siano pronti a collaborare per un interesse comune davanti ad una commissione di certificazione¹².

La guerra che c'è stata tra i due schieramenti è stata quindi dura e senza esclusioni di colpi, ed i giuristi per una volta hanno lasciato l'atarassia delle costruzioni speculative per arrivare a ingiurie vere e proprie, e si è affermato, da alcuni, che il legislatore, anziché «investire risorse per migliorare il rendimento di una scassata organizzazione giudiziaria, preferisce inventarsi organismi para-amministrativi, come le Commissioni di certificazione, adibite alla confezione di salvacondotti giudiziari di clausole derogatorie»¹³; da altri, che «l'antica saggezza dei veri avvocati, per cui un accordo dignitoso è sempre migliore di una causa vinta, è sufficiente ad archiviare l'antistorica mania per le controversie individuali da parte di teorici da strapazzo che non conoscono la vita»¹⁴.

3. La certificazione, per altro verso, mette in discussione equilibri consolidati tra soggetti istituzionali, in quanto la relativa stabilità del regolamento negoziale che deriva da questo processo di certazione viene a limitare sia il ruolo del giudice, che nella sua attività qualificatoria e interpretativa deve attenersi alle dichiarazioni rese dalle parti nella procedura di certificazione; sia il ruolo delle amministrazioni pubbliche interessate – tra cui in particolare i servizi ispettivi –, che sono vincolate dalle risultanze della certificazione fino a quando non si abbia un pronunciamento giudiziale¹⁵.

Uno dei più pesanti capi d'accusa che è stato sollevato contro la certificazione è stato quello di limitare il pieno sindacato dell'autorità giudiziaria e, conseguentemente, la possibilità di questa di fornire tutela ai lavoratori¹⁶.

L'art. 30, co. 2, della legge n. 183/2010, sancisce espressamente che «nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro», con la sola eccezione delle fattispecie in cui si verificano erronee qualificazioni del contratto, vizi del consenso, difformità tra programma negoziale certificato e sua successiva attuazione¹⁷.

¹² M. Tiraboschi, *La c.d. certificazione dei lavori*, cit.; A. Vallebona, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *DL*, 1992, pp. 479 ss.

¹³ U. Romagnoli, *L'immaginario perbenista nella giurisprudenza del lavoro*, in *RTDPC*, 2015, p. 53.

¹⁴ A. Vallebona, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *RIDL*, 2004, p. 7.

¹⁵ In tema vedi i contributi raccolti in S. Ciucciiovino (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, Giappichelli, Torino 2014.

¹⁶ In tema si rinvia, anche per i necessari riferimenti bibliografici, a M. Novella, *Certificazione in materia di lavoro*, cit., pp. 347 ss.

¹⁷ Vedi V. Speziale, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano 2004, pp. 212 ss.; P. Tullini, *Rimedi esperibili nei confronti della certificazione*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova 2004, pp. 838 ss.

Questa norma – chiaramente dettata dall'intento "politico" di limitare la discrezionalità giudiziale nella qualificazione della fattispecie – è in contrasto con il rapporto tra qualificazione formale del rapporto e indici sintomatici tradizionalmente utilizzati in sede pretoria per qualificare la subordinazione implicato dal principio costituzionalizzato dell'indisponibilità del tipo¹⁸.

A livello processuale, inoltre, il procedimento di certificazione pone ulteriori criticità in conseguenza del complesso intreccio tra contratto certificato e atto di certificazione che ne deriva, prima tra tutte la necessità di ricorrere a ordini giudiziali diversi per la loro invalidazione (art. 80, D.Lgs. n. 276/2003)¹⁹.

La complicazione del controllo giudiziale (e, in ultima istanza, della tutela del lavoratore) che ne consegue porta al risultato paradossale che «una normativa volta a semplificare il contenzioso giudiziario sembra abbia costruito le premesse addirittura per complicarlo al punto da fare emergere possibili conflitti di giurisdizione»²⁰

Su un diverso piano, è stata denunciata da più parti un'interferenza tra la certificazione e l'attività svolta dai servizi ispettivi, per la previsione dell'art. 79 del decreto n. 276/2003 secondo cui gli effetti dell'accertamento dell'organo di certificazione «permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'articolo 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari»²¹.

I terzi a cui fa riferimento la norma sono, in primo luogo, gli organismi ispettivi e di vigilanza degli Istituti previdenziali e assistenziali, dell'Amministrazione finanziaria e dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, che vengono bloccati nella loro attività e non possono adottare «atti o provvedimenti amministrativi da cui derivi una diversa qualificazione del rapporto di lavoro e, per effetto di ciò, la contestazione dei risultati dell'attività certificativa svolta»²².

Unico esito della verbalizzazione e dell'accertamento retrostante sarebbe l'eventuale attivazione, da parte del lavoratore interessato o dei terzi, dei rimedi giudiziari per annullare la certificazione e ottenere la corretta qualificazione del

¹⁸ Su questo tema vedi A. Tursi, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., pp. 27 ss.; G. Ferraro, *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, in *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-30/2005*, p. 9.

¹⁹ Rilevano queste criticità E. Ghera, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli 2004, p. 277; L. Nogler, *Altre ipotesi di certificazione*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro, Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna 2004, pp. 915 ss.

²⁰ G. Ferraro, *Strumenti di qualificazione del rapporto*, cit.

²¹ Estremamente critici L. Nogler, *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 2003, pp. 110 ss.; A. Guadagnino, *Gli effetti della certificazione nei confronti degli enti previdenziali*, in *RGL*, 2004, pp. 575 ss.; L. De Angelis, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2004, pp. 235 ss.

²² Rausei P., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DPL*, 2019, pp. 2124, 2125.

rapporto di lavoro, come aveva espressamente affermato l'Inps nella Circolare n. 71 del 1° giugno 2005.

Si è così osservato che il principale effetto pratico della certificazione, più che la deflazione del contenzioso giudiziario, è l'interferenza con le attività ispettive delle amministrazioni competenti in materia lavoristica, previdenziale e fiscale, il che ha fatto sollevare anche dubbi di costituzionalità sul piano sia del buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.), sia più in generale della ragionevolezza (art. 3 Cost.)²³.

Si è rilevato inoltre che l'efficacia "rafforzata" della certificazione (data dalla sua produzione di effetti fino a che non vi sia un diverso pronunciamento del giudice), porta a una sua prevalenza sugli altri atti amministrativi – e segnatamente gli atti adottati dall'INPS o dall'Ispettorato del lavoro – e instaura così una sorta di "gerarchia" tra atti amministrativi, con il risultato ultimo di provvedere di fatto l'atto certificato di uno scudo contro ingerenze "esterne"²⁴.

Cosa ancora più grave, la certificazione paralizza gli altri accertamenti amministrativi anche se questi non riguardano la stipulazione del contratto ma fasi della sua esecuzione, dato che anche la «difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione» deve essere fatta valere in via giudiziaria ex art. 80, comma 1, del decreto.

In altri termini, ogni accertamento amministrativo riguardante un contratto certificato dovrà passare dinanzi ad un giudice, e questo, più che una deflazione giudiziaria, determina uno scoraggiamento vero e proprio dell'attività di controllo sull'applicazione della legislazione lavoristica e previdenziale²⁵.

Tale scudo, per altro verso, era stato anche configurato come "preventivo" nella macro Direttiva ministeriale del 18 settembre 2008, che nella programmazione dell'attività ispettiva aveva indirizzato le ispezioni quasi esclusivamente sui rapporti di lavoro non instaurati in base a contratti certificati.

Questo ha portato a una decisa reazione dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro. Con la circolare n. 9 del 1 giugno 2018, si è superata l'impostazione della direttiva ministeriale che vietava agli organi di vigilanza di procedere, oltre che nel caso di certificazione già avvenuta, anche in pendenza del procedimento certificatorio²⁶. Successivamente, con la nota 1981/2020, si è evidenziato che l'omissione della comunicazione al competente ispettorato, ovvero l'assenza della documentazione utile

²³ L. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-8/2003*, pp. 23 ss., A. Tursi, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., pp. 34 ss.

²⁴ L. Zoppoli, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-102/2010*, p. 15.

²⁵ Per queste considerazioni L. Zoppoli, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., pp. 13 ss.; L. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit.

²⁶ C. Santoro, *Certificazione: istituto ancora in cerca di effettività*, in *DPL*, 2022, p. 1670.

a valutare il contratto da certificare, costituiscono vizi di carattere procedurale che condizionano l'idoneità del provvedimento stesso a produrre i suoi effetti²⁷.

4. Le molte e complesse criticità che la certificazione pone appaiono tanto più ingiustificate ove si consideri che l'adeguatezza dell'istituto rispetto alla finalità di «ridurre il contenzioso in materia di lavoro»²⁸ che ne ha determinato l'introduzione è stata fortemente revocata in dubbio.

La finalità deflattiva dell'istituto è espressamente dichiarata dalla legge, ma dubbi sono stati sollevati sulla «effettività» e, soprattutto, sui «modi» con cui questa riduzione del contenzioso viene realizzata²⁹.

Prima criticità è rappresentata dal fatto che la certificazione, nella massima parte dei casi, interviene al momento della stipula del contratto, e quindi consente solo una valutazione *ex ante* del rapporto di lavoro, mentre la causa della maggior parte delle controversie qualificatorie è la discrasia tra il regolamento contrattuale e la successiva fase di attuazione del rapporto³⁰. Considerato che la quasi totalità dei problemi di qualificazione si pone non con riguardo al programma negoziale formalizzato nel contratto, ma con riguardo al concreto atteggiarsi del rapporto, quanta incidenza deflattiva può avere *ex se* la certificazione?³¹

D'altra parte, anche nella funzione di qualificazione *ex ante* dell'assetto di interessi la certificazione lascia una serie di dubbi.

La commissione di certificazione, infatti, si limita a operare una valutazione tecnico-giuridica dei fatti dichiarati dalle parti ai fini della qualificazione giuridica del rapporto e dei suoi effetti, ma non è tenuta a verificarne la veridicità. La certificazione si riduce pertanto a un mero giudizio astratto «di sussunzione e coerenza dell'accordo rispetto alle fattispecie regolamentari previste dall'impianto normativo di fonte legale e collettiva»³², al di là di ogni verifica della situazione fattuale sottesa.

Ma c'è soprattutto un problema di fondo nella certificazione, che è quello relativo all'effettiva volontarietà della procedura.

L'art. 78 stabilisce al primo comma che la procedura di certificazione è «volontaria», ma molti hanno rilevato che questa espressione è una vuota formalità,

²⁷ C. Santoro, *Certificazione: istituto ancora*, cit., p. 1669; G. Ferraro, *Strumenti di qualificazione del rapporto*, cit., pp. 14 ss.

²⁸ Articolo 75, D.Lgs. n. 276/2003.

²⁹ A. Bellavista, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, in *LG*, 2004, p. 441; E. Gragnoli, *Interpretazione e certificazione dei contratti*, in *RGL*, 2004, pp. 569 ss.; G. Ferraro, *Strumenti di qualificazione del rapporto*, pp. 7 ss.; L. De Angelis, *Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice: quale deflazione del contenzioso?*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli 2004, pp. 295 ss.; V. Speciale, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, cit., pp. 219 ss.

³⁰ L. Nogler, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 2003, pp. 110 ss.

³¹ L. De Angelis, *Le certificazioni all'interno*, cit., pp. 240 ss.

³² B. Grandi, *La certificazione dei rapporti di lavoro tra le categorie generali del diritto*, in *DRI*, 2008, p. 343.

dato che l'interesse a richiedere la certificazione è tutto del datore di lavoro, e il lavoratore, per la sua debolezza contrattuale, è più o meno costretto ad accettare³³.

Tra i molti che hanno revocato in dubbio questa volontarietà c'è stato l'ex Presidente della Repubblica Napolitano, che ha affermato che «la fase costitutiva del rapporto è il momento nel quale massima è la condizione di debolezza» del lavoratore, e che quindi l'assistenza della commissione di certificazione non è sufficiente a garantire la «effettiva» genuinità della volontà di quest'ultimo. In altre parole, la commissione «prende atto della volontà dichiarata del lavoratore», ma non è detto che questa volontà sia davvero «libera» e non sia invece dettata dalla pura logica dei rapporti di forza³⁴.

Il vincolo, la limitazione che deriva dalla certificazione per questo soggetto «debole», porta a quella che è stata definita una «deflazione cattiva», una deflazione cioè fondata sull'ambiguità e lo scoraggiamento obliquo dell'esercizio dei diritti e, in ultima analisi, sul loro sacrificio³⁵.

Anche sul piano pratico il raggiungimento della finalità deflattiva pare dubbio: negli anni immediatamente successivi alla sua introduzione (2005-2011) il contenzioso in materia di lavoro privato è rimasto sostanzialmente stabile, per poi diminuire solo con la riforma «Fornero» negli anni successivi³⁶.

³³ P. Bellocchi, *Le procedure di certificazione*, in *DL*, 2007, pp. 1131 ss.; V. Speciale, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 301; M.G. Garofalo, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., pp. 425 ss.; M. Novella, *Certificazione in materia di lavoro*, cit., pp. 352 ss.

³⁴ Messaggio del Presidente della Repubblica del 31 marzo 2010, con il quale è stata sollecitata una nuova deliberazione della camera sul d.d.l. AS 1167-B (al riguardo vedi V. Speciale, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., pp. 8 ss.).

³⁵ L. De Angelis, *Le certificazioni all'interno*, cit., pp. 235 ss., che, su un diverso piano, mette in evidenza un altro pericolo: «Non si tratta di deflazione cattiva, ma di giurisdizione cattiva, se invece la certificazione assecondi i giudici meno attenti e scrupolosi a non approfondire fatti e problemi giuridici, appiattendosi sulle indicazioni della certificazione magari con il retro-pensiero di stare a posto con la coscienza in ragione della provenienza della certificazione da un'autorità neutrale, magari munita dei crismi di serietà e scientificità propri dell'università, o «bilaterale»». Sull'effetto soporifero della certificazione, che incentiverebbe la «pigrizia dei giudici», anche L. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., pp. 15 ss.; V. Speciale, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 305.

Ancora in tema, M. Novella, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, p. 546; M. Rusciano, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli 2004, pp. 349 ss.; P.G. Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici del d.lgs. 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, p. 922; M.G. Garofalo, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *RGL*, p. 382.

³⁶ F. D'Amuri, R. Nizzi, *Tendenze recenti nel contenzioso in materia di lavoro privato*, in *B ADAPT*, 26 febbraio 2018, n. 8: «Il numero di procedimenti iscritti nei Tribunali e nelle Corti d'Appello italiani in materia di lavoro privato è rimasto sostanzialmente stabile tra il 2005 e il 2011; in quest'ultimo anno sono stati iscritti 150.000 procedimenti, pari a circa 1 ogni 100 dipendenti del settore privato. Dal 2012, quando è entrata in vigore la Riforma Fornero, si è assistito a una costante riduzione del numero di procedimenti».

Maria Laura Spada

PRINCIPIO DI DIRITTO E FUNZIONE NOMOFILATTICA *

SOMMARIO: 1. Le norme di legge e il principio di diritto. – 2. Principio di egualianza e certezza del diritto e funzione nomofilattica. – 3. L'art. 374 c.p.c. e il principio di diritto affermato dalle sezioni unite della Cassazione. – 4. L'interpretazione in via pregiudiziale delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale per le controversie in materia di lavoro. – 5. Il principio di diritto nell'interesse della legge.

1. Nell'ambito del nostro ordinamento giuridico i provvedimenti giurisdizionali che affermano «principi di diritto» non si inquadrano nel sistema delle fonti normative ma perfezionano un processo di interpretazione delle norme di legge¹.

Sotto questo profilo, l'art. 136, 1° co. cost. sancisce che le sole sentenze della Corte costituzionale possono «incidere sul sistema normativo» ogni qual volta nell'esercizio del sindacato di legittimità la Corte pronuncia una sentenza di legittimità costituzionale diretta a: caducare una disposizione di legge; a modificarla aggiungendo al testo un completamento della norma per eliminare il vizio accertato; oppure sostituendo in tutto o in parte la norma censurata².

Di conseguenza, le pronunce della giurisprudenza c.d. “comune” compresa anche la giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione, non attengono al sistema delle fonti del diritto, salva l'ipotesi del giudice amministrativo che esercitando il suo sindacato di legittimità sugli atti di normazione a livello primario può pronunciare provvedimenti di annullamento aventi efficacia *erga omnes*.

*Relazione svolta al “Corso propedeutico all'iscrizione nell'Albo speciale per il patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori”, presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bari in data 23 giugno 2023.

¹ Sulla distinzione tra precedente e principio di diritto, cfr. M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2007, p. 722 ss.; sulla funzione nomofilattica della Corte di cassazione, v., da ultimo, G. Miccolis, *La funzione nomofilattica: per una (tendenzialmente unica e non soltanto) “uniforme interpretazione della legge”*, in D. Dalfino (a cura di) *Problemi attuali di diritto processuale civile*, in *Gli Speciali, Foro it.*, 2021, 1, p. 197 ss.; F. S. Damiani, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione tra mito e realtà*, ivi, p. 217 ss.

² G. Amoroso, M.R. Morelli, *La “funzione nomofilattica” e la “forza” del precedente*, in M. Acierio, P. Curzio, A. Giusti (a cura di), *La Cassazione civile*, Cacucci, Bari, 2020, 465; G. Amoroso, *Massime della Cassazione e principi del diritto vivente*, in A. Didone, F. De Santis (a cura di), *I processi civili in cassazione*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 147 ss.; G. Amoroso, A. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, Milano, 2015, 331 ss.; A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente: genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 123.

Sicché, salvo il sindacato sugli atti di normazione primaria della Corte costituzionale e sub primaria del giudice amministrativo, la giurisprudenza di legittimità attraverso i suoi provvedimenti non crea norme di legge ma fissa principi di diritto³. Da ciò consegue che il principio di diritto, in sostanza, non costituisce la codificazione di una norma di dettaglio a specificazione della norma interpretata ma rappresenta la generalizzazione dell'interpretazione ed applicazione della norma in relazione ad una fattispecie concreta.⁴

Il principio di diritto, in sostanza, resta esterno al sistema delle fonti del diritto e non ha natura vincolante a differenza degli ordinamenti di common law ispirati al canone dello *stare decisis*⁵.

In Inghilterra, negli Stati Uniti e negli altri Paesi di common law, la regola per definire una controversia si ricerca prioritariamente non nella legge, ma nella decisione di un caso precedente. Il metodo di lavoro del giudice è la riconduzione di un caso ad un'altro, esaminando somiglianze e differenze. Individuato il caso identico o simile, la decisione adottata in precedenza ha carattere vincolante, in base alla regola dello *stare decisis*.

La *ratio decidendi* di un caso non viene determinata dai giudici che decidono il caso, ma è identificata dai giudici successivi, i quali devono stabilire se la decisione costituisce oppure no un precedente, esaminando comparativamente i fatti oggetto dei due casi: se sono diversi essi “distinguono” il caso anteriore che non costituisce pertanto un precedente.

Nel nostro sistema, invece, il principio di diritto ha una valenza “persuasiva” derivante dall'impianto argomentativo che lo sorregge; ha, quindi, un ruolo autonomo e specifico nell'ambito del processo decisionale e motivazionale del giudice e si affianca alla tecnica argomentativa di concatenazione logica ascendente o discendente che il giudice ha utilizzato⁶.

³ In particolare, non altera la norma oggetto di interpretazione ma la lascia invariata e quindi suscettibile di una continua opera di interpretazione, v. . G. Amoroso, M.R. Morelli, *La “funzione nomofilattica” e la “forza” del precedente*, cit., p. 466 e in giurisprudenza, v. Corte cost. 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3440 dove con riferimento alla giurisprudenza di legittimità se ne afferma la funzione meramente dichiarativa.

⁴ Una specificazione della formula legislativa scaturita dall'incontro tra norma e fatti: specificazione formulata in un testo a sua volta da interpretare, cfr. G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. Pubblico*, 2017, p. 21; R. Rordorf, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, 277.

⁵ Cfr. P. Curzio, *Il giudice e il precedente*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 239 ss.; R. Rordorf, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 284.

⁶ Il giudice cerca prima di tutto quale legge regoli la materia, poi passa ad esaminare la giurisprudenza che si è formata sul tema; giurisprudenza intesa come precedenti elaborati in sede di interpretazione della legge da applicare per decidere la controversia. In questo quadro, particolare rilievo hanno i precedenti della Corte di Cassazione che, ai sensi dell'art 384 cpc, «quando decide il ricorso proposto a norma dell'art 360, 1° co., n. 3, e in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza» deve enunciare il principio di diritto.

Il giudice indica il “precedente” in cui si sono sviluppate le argomentazioni a sostegno del principio di diritto assunto come regola di giudizio della fattispecie, con l’ulteriore conseguenza che nonostante il rilievo sempre maggiore conferito al principio di diritto, il precedente rimane tuttavia un insieme di fatto e di diritto ed il fatto oggetto della decisione, conserva sempre un grande rilievo per la comprensione della soluzione adottata e, pertanto, nello studio dei precedenti non dovrebbe essere pretermesso ma adeguatamente considerato.

2. La non vincolatività del principio di diritto, che come è noto, discende dall’essere i giudici «soggetti soltanto alla legge» (art. 101, 2° co., cost.), va equilibrata con l’aggiuntiva esigenza, avente rilievo costituzionale, della “certezza del diritto” quale proiezione del “principio di eguaglianza” inteso come la necessità giuridica che tutti i cittadini siano uguali davanti alla legge (art. 3, 1° co., cost.).

Sebbene, quindi, i principi di diritto siano esterni alle fonti normative, in concreto, tuttavia, essi sono idonei a completare la fattispecie normativa designandone i contorni. Da ciò deriva che la legge davanti alla quale i cittadini sono “eguali” è data dall’insieme di norme di legge e di principi di diritto essendo gli uni e gli altri idonei e necessari a fornire la regola di giudizio per decidere il caso concreto.

Sicché se è vero che il principio secondo cui il giudice è soggetto soltanto alla legge deve necessariamente essere bilanciato dal principio di uguaglianza, è, altrettanto vero, che quest’ultimo deve essere coniugato attraverso l’art. 65 della legge sull’ordinamento giudiziario che ha demandato alla Corte di Cassazione il compito «di assicurare l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge nonché l’unità del diritto nazionale»⁷.

Nello specifico, la Corte di Cassazione da un lato, nel curare «l’esatta osservanza» della legge e nello svolgere quindi il sindacato di legittimità, opera sulla fattispecie concreta, ad iniziativa delle parti, e decide la causa ponendo in essere il cosiddetto *ius litigatoris* dall’altro, proprio mentre cura l’osservanza della legge nei singoli casi concreti, può contestualmente produrre principi di diritto per la fattispecie astratta al fine di assicurare l’uniforme interpretazione della legge e l’unità del diritto nazionale assolvendo quindi alla funzione di nomofilachia ovvero *ius constitutionis*.

La necessità di controbilanciare questi principi processuali⁸ ha condotto di recente ad un consolidamento della funzione nomofilattica così intesa, anche allo scopo di agevolare indirettamente una ragionevole durata del processo nonché l’introduzione di una forma “attenuata” del principio dello *stare decisis* al quale si è conformato il processo civile di Cassazione dopo le riforme del 2006, 2009, 2016 nonché l’ultimo intervento del 2022⁹.

⁷ Così G. Amoroso, M.R. Morelli, *La “funzione nomofilattica” e la “forza” del precedente*, p. 473, dove si osserva che in tal modo, «il nostro ordinamento si avvicina a quelli di *common law* perché il precedente, pur sempre non vincolante, viene presidiato con misure processuali dirette a favorire la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione».

⁸ In particolare, assoggettamento del giudice solo alla legge e principio di eguaglianza coniugato al principio dell’unità del diritto oggettivo nazionale, cfr. G. Amoroso, M.R. Morelli, *op. ult. cit.*, p. 472.

⁹ Per un approfondimento sulle riforme che hanno modificato il giudizio di cassazione nel prisma del rafforzamento della funzione nomofilattica della corte a partire dal 2005 ad oggi, v. F.S. Damiani, *La*

Sotto questo profilo, non vi è dubbio che il ruolo nomofilattico della corte di Cassazione risulta avere avuto un maggiore impulso proprio a seguito dell'introduzione di quelle nuove norme che introdotte dagli interventi sono specificatamente dirette a perseguire da un lato, l'obiettivo della unificazione della giurisprudenza (artt. 374, 363 *bis* e 420 *bis* e c.p.c.) e dall'altro, a favorire la "forza" del precedente (artt. 360 *bis*, 363 e 384, c.p.c.).

Gli artt. 374, 363 *bis* e 420 *bis*, c.p.c. ad esempio, concernono esplicitamente l'attività interpretativa del giudice ed in particolare quella posta in essere dalla sezione semplice della corte di Cassazione rispetto alle sezioni unite e quella dei giudici di merito rispetto alla corte di Cassazione; attività che non pone un vero e proprio vincolo interpretativo ma un vincolo processuale che incide sull'interpretazione delle norme.

Le altre disposizioni ovvero gli artt. 360 *bis*, 363 e 384 riguardano, in chiave incentivante, la produzione di principi di diritto ad opera della corte di cassazione anche al fine della verifica di ammissibilità del ricorso.

Tali disposizioni contribuiscono a costruire, attraverso la loro applicazione, la forza del precedente come forma attenuata del principio dello *stare decisis* e ciò in quanto il precedente, pur sempre non vincolante, viene tutelato con misure processuali dirette a favorire la funzione nomofilattica della corte di Cassazione¹⁰.

3. Emblematico, in questa direzione, è sicuramente il terzo comma dell'art. 374 c.p.c. che costituisce una delle novità di maggior rilievo della novella del 2006.

La norma prevede che «se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

La norma in esame ha una forte valenza di principio perché, attraverso un vincolo di coerenza al quale la sezione semplice è tenuta ad attenersi nel concreto esercizio della giurisdizione, afferma, per la prima volta nel nostro ordinamento, «un valore legale del precedente (sia pure circoscritto)»¹¹.

riforma del giudizio di cassazione, in D. Dalfino (a cura di), *La riforma del processo civile. Foro italiano. Gli Speciali*, La Tribuna, Padova, 2023, 275 ss. Sul nuovo strumento processuale, introdotto con l'art. 3, comma 27, lett. c), d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 149, di attuazione della legge delega 26 novembre 2021, n. 206, e previsto dall'art 363 *bis* c.p.c., che regola il "rinvio pregiudiziale" che il giudice di merito può disporre al fine di consentire alla Cassazione di pronunciarsi su questioni di diritto necessarie alla definizione anche parziale del giudizio e non risolte dalla corte, che presentano gravi difficoltà interpretative e che sono suscettibili di porsi in numerosi giudizi, v. A. Mondini, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo introdotto dal nuovo art. 363 bis c.p.c.*, D. Dalfino (a cura di), *La riforma del processo civile. Foro italiano. Gli Speciali*, La Tribuna, Padova, 2023, p. 311 ss.; A. Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo*, in www.judicium.it, aggiornamento 21 dicembre 2022, § 2.

¹⁰ In questo modo avvicinando il nostro ordinamento a quelli di *common law*, così G. Amoroso, M.R. Morelli, *La "funzione nomofilattica" e la "forza" del precedente*, p. 473.

¹¹ Così A. Giusti, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione civile*, in *Questione giustizia*, 2018, 4, 126; R. Rordorf, *Il precedente nella giurisprudenza*, cit., p. 284.

La soluzione adottata dal legislatore colloca in capo alle sezioni semplici un sorta “vincolo negativo”; l’art. 374 c.p.c., infatti, regola un meccanismo processuale che impone alla sezione semplice il vincolo (negativo) a non adottare l’interpretazione di una norma in contrasto con quella già espressa dalle sezioni unite.

Da ciò deriva che se la sezione semplice giunge ad un convincimento diverso e opposto rispetto a quello contenuto nel principio di diritto pronunciato dalle sezioni unite non può fare altro che rimettere la causa a queste ultime sollecitandole ad una rivalutazione della questione e ad una possibile inversione di giurisprudenza.

In questo consiste il vincolo negativo: non già l’obbligo (o il vincolo positivo) di accogliere l’interpretazione adottata dalle sezioni unite, ma il divieto di pronunciarsi in modo contrastante con il simultaneo obbligo di investire le sezioni unite con una ordinanza interlocutoria affinché siano quest’ultime a rimuovere il precedente che tale vincolo crea¹².

Su queste basi, è stato correttamente osservato che il meccanismo dell’art. 374, 3° comma, c.p.c. non colloca la sezione semplice in una posizione subordinata ma, con una disposizione organizzatoria diretta a bilanciare l’etica della convinzione con l’etica della responsabilità, ne coordina, in termini di complementarietà, il ruolo specifico rispetto a quello delle sezioni unite in funzione di una maggiore forza e stabilità del prodotto giurisprudenziale della Corte di Cassazione¹³.

Per quanto concerne l’ambito applicativo del meccanismo di cui all’art. 374, 3° comma, c.p.c. vuoi sul piano letterale, vuoi per il fatto che la previsione segue alla disposizione del secondo comma della medesima norma che indica quali sono i casi nei quali il primo presidente può rimettere la causa alle sezioni unite, si può ragionevolmente ritenere che il congegno delineato nel terzo comma costituisce il completamento della previsione e che quindi opera ogni qual volta le sezioni unite sono chiamate a comporre un contrasto di giurisprudenza insorto all’interno delle sezioni semplici o per la risoluzione di una questione di massima di particolare importanza. E ciò, in quanto, sarebbe del tutto ultroneo devolvere alle sezioni unite il superamento del contrasto sorto tra le sezioni semplici o la decisione di una questione

¹² La disposizione, in sostanza, «interviene a regolare la competenza *dell’overruling* del precedente, quando enunciato dalle sezioni unite, assegnandole in via esclusiva alle stesse», così G. Amoroso, M.R. Morelli, *La “funzione nomofilattica” e la “forza” del precedente*, p. 473; G. Amoroso, *La Corte di cassazione ed il precedente*, in M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti (a cura di), *La Cassazione civile. Lezione dei magistrati della Corte suprema italiana*, Cacucci, Bari, 2015, p. 56. In giurisprudenza, v., in motivazione, Cass. sez. un. 28 maggio 2014, n. 11907, in *Foro it.* 2014, I, 2836.

¹³ In termini, A. Giusti, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l’esperienza della Cassazione civile*, cit., p. 129; M.R. Morelli, L’enunciazione del principio di diritto, in M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti (a cura di), *La Cassazione civile. Lezione dei magistrati della Corte suprema italiana*, Cacucci, Bari, 2015, p. 440; G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 33, dove peraltro si osserva che l’art. 374, 3° co. c.p.c. non esprime una visione gerarchica della nomofilachia ma riconosce «la fluidità e la fallibilità del precedente, seppure formatosi al massimo livello dell’ordinamento giudiziario e rappresenta una regola di metodo che conferisce ordine discorsivo al dinamismo nomofilattico».

di massima di particolare importanza, e consentire poi alle sezioni semplici *sic et simpliciter* discostarsi dal precedente delle sezioni unite¹⁴.

Dal combinato disposto dell'art. 374, 3° co. e 384 1° co., c.p.c. che impone l'enunciazione del principio di diritto nelle decisioni della Corte di Cassazione è stato ricavato che il meccanismo del vincolo negativo per le sezioni semplici troverebbe applicazione solo ogni qualvolta il principio di diritto sia stato oggetto di un'espressa e formale enunciazione contenuta nella decisione delle sezioni unite.

Ora, se è indubbio che l'enunciazione del principio di diritto a corredo della composizione del contrasto di giurisprudenza o alla risoluzione di una questione di massima di particolare importanza dovrebbe essere esplicita, ed è questo quello che di regola accade, pur tuttavia, non mancano pronunce delle sezioni unite nelle quali l'esito compositivo del contrasto o risolutivo della questione di massima di particolare importanza non sia stata trasfusa in una enunciazione espressa e formale. Ciò si è verificato, ad esempio, con la sentenza del 7 maggio 2013, n.10532, sulla inopponibilità allo Stato dell'ipoteca iscritta su di un bene immobile confiscato ai sensi della legislazione antimafia oppure nella sentenza del 22 dicembre 2015, n. 25767, che ha escluso il diritto del nato disabile ad agire per il risarcimento del danno da nascita indesiderata¹⁵.

Un'altra questione che la giurisprudenza si è posta è quella relativa al se, il vincolo per le sezioni semplici di non pronunciare una decisione di contenuto discordante, concerne il solo principio di diritto oppure debba essere riferito anche alle argomentazioni contenute nella motivazione del *dictum* delle sezioni unite. Sul punto le sezioni unite hanno chiarito che l'onere di conformazione deve intendersi riferito al solo principio di diritto posto a fondamento del *decisum* e che costituisce la *ratio decidendi* della fattispecie concreta, senza estendersi a tutte le ulteriori argomentazioni svolte e contenute nella motivazione della sentenza¹⁶.

¹⁴ V. A. Giusti, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici*, cit., p. 130; C. Delle Donne, *Commento sub art. 374 c.p.c.*, in L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Bassi, R. Vaccarella (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Utet, Torino, 2013, p. 968.

¹⁵ Anche in questi casi si è ritenuto configurabile l'efficacia e la necessaria applicazione del meccanismo di cui all'articolo 373 occorrendo considerare la sentenza nel suo insieme per ricavare da essa, in difetto di una specifica enunciazione formale del principio di diritto, la *regula juris* che le sezioni unite hanno inteso affermare ed enucleabile dal complesso della motivazione.

¹⁶ V. Cass. sez. un. 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.* 2015, I, p. 862, con nota di Proto Pisani, e in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, p. 299, con nota di Rizzo. Va aggiunto che il meccanismo previsto dall'art. 374, 3° co., c.p.c. riguarda «l'interpretazione della legge consegnata nel principio di diritto e non la sua validità costituzionale. Il collegio della sezione semplice non è posto di fronte alla secca alternativa tra uniformare la propria decisione al principio di diritto enunciato dalle sezioni unite o la rimessione con ordinanza interlocutoria del ricorso alle stesse esponendo la le ragioni del dissenso. Il collegio della sezione semplice può sottrarsi a questa alternativa attivando, laddove sussistano i presupposti, il procedimento per la declaratoria di incostituzionalità, e quindi rimuovere la disposizione sottostante al principio enunciato dalle sezioni unite (...)» ovvero allo stesso modo, ove la sezione semplice dubiti della compatibilità del principio di diritto enunciato dalle sezioni unite con il diritto dell'unione europea, ha il potere dovere di rivolgersi alla Corte di giustizia dell'unione europea, così A. Giusti, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici*, cit., p. 132-133.

4. In materia di lavoro, l'art. 420 *bis*, 1° co., c.p.c. dispone che «quando per la definizione di una controversia di lavoro è necessario risolvere in via pregiudiziale una questione concernente l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale, nonché la loro efficacia o validità, il giudice decide con sentenza tale questione, impartendo distinti provvedimenti per l'ulteriore istruzione o per la prosecuzione della causa fissando una successiva udienza in data non anteriore a novanta giorni»¹⁷.

Si tratta di principalmente di una sentenza interpretativa non definitiva in via pregiudiziale su una norma contrattuale collettiva che si innesta in una controversia di lavoro la quale, di conseguenza, è sospesa in attesa della decisione sul ricorso immediato per cassazione che sia stato proposto.

L'istituto richiama l'incidente di costituzionalità e la pregiudiziale interpretativa euro unitaria¹⁸ ed ha una duplice finalità: a) accelerare i tempi della causa, in ragione con del principio costituzionale della ragionevole durata del processo; b) svolgere una funzione para nomofilattica in relazione alla normativa collettiva che in precedenza vedeva il sindacato della Corte di Cassazione confinato al controllo del rispetto delle regole di ermeneutica contrattuale sicché non si poteva formare un diritto vivente su tale normativa.

Il procedimento va attivato dal giudice, d'ufficio o su sollecitazione delle parti, se la questione concerne l'interpretazione, la validità o l'efficacia del contratto o accordo collettivo di livello nazionale. Stando alla lettera dell'art 420 *bis* c.p.c. basterebbe che in giudizio si ponesse una tale questione pregiudiziale per comportare l'obbligo in capo al giudice di pronunciare la sentenza interpretativa non definitiva. In realtà, ove fosse così interpretata la norma potrebbe rappresentare un vero e proprio intralcio alla giustizia del lavoro imponendo in modo sistematico il frazionamento del processo. Per questa ragione la Corte costituzionale ha chiarito, attraverso un'interpretazione adeguatrice ai parametri costituzionali e in particolare al diritto alla tutela giurisdizionale¹⁹, che la questione concernente l'interpretazione, la validità

¹⁷ La disposizione va letta in combinato disposto con l'art 146 *bis* disp. att. c.p.c., che ne completa la disciplina ed entrambi gli articoli sono stati introdotti dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 rispettivamente dall'art. 18 e 19, 1° co., lettera e).

¹⁸ «Come il giudice della causa, che abbia un dubbio non manifestamente infondato di legittimità costituzionale o di compatibilità comunitaria di norme che ritiene essere applicabili nel giudizio, rimette, con ordinanza, ad un giudice superiore (rispettivamente la Corte costituzionale con la Corte di giustizia Ue) una questione pregiudiziale di legittimità costituzionale o di interpretazione di norme eurounitarie, analogamente il giudice (però solo quello di primo grado e solo nelle controversie di lavoro) che ritenga di dover fare applicazione di norme contrattuali collettive di livello nazionale, la cui interpretazione, validità ed efficacia non sia piana e sia invece plausibilmente controvertibile, deve non già rimettere la questione a un giudice superiore ma isolare la questione stessa e deciderla con una sentenza non definitiva in senso stretto in modo da rendere possibile che siano le parti stesse con ricorso immediato per Cassazione a rimettere la questione ad un giudice superiore determinando contemporaneamente la sospensione necessario del giudizio *a quo*», così G. Amoroso, M.R. Morelli, *La "funzione nomofilattica" e la "forza" del precedente*, p. 477.

¹⁹ V. Corte cost. 5 giugno 2003, n. 199, in *Foro it.*, 2003, I, p. 2232

o l'efficacia del contratto collettivo «deve presentarsi con un'apprezzabile grado di plausibile controvertibilità: ossia occorre che sia di incerta soluzione²⁰.

L'art. 420 *bis*, 2° co., c.p.c. dispone, inoltre, che la sentenza è impugnabile soltanto con ricorso immediato per Cassazione da proporsi entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'avviso di deposito della stessa con la conseguenza che non solo non sono esperibili altri rimedi quali l'appello ma, soprattutto, si esclude che possa essere proposta riserva di impugnazione²¹.

5. Diversamente dalle norme che fin qui abbiamo esaminato dirette a introdurre una sorta di vincolo interpretativo, l'art. 363 c.p.c., invece, è finalizzato ad implementare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione attraverso l'istituto dell'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge²².

²⁰S e il giudice è convinto che vi sono sufficienti argomenti per risolvere la questione, non deve (e non può) pronunciare la sentenza interpretativa non definitiva. Di conseguenza il giudice di primo grado della controversia di lavoro pronuncerà la sentenza interpretativa parziale solo se la questione appare rilevante e seria, con la conseguenza ulteriore che la sentenza *ex art. 420 bis* c.p.c. dovrà avere, come esclusivo contenuto, la decisione della questione pregiudiziale sull'efficacia e validità interpretazione dei contratti e accordi collettivi e non anche congiuntamente altre questioni preliminari o pregiudiziali, v. Cass. 25 giugno 2014, n. 14356, in *Foro it.*, 2015, I, 1735. In dottrina v. G. Amoroso, M.R. Morelli, *op. ult. cit.*, 480.

²¹ L'art.146 *bis* disp. att. c.p.c, che completa la disciplina del meccanismo in esame, richiama l'applicazione, in quanto compatibili, dei commi 4,6,7 e 8 dell'art. 64 del d. lgs. 165/2001. In particolare, il 6° co., prevede che «in pendenza del giudizio davanti alla Corte di Cassazione, possono essere sospesi i processi la cui definizione dipende dalla risoluzione della medesima questione sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi. Intervenuta la decisione della Corte di Cassazione il giudice fissa, anche d'ufficio, l'udienza per la prosecuzione del processo». Si tratta di una sospensione facoltativa e in quanto tale non impugnabile ai sensi dell'art. 42 c.p.c.

In sostanza il meccanismo processuale prevede: a) che il giudice di merito emani una sentenza non definitiva su una questione che non può mai essere idonea di per sé a definire il giudizio; b) che la sentenza non definitiva sia solo ricorribile per cassazione, con l'effetto di sospendere il processo in corso; c) che in pendenza del giudizio davanti alla Cassazione possono essere sospesi i processi la cui definizione dipende dalla risoluzione della medesima questione sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi; d) che se la questione pregiudiziale è stata già decisa dalla Corte di Cassazione, il giudice adito per una diversa controversia se non ritiene di uniformarsi deve pronunciare sentenza non definitiva. «Le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno poi affermato che da questo meccanismo processuale deriva un qualche vincolo per gli altri giudici di merito; un vincolo solo processuale perché il giudice non è tenuto ad uniformarsi alla pronuncia della Corte di Cassazione e, se non la condivide, può pronunciarsi in maniera difforme, tuttavia deve farlo con sentenza emessa ai sensi dell'art. 420 *bis* in modo da consentire alle parti il ricorso immediato per Cassazione e la verifica, da parte della Corte di Cassazione della correttezza della diversa opzione interpretativa di quel giudice di merito. In sostanza vi è la prescrizione di un circuito virtuoso per accelerare la formazione della giurisprudenza sulle norme dei contratti accordi collettivi nazionali di lavoro e quindi per promuovere una nomofilachia anticipata e più rapida», così G. Amoroso, M.R. Morelli, *La "funzione nomofilattica" e la "forza" del precedente*, p. 481 e nota n. 25.

²² Cfr. G. Costantino, *Note sul ricorso per cassazione nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, 712 ss.; R. Giordano, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, in A. Didone, F. De Santis (a cura di), *I processi civili in cassazione*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 161 ss.; G. Scarselli, *Sulla distinzione tra ius constitutionis e ius litigatoris*, in *Questione giustizia*, 2017, p. 6; G. Reali, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, in F. Cipriani (a cura di), *La*

La norma prevede che, «quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato oppure quando il provvedimento non è ricorribile in Cassazione e non è altrimenti impugnabile, il procuratore generale presso la Corte di Cassazione può chiedere che la Corte enunci nell'interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi».

L'istituto rappresenta una ipotesi eccezionale nella quale la funzione nomofilattica, viene adoperata al solo fine di favorire "l'unità del diritto nazionale", senza per questo poter risultare utile a quella determinata controversia in relazione alla quale viene enunciato il principio di diritto. Da ciò deriva che la Corte con il ricorso nell'interesse della legge stabilisce principi di diritto di per sé non utili alla controversia dalla quale traggono origine bensì al contrario è la controversia stessa a rappresentare esclusivamente l'occasione per pronunciarli.

Conseguenza di questa impostazione è quella per cui la funzione nomofilattica è del tutto scucita dalla risoluzione della controversia che risulta indirizzata all'inammissibilità del ricorso, per tardività o per non ricorribilità del provvedimento impugnato o ancora per la cessazione della materia del contendere per rinuncia al ricorso²³.

Quindi la legittimazione del Procuratore generale è del tutto correlata all'impossibilità di impugnare il provvedimento di merito e alla cogente necessità di correggere in ogni caso l'errore di diritto determinato dall'erronea interpretazione o applicazione della disposizione normativa. Proprio per questa ragione l'iniziativa del Procuratore generale, diretta a salvaguardare un interesse di rilevanza pubblicistica, non è sottoposta ad alcun termine di decadenza²⁴.

Il terzo comma dell'art. 363 c.p.c., prevede la possibilità per la Corte di enunciare anche d'ufficio il principio di diritto e ciò quando il ricorso proposto dalle parti viene dichiarato inammissibile e la Corte stessa ritenga che la questione decisa sia di particolare importanza. In sostanza, la declaratoria di inammissibilità del ricorso non sottrae alla Corte il potere di giudicare su quelle questioni la cui decisione è idonea a garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto.

Si tratta di un potere discrezionale che troverà applicazione tutte le volte in cui la questione risulta essere sia dal punto di vista normativo e dagli elementi di fatto di particolare importanza²⁵.

Da questo punto di vista le norme non precisano quando sussiste una questione di particolare importanza, tuttavia, esaminando la prassi si evince che l'ipotesi di intervento d'ufficio è solitamente connesso o all'ipotesi che si tratti di una questione

riforma del giudizio di cassazione, Cedam, Padova, 2009, p. 166; G. Impagnatiello, *Principio di diritto nell'interesse della legge e funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2009, 4, p. 936.

²³ G. Amoroso, M.R. Morelli, *La "funzione nomofilattica" e la "forza" del precedente*, p. 484.

²⁴ Cfr. G. Monteleone, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 943; R. Giordano, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 165, la quale osserva che tuttavia «sul piano applicativo, permane (...) la difficoltà concreta per il Procuratore generale di avere conoscenza dei provvedimenti emanati ed impugnabili nell'interesse della legge perché viziati».

²⁵ In termini, G. Amoroso, M.R. Morelli, *La "funzione nomofilattica" e la "forza" del precedente*, p. 485, in giurisprudenza, v. cass. sez. un. 31 luglio 2014, n. 17443, in *Riv. dir. proc.* 2015, p.1582.

che viene trattata per la prima volta oppure perché più semplicemente la questione va composta in quanto consiste in un contrasto interpretativo tra le sezioni semplici con l'annessa esigenza di dare indicazioni univoche per la soluzione di casi analoghi che potrebbero riproporsi in futuro²⁶.

Da un punto di vista più strettamente processuale risulta controversa la questione relativa alla necessità, soprattutto in riferimento al ricorso promosso autonomamente dal Procuratore generale, che dello stesso sia data comunicazione alle parti dovendo rispettare il contraddittorio nei confronti delle stesse. Esigenza quest'ultima che trova il suo fondamento nel dato oggettivo che le parti processuali ben potrebbero giovare della statuizione della Corte di legittimità per ottenere, soprattutto ove si tratti di provvedimenti a carattere non definitivo come per esempio i provvedimenti camerali, una modifica o una revoca degli stessi e quindi avere uno specifico interesse a partecipare al procedimento.

Su questa questione le Sezioni unite hanno chiarito che la richiesta di enunciazione del principio di diritto rivolta alla Suprema corte dal Procuratore generale si configura non già come mezzo di impugnazione ma come procedimento autonomo per il controllo sulla corretta osservanza e applicazione della legge anche in riferimento a provvedimenti non altrimenti impugnabili né ricorribili in quanto privi di natura decisoria, con l'ulteriore conseguenza che l'iniziativa non necessita di contraddittorio con le parti che risultano essere prive di legittimazione a partecipare al procedimento perché carenti di un interesse attuale e concreto non risultando in alcun modo pregiudicate dal provvedimento presupposto²⁷.

Come previsto nella formulazione originaria dell'art. 363 c.p.c. la pronuncia della Corte non ha un effetto diretto sul provvedimento del giudice di merito, tuttavia, ciò non esclude che ci possano essere anche delle ricadute pratiche.

Non è un caso, infatti, che nella stessa giurisprudenza è stato osservato che la statuizione derivante dall'art. 363 c.p.c., pur non essendo idonea ad incidere sulla sorte del provvedimento in concreto impugnato, possa comunque risultare di interesse per le parti «poiché la pronuncia può rilevare in relazione alla causa diversa che eventualmente abbia inizio dopo il procedimento sommario rispetto alla quale si sono emessi i provvedimenti anticipatori impugnabili per Cassazione»²⁸.

Da ciò consegue, quindi, che quantunque l'ultimo comma dell'art. 363 c.p.c. escluda espressamente che la pronuncia della Corte abbia effetto sul provvedimento impugnato, un'incidenza indiretta del principio di diritto potrà manifestarsi nelle fattispecie nelle quali il provvedimento sia suscettibile di revoca o di modifica ed il

²⁶ Cfr. R. Giordano, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 167, in particolare nota n. 33, dove si osserva che «ciò appare coerente con quelli che dovrebbero essere i limiti di un intervento di una S.C. del precedente, volta al precipuo esercizio della funzione di nomofilachia: secondo i fautori della teoria cd. teleologica, detti limiti, infatti, non andrebbero rinvenuti nella statica distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, bensì nell'attitudine della problematica sollevata a riproporsi in una serie di casi futuri (...).

²⁷ V., soprattutto in motivazione, Cass. sez. un., 18 novembre 2016, n. 23469, in *Foro it.*, 2016, I, 3753, con nota di A. Palmieri.

²⁸ V., Cass. sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Giur. it.*, 2009, p. 931, con nota di G. Impagnatiello.

giudice di merito potrebbe essere conseguentemente essere indotto a disporre in virtù e per effetto della pronuncia della Corte²⁹.

²⁹ A. Carratta, *La riforma del giudizio di Cassazione.*, cit., o. 1124.