

BREVI RIFLESSIONI SU PROTOCOLLI E LINEE GUIDA: È A RISCHIO IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ?

di Valeria Bove

Abstract. La l. 28.04.2014 nr. 67 è stata occasione per l'emersione di linee guida, protocolli e *vademecum* come ausilio per gli interpreti e gli operatori. Il presente lavoro analizza le differenze tra questi strumenti, desunti dalle esperienze delle comunità scientifiche, la connotazione localistica che essi assumono nella prassi, le ricadute sull'applicazione concreta, nei diversi uffici giudiziari, dei nuovi istituti disciplinati dalla legge e le inevitabili tensioni che essi comportano, almeno allo stato, in relazione al principio di legalità.

SOMMARIO: 1. Le novità introdotte dalla legge nr 67/2014. – 2. Il ricorso a linee guida, protocolli e vademecum – 3. L'esperienza delle comunità scientifiche – 4. Quali le differenze? – 5. Tra applicazioni difformi e disomogeneità di trattamento, è a rischio il principio di legalità?

1. Le novità introdotte dalla legge nr 67/2014.

Ad un anno dall'entrata in vigore della legge 28.04.2014, nr. 67 (era il 17.05.2014) si impone una prima riflessione **sull'impatto che la normativa ha avuto nei vari uffici giudiziari, con riferimento sia al nuovo istituto della messa alla prova "per i maggiorenni"**, che al decreto legislativo 16.03.2015, nr. 28, con il quale è stata esercitata una delle deleghe contenute nella legge.

Com'è noto, infatti, la legge nr. 67/2014, accanto alle disposizioni immediatamente applicabili sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili, contenute rispettivamente al capo II (artt. 3-8) ed al capo III (artt. 9-15), contemplava due deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Nell'ambito della prima delega, e con riferimento ad una parte di essa, è stato adottato il decreto legislativo 16.03.2015, nr. 28, che ha dettato disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge nr. 67/2014.

E' stato dunque necessario far fronte all'immediata esecutività delle disposizioni in tema di sospensione del procedimento e, di recente, all'introduzione di una nuova causa di non punibilità, e gli uffici giudiziari, forse per la prima volta in modo così evidente, hanno fatto **ricorso a linee guida e protocolli**.

Il fenomeno è lampante in tema di messa alla prova e sembra diffondersi anche in relazione alla particolare tenuità del fatto: ne è rimasto fuori il procedimento *in absentia*, i cui aspetti, sia prima che dopo l'intervento integrativo del legislatore con l'introduzione della normativa transitoria, non sono stati interessati da atti condivisi.

Se si volesse cercare una motivazione di fondo che abbia spinto per la prima volta in modo così massivo a ricorrere ad atti condivisi, essa probabilmente risiederebbe anche in quei nuovi, oltre che recentissimi, modelli decisori che proprio con la legge nr. 67/2014, nata per dare risposte alle pressanti sollecitazioni di Strasburgo, hanno trovato espressione. Non più e non solo interventi normativi ispirati al principio accusatorio, e neanche una legislazione di emergenza, quale quella degli ultimi anni, permeata da vincoli assoluti che impediscono (*rectius*: impedivano) di rapportare il giudizio al caso concreto o comunque ne limitano (*rectius*: limitavano) la portata (si pensi ai vari divieti di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, sanciti dall'art. 69, co. 4 c.p., che, negli ultimi anni sono caduti sotto la scure della Consulta), ma un legislatore che riconosce al giudice, gradualmente ma forse inesorabilmente, un ampio margine valutativo nell'applicazione degli istituti giuridici.

Una nuova e diversa visione del ruolo del giudice – amplificata nella disciplina sulla non punibilità per particolare tenuità del fatto – al quale vengono attribuiti ampi margini, in presenza di determinate condizioni e presupposti, nel ritenere la sussistenza della causa di non punibilità, ma che in qualche modo albeggia anche nella messa alla prova, beneficio concedibile dal giudice, una volta rispettati i limiti soggettivi ed oggettivi e le preclusioni di fase, in base ai parametri di cui all'articolo 133 c.p., se il programma di trattamento è valutato come idoneo e se si ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati.

Rispetto all'attuazione della delega in tema di non punibilità, la sospensione del procedimento con messa alla prova incideva inoltre su una serie di situazioni oggettive e concrete, che l'effettiva ed immediata efficacia delle disposizioni rendeva molto problematiche: l'ampliamento notevole ed improvviso delle attribuzioni dell'ufficio esecuzione penale esterna (di seguito u.e.p.e.), fino a quel momento competente per l'applicazione, la modificazione, la proroga e la revoca delle misure di sicurezza e per il trattamento dei condannati e degli internati; l'ampliamento del ricorso al lavoro di pubblica utilità, componente essenziale della messa alla prova, a fronte della scarsa e comunque variabile esistenza di convenzioni con enti stipulate, su delega del Ministro della giustizia, dai singoli presidenti dei tribunali; il coinvolgimento di più parti (giudice, pubblico ministero, difensori, u.e.p.e.), nell'applicazione di un istituto del tutto nuovo, che presentava non pochi vuoti legislativi e criticità.

2. Il ricorso a linee guida, protocolli e *vademecum*.

Di qui il **fiorire di protocolli/linee guida in tema di messa alla prova** adottati da vari uffici giudiziari e dei quali è stata data ampia diffusione, anche *online*: frutto di un confronto tra tutte le parti a vario titolo coinvolte, sono stati elaborati all'esito di

riunioni tenute tra esse parti (ossia componenti – quasi sempre dirigenziali – del tribunale, del consiglio dell'ordine degli avvocati, della camera penale, dell'ufficio esecuzione penale esterna e nella maggior parte dei casi – ma non sempre – anche delle procure) e, una volta sottoscritti, sono stati diffusi tra gli appartenenti alle varie categorie interessate (da qui la pubblicazione sui siti *online* dei singoli consigli degli ordini ed in alcuni casi anche del singolo tribunale o del Ministero della giustizia).

Gli uffici giudiziari di Milano, Monza, Firenze, Trapani, Lecco, Venezia e Bergamo hanno adottato linee guida; quelli di Roma, Belluno, Terni, Imperia, Parma, Rovigo e Reggio Emilia hanno sottoscritto protocolli (i primi tre definiti “d’intesa”); Torino ha invece adottato un *vademecum*, anche se tale elaborato (in realtà sono due, uno per le indagini preliminari, l’altro per l’udienza preliminare e dibattimentale), a ben vedere, si discosta dagli altri in quanto appare redatto senza essere stato preceduto da quelle riunioni cui prima si è fatto riferimento (o almeno di esse riunioni non si dà atto).

Chiare e comuni a tutti le finalità, esplicitate per altro nella parte introduttiva di ogni elaborato: facilitare l’accesso, la diffusione dell’istituto e garantire il diritto di informazione; ottimizzare le risorse dell’u.e.p.e, punto cruciale e nevralgico della riforma; contrastare il sovraffollamento carcerario, il tutto attraverso procedure condivise, rispondenti al principio di trasparenza e buon andamento della p.a. e rispettose della discrezionalità interpretativa e del principio di legalità che governano il nostro ordinamento giudiziario.

Su questa scia sembrano oggi orientarsi gli uffici giudiziari **anche in tema di particolare tenuità del fatto**, pur se allo stato si registra la diffusione di una circolare esplicativa diramata dal Procuratore della Repubblica del Tribunale di Trento e delle linee guida elaborate dal Procuratore della Repubblica del Tribunale di Lanciano: il dato numerico più esiguo si spiega probabilmente per il fatto che la disciplina è entrata in vigore (il 2 aprile 2015 e quindi) da poco più di un mese rispetto al momento in cui si scrive, ed anche perché tale disciplina coinvolge direttamente solo gli uffici giudiziari (ed in prima battuta gli uffici requirenti) e non anche organismi esterni, per cui le direttive risultano allo stato adottate da procuratori della Repubblica e sono rivolte essenzialmente ai sostituti procuratori.

Si assiste, dunque, ad un **fenomeno in crescita** che in un recente passato era limitato – sempre e solo nel settore penale, perché in ambito civile la diffusione di tali atti concordati è ben maggiore o comunque diversa – alle procedure di liquidazione in favore degli avvocati che assistano imputati o indagati ammessi al patrocinio a spese dello Stato, o ai protocolli di intesa tra i presidenti di tribunali e del Consiglio dell’ordine dell’avvocati, in relazione, per esempio all’ordine di trattazione delle procedure nelle udienze o, ancora, ai protocolli di intesa tra i presidenti di tribunali ed i procuratori della Repubblica sull’uso, sempre a titolo esemplificativo, degli applicativi informatici.

Sia in tema di messa alla prova, che da ultimo per la particolare tenuità del fatto, **gli elaborati sottoscritti vengono indicati con il termine “linee guida” e nel primo caso anche “protocolli”, “protocolli d’intesa” o “vademecum”**.

Già la diversa nomenclatura utilizzata per la messa alla prova fa riflettere: tutti i documenti hanno il medesimo oggetto, le medesime finalità ed anche la medesima struttura, al punto che è possibile individuare, per tutti, le medesime finalità, garanzie e limiti, nonché uno schema comune.

Appare quindi alquanto singolare, ma forse molto significativo, che, **per indicare atti appartenenti alla stessa tipologia, siano stati usati termini differenti, quasi fossero sinonimi, nonostante essi non lo siano.**

Ed infatti se con **il termine “linee guida”** si fa riferimento ad un insieme di raccomandazioni sviluppate sistematicamente, sulla base di conoscenze continuamente aggiornate e valide, redatto allo scopo di rendere appropriato, e con un elevato *standard* di qualità, un comportamento desiderato, è indubbio che le linee guida costituiscono la base di partenza per l'impostazione di comportamenti e *modus operandi* condivisi in organizzazioni di ogni genere (sia private, sia pubbliche) nel campo sociale, politico, economico, aziendale, medico e, di recente, giuridico.

Indicativo in questo senso il ruolo ed il valore delle linee guida descritto dalla Suprema Corte in relazione all'attività medico chirurgica, allorché si è precisato che esse «*costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche*» ed attraverso il quale «*si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta*»¹.

Per converso **il termine “protocollo”**, mutuato dall'allegato *tecnico* alle convenzioni o accordi internazionali e quindi dal documento attestante un accordo tra Stati, prevede un'analitica, automatica successione di adempimenti e fa riferimento ad una serie di regole definite tra una e più parti in determinate attività, alle quali ci si deve attenere e tali da creare procedure obbligatorie, ed ha quindi una accezione, generalmente, vincolante.

Diversa la portata del *vademecum*, facendosi con esso riferimento ad un «manuale» agevole, che contiene informazioni, notizie utili o nozioni di base relative ad un'attività, il cui scopo è quello di fornire una guida organica ed approfondita.

E' evidente dunque che **i termini non sono sinonimi** e che **ognuno ha una diversa portata.**

La problematica, a ben vedere, non riguarda solo la terminologia utilizzata, che in sé potrebbe apparire anche sterile, quanto l'approccio alle questioni oggetto di analisi e, più in generale, **il metodo utilizzato** rispetto a protocolli e/o linee guida adottati in altri campi.

Da sempre infatti il ricorso alle linee guida ed ai protocolli è appannaggio delle comunità scientifiche e solo negli ultimi tempi, anche in campo giuridico e soprattutto giudiziario, si fa ricorso ad essi.

¹ Cass., Sez. 4, nr. 16237 del 29/01/2013 (dep. 09/04/2013), Cantore, Rv. 255105.

E' dunque opportuno soffermarsi sull'esperienza acquisita in questo campo dalle comunità scientifiche, quanto meno per comprendere se gli elaborati di cui si discute siano in linea con essa, o siano qualcosa di diverso.

3. L'esperienza delle comunità scientifiche.

Ebbene, in campo scientifico (si pensi al settore sanitario) la procedura adottata per l'elaborazione delle linee guida o dei protocolli presuppone, in primo luogo, una fase generalmente lunga di applicazione pratica e, solo successivamente, essa viene avviata e condotta sulla scorta dell'analisi della letteratura scientifica, dell'esperienza acquisita e della discussione di un comitato scientifico; in seguito, le proposte vengono validate e, dopo un periodo di osservazione, divulgate. In altri termini, in campo scientifico, **si arriva all'elaborazione delle linee guida e dei protocolli dopo un lungo periodo di sperimentazione e solo dopo che la sperimentazione**, condotta secondo uno schema rigoroso e comunque collaudato, ha fornito dati il più possibile obiettivi e generalizzabili.

Anche i **soggetti coinvolti** appartengono, nella maggior parte dei casi, a categorie ampiamente rappresentative: la procedura di avvio e di definizione degli elaborati viene infatti generalmente curata o dalla comunità scientifica, dalle società specializzate nel settore o da gruppi di esperti accreditati (questo essenzialmente per le linee guida) nonché da singole strutture (principalmente nei casi di adozione di un protocollo); difficilmente si registrano linee guida e protocolli adottati a livello «decentrato», ricorrendo al più la singola struttura al *vademecum*.

L'esperienza delle comunità scientifiche pone in luce anche una **differente efficacia** a seconda del tipo di atto elaborato.

Nel caso delle linee guida, trattandosi di un orientamento di partenza per *modus operandi* condivisi, vengono generalmente proposte direttive generali ed istruzioni di massima, che vanno poi applicate senza automatismi, rapportandole, cioè, al caso concreto.

Significativo, in questo senso quanto affermato dalla Suprema Corte in tema di attività medico chirurgico, allorché si è precisato che le regole contenute nelle linee guida *«non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica. Esse, tuttavia hanno a che fare con le forti istanze di determinatezza che permeano la sfera del diritto penale»*, al punto che proprio l'attività medico chirurgica appare *«fortemente orientata dal sapere scientifico e dalle consolidate strategie tecniche, che svolgono un importante ruolo nel conferire oggettività e determinatezza ai doveri del professionista»*; in altri termini, con le linee guida si fissano *«istruzioni di massima, orientamenti che vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico»*².

² Cass. Sez. 4, nr. 16237 del 29/01/2013 cit.

Per converso, i protocolli, in quanto frutto di una procedura concordata, indicano un'analitica, automatica successione di adempimenti e si caratterizzano per una stringente obbligatorietà.

Il *vademecum*, invece, ha normalmente la valenza di un consiglio.

Tratto comune, anche se a diversi livelli e con diversa efficacia, è la tendenza ad un'uniformità generale di procedure e ad una regolamentazione il più possibile omogenea.

4. Quali le differenze?

Se quella testé descritta è l'esperienza maturata in campo scientifico, appare allora evidente che **le linee guida/protocolli adottati in tema di messa alla prova sono qualcosa di assolutamente diverso.**

Pur volendo prescindere dall'**uso indistinto della terminologia adottata**, rilevanti sono le differenze con riferimento ai soggetti coinvolti nell'elaborazione del documento, alla metodologia seguita ed alla loro efficacia.

Quanto alla **metodologia**, la procedura utilizzata è stata infatti completamente differente, nell'iter e nella tempistica.

Raramente si è registrata una fase di applicazione pratica: anzi lo spirito con cui sono stati adottati i vari elaborati è stato proprio quello di intervenire con una disciplina concordata, adottata al precipuo scopo di diffondere l'istituto a ridosso della sua entrata in vigore e, quando si è arrivati alla loro stesura, difficilmente sono state analizzate esperienze già acquisite nel settore, essendosi le parti coinvolte confrontate su una serie di astratte possibilità, prospettate e prospettabili in base alle pregresse esperienze, maturate però in altri settori (quali, per esempio, l'affidamento in prova al servizio sociale) solo in parte assimilabili; ogni elaborato, una volta sottoscritto è stato poi subito diffuso, anche al fine di renderlo noto a tutti gli appartenenti alle singole categorie, a differenza di quanto invece accade in campo scientifico.

Diverso il **nucleo dei soggetti coinvolti** nella redazione degli elaborati e ciò incide, per altro non poco, sull'efficacia dei documenti.

Tutti i protocolli e linee guida in tema di messa alla prova (ma il discorso è estendibile anche alla particolare tenuità del fatto) sono stati adottati da **singoli uffici giudiziari** ed ognuno di essi ha dato indicazioni spesso non coincidenti con quelle contenute in altri elaborati, a differenza di quanto accade in ambito scientifico, dove si tende a fare in modo che sia la comunità scientifica l'organo propulsore che si fa carico di una diffusione generalizzata.

E così se in ambito scientifico si tende ad una generalizzazione delle procedure, lo stesso non può dirsi con riferimento a quanto accaduto per gli elaborati adottati per la messa alla prova.

Alcuni protocolli, ad esempio, onerano il richiedente della produzione di ogni tipo di documentazione utile alla redazione dell'indagine socio-familiare da parte dell'u.e.p.e., arrivando così a ridurre se non ad esonerare l'ufficio in questione dall'effettuazione dell'indagine prodromica all'elaborazione del programma di

trattamento. Altri uffici giudiziari onerano il difensore di fornire al richiedente tutte le informazioni sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e prevedono che questi sottoscriva una dichiarazione in cui il richiedente dia conto di aver ricevuto gli avvertimenti e di aver rinunciato al beneficio. Vi sono poi uffici giudiziari che danno rilievo alla sussistenza d'inabilità lavorative assolute riconosciute ed alla mancanza, per il cittadino extracomunitario, del permesso di soggiorno, incidendo tali condizioni soggettive sul concreto svolgimento del lavoro di pubblica utilità. Allo stesso modo, se è l'u.e.p.e. che predispone il programma di trattamento, è stata concordata anche la possibilità che il programma venga redatto in prima battuta dal richiedente, per essere poi sottoposto al vaglio dell'u.e.p.e. Non diversamente, vi sono uffici giudiziari che limitano di molto le prescrizioni che l'u.e.p.e. può contemplare nel programma di trattamento (incidendo in tal modo, in termini inversamente proporzionali, sul potere integrativo del giudice); così come vi sono vari uffici che fissano fasce fisse di durata della sospensione, ancorate alla pena base dei reati contestati.

E' dunque evidente che ogni ufficio giudiziario nel redigere gli elaborati in tema di messa alla prova ha fornito precipue indicazioni che inevitabilmente risentono della singola realtà sociale, dell'organizzazione degli uffici giudiziari e dell'u.e.p.e. nonché delle prassi con il foro degli avvocati.

Conseguenza diretta ed immediata è stata il **proliferare di tanti elaborati, tutti ispirati agli stessi principi e volti al medesimo scopo, eppure tutti di contenuto, anche solo parzialmente, differente**

5. Tra applicazioni difformi e disomogeneità di trattamento, è a rischio il principio di legalità?

Quanto appena detto mette in luce una prima, seria, problematica.

Paradossalmente, infatti, il risultato finale cui si è arrivati con la redazione di linee guida e protocolli, quanto meno in tema di messa alla prova, finisce con l'essere altro rispetto a quello che le parti coinvolte nella elaborazioni dei testi si erano prefissato: modalità anche uniformi e omogenee nell'ambito di uno stesso ufficio giudiziario, ma differenti rispetto ad un ufficio diverso, con conseguente diffusa disparità, a livello circondariale ma anche distrettuale e, sicuramente, a livello nazionale.

Un *vulnus* che è insito ogni qual volta viene sottoscritto un protocollo (o linee guida, che dir si voglia), a maggior ragione quando esso viene redatto a livello locale, o comunque decentrato.

Né la violazione è in qualche modo superabile, cambiando, ad esempio, i protagonisti e prevedendo che gli elaborati vengano adottati da organi "centrali" che, come accade nell'ambito delle comunità scientifiche, abbiano il potere, o anche solo la forza ed il peso, per imporre l'adozione di modalità condivise omogenee: il nostro ordinamento giudiziario non è in alcun modo parificabile all'organizzazione esistente

in altre categorie e questo, in qualche modo, rende irrealizzabile l'adozione di modelli di questo tipo.

In realtà, ed anche a voler prescindere dalla circostanza legata al fatto che le linee guida ed i protocolli sono stati elaborati a livello "decentrato", la problematica di fondo, qualunque sia il protagonista o qualunque siano le modalità adottate, riguarda **inevitabilmente l'efficacia di atti condivisi adottati per disciplinare, con maggiore dettaglio, un istituto giuridico in ambito penale, quando esso presenti vuoti e criticità normative, e finisce quindi col toccare il principio di legalità.**

Al di là infatti delle modalità di redazione, della terminologia usata, della procedura adottata, occorre soffermarsi sulla necessità, oltre che sull'opportunità, proprio alla luce del principio di legalità, dell'adozione di atti condivisi che incidono sull'applicazione di norme giuridiche e che, sia pur indirettamente, fissano regole di dettaglio, laddove si registra un vuoto normativo.

Occorre, cioè, chiedersi se gli elaborati adottati in tema di messa alla prova (ma il discorso si può estendere anche alla particolare tenuità del fatto o ad altri istituti giuridici contemplati da fonti che presentino vuoti normativi) si siano mantenuti nei limiti tracciati dal principio di legalità o se gli accordi intercorsi, nel prevedere una dettagliata disciplina di dettaglio, abbiano finito con l'intaccare quel limite costituzionale che è al tempo stesso una forte e imprescindibile garanzia.

In altri termini: **fino a che punto, in questo ambito, le linee guida, i protocolli o i vademecum possono "spingersi"?**

Ebbene, l'ordinamento giurisdizionale, il più generale principio di legalità e l'assoggettamento dei giudici soltanto alla legge limitano, entro ambiti rispondenti ai più generali principi costituzionali, il ricorso a procedure, sia pur condivise, che arrivino a stabilire regole di dettaglio, incidenti sull'applicazione delle norme penali, sostanziali e processuali.

Ciò non significa inibire la redazione di elaborati condivisi, che eventualmente registrino anche le "buone prassi" (trattandosi di strumenti che, in questo caso e per converso, ottimizzano al massimo ed uniformemente le risorse), ma impone, quando si assumono determinazioni in tal senso, di limitarne l'adozione a ciò che può essere oggetto di accordo tra le parti, e non intacchi o addirittura si ponga in contrasto con la disciplina normativa e/o con i principi fissati dal legislatore, tenuto anche conto, oltre che della violazione dei principi costituzionali, del rischio, inevitabile quando gli elaborati sono adottati a livello decentrato e non "centralizzato", di prassi differenti e difformi da ufficio giudiziario ad altro ufficio giudiziario.