Numero 1 – 2020

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*

Direttore

MARIO CICALA (*già presidente di sezione della Corte di cassazione*)

Comitato di direzione

ALBERTO BARBAZZA (*giudice del Tribunale di Treviso*) – CECILIA BERNARDO (*giudice del Tribunale di Roma*) – MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) – PAOLA MARIA BRAGGION (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) – ALESSANDRO CENTONZE (*consigliere della Corte di cassazione*) – MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – VITTORIO CORASANITI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – LUCA D'ADDARIO (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) – ANTONIO D'AMATO (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – ALESSANDRO D'ANDREA (*segretario generale della Scuola superiore della magistratura*) – COSIMO D'ARRIGO (*consigliere della Corte di cassazione*) – BALDOVINO DE SENSI, (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) - LORENZO DELLI PRISCOLI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLA D'OVIDIO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – GIANLUCA GRASSO (*componente del comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*) – STEFANO GUIZZI (*consigliere della Corte di cassazione*) – FERDINANDO LIGNOLA (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – NICOLA MAZZAMUTO (*presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina*) – ENRICO MENGONI (*consigliere della Corte di cassazione*) – LOREDANA MICCICHÉ (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – CORRADO MISTRI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – ANTONIO MONDINI (*consigliere della Corte di cassazione*) – ROBERTO MUCCI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FIAMMETTA PALMIERI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) – CESARE PARODI (*procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*) – GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) – RENATO PERINU (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FRANCESCA PICARDI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLO PORRECA (*consigliere della Corte di cassazione*) – GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) – UGO SCAVUZZO (*Presidente di sezione del Tribunale di Patti*) – PAOLO SPAZIANI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – LUCA VARRONE (*consigliere della Corte di cassazione*) – ANDREA VENEGONI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*)

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, *senza titolo*

ISSN 2532-4853 Il diritto *vivente* [*online*]

Indice del fascicolo 1º

(gennaio-aprile 2020)

Gli Autori 4

Maristella Cerato - Camillo Sperzagni, *Tecniche linguistiche per il benessere organizzativo* 5

CIVILE

Luciano Guaglione, *Aspetti giuridici della mediazione familiare in ambito processuale* 12

Simona Gambacorta, *Garanzia per i vizi nel contratto di appalto e onere della prova* 32

Luciano Guaglione, *L'evoluzione giurisprudenziale della colpa medica* 39

Mauro Mocci, *Il filtro in appello: bilancio minimo di una riforma mancata* 62

Corrado Mistri, *La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare* 69

Giovanna Lebboroni, *Minori stranieri e minori stranieri non accompagnati* 82

Lorenzo Delli Priscoli, *Imprese mafiose e alterazioni concorrenziali del mercato* 105

PENALE

Francesco Alvino, Bene captum, male retentum: *riflessioni in merito all'art. 270 c.p.p., in materia di circolazione endoprocedimentale delle intercettazioni, e a margine delle Sezioni Unite Cavallo* 124

Alessandro Centonze, I*l controllo di legittimità sulla motivazione dei provvedimenti penali e i confini tra infondatezza e manifesta infondatezza* 145

Emanuele Quadraccia, *Diritto penale dell'ambiente: tutela di beni o tutela di funzioni?* 162

Cesare Parodi, *La riforma delle intercettazioni: la disciplina dell'archivio.* 169

Adriana Blasco, *La nuova fisionomia dell'ergastolo ostativo: un dialogo tra Corti. Fine pena mai?* ... 179

Cesare Parodi, *Tecnologia blockchain, monete virtuali e riciclaggio* 228

Cesare Parodi, *La tutela della persona nella realtà telematica: revenge porn e cyberstalking* 243

Gli Autori

Francesco ALVINO, *Sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Vercelli*

Adriana BLASCO, *sostituto procuratore della Repubblica presso Tribunale di Milano*

Alessandro CENTONZE, *consigliere della Corte di cassazione*

Maristella CERATO, *sostituto Procuratore generale in Venezia*

Lorenzo DELLI PRISCOLI, *consigliere della Corte di cassazione*

Simona GAMBACORTA, *giudice del Tribunale di Torino*

Luciano GUAGLIONE, *consigliere della Corte di Appello di Bari*

Giovanna LEBBORONI, *procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Ancona*

Corrado MISTRI, *sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*

Mauro MOCCI, *consigliere della Corte di cassazione*

Cesare PARODI, *procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*

Emanuele QUADRACCIA, *giudice del Tribunale di Como*

Camillo SPERZAGNI, *trainer di programmazione neurolinguistica, coach, formatore accreditato presso aziende e istituzioni pubbliche*

Maristella Cerato - Camillo Sperzagni

Tecniche linguistiche per il benessere organizzativo

Sommario: 1. Il benessere organizzativo dei magistrati e le iniziative del Consiglio Superiore della Magistratura. - 2. Fattori costitutivi del benessere organizzativo. - 3. Modelli operativi per il benessere: il pensiero sistemico e la programmazione neurolinguistica. - 4. Proposte di azioni per il benessere organizzativo. - 5. Conclusioni: un nuovo percorso per il benessere

1. Il benessere organizzativo dei magistrati e le iniziative del Consiglio Superiore della Magistratura

Il Consiglio superiore della magistratura ha attuato alcune iniziative in tema di benessere organizzativo nell'ottica di attenzione alla personalità del magistrato in tutti i suoi contesti di vita e di lavoro.

Con delibera 25.1.2017 e successive modifiche il Consiglio Superiore della Magistratura ha approvato la nuova circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2017-2019 e, per la prima volta, ha dedicato l'intero titolo IV del provvedimento alla previsione di misure organizzative per garantire il benessere fisico, psicologico e sociale dei magistrati.

Anche nella circolare sull'organizzazione degli uffici di Procura, approvata con delibera 16.11.2017 e successive modificazioni, è contenuta una specifica previsione in tema di benessere organizzativo: "Agli uffici requirenti si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti in tema di:…tutela della genitorialità, delle esigenze familiari e dei doveri di assistenza …magistrati in maternità o che provvedano alla cura di figli minori , tutela della genitorialità e della malattia …benessere organizzativo, tutela della genitorialità e della salute.

Il Consiglio ha poi avviato una verifica della concreta attuazione delle misure organizzative da parte dei Capi degli Uffici. La VII Commissione, con la collaborazione dell'Ufficio Studi e Documentazione del Consiglio, ha predisposto un questionario rivolto ai dirigenti degli Uffici giudicanti (delibere 31.10.2017,18.6.2018,3.7.2019) e un secondo questionario analogo destinato ai dirigenti degli uffici requirenti (delibera 15.1.2020).

Il questionario si articola in due sezioni, la prima relativa alla tutela del benessere fisico e psicologico dei magistrati, la seconda sulla tutela della genitorialità e della salute ed è finalizzato ad individuare le "misure organizzative" in atto negli Uffici in alcune specifiche situazioni concernenti

le modalità di lavoro dei magistrati e le esigenze connesse alla tutela della genitorialità e della salute.

Leggendo in controluce le domande poste nel questionario possono desumersi alcuni profili particolarmente interessanti:

1- oltre alla previsione di garantire l'equa distribuzione tra magistrati dei carichi di lavoro, il *focus* del questionario è orientato a verificare la partecipazione dei magistrati ai *progetti di innovazione*, alle riunioni di lavoro, a *curare i rapporti* tra i magistrati e tra questi e le altre categorie professionali (avvocatura, cancellerie, altre istituzioni o enti), e a *risolvere "eventuali situazioni conflittuali tra i magistrati".*

Viene dunque tracciato uno *stato desiderato di benessere* connotato dall'apertura al nuovo, dall'accettazione dell'esistenza di conflitti nel luogo di lavoro (e il conflitto presuppone una *relazione* disarmonica) e dalla necessitata presenza di rapporti dialettici tra i componenti l'Ufficio.

Si accede al "NOI" allontanandosi da quell'IO di autoreferenzialità e solitudine che per molto tempo ha caratterizzato l'attività professionale del magistrato o (cfr. La solitudine del magistrato di Luigi Labruna, la Repubblica, 6.5.2019, dove si descrive la solitudine non come "il dramma del giudice" che deve giudicare "libero da affetti umani" (Calamandrei), ma la solitudine rispetto alla società e talvolta rispetto alle istituzioni).

2- altro profilo di grande interesse nel questionario è dato dalla richiesta al Dirigente l'Ufficio di indicare, ove presenti le misure organizzative per il benessere, "a quali *criteri di flessibilità organizzativa* si è fatto ricorso". L'esemplificazione dei possibili criteri di flessibilità, contenuta nel questionario, rimanda alla capacità del Dirigente di pre-vedere le situazioni meritevoli di tutela (quali ad esempio l'inserimento del magistrato "in processi *prevedibilmente* non di lunga durata).

2. Fattori costitutivi del benessere organizzativo

Il moderno concetto di benessere organizzativo è stato sviluppato nell'ambito della psicologia del lavoro, definito come la capacità di una organizzazione di promuovere e mantenere il più alto grado di benessere fisico, psicologico e sociale dei lavoratori in ogni tipo di occupazione (Avallone F., 2003). Sono stati individuati indicatori di benessere e indicatori di malessere, pervenendo ad una nuova prospettiva *dalla tutela della salute del singolo alla tutela della salute della comunità lavorativa,* con un *focus* sulle caratteristiche dinamiche dell'organizzazione. Il benessere organizzativo diviene dunque un *processo dinamico,* in sintonia con il "buon andamento" che i

pubblici uffici devono perseguire (art. 97 cost.), espressione che evoca in maniera chiarissima dinamicità e necessaria progressiva evoluzione degli assetti organizzativi (Motivazioni ed indicatori di Benessere Organizzativo", Fulgione G., diritto.it, 8.3.2012)

Il conseguimento del *benessere organizzativo* è dunque sostenuto e reso possibile dall'attenzione a due fattori:

a. *Cognitivo-contestuali*, ovvero lo sviluppo di una mentalità più consona e adattiva al *reale* contesto generale in cui oggi ogni soggetto si trova a vivere e operare, efficacemente contrassegnato da esperti strategici americani con l'acronimo VUCA: Volatile, Uncertain, Complex, Ambiguous.

b. *Relazionale-linguistico*, il che implica attenzione ai *modi del comunicare e del relazionarsi* in un contesto come quello sopra delineato.

Tra i diversi paradigmi di origine psicologica e linguistica oggi presenti, *due modelli operativi di cambiamento* appaiono particolarmente utili per le esigenze espresse: la Teoria dei Sistemi e la PNL -Programmazione Neuro Linguistica. Vediamoli in breve.

3. Modelli operativi per il benessere: il pensiero sistemico e la programmazione neurolinguistica.

a. Pensiero Sistemico

In tutti i settori rilevanti delle scienze contemporanee l'approccio di sistema è ormai un fatto assodato. Un *Sistema* è un insieme di unità interagenti che sono in relazione tra loro. Lo stato di ciascuna unità è vincolato, coordinato o dipendente dallo stato delle altre unità. *La nostra mente però non è abituata a considerare i fenomeni in modo sistemico.* In genere ciò che noi vediamo sono i componenti (ad esempio le persone) e quello che fanno, ma è più difficile cogliere il senso dell'insieme: se è vero che i componenti configurano il sistema, è altrettanto vero che il sistema plasma e configura i componenti. Tutto è connesso con tutto, tutto influenza tutto.

Il nostro modo spontaneo di pensare è di tipo lineare: problema- individuazione della causa- rimozione della causa- fine del problema. E' il classico approccio problem solving. Ma *le persone, i gruppi di lavoro, le organizzazioni, non sono sistemi lineari*. Infatti i vari componenti/aspetti di

questi sistemi interagiscono gli uni con gli altri non solo attraverso i ruoli ufficiali, ma anche e soprattutto attraverso relazioni umane complesse, così da renderne impossibile la separazione per analizzare il sistema passo-passo e "a blocchi". Non linearità significa anche non prevedibilità: introducendo una variazione in ognuno di questi sistemi, il risultato che ne uscirà dipenderà da interazioni talmente complesse da non essere calcolabili. *Imparare a "pensare per sistemi"* (Meadows, 2017) si evidenzia sempre più come un *fattore fondamentale* per governare noi stessi e gli altri in funzione di obiettivi desiderabili. Così facendo si può sviluppare un particolare e nuovo tipo di intelligenza: l'Intelligenza Sistemica. Un tempo si pensava all'intelligenza quasi esclusivamente come un insieme di competenze logico-linguistiche: il famoso QI. Oggi si tende sempre più a pensare che questo criterio sia decisamente restrittivo, e non sia in grado di render conto di altre abilità complesse dietro alle quali c'è evidentemente un'attività neurale intensa e ben coordinata. Secondo Howard Gardner (1994) ci sono diversi tipi di intelligenza: oltre alle capacità logico-linguistiche esistono quelle artistiche, relazionali, emotive, motorie, musicali… Ogni tipo di intelligenza è contrassegnato da indicatori comportamentali: quali sono quelli specifici dell'Intelligenza Sistemica? Eccone alcuni:

- ✓ Saper vedere e commentare le cose da più punti di vista
- ✓ Avere facilità nel cogliere il senso generale di una situazione
- ✓ Essere efficace con piccoli interventi sui punti sensibili di un sistema
- ✓ Cogliere e creare connessioni che altri non vedono
- ✓ Intuire i potenziali stati funzionali di un sistema
- ✓ Riconoscere nel contesto piccoli segnali di elementi favorevoli o sfavorevoli
- ✓ Manifestare una visione di lungo termine
- ✓ Collegare automaticamente il proprio interesse a quello del sistema di cui è parte
- ✓ Manifestare coinvolgimento anche per questioni apparentemente lontane
- ✓ Chiedere "In che modo" anziché "perché"
- ✓ Non accettare spiegazioni causa-effetto nelle relazioni tra persone

b. <u>La PNL-Programmazione Neurolinguistica</u>

La Programmazione Neurolinguistica-PNL nasce ufficialmente alla metà degli anni '70 in California, quando Richard Bandler, studente di linguaggi artificiali, e John Grinder, professore di

linguistica, presentano (Bandler e Grinder, 1975) un modello operativo di cambiamento personale basato su tecniche di comunicazione e relazione.

La PNL è una *metodologia*: osserva le strutture del linguaggio e la sintassi utilizzate. Il nostro sistema nervoso (*Neuro*) è influenzato dal modo in cui comunichiamo (con noi stessi e con gli altri-*Linguistica*). L'interazione tra la nostra neurologia ed il nostro linguaggio genera schemi di comportamento (*Programmazione*).

Ad esempio, "Devo lavorare per vivere" è frase con significato neurologico diverso da "Lavoro per vivere", in quanto nella prima frase il verbo "devo" quale operatore modale di necessità evoca un immediato senso di costrizione.

Appare chiaro già a prima vista che la PNL, se da un lato è debitrice di svariate teorie psicologiche coeve (si va dal comportamentismo al cognitivismo alla gestalt e al costruttivismo), dall'altro formula ipotesi impegnative sul funzionamento della mente e del cervello che troveranno conferme sperimentali solo a partire dagli anni '90 grazie ai progressi delle neuroscienze (Damasio,1995; Rizzolatti et al.,1996). Il tutto inquadrato in quello spirito pragmatico che negli anni '60-'70, assieme alla cibernetica, costituì altresì i fondamenti della "Scuola di Palo Alto", il cui libro-manifesto si intitola appunto "Pragmatica della Comunicazione Umana" (Watzlawick et al., 1971). Anche la Scuola di Palo Alto influenzò non poco la nascita della PNL, che tuttavia spinse ancor più in là la centralità dell'uso di tecniche linguistiche specifiche per il cambiamento e spostò il suo campo di interesse oltre la terapia, verso l'apprendimento e il conseguimento di obiettivi personali. Oggi non a caso la PNL coi suoi derivati è *il modello più usato nei contesti in cui l'efficacia della comunicazione diretta è un fattore cruciale*: Agenzie di Intelligence, Reparti Speciali, Marketing, Coaching e naturalmente Terapie. Ecco i suoi vantaggi:

- Modello specificamente studiato per il cambiamento
- Velocità d'azione
- Flessibilità operativa estrema
- Orientamento al risultato concreto
- Capacità di analizzare con chiarezza i processi che portano o non portano ai risultati
- Possibilità di impiego "in coperto"
- Gestione ottimale delle relazioni

4. Proposte di azioni per il Benessere Organizzativo

Il Consiglio Superiore della Magistratura ha auspicato "una più stretta collaborazione con la Scuola Superiore della Magistratura, anche nelle strutture della formazione decentrata, per la formazione dei magistrati " in tema di benessere organizzativo (cfr. delibera 18.6.2018). Questa indicazione può estendersi anche ad altri specifici percorsi, sia con riferimento alla formazione iniziale che alla formazione permanente, finalizzati:

1- alla comprensione delle strutture linguistiche utilizzate al fine di conseguire una migliore relazione con i colleghi e un contesto lavorativo sereno. Ad esempio, le generalizzazioni costituiscono un limite paralizzante in quanto espressioni verbali senza il termine di riferimento (es. "voglio lavorare meglio"- meglio rispetto a cosa, come, quando?)

2- alla valorizzazione delle c.d. soft skills, ovvero di attitudini e competenze trasversali (diverse dalle competenze tecnico scientifiche, le c.d. hard skills) quali la capacità di lavorare in team, la capacità di ascolto, di sintesi, di elaborazione delle idee, di sopportare lo stress, di adattarsi ai cambiamenti, di gestire ed indirizzare il personale, di rapportarsi con il Foro, di coordinare ed impiegare al meglio le risorse, attitudini essenziali per tutti i magistrati (Marta Agostini, intervento al 33° Congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati – Siena 20-22 ottobre 2017).

Questa formazione appare forse superflua, inutile: il "mestiere" di giudice si deve confrontare con un contesto sociale oggi connotato da pressanti esigenze/richieste di natura quantitativo-efficientistica (cfr.il seminario "Dialogo-intervista sul mestiere del giudice", organizzato dall'Università degli Studi di Milano – Dipartimento di studi internazionali giuridici e storico-politici, 7.11.2019. Il magistrato Oscar Magi è stato intervistato da Davide Galliani – Associato di diritto pubblico).

Tuttavia, proprio nell'ottica della produttività è ormai dato acquisito che le strutture più efficienti sono quelle con il miglior clima organizzativo, connotato da motivazione, coinvolgimento, circolazione delle informazioni. *Il fattore strategico del futuro è la qualità del capitale umano e delle relazioni, non solo la disponibilità di tecnologie avanzate* (Pilotti, 2019

5. Conclusioni: un nuovo percorso per il benessere.

Come rilevato dal Consiglio Superiore della Magistratura nella valutazione degli esiti dei monitoraggi in tema di benessere organizzativo, "è esperienza comune che l'adozione di misure volte a conciliare le esigenze personali/familiari/di salute e l'attività lavorativa consente di ridurre i

tempi di congedo o di assenza del magistrato interessato, favorendo, complessivamente, l'intero ufficio e il servizio reso all'utenza"

E' sicuramente l'inizio di un percorso che richiede una "necessaria modernizzazione, culturale ed organizzativa". E' infatti necessario "un mutamento di passo…una gestione partecipata dell'organizzazione dell'ufficio, demandando ad ogni singolo giudice responsabilità e tenendo conto delle inclinazioni dei singoli"; l'attenzione alle esigenze, il rispetto per la vita privata e la condivisione organizzativa non sono la soluzione di ogni male, però costituiscono "un metodo che può far stare meglio" e che può portare a effetti … sorprendenti (Benessere organizzativo. L'iniziale diffidenza, la prudente attuazione, i sorprendenti effetti" di Alessandra Camassa, GiustiziaInsieme, 17.11.2028).

Riferimenti bibliografici

Magistrati e cittadini. Indagine su identità, ruolo e immagine dei magistrati italiani, a cura di N. Delai e S. Rolando, Franco Angeli, 2016, ove sono riportati gli esiti di due indagini parallele, condotte nel 2015 per iniziativa della Scuola Superiore della Magistratura in accordo con l'Associazione Nazionale Magistrati. La prima indagine era volta ad acquisire, a seguito della compilazione da parte dei magistrati di apposito questionario – la percezione dei magistrati in tema di identità professionale, ruolo, rapporto con i media, esigenze di formazione. La seconda indagine era diretta a raccogliere opinioni e valutazioni circa il ruolo dei magistrati, la loro affidabiliità e reputazione, indagine destinata ad un campione nazionale rappresentativo di cittadini.

Commento al volume: L'autoanalisi dei magistrati, di C.M. d'Eril e G.E. Vigevani in IlSole24ore, 13.8.2017

Robert Dilts, L'evoluzione della PNL, Unicomunicazione

Donella Meadows, Pensare per Sistemi, Guerini Next 2019

Luciano Pilotti Organizzazioni Emotive (intelligenti e creative), McGrawHill,2019

Camillo Sperzagni Un cavallo sulla strada di Fibonacci. Guida pratica al colloquio di cambiamento. MDCBooks

Paul Watzlawick e altri Pragmatica della comunicazione umana, Astrolabio

Luciano Guaglione

Aspetti giuridici della mediazione familiare in ambito processuale

Sommario**:** 1. Crisi della giustizia e ricerca di soluzioni alternative al giudizio - 2. Litigiosità familiare e gestione del conflitto coniugale nella realtà giudiziaria - 3. L'attività di mediazione impropria svolta dagli operatori del processo - 4. Rapporti tra giurisdizione, mezzi di composizione amichevole e mediazione familiare - 5. Lo stato della legislazione (in particolare la l. 8 febbraio 2006, n. 54 ed il d.lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013) - 6. Recenti iniziative legislative. Conclusioni

1. Crisi della giustizia e ricerca di soluzioni alternative al giudizio

Il tema oggetto del presente articolo impone una preliminare breve riflessione sui fattori che influiscono sulla crisi della giustizia, a cominciare dalla crisi della legalità ed alla crisi della pubblica amministrazione, che finisce per accrescere il ricorso al sistema giudiziario chiamando sovente il giudice a svolgere compiti di supplenza, per giungere al cattivo funzionamento del sistema processuale, che tanto sul versante del processo civile che su quello del processo penale, è minato dalla durata irragionevole dei processi [1].

Le controversie civili si sono moltiplicate ed i tempi di definizione si sono spaventosamente allungati producendo intollerabili forme di denegata giustizia e violando quel principio di *effettività della tutela giurisdizionale*, che oggi gode di copertura costituzionale, alla stregua dell'art. 111 Cost. (novellato con legge costituzionale 23.11.1999, n. 2), il quale, tra i principi del c.d. "*giusto processo*" annovera (accanto alle garanzie del contraddittorio tra le parti in condizioni di parità ed alla terzietà ed imparzialità del giudice) pure la *ragionevole durata* [2].

La violazione di tale principio ha un costo notevole dal punto economico, a causa delle sanzioni inflitte allo Stato italiano dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e degli indennizzi che il Ministero della Giustizia deve corrispondere a chi ha subito ritardi intollerabili in forza della c.d. legge Pinto.

Per arginare questo fenomeno negativo di crisi del processo il legislatore - anziché porre mano ad efficaci interventi strutturali, di ordinamento giudiziario (dalla revisione delle circoscrizioni giudiziarie all'incremento del numero dei giudizi, dei cancellieri alla creazione di

[1] L. GUAGLIONE, *Il nuovo processo sommario di cognizione*, Nel Diritto Editore, Roma, 2009, cap. I, p. 1 e ss.
[2] L. GUAGLIONE, *Il nuovo processo sommario di cognizione*, cit., cap. 1, p. 21 e ss.

adeguate cittadelle della giustizia), ha operato essenzialmente sul versante processuale, attraverso novelle che hanno:

- modificato il processo ordinario di cognizione incidendo sulla fase introduttiva con il correlativo sistema di preclusioni;

- hanno introdotto nei giudizi di cassazione e di appello dei filtri preventivi di ammissibilità dell'impugnazione;

- hanno differenziato i riti processuali predisponendo percorsi processuali ritagliati in funzione della specialità di talune situazioni soggettive tutelate dal diritto sostanziale (secondo una logica già presente nel codice di rito del '42) nonché forme di tutela sommaria non cautelare (come il processo sommario di cognizione) o cautelare preordinare a realizzare obiettivi di effettività della tutela giurisdizionale e di economia di giudizi.

Sotto altro profilo la crisi della giustizia civile ha posto da tempo l'esigenza di individuare tecniche di composizione delle controversie alternative alla giurisdizione: le tecniche di A.D.R. - *Alternative Dispute Resolution* (risoluzione alternativa delle controversie), di origine anglosassone, si sono sviluppate proprio per la necessità di contenere i tempi, i costi, il formalismo e la rigidità del giudizio ordinario [3].

Nell'ambito di queste tecniche si suole riportare anche la mediazione familiare, quantunque come vedremo questa figura ha fisionomia e caratteri del tutto peculiari.

2. Litigiosità familiare e gestione del conflitto coniugale nella realtà giudiziaria

2.1 L'esigenza di tecniche compositive della lite alternative alla giurisdizione è fortemente avvertita all'interno dei conflitti familiari per la peculiarità della lite familiare.

Le crisi familiari generano sovente una forte conflittualità, la quale - ove questa è mal gestita - provoca effetti devastanti per la coppia e per i figli, determinando un clima relazionale di grande disagio.

Oggi nella famiglia nucleare il litigio, spesso latente, esplode a volte con caratteristiche di grande virulenza e mina facilmente la stabilità ed il futuro della stessa famiglia.

Le statistiche dimostrano impietosamente come diminuiscono i matrimoni e crescono in misura esponenziale le separazioni ed i divorzi: mediamente, nell'arco di vent'anni, sono infatti quasi raddoppiati sia il numero delle separazioni che dei divorzi.

Dietro una separazione si nasconde un dolore multiplo fatto di disillusione, rabbia, perdita,

[3] L. GUAGLIONE, *Il nuovo processo sommario di cognizione*, cit., cap. 1, p. 41 e ss.

solitudine, desiderio di vendetta e spesso a pagarne le conseguenze sono soprattutto i figli sempre più disorientati, preda dei genitori, oggetto di ricatto. Nella maggior parte dei casi accade che il conflitto coniugale, doloroso ed insostenibile, si trasforma in vera e propria guerra, in odio cieco in cui c'è sempre un vincitore ed un perdente.

Non abbiamo il tempo di analizzare in questa sede le innumerevoli cause che portano alla fase patologica, e quindi all'emersione di un conflitto dallo stato latente e virtuale a quello attuale e reale, ma è certo che un effetto del conflitto coniugale è sempre presente e consiste in una sorta di corto circuito nella comunicazione tra i configgenti. Infatti, quali che siano le cause di una separazione e poi di un divorzio, sta di fatto che c'è un dato costante che si riassume nell'interruzione di qualunque forma di dialogo tra i coniugi.

Questo corto circuito nella comunicazione provoca degli effetti devastanti soprattutto nel rapporto con i figli minori [4], favorendo a volte strane alleanze degli stessi con uno dei genitori con il rischio di alimentare alcune sindromi, come quella di alienazione parentale (c.d. S.A.P.), che comporta effetti perversi nei confronti del genitore alienato, che, pur innocente, viene ingiustamente denigrato agli occhi della prole.

Questi sono guasti notevoli per le peculiarità che caratterizzano la realtà familiare, dove le decisioni non incidono solo sul patrimonio dei soggetti, ma anche sulle relazioni affettive, sui sentimenti, su una sfera intima assai delicata, che pone quindi un interrogativo all'interprete, all'operatore, allo studioso: qual è l'approccio ideale per la soluzione di un conflitto coniugale, di una lite di famiglia, che è specialissima per il tipo di interessi coinvolti, per il fatto che in essa concorrono dunque componenti emotive (rabbia, frustrazione, rancori, colpe, rivalse) e componenti giuridiche (rapporti tra coniugi, tra genitori e figli, aspetti economici e patrimoniali), che vanno trattati in un contesto unico e pluridi-sciplinare allo stesso tempo?

La risposta forse più naturale ed istintiva, data la dimensione privatistica del fenomeno, potrebbe essere quella di voler incentivare - nell'ottica dell'affare privato delle parti - l'autoregolamentazione dei soggetti responsabili, tanto più che si tratta di incidere su un terreno che fino a ieri (e cioè fino ad un momento precedente l'insorgere della crisi) è stato regolamentato dalle decisioni della coppia, quindi all'interno del circuito endogeno.

Sicuramente questo obiettivo va incoraggiato e favorito nell'auspicio di una composizione

[4] F. SCAPARRO, S*icurezza delle relazioni familiari e ragioni del mediare*, in *Mediares*, 1/2003, p. 39.

amichevole della lite, ma non bisogna neanche dimenticare - di qui la delicatezza dell'equilibrio nella ricerca delle soluzioni - che, per un verso, la famiglia costituisce la prima cellula in cui si sviluppa la personalità degli individui e, per un altro verso, che sono in gioco, a livello familiare, fisiologico o patologico, anche interessi e diritti indisponibili, soprattutto dei minori, rispetto ai quali una qualsiasi regolamentazione pattizia non può rinunciare alla garanzia del controllo dello Stato, attraverso i suoi organi giurisdizionali, circa la congruenza e meritevolezza delle soluzioni concordate dagli stessi coniugi [5].

Di qui l'esigenza di individuare strumenti giuridici adeguati alla composizione del conflitto nella realtà particolarissima delle relazioni familiari, dove le decisioni incidono sulla qualità più intima delle relazioni affettive tra le persone: deve trattarsi di strumenti rispettosi dell'autonomia della famiglia, che può essere solo lambita dal diritto, ma non avulsa dal controllo statale (attraverso la giurisdizione) [6].

2.2 Posta questa premessa di carattere metodologico andiamo a verificare qual è l'approccio culturale tradizionale, direi squisitamente occidentale, alla lite di famiglia: è quello di affidare alla sponda giudiziaria, e cioè al diritto ed al giudice, il compito di approntare il rimedio. In fondo, come sapientemente evidenziato da un autorevole sociologo, Eligio Resta, "*quella occidentale è sempre stata la cultura del giudizio, non quella della mediazione. Nella società italiana si costruiscono sempre nuove figure di giudici, cui poi imputiamo tutte le colpe per non aver risolto il conflitto: al giudice chiediamo tutto, anche la felicità e poi ce la prendiamo con lui perché non ce la può dare o non ce l'ha data*" [7].

Ecco, l'approccio tradizione è quello di portare il conflitto davanti al giudice, come se la lite familiare fosse paragonabile a un qualsiasi altro tipo di contenzioso.

Ma l'esperienza dimostra che varcare la soglia del tribunale esaspera gli animi, non elimina la conflittualità, anzi la accentua ed alla fine, nonostante il desiderio quasi bellicoso di un coniuge di vendicarsi nei confronti dell'altro, ritenuto responsabile della crisi, si esce tutti sconfitti, con notevolissimi costi psicologici ed economici.

Questo perché il modello giudiziario è caratterizzato dal fatto di delegare ad un terzo,

[5] E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981, p. 386.

[6] L. GUAGLIONE, *Il conflitto coniugale tra mediazione familiare e intervento giudiziale*, in *Mediares*, Bari, 5/2005, p. 191 ss.

[7] E. RESTA, *Il linguaggio del mediatore e il linguaggio del giudice*, in "*Mediares*", Bari, 1/2003, p. 102.

istituzionalmente a ciò deputato, e cioè al giudice, la soluzione eteronoma del conflitto: il giudice sta lì per decidere e deve comunque farlo, sussistano o non sussistano soluzioni condivise tra le parti.

La realtà dei nostri uffici giudiziari è compatibile con una sana e corretta gestione giudiziaria della lite di famiglia? La risposta non può che essere negativa, alla luce di una constatazione che è sotto gli occhi di tutti: esiste un'inadeguatezza di fondo della maggior parte delle strutture giudiziarie ad offrire una risposta adeguata alla domanda di giustizia sulle liti familiari.

Quello giudiziario è un ambiente in cui il tecnicismo soffoca il sentimento dei confliggenti, che portano tutta la loro carica emotiva quando arrivano davanti al Presidente e vorrebbero esplodere la loro rabbia, elaborare quello che hanno dentro, senza tuttavia trovare spazio adeguato. Questo perché al giudice (prima il Presidente del Tribunale, poi il giudice istruttore) interessano solo gli aspetti tecnico-giuridici, non i sentimenti dei coniugi sicché, alla fine, l'ambiente giudiziario rinfocola la conflittualità, la rabbia, l'esasperazione e diventa il terreno naturale di scontro ancor più radicale, per cui un coniuge è deciso a sostenere qualsiasi costo economico pur di sconfiggere l'avversario e di conseguire il risul-tato prefisso (l'addebito della separazione all'altro coniuge, l'assegnazione della casa, l'affidamento della prole o la collocazione preferenziale della stessa presso di sè, un assegno più alto, ecc.).

La situazione è aggravata dalla mancanza di un giudice specializzato (in attesa, ad oggi, del varo del tanto auspicato Tribunale della Famiglia) per cui, fatta eccezione per qualche tribunale (come quelli di Milano o di Roma), che dispone di sezioni alle quali tabellarmente è devoluto in via esclusiva il contenzioso familiare [8], per il resto in primo grado le cause di famiglia sono trattate promiscuamente insieme alle altre, nel *mare magnum* dei ruoli dei giudici istruttori che, com'è noto,

[8] Il disegno di legge n. 2953 intitolato "*Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile*" *(presentato dal Ministro della Giustizia l'11 marzo 2015)*, approvato dalla Camera dei Deputati il 10 marzo 2016, che prevedeva *"l'istituzione, presso i tribunali ordinari, delle sezioni specializzate "per la persona, la famiglia, ed i minori", e la contestuale soppressione dei Tribunali per i minorenni*, è stato sostanzialmente bocciato dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, il quale - in una lettera indirizzata al Presidente del Senato Grasso il 9 maggio 2017 – ha rilevato che l'eventuale riforma, se approvata dal Parlamento, urterebbe coi principi della giustizia minorile, svigorendo il sistema di protezione dei diritti dei soggetti minorenni e, contestualmente, metterebbe a rischio le capacità del nostro paese di adempiere, nell'ambito della protezione dei diritti dei minorenni, agli obblighi assunti in sede internazionale.

Nella stessa direzione si muove il recente il disegno di legge n.1406 presentato al Senato il 10 luglio 2019, intitolato *Disposizioni in materia di soppressione dei tribunali per i minorenni, nonchè disposizioni in materia di istituzione di sezioni specializzate per la famiglia e per i minori presso i tribunali e le corti d'appello e di uffici specializzati delle procure della Repubblica presso i tribunali.*

non hanno spazi dedicati, sia sotto il profilo cronologico che sotto il profilo della riservatezza, da riservare a tale contenzioso: questo è il contesto "*da mercato*", nel quale vengono trattate anche le liti di famiglia.

La situazione è resa ancor più complicata in relazione alla specializzazione individuale attesa la necessità per il giudice, che abbia maturato la necessaria esperienza in un settore di contenzioso particolarmente delicato quale quello familiare, di dover essere destinato alla trattazione di altro contenzioso dopo dieci anni di lavoro in una sezione per il noto divieto di permanenza ultradecennale nella stessa sezione.

Riepilogando, in sintesi: il conflitto giudiziario è la soluzione che il sistema offre ai conflitti coniugali. È fin troppo scontato affermare che le coppie che entrano in tribunale con un altissimo livello di conflittualità ne escono con un livello ancora più alto. Il conflitto giudiziario, infatti, è basato sulla logica del vincitore e del vinto, e da esso si esce vincitore o sconfitto, salvo poi scoprire con amarezza che la battaglia ha lasciato solo ed esclusivamente vittime.

L'esperienza ha mostrato, storicamente, come gli strumenti imperativi della giurisdizione siano inidonei a risolvere i conflitti familiari, rimuovendo le ragioni profonde che li hanno causati; ciò in quanto solo i membri della famiglia possono superare la crisi che li divide ed è questo un obiettivo che può essere raggiunto esclusivamente con la loro volontà, in quanto affidare la soluzione del loro conflitto all'autorità di una sentenza si risolve comunque per entrambe in una sconfitta.

3. L'attività di mediazione impropria svolta dagli operatori del processo.

In tale contesto, che tipo di soluzione o, quanto meno, di prospettiva si può immaginare per una migliore gestione della lite di famiglia? Anzitutto quella di cercare delle soluzioni concordate, fare in modo che la decisione, più che essere imposta totalmente dall'esterno, sia in qualche modo frutto di una programmazione: un primo contributo in tale direzione può derivare dall'attività di mediazione impropria degli operatori del processo, che non ha nulla a che vedere con il pianeta della mediazione familiare, ma è un contributo spontaneo che gli operatori più sensibili, giudici ed avvocati, possono offrire ai coniugi in conflitto.

Invero l'esperienza mediativa può iniziare a realizzarsi anche fuori dalla stanza di mediazione, attraverso una sorta di accompagnamento delle persone (e non delle parti), da parte degli operatori del processo più sensibili, verso la scelta di un percorso di condivisione e di progettualità comune, e ciò nel rispetto delle rispettive professionalità e ruoli (giudice, avvocato) ben distinti da quello del

mediatore familiare.

Non è un mistero che giudici ed avvocati lavorano meglio con interlocutori ragionevoli ed aperti al dialogo.

Il giudice - che pure è chiamato a giudicare, e cioè a decidere secondo regole di diritto - nella sua posizione di terzietà ed equidistanza dalle parti, valorizzando il dialogo diretto con le stesse, può sollecitarle a cercare soluzioni condivise da porre a base dei suoi provvedimenti. Il che può avvenire sia all'udienza presidenziale che nel corso della fase di merito innanzi al giudice istruttore.

L'avvocato non è mediatore, perché coinvolto nella difesa di una parte (non è terzo equidistante). Sennonché, al contrario di quanto talora si è indotti a ritenere, egli non esercita il suo mandato per fomentare le liti, bensì per prevenirle ed arginare la deflagrazione giudiziaria, come dimostra il gran numero di ricorsi per separazione consensuale e per divorzio congiunto, e più di recente degli accordi extragiudiziali, in costante aumento.

Egli può, dunque, assistere la parte nella ricerca di soluzioni condivise, ma sempre nel suo interesse [9]**.**

In definitiva l'attività di mediazione impropria svolta dagli operatori del processo conduce sovente a risultati non paragonabili a quelli della mediazione vera e propria, perché favorisce accordi non sempre convinti e duraturi.

Le statistiche dimostrano un crescente ricorso al procedimento consensuale nelle separazioni e nel divorzio nonché - a partire dal 2015 – agli accordi extragiudiziali.

Invero la legge n. 132/2014, entrata in vigore alla fine del 2014, si è posta l'obiettivo di semplificare l'iter delle procedure di separazione e divorzio consensuali prevedendo la stipula di accordi extragiudiziali (con convenzione di negoziazione assistita da avvocati o direttamente presso gli uffici di stato civile).

I coniugi possono pertanto avvalersi di un iter più semplice dal punto di vista degli adempimenti procedurali, più rapido e meno oneroso rispetto al proce-dimento giudiziario [10].

[9] L'avvocato, ove dotato di specifica formazione e preparazione professionale, può essere anche mediatore familiare, ma con una riserva. Al mediatore si richiede anche riservatezza e confidenzialità nel rapporto con entrambi i coniugi, sicchè l'avvocato che scelga di fare il mediatore di una coppia non può successivamente assumere la difesa tecnica di uno dei due coniugi, conoscendo i segreti dell'altro, scattando una inevitabile incompatibilità di ruoli.

[10] In applicazione di queste norme, nel 2015, sono stati definiti presso gli Uffici di stato civile 27.040 divorzi (pari al 32,8% del totale dei divorzi del 2015) e 17.668 separazioni (pari al 19,3% sul totale delle separazioni). Questi procedimenti si sono sommati ai procedimenti conclusi presso i tribunali (rispettivamente pari a 55.429 per i divorzi e 74.038 per le separazioni) facendo lievitare sensibilmente l'entità del fenomeno e, soprattutto, i divorzi.

Tuttavia il dato, pur ottimistico, non è risolutivo del problema di fondo, che non è quello di conseguire un accordo purchessia, ma un consenso autenticamente guadagnato ed un margine di intesa reale e fondata tra le parti, che garantisca l'effettiva esecuzione e la sostenibilità nel tempo delle misure prese o prescritte.

Ed infatti le statistiche dimostrano parallelamente un largo impiego dei procedimenti (*ex* artt. 710 c.p.c. e 9 l. 898/70) di revoca e modifica delle statuizioni contenute nei provvedimenti di separazione e nelle sentenze di divorzio, ancorchè su base concordata.

Per conseguire l'obiettiva stabilità della regolamentazione della lite familiare è necessario indagare un altro pianeta, ancora sconosciuto anche a gran parte degli operatori giudiziari, quello della mediazione familiare.

4. Rapporti tra giurisdizione, mezzi di composizione amichevole e mediazione familiare.

La mediazione familiare si è sviluppata negli Stati Uniti - nell'ambito delle A.D.R. - sulla base di una riflessione condotta in ambito legale sull'inadeguatezza dei consueti strumenti contenziosi a gestire i conflitti interpersonali tipici della crisi coniugale.

Si è osservato che, soprattutto in presenza di figli, i rapporti tra coniugi separati o divorziati non si interrompono definitivamente, ma sono inevitabilmente destinati a proseguire. In questa prospettiva, qualunque assetto dei rapporti familiari che non sia accettato in maniera spontanea e responsabile da ciascuna parte, ma sia imposto autoritariamente dal giudice, corre il rischio di essere tutt'altro che risolutivo e di costituire soltanto la base di nuove incomprensioni e di reciproche tensioni [11].

La definizione di A.D.R. comprende l'insieme degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, di tipo extragiudiziale o extragiurisdizionale, ossia alternativo all'iter legale e giudiziario.

Le procedure più diffuse di A.D.R. sono: la mediazione, la conciliazione e l'arbitrato.

Anche la mediazione familiare si colloca nel sempre più ampio panorama degli interventi volti ad un decentramento del conflitto rispetto alla sede propriamente giurisdizionale e rappresenta, ancorché con caratteristiche proprie, una modalità alternativa al percorso giudiziario o, per essere più precisi, una modalità alternativa di approccio alla vicenda giudiziaria.

---

[11] G. IMPAGNATIELLO, *La mediazione familiare nel tempo della "mediazione finalizzata alla conciliazione" civile e commerciale*, in *Famiglia e Diritto*, 5/2011, p. 528.

Sennonché essa si distingue sotto vari profili dagli altri mezzi di composizione amichevole (transazione, conciliazione, arbitrato, mediazione a fini di conciliazione su diritti disponibili di cui al d.lgs. 28/2010), soprattutto perché non mira alla soluzione di conflitti, e tanto-meno ad una conciliazione, ma tende a ridurre gli effetti indesiderabili di un grave conflitto, ovvero a favorire una tregua tra i coniugi, una ripresa del dialogo tra loro: le parti in lite devono poter passare dalla condizione di *soggetto agitato* dalle proprie reazioni emotive all'interno delle dinamiche del conflitto a quella di *soggetto agente*, elaborando esse stesse - con l'aiuto non vincolante del mediatore - un progetto di regolamentazione concordata del conflitto.

L'elemento qualificante di ogni tipo di mediazione è proprio lo specifico ruolo attribuito alle emozioni, al conseguimento della pacificazione per effetto dello scoccare di una scintilla empatica che avvicina i contendenti. Al rigore metodologico deve sapersi coniugare l'arte del "sentire".

Durante il percorso di mediazione un terzo (o più spesso una coppia di mediatori) aiuta i coniugi, su loro sollecitazione, a superare la conflittualità, elaborando l'evento traumatico separazione e/o divorzio. Una volta riappropriatasi della capacità di dialogo, la coppia può impegnarsi nella elaborazione in prima persona degli accordi che meglio rispondano ai bisogni di tutti i membri della famiglia, con particolare riguardo agli interessi dei figli.

Rispetto al percorso giudiziario qui non si realizza un processo di delega, ma un processo di responsabilizzazione, perché lo scopo non è quello di ottenere la soluzione eteronoma del conflitto bensì quello di restituire alla coppia in crisi la capacità di dialogare, di continuare ad essere genitori insieme - nonostante l'evento separativo - per la gestione soprattutto del futuro dei propri figli.

Questo significa affrontare un percorso nel quale si riacquista la capacità di riconoscere la dignità del proprio interlocutore, cioè del coniuge che sta di fronte, lo si recupera come immagine significativa ed educativa per i propri figli e si ritrova la capacità di sedersi con lui a tavolino per elaborare in prima persona lo statuto della famiglia, riorganizzando la propria vita familiare e ritrovando eventualmente anche la possibilità di non separarsi più oppure almeno il dialogo e la capacità di programmare le tavole di separazione insieme.

Il mediatore è un professionista formato presso centri o scuole accreditati dal Forum Europeo di Formazione e Ricerca sulla Mediazione Familiare. È tenuto ad osservare tre principi fondamentali, sanciti dal Codice Deontologico Europeo dei Mediatori: imparzialità, neutralità e confidenzialità. Dall'osservanza dei tre principi sopra menzionati discende che il mediatore, in caso di invio giudiziario, non può essere considerato un ausiliario del giudice in senso tecnico (come il

c.t.u.), non partecipa all'attività giudiziaria e non presta giuramento.

L'obiettivo del mediatore familiare è proprio quello di fare in modo che i genitori si riapproprino della capacità di decidere in prima persona quello che fino a ieri decidevano, il che significa valorizzare una dimensione nuova, una nuova modalità di approccio alla lite familiare, che però dovrà essere sempre sottoposta al vaglio della giurisdizione attraverso gli aspetti tecnici curati dagli avvocati.

Appare ancor più chiaro in tal modo che la mediazione familiare si presenta come strumento non alternativo, ma integrativo e complementare alla giurisdizione (con funzione strumentale e non sostitutiva): il mediatore, collocato al di fuori del processo, dà il suo contributo, insieme a quello di altre professionalità (avvocato e giudice) al fine di raggiungere un obiettivo comune, che è quello di consentire una soluzione pacifica e condivisa della lite familiare.

5. Lo stato della legislazione (in particolare la l. 8 febbraio 2006, n. 54 ed il d.lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013).

Dagli Stati Uniti la sperimentazione delle nuove tecniche di mediazione familiare si è diffusa rapidamente in tutto il mondo occidentale, approdando in Europa negli anni '80.

L'atteggiamento della legislazione italiana di fronte alla mediazione familiare è stato finora assai timido, anche perché non dimentichiamo che l'istituto nel nostro Paese si è affacciato solo verso la fine degli anni '80: questo spiega il silenzio del codice del '42 [12] per un ausilio di questo tipo e perché i giudici abbiano fatto ricorso ad altri strumenti, quali prevalentemente le consulente psicologiche o le indagini tramite i servizi sociali.

Ci sono stati degli accenni normativi settoriali alla mediazione familiare (si pensi, per esempio, alla disciplina delle misure contro la violenza nelle relazioni familiari), ma sicuramente il terreno più propizio nel quale la mediazione familiare avrebbe dovuto trovare spazio è quello della legge sull'affidamento condiviso, perché la mediazione si sviluppa in un contesto storico-sociale nel quale è proprio la cogenitorialità che rappresenta la mèta ideale da raggiungere e quindi dovrebbe andare di pari passo con lo sviluppo di un modello di affidamento alternativo a quello classico tradizionale, che è mono-genitoriale.

L'affidamento condiviso - come già evidenziato nel paragrafo dedicato alla filiazione - ha

[12] Va considerato che il vigente codice di rito entrò in vigore in un contesto politico nel quale era massima l'esaltazione della giurisdizione come espressione dell'auctoritas dello Stato e del processo come luogo nel quale il giudice attua la funzione sovrana dello Stato di garantire la legalità.

rappresentato l'approdo di un lungo e faticoso cammino, culminato nel varo della legge n. 54/2006, il cui impianto è stato ripreso e per alcuni aspetti modificato dal d.lgs. n. 154 del 2013.

Alla luce dei principi che caratterizzano la nuova disciplina dell'affidamento della prole, non si può che convenire sul fatto che la bigenitorialità costituisce espressione di un diritto del figlio a conservare la presenza dei due genitori nella normalità della sua vita ed a continuare a crescere con le cure della madre e del padre anche dopo la loro separazione.

Non va, dunque, letta come una conquista dei genitori, in particolare del genitore che in passato non era riuscito ad avere il ruolo di affidatario dei figli, per lo più il padre.

Con la legge n. 54/06 prima, ed il d.lgs. n. 154/2013 attualmente, la potestà (o meglio la "responsabilità") non è più strutturata come un insieme di poteri che sono riconosciuti ai genitori per realizzare la funzione formativa di educazione ed istruzione dei figli, rispetto alla quale questi ultimi erano considerati in posizione di soggezione. Ora, i figli sono diventati protagonisti della vita familiare, titolari di diritti, ed i poteri dei genitori sono solo strumenti per adempiere ai loro doveri nei confronti della prole, sicché la potestà (*rectius* responsabilità) si caratterizza definitivamente come un *munus* volto a realizzare gli interessi dei minori, con una maggiore accentuazione proprio del profilo di responsabilità dei genitori nei confronti dei figli.

Tutti i poteri del giudice ed i diritti delle parti, che riguardano l'affidamento dei figli e la regolamentazione dei rapporti con i genitori, devono essere esercitati al fine di realizzare la finalità della legge, che è quella di assicurare il loro diritto a conservare un rapporto equilibrato e continuativo con i due genitori; di fare in modo che la separazione della coppia marito-moglie non venga percepita dal figlio anche come dolorosa separazione dei genitori, assicurandogli la conservazione delle sue precedenti abitudini di vita.

In tale ottica, la regolamentazione dell'esercizio della responsabilità, con la previsione che le decisioni che riguardano la vita dei figli siano adottate da entrambi i genitori (inderogabilmente quelle di maggiore interesse) realizza la loro esigenza di vedere che il padre e la madre, nonostante la separazione, decidono insieme della sua istruzione, educazione e cura, della sua vita quotidiana e del suo futuro.

Orbene, se alla luce della *ratio* della nuova normativa il diritto del minore alla bigenitorialità non può essere sacrificato aprioristicamente neppure in presenza di conflittualità elevata dei genitori (attraverso la rinuncia al modello di affido condiviso a favore di quello monogenitoriale), dovendosi invece adoperare per superare quella conflittualità, sarebbe stato allora naturale e logico valorizzare

nella giusta misura l'istituto della mediazione familiare, che offre un *assist*, un supporto adeguato allo scopo, che è quello di consentire ai coniugi di ritrovare la via del dialogo e la capacità di elaborare in prima persona un progetto educativo.

Sennonchè la legge n. 54/2006 non conteneva più alcun riferimento esplicito né al progetto di affidamento condiviso né alla mediazione familiare; dell'impianto originario si erano persi i pezzi strada facendo [13].

Un cenno alla mediazione era contenuto solamente nella parte finale del testo legislativo (art. 155 *sexies* c.c., introdotto dalla legge n. 54 del 2006), quale percorso eventuale nell'ambito di una lite già iniziata.

D'altro canto anche nel nuovo art. 337-*octies* c.c., aggiunto dall'art. 55 d.lgs. 28.12.2013 n. 154 a decorrere dal 7.02.2014 (sovrapponibile in tutto al precedente art. 155 *sexies*, comma 2, c.c.) permane solo un timido accenno all'ausilio di esperti in mediazione per favorire un accordo tra i coniugi, al quale si contrappone un'esaltazione della competenza decisionale e dei poteri del giudice, in difetto di accordi convincenti tra le parti.

L'art. 337-*ter*, comma 2, c.c. (sulla falsariga del previgente testo dell'art. 155, comma 2, c.c.) prevede, infatti, che il giudice "*valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione*

[13] Nei progetti Paniz 1 e 2 (presentati nel 2003) ed anche nel testo unificato del 2005 (licenziato dalla Commissione giustizia della Camera dei Deputati l'8 febbraio 2005, intitolato "*Disposizioni in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli*"), il giudice si limitava a prendere atto degli accordi intervenuti tra i genitori nel progetto di affidamento condiviso, purchè non palesemente contrari agli interessi dei figli, dovendo invece prendere provvedimenti solo in caso di disaccordo tra i genitori e tenendo conto delle rispettive proposte.

Invero, sia il progetto Tarditi, presentato il 30 maggio 2001, che le proposte di legge Paniz 1 e 2 valorizzavano il ricorso alla mediazione familiare, quale strumento idoneo messo a disposizione dei genitori per ritrovare una capacità comunicativa sufficiente e necessaria al mantenimento della co-genitorialità; si differenziavano tra loro per il fatto di prevedere un tentativo "facoltativo" ovvero "obbligatorio" di mediazione.

Quest'ultima previsione suscitò notevoli reazioni della dottrina e delle stesse associazioni dei mediatori familiari, sull'assunto che la spontaneità dell'adesione dei genitori al percorso mediativo costituisce presupposto indefettibile per la buona riuscita della mediazione stessa.

Il testo licenziato dalla Commissione giustizia della Camera dei Deputati in data 8 febbraio 2005 eliminava l'art. 709 *bis* c.p.c. sulla mediazione familiare obbligatoria (previsto dal testo Paniz), limitandosi a stabilire nell'art. 155 c.c. che i coniugi debbano concordare le modalità dell'affidamento condiviso in un "progetto di affidamento condiviso", obbligatoriamente allegato alla domanda di separazione, del quale il giudice debba prendere atto, decidendo solo in caso di disaccordo.

Sennonchè il testo del d.d.l. n. 3537, poi definitivamente approvato il 24 gennaio 2006, non conteneva più alcun riferimento esplicito né al progetto di affidamento condiviso né alla mediazione familiare; dell'impianto originario si erano persi i pezzi strada facendo.

dei figli". Alla luce dei tre predicati verbali presenti nella disposizione ("valuta …, determina …, fissando altresì …") è evidente che al giudice è attribuito il potere di "valutare" se l'affidamento ad entrambi i genitori appare plausibile, di "determinare" il collocamento del minore e di "fissare" le modalità della contribuzione.

È pur vero che l'intera proposizione va collegata alla frase successiva ("*prende atto, se non contrari agli interessi dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori*"), ma il vero problema è proprio quello della prevedibile assenza (in molti casi) di una piattaforma concordata, che finisce inevitabilmente per potenziare il ruolo decisionale del giudice.

Così ancora, in base al comma 3 dell'art. 337-*ter* c.c. (come nel previgente comma 3 dell'art. 155 c.c.), è il giudice a dover offrire una soluzione in caso di disaccordo tra i genitori relativamente alle decisioni di maggior interesse per i figli (istruzione, educazione, salute, scelta della residenza abituale del minore) e a poter, inoltre, stabilire che i genitori esercitino separatamente la potestà limitatamente alle questioni di ordinaria amministrazione (il che sarà inevitabile, ad esempio, allorché i genitori abitino in città diverse e distanti o vi sia un'elevata conflittualità). In tal caso all'esercizio pieno della potestà da parte dei genitori si sostituisce un esercizio della potestà definito dal giudice, ampliato per un genitore e limitato per l'altro o distribuito per incarichi differenziati.

Ai sensi del comma 4 dello stesso articolo, salvo accordi diversi liberalmente sottoscritti dalle parti, è il giudice che stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, tenuto conto che la regola generale diventa il mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito, cd. mantenimento diretto.

È ancora il giudice - come già visto - che può disporre, in base all'art. 337-*quater* c.c. (che riproduce il precedente testo dell'art. 155 *bis* c.c.), l'affidamento esclusivo del minore ove ritenga che l'affidamento condiviso sia contrario all'interesse del medesimo.

L'art. 337-*octies* c.c. (come già il precedente art. 155 *sexies* c.c.) è poi specificamente dedicato ai poteri istruttori del giudice, il quale può assumere, su impulso di parte oppure d'ufficio, mezzi di prova, nonchè disporre accertamenti sui redditi, tramite polizia tributaria, anche verso «soggetti diversi» (per es. parenti, ma anche società). L'assunzione dei mezzi di prova può avvenire anche nella fase presidenziale, prima ancora dell'emissione dei provvedimenti provvisori. Questa istruttoria anticipata in sede presidenziale appare tecnicamente incompatibile con i tempi brevissimi richiesti per l'emissione dei provvedimenti urgenti, provvedimenti che, in caso di assunzione di mezzi di prova, dovranno essere differiti. Inoltre sembra inconciliabile con le contrapposte necessità

delle parti di ottenere un provvedimento, che metta un primo punto fermo ad una situazione che lo stesso legislatore definisce meritevole di rimedi immediati.

È prevista espressamente l'audizione nel giudizio del figlio minore ultra-dodicenne (o di età inferiore ove capace di discernimento), anche se non ne sono disciplinate le modalità.

Finora i giudici hanno compiuto le audizioni mediante il ricorso a una consulenza tecnica d'ufficio o ad un'audizione diretta. Poiché l'interesse del minore deve essere oggi primariamente soddisfatto, questa possibilità di una sua presenza al momento di stabilire il nuovo assetto familiare deve essere utilizzata non più per rispondere ad assurde richieste di scelta tra un genitore e l'altro, ma per partecipare, in un contesto non traumatico, alla costruzione della sua futura giornata, suggerendo ciò che per lui possa risultare più agevole o meno scomodo.

Infine la norma richiama la possibilità di un intervento mediatorio ove il giudice ne ravvisi l'opportunità ed i coniugi siano d'accordo, ma non ne vengono specificati nè i tempi nè le modalità.

Appare fin troppo evidente che anche nel nuovo impianto normativo rimane la regola per cui a decidere è sostanzialmente il giudice, in difetto di accordi tra le parti (eventualità assai frequente atteso il tasso di litigiosità che l'ambiente giudiziario accresce).

L'opzione legislativa è stata quindi quella di inserire il percorso di mediazione familiare all'interno del procedimento di separazione o divorzio, solo previo consenso delle parti, qualora il giudice ne ravvisi l'opportunità; emerge inoltre che la scelta dell'esperto, necessaria per raggiungere un accordo, è lasciato alle parti (ancorché sarebbe preferibile una specifica indicazione in tal senso da parte dell'autorità giudiziaria).

Tale blanda ed eventuale utilizzazione della mediazione familiare rischia in concreto di accrescere le difficoltà applicative del nuovo modulo di affido condiviso, posto che viene a mancare l'occasione di indirizzare le parti in conflitto verso un processo di mediazione che, con il necessario supporto di un professionista, aumenti significativamente le possibilità di raggiungere un accordo e, soprattutto, le possibilità che tale accordo venga rispettato e mantenuto nel tempo, e ciò malgrado la nuova realtà normativa (di cui alla legge 8 febbraio 2006, n. 54 ed al d.lgs. n. 154 del 2013) collochi al centro della disciplina (con norma di carattere precettivo e non meramente programmatico) il diritto del minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori ed a conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Va, peraltro, sottolineato che sotto il profilo normativo permanevano diverse zone grigie in merito p.e. alla identificazione della figura del mediatore (perché si parla genericamente di

"esperti"), alla scelta dell'esperto (parendo eccessiva la libertà lasciata alle parti), al momento più opportuno per tentare la mediazione (anteriore oppure in qualunque fase del processo), alla efficacia (in termini di vincolatività o meno) dell'accordo raggiunto al termine del percorso di mediazione.

In ultimo, la legge n. 162 del 2014, che ha convertito in legge, con modificazioni, il decreto-legge n. 132 del 2014, recante «*misure urgenti di degiurisdiziona-lizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*», e che introduce la così detta «*negoziazione assistita*», pur facendo espresso richiamo alla mediazione familiare, non disciplina la materia, né illustra chi siano i professionisti mediatori familiari.

Tale vaghezza costituisce in qualche modo il riflesso del clima di sfiducia o, quanto meno, di diffidenza serbato dagli operatori giuridici e, più in generale, dall'opinione pubblica nei confronti della figura del mediatore familiare, per molti aspetti ancora inesplorata; il che ripropone il problema dei requisiti di accesso alla categoria del mediatore familiare, alla sua specifica professionalità ed ai suoi rapporti con l'avvocatura (soprattutto per evitare qualsivoglia conflitto di interesse).

Per rafforzare l'ostilità alla mediazione sono stati cercati anche argomenti di natura economica. Si è affermato, cioè che "*I giudizi di separazione e di divorzio sono esenti da oneri economici processuali. Non appare pertanto accettabile che il costo della mediazione venga a gravare sulla coppia*" (Comm. Affari Sociali, 9 novembre 2004).

Altri hanno rimarcato "*l'assoluta insufficienza dei centri pubblici di mediazione, che sono gratuiti. Tutto ciò significherà un incremento della domanda di centri di mediazione privati, con inevitabile effetto di aumentare ulteriormente gli oneri del processo a danno delle parti*" (Comm. Giustizia, 21 luglio 2004).

In realtà tali obiezioni sono agevolmente confutabili. Intanto di centri pubblici, con personale retribuito, se ne contano già adesso circa 250, in continuo aumento, a fronte di 165 tribunali. D'altra parte, se la coppia preferisce un centro privato (ce ne sono già un migliaio, sparsi ovunque) è logico che se lo paghi; e, comunque, le consulenze tecniche d'ufficio sono imposte e risultano generalmente onerose, ma nessuno se ne lamenta.

Infine, anche optando per un centro privato, la parcella del mediatore (nella fascia di 50,00/100,0 euro a seduta) non può essere paragonata con quella dell'avvocato.

Le svolte considerazioni evidenziano la necessità che il legislatore si faccia carico di queste problematiche attraverso una chiara definizione della figura del mediatore familiare e del suo

inquadramento professionale (trattandosi di soggetto chiamato ad operare in un contesto difficile e delicato quale quello della crisi familiare, sicchè non è pensabile che lo stesso possa arrecare - ai soggetti in essa coinvolti – ulteriori traumi e pregiudizi a causa di una preparazione inadeguata o approssimativa), ovvero attraverso l'indicazione di un percorso alternativo capace di offrire alla coppia un valido ausilio per recuperare quel dialogo costruttivo, presupposto indispensabile per il buon funzionamento del modello di affidamento condiviso [14].

6. Recenti iniziative legislative. Conclusioni

6.1In tale direzione vanno ricordate alcune iniziative legislative, che restituivano alla mediazione familiare un ruolo di primario rilievo al fine di favorire una nuova cultura di gestione del conflitto familiare prevedendo un passaggio obbligatorio informativo presso un centro di mediazione: mi riferisco in particolare all'art. 8 del ddl n. 957/08 dell'8.07.2008 (Valentino PDL e altri), riprodotto poi nel ddl n. 2454/10 del 16.11.2010 (Poretti PD e altri), e succesivamente al ddl n. 2686 del 2017 intitolato "*Istituzione della figura del mediatore familiare e disposizioni in materia di mediazione familiare".*

In tale direzione si è mosso pure il disegno di legge n. 735 del 2018 (*Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità*), presentato in data 1.08.2018 (Pillon), con l'obiettivo di una «progressiva de-giurisdizionalizzazione» (il conflitto familiare non deve cioè arrivare di norma in tribunale) e la volontà di rimettere «*al centro la famiglia e i genitori*», lasciando al giudice il «*ruolo residuale di decidere nel caso di mancato accordo*».

La previsione in tali disegni di legge di un passaggio obbligatorio della coppia con figli minorenni presso un centro di mediazione, quale condizione di procedibilità del successivo ricorso per separazione o divorzio, ha suscitato criticheda parte dell'AIAF e dell'AIMMF, che hanno sottolineato come "*è evidente il tentativo di rendere obbligatorio l'intero percorso della mediazione*

[14] Sotto quest'ultimo profilo giova ricordare che il disegno di legge n. 66 sull'affidamento condiviso (che si basava essenzialmente su uno studio condotto dall'associazione "Crescere Insieme": v. M. MAGLIETTA, *Il figlio diviso*, in *Testimonianze*, anno XLI (398), 111-125, 1998) si preoccupava - attraverso l'art. 155 *ter* c.c. - di fornire ai genitori, ove necessario, un supporto (centro familiare polifunzionale) per impostare correttamente un nuovo tipo di vita, accettando i necessari sacrifici non tanto per venire incontro ai desideri dell'altro, quanto per rispettare le esigenze del bambino. Il centro era stato pensato come unità in grado di offrire ogni genere di aiuto di cui la coppia possa necessitare: non solo mediazione, ma anche consulenza e terapia familiare. Centri di questo genere - o studi professionali con l'una o l'altra delle qualifiche - sono già attivi in Italia, per cui non esiste un concreto problema di disponibilità di competenze, ma appare, tuttavia, necessaria una legge istitutiva che ne disciplini caratteristiche e funzionamento.

familiare, nonostante sia ben noto che tutti i mediatori italiani, nonché gli psicologi, siano assolutamente contrari alla sua imposizione obbligatoria" (v., in particolare, le critiche mosse nel documento del Centro Studi Livatino).

Se effettivamente dovesse prevalere questa interpretazione, nel senso della obbligatorietà dell'intero percorso di mediazione, allora le perplessità e le critiche ci sembrerebbero giustificate.

La coppia con figli minorenni sarebbe obbligata a fare un percorso di mediazione prima di andare in Tribunale per separarsi o divorziare, al fine di arrivare a un "piano genitoriale" condiviso sulla gestione dei figli. La mediazione – a pagamento - sarebbe obbligatoria anche nel caso in cui i coniugi avessero già trovato un accordo e si applicherebbe anche ai processi in corso.

Si tenga conto che la mediazione costa a persona dai 50 ai 100 euro a seduta e che al costo del mediatore va aggiunto il costo dell'avvocato che dovrebbe presenziare almeno alla prima seduta.

La mediazione inoltre sarebbe obbligatoria anche nell'ipotesi di violenza domestica, dove chi subisce abusi (nella maggioranza dei casi le donne) non può palesare al partner la decisione di separarsi, che - come la triste storia della violenza di genere insegna - potrebbe far scattare in un soggetto violento reazioni pericolose e men che meno parlarne innanzi a un mediatore e faccia a faccia con il suo aguzzino, col risultato aberrante che il coniuge abusato sarebbe costretto a fare un percorso di mediazione con l'altro coniuge, anche per molti mesi.

Peraltro la mediazione, prevedendo l'obbligo di riservatezza delle sedute, ha la conseguenza di "privatizzare la violenza", creare un'area al di fuori della zona di azione dei giudici dove eventuali abusi emergono, ma sono occultati all'interno delle dinamiche di coppia in conflitto.

Giova al riguardo ricordare che l'obbligo della mediazione familiare va contro l'art. 48 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla Prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica: "*Le parti [ovvero gli Stati firmatari di cui fa parte l'Italia] devono adottare le necessarie misure legislative o di altro tipo per vietare il ricorso obbligatorio a procedimenti di soluzione alternativa delle controversie, incluse la mediazione e la conciliazione, in relazione a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione"*.

Tali critiche sono superabili ove si propendesse per la tesi dell'obbligatorietà limitata al c.d. passaggio informativo, che lascia impregiudicata la successiva scelta, libera e consapevole, delle parti di sottoporsi alla mediazione vera e propria.

Questa interpretazione sembrerebbe avallata dalla previsione – in tali disegni di legge - del rilascio da parte del mediatore ai coniugi di un'attestazione, sottoscritta dai medesimi, in cui dà atto che gli stessi hanno tentato la mediazione e informa del relativo esito.

Se, infatti, è vero che il percorso di mediazione familiare necessita del carattere della volontarietà per poter essere perseguito con la necessaria efficacia, è altrettanto vero che difficilmente la coppia accederà alla mediazione senza un'adeguata informazione sulla stessa e sulle sue potenzialità.

Dagli incontri obbligatori con il mediatore può conseguire l'instaurazione di un percorso comune per addivenire a un accordo condiviso, equilibrato e duraturo fra le parti riguardo l'organizzazione dei rapporti personali e patrimoniali fra i genitori e i figli minorenni dopo la cessazione della convivenza, garantendo la continuazione di un rapporto genitoriale idoneo a soddisfare i bisogni affettivi e materiali dei figli.

Se interpretato correttamente in tal senso può dirsi che tali iniziative legislative intendono colmare un'evidente lacuna del legislatore italiano, che, nonostante le direttive e raccomandazioni dell'Unione europea in materia di mediazione civile, ha fino ad oggi incomprensibilmente omesso di prevedere l'obbligatorietà del primo incontro informativo di mediazione in materia di diritto di famiglia, settore che coinvolge la vita delle persone in modo molto più incisivo che in altri settori e nel quale si rendono necessari strumenti di soluzione del conflitto proprio a tutela dei soggetti più deboli, in primo luogo i minori, i quali per lo più subiscono passivamente le conseguenze pregiudizievoli delle crisi conflittuali tra i propri genitori, con gravi ripercussioni sul loro equilibrio psico-fisico.

La mediazione familiare, di cui dunque viene reso obbligatorio il primo incontro informativo, diviene pertanto uno strumento necessario e ineludibile nei procedimenti di separazione e divorzio, al fine di prevenire, elidere o attenuare la conflittualità tra le parti, trasformandola in una rinnovata capacità di raggiungere accordi e di collaborare quali genitori responsabili dell'educazione, della crescita equilibrata e della salute psico-fisica dei propri figli.

Rendendo obbligatorio solo ed esclusivamente il primo incontro informativo (che peraltro dovrebbe essere caratterizzato da gratuità) [15], viene così salvaguardata sia la corretta funzionalità

[15] L'art. 4 del d.d.l. Pillon prevede che è gratuito solo il primo incontro di mediazione, mentre gli altri sono a carico delle due persone che si stanno separando.

dell'istituto sia libertà da condiziona-menti, posto che i genitori sono liberi di intraprendere o proseguire tale percorso, avendo ciascuno di essi la facoltà di porvi fine in qualsiasi momento.

In relazione poi alle situazioni di particolare gravità, poi, come nelle ipotesi di violenza endofamiliare o abusi (che sono comunque residuali, considerato che ogni giorno si registrano in Italia 480 separazioni e divorzi, cui si aggiungono almeno 150 separazioni di coppie di fatto, e che sono comunque contemplate dal ddl come causa di esclusione dell'affidamento condiviso), in cui la mediazione non è praticabile, come previsto dall'art. 48 della Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011, ferme le tutele penali e quelle parapenali rappresentate dagli ordini di protezione della vittima, sarà dovere del mediatore non avviare o interrompere il procedi-mento di mediazione, certificando la non mediabilità della coppia per la sussistenza di violenze domestiche o abusi in famiglia o comunque assicurando (come avviene, ad esempio, in Austria) che non avvenga un incontro fra la vittima e l'autore della violenza o dell'abuso. Del resto, è significativo che, anche dopo la ratifica ed esecuzione della Convezione di Istanbul da parte dell'Italia (avvenuta con l. n. 77/2013), non sia venuto meno il tentativo di conciliazione che l'art. 708 cod. proc. civ. e l'art. 4 l. n. 898/1970 impongono come incombente obbligatorio a carico del giudice nei giudizi di separazione e di divorzio.

6.2 Al termine di questa riflessione sulle caratteristiche e sulle finalità della mediazione familiare, come sopra evidenziate, può affermarsi con convinzione che essa è uno strumento, alternativo alla via giudiziaria, di "*pacificazione genitoriale*", indispensabile per l'attuazione del principio di bigenitorialità e, più in generale, per l'affermazione di un nuovo modello di giustizia compositiva delle liti familiari

L'auspicio è che si possa realizzare, nel più breve tempo possibile, una nuova cultura di gestione del conflitto familiare attraverso un percorso nel quale tutte le professionalità, con umiltà e spirito di servizio, siano sinergicamente orientate al raggiungimento del medesimo obiettivo, quello di offrire una soluzione pacifica ai problemi della coppia in crisi, e che, attraverso il diretto coinvolgimento dei protagonisti, restituisca ai confliggenti dignità e responsabilità ed ai minori un significativo livello di serenità e di benessere psicofisico [16].

[16] Sul tema cfr., più diffusamente, L. GUAGLIONE, *Il conflitto coniugale tra mediazione familiare e intervento giudiziale*, cit., p. 191 e ss.; S. MAZZAMUTO, *La mediazione nella tutela della famiglia*, Torino, 2013.

Simona Gambacorta

Garanzia per i vizi nel contratto di appalto e onere della prova

SOMMARIO: 1. Garanzia per i vizi e onere della prova nella compravendita e nell'appalto: dalla decisione delle Sezioni Unite in materia di compravendita all'emersione di un nuovo contrasto giurisprudenziale in materia di appalto - 2. Il punto di vista di Cass. n. 19146/2013 circa il rilevato contrasto - 3. Vaglio sull'utilizzabilità del percorso argomentativo utilizzato dalle Sezioni Unite n. 11748/2019 al contratto di appalto - 4. Conclusioni

1. Garanzia per i vizi e onere della prova nella compravendita e nell'appalto: dalla decisione delle Sezioni Unite in materia di compravendita all'emersione di un nuovo contrasto giurisprudenziale in materia di appalto

Recentemente la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 11748/2019, ha risolto il contrasto giurisprudenziale formatosi circa il soggetto tenuto a provare l'esistenza dei vizi della cosa nel contratto di compravendita (venditore o compratore), ove l'acquirente intenda avvalersi in giudizio della garanzia prevista dall'art. 1490 c.c.

Analogo interrogativo si pone in materia di appalto, con riguardo alla garanzia per i vizi dell'opera disciplinata dagli artt. 1667, 1668, 1669 c.c.

Scorrendo le pronunce della Cassazione sul tema indicato, si rileva, infatti, un contrasto di giurisprudenza, proprio come in materia di compravendita (prima della risoluzione ad opera delle Sezioni Unite).

Ci sono infatti sentenze che affermano che l'onere probatorio sia in capo al committente (ad esempio, Cass. n. 5250/2004 e n. 21269/2009) ed altre che affermano il contrario, trasponendo, alla materia in questione, il principio generale in tema di riparto dell'onere probatorio nella responsabilità contrattuale fissato dalla nota sentenza Cass. Sez. Un. n. 13533/2001.

Così, ad esempio, Cass. n. 5250/2004 afferma: "*incombe al committente l'onere probatorio in ordine alla sussistenza dei vizi dedotti a fondamento della domanda di risoluzione del contratto di appalto, mentre compete all'appaltatore addurre l'esistenza di eventuali cause che impediscano al committente di far valere il suo diritto*";

Diversamente, Cass. n. 936/2010 si esprime nei seguenti termini: "*In tema di inadempimento del contratto di appalto, le disposizioni speciali dettate dal legislatore attengono essenzialmente*

alla particolare disciplina della garanzia per le difformità ed i vizi dell'opera, assoggettata ai ristretti termini decadenziali di cui all'art. 1667 cod. civ., ma non derogano al principio generale che governa l'adempimento del contratto con prestazioni corrispettive, il quale comporta che l'appaltatore, il quale agisca in giudizio per il pagamento del corrispettivo convenuto, abbia l'onere - allorché il committente sollevi l'eccezione di inadempimento di cui al terzo comma di detta disposizione - di provare di aver esattamente adempiuto la propria obbligazione e, quindi, di aver eseguito l'opera conformemente al contratto e alle regole dell'arte".

2. Il punto di vista di Cass. n. 19146/2013 circa il rilevato contrasto

Del rilevato contrasto giurisprudenziale tratta la sentenza della Cassazione n. 19146/2013, la quale tuttavia, pur dando atto dei divergenti orientamenti, ritiene di non dover rimettere la questione alle Sezioni Unite poiché si tratterebbe di un contrasto solo apparente.

In questa sentenza, infatti, la Suprema Corte sottolinea la peculiarità della fattispecie oggetto della sentenza n. 936/2010, caratterizzata dal fatto che il collaudo dell'opera aveva avuto esito negativo, per cui l'opera non era mai stata accettata dal committente ex art. 1665 c.c. E' questa particolarità, secondo la Cassazione, a comportare l'onere dell'appaltatore di provare l'esattezza del proprio adempimento e a ritenere il contrasto di giurisprudenza solo apparente, sostenendo che "*la diversità di soluzioni, apparentemente rinvenibili nelle massime riconducibili all'uno o all'altro indirizzo, sia in realtà il risultato, o la conseguenza, della diversa fase negoziale in cui la questione dell'onere probatorio fra le parti può venire in gioco*".

La Cassazione, ripercorrendo il quadro normativo di cui agli artt. 1665 e 1667 c.c., in cui l'accettazione dell'opera ha conseguenze sullo stesso ambito della garanzia per le difformità e i vizi dell'opera, arriva ad individuare il momento dell'accettazione (anche tacita) dell'opera, come "*spartiacque ai fini della distribuzione dell'onere della prova tra le parti*". Questa la massima:

"*In tema di garanzia per difformità e vizi nell'appalto, l'accettazione dell'opera segna il discrimine ai fini della distribuzione dell'onere della prova, nel senso che, fino a quando l'opera non sia stata espressamente o tacitamente accettata, al committente è sufficiente la mera allegazione dell'esistenza dei vizi, gravando sull'appaltatore l'onere di provare di aver eseguito l'opera conformemente al contratto e alle regole dell'arte, mentre, una volta che l'opera sia stata positivamente verificata, anche "per facta concludentia", spetta al committente, che l'ha accettata e che ne ha la disponibilità fisica e giuridica, dimostrare l'esistenza dei vizi e delle conseguenze*

dannose lamentate, giacché l'art. 1667 cod. civ. indica nel medesimo committente la parte gravata dall'onere della prova di tempestiva denuncia dei vizi ed essendo questo risultato ermeneutico in sintonia col principio della vicinanza al fatto oggetto di prova".

Il ragionamento che fa la Cassazione è il seguente: finché l'opera non sia, espressamente o tacitamente accettata, l'applicazione all'appalto del principio generale che governa l'adempimento del contratto con prestazioni corrispettive importa che, sorta contestazione sull'esattezza dell'adempimento dell'obbligazione (nel caso specifico, perché il collaudo aveva avuto esito negativo), al committente che faccia valere in giudizio la garanzia per i vizi dell'opera è sufficiente la mera allegazione dell'esistenza dei vizi, gravando sull'appaltatore, debitore della prestazione, l'onere di provare di aver eseguito l'opera conformemente al contratto e alle regole dell'arte. Invece, una volta verificata positivamente l'opera, anche per *facta concludentia*, è il committente che accetta e che ne ha la disponibilità fisica e giuridica a dover dimostrare l'esistenza dei vizi.

La Suprema Corte, dunque, fonda il proprio orientamento sul principio, riconducibile all'art. 24 Cost. ed al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'agire in giudizio, di vicinanza della prova.

E' interessante notare che la citata sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 11748/2019 in materia di onere probatorio dei vizi nella compravendita, nella parte finale della motivazione, osserva che l'orientamento prescelto (che addossa all'acquirente l'onere di provare l'esistenza dei vizi) è armonico rispetto alle "*analoghe soluzioni elaborate dalla giurisprudenza di legittimità in materia di prova dei vizi della cosa nel contratto di appalto e nel contratto di locazione*" e, con riguardo al contratto di appalto, richiama proprio la sentenza n. 19146/2013 sopra esaminata, sembrando quindi dare per scontato che sia questo l'orientamento da seguire in materia di appalto.

3. Vaglio sull'utilizzabilità del percorso argomentativo utilizzato dalle Sezioni Unite n. 11748/2019 al contratto di appalto

Certamente le due garanzie per i vizi, nella compravendita e nell'appalto, presentano delle analogie e pertanto può essere utile interrogarsi sulla spendibilità delle argomentazioni utilizzate dalle Sezioni Unite in materia di compravendita anche con riferimento al contratto di appalto.

Al riguardo può evidenziarsi che la decisione delle Sezioni Unite si basa su tre snodi motivazionali di cui almeno due, quello fondato sul principio di vicinanza della prova e quello

ispirato al principio *negativa non sunt servanda*, restano pienamente validi ed applicabili anche alla materia dell'appalto.

Quanto al primo, le Sezioni Unite rammentano come il principio di vicinanza della prova è alla base anche della sentenza n. 13533/2001 che detta le regole generali in tema di riparto dell'onere probatorio nelle obbligazioni contrattuali e, in materia di vendita, sottolinea come il compratore, avendo la disponibilità materiale della cosa, è la parte che può meglio accertare il vizio. Il medesimo ragionamento può farsi rispetto al committente che, avendo accettato l'opera, ha la disponibilità materiale e giuridica della stessa, argomento che come si è visto si rinviene nella sentenza n. 19146/2013.

Il principio di vicinanza della prova assume portata centrale nella materia del riparto dell'onere probatorio, per la sua matrice costituzionale (art. 24 Cost.) ed il suo aggancio al principio di effettività della tutela giurisdizionale di derivazione europea che trova riconoscimento negli artt. 19 Trattato sull'Unione Europea, art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, art. 263 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e art. 6 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nella sua declinazione particolare di divieto di adottare una disciplina della tutela giurisdizionale che renda praticamente impossibile o eccessivamente gravoso l'esercizio dei diritti attribuiti al singolo.

Difatti le Sezioni Unite in materia di compravendita rimarcano come l'orientamento prescelto sia conforme alla disciplina dei contratti dei consumatori di derivazione europea, osservando come anche il diritto dell'Unione Europea addossi all'acquirente l'onere di provare la difformità della cosa dalla relativa descrizione contrattuale.

La Direttiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio prevede infatti – all'art. 2, paragrafo 2 – una presunzione *iuris tantum* di conformità al contratto dei beni venduti, qualora ricorrano le condizioni ivi elencate; essa inoltre – all'art. 3, paragrafo 1 - pone in capo al venditore la responsabilità per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene. Tali disposizioni – che trovano corrispondenza nell'art. 129, comma 2, e rispettivamente, nell'art. 130, comma 1, del codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206) – sono state interpretate nella sentenza CGUE 4.6.15 C-497/13 nel senso che dal loro combinato disposto "*si evince che, in linea di principio, è compito del consumatore produrre la prova che esiste un difetto di conformità e che quest'ultimo esisteva alla data di consegna del bene*" (p. 52). La Corte di Giustizia ha, peraltro, precisato che il suddetto principio viene derogato, per il caso in cui il difetto di conformità

si sia manifestato entro sei mesi dalla consegna del bene, dalla presunzione di esistenza del difetto di conformità al momento della consegna prevista dall'art. 5, paragrafo 3, della medesima direttiva 1999/44 (a cui corrisponde l'art. 132, comma 3, del codice del consumo) e non è privo di rilievo che detta deroga sia stata spiegata dalla Corte di Lussemburgo proprio con riferimento al principio di vicinanza della prova (cfr. p. 54: "questo alleggerimento dell'onere della prova a favore del consumatore è fondato sulla *constatazione che, qualora il difetto di conformità emerga solo successivamente alla data di consegna del bene, fornire la prova che tale difetto esisteva già a tale data può rivelarsi "un ostacolo insormontabile per il consumatore", mentre di solito è molto più facile per il professionista dimostrare che il difetto di conformità non era presente al momento della consegna e che esso risulta, per esempio, da un cattivo uso del bene fatto dal consumatore*").

Quanto al principio *negativa non sunt probanda*, anche questo, ricordano le Sezioni Unite, ispira la sentenza n. 13533/2001, e sottolineano che la prova dell'esistenza del vizio della cosa è una prova positiva, più agevole di quella negativa di inesistenza del vizio medesimo. Il medesimo principio è certamente valido anche in materia di appalto, potendo al riguardo altresì evidenziarsi che il vizio, rispetto al concetto di inadempimento in generale, ha un sostrato materiale che rende piana l'applicazione dell'art. 2967 c.c.

Ciò basterebbe a ritenere che l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione in materia di vizi nella compravendita debba trovare applicazione anche in materia di appalto (con i *distinguo* fatti da Cass. n. 19146/2013 riguardo all'avvenuta, o meno, accettazione dell'opera); tuttavia per completezza si esamina anche l'ulteriore punto motivazionale utilizzato delle Sezioni Unite per arrivare ad affermare che sia il compratore a dover dare la prova dei vizi, per poi chiedersi se il medesimo ragionamento possa valere anche in materia di appalto.

Nella sentenza n. 11748/2019 le Sezioni Unite, pur dichiarando di non condividere l'orientamento dottrinale che ricostruisce la garanzia per i vizi come un rimedio di tipo assicurativo, affermano tuttavia che non vi è per il venditore alcun obbligo di prestazione relativo alla immunità della cosa dai vizi, perché il venditore ha solo l'obbligo di consegnare la cosa nello stato in cui si trova al momento dello scambio dei consensi ed a prescindere dalla presenza di vizi. In altri termini, le Sezioni Unite sostengono che la consegna di cosa viziata, pur essendo violazione della *lex contractus*, non configura inadempimento di obbligazioni, ciò che appunto giustifica la mancata applicazione dei principi generali in materia di riparto dell'onere della prova in tema di inadempimento contrattuale sanciti da Cass. n. 13533/2001.

Dunque, le Sezioni Unite sanciscono che: la garanzia per i vizi a cui è tenuto il venditore non integra un'obbligazione, dà vita ad una responsabilità contrattuale speciale, disciplinata appunto dalle norme sulla garanzia per i vizi e determina, per il venditore, non già un obbligo ma una situazione di soggezione alle azioni edilizie che l'acquirente può esperire.

Questo punto motivazionale è forse meno spendibile in materia di appalto, poiché dovrebbe negarsi che l'appaltatore abbia l'obbligo di costruire un'opera esente da vizi, avendo solo l'obbligo di costruire l'opera, ma tale affermazione desta quanto meno delle perplessità, considerando che l'obbligazione dell'appaltatore è proprio un'obbligazione di *facere* che deve svolgersi nel rispetto delle buone regole dell'arte tecnica.

Ad ogni modo, gli altri due punti motivazionali appaiono prevalenti, anche per essere proiezione, come visto, di principi costituzionali ed europei.

4. Conclusioni

In conclusione, l'orientamento sulla materia in trattazione che attualmente appare più convincente perché armonico rispetto ad una lettura costituzionalmente orientata ed al diritto europeo, è quello di cui alla sentenza n. 19146/2013 (richiamato anche da Cass. Sez. Un. 11748/2019) per cui, ogni volta che il committente abbia accettato l'opera, anche in maniera tacita (come quando la riceve senza riserve, art. 1665 comma 4 c.c.), è lo stesso committente a dover provare l'esistenza dei vizi.

La questione esaminata non è solo teorica; può apprezzarsene, infatti, il rilievo pratico in diverse situazioni tutt'altro che infrequenti nella pratica giurisdizionale, ad esempio:

- vi è stato un mutamento dello stato dei luoghi, si determina quindi l'impossibilità di accertare i vizi; questa situazione è proprio quella che ricorreva nel caso preso in esame da Cass. n. 19146/2013, in cui il CTU era stato nell'impossibilità di verificare la sussistenza dei vizi in un negozio ristrutturato di Torino perché nel frattempo vi era stato un cambio di gestione con un mutamento della situazione dei luoghi; dice la Cassazione: "*tale mancato accertamento, essendo incontroversa l'avvenuta consegna dell'opera da parte dell'appaltatore, non poteva che ricadere sul committente*"; si pensi pure ai casi non infrequenti in cui, prima della modificazione dello stato dei luoghi, non venga fatto un ATP e il committente chieda una prova testimoniale che poi non riesce effettivamente ad accertare i vizi;

- aspetti tecnici che la CTU comunque non riesca a dirimere, sia sotto il profilo fattuale, sia sotto quello della riconducibilità causale del difetto all'opera dell'appaltatore; anche in tal caso il mancato accertamento, aderendo all'orientamento indicato, deve ricadere sul committente;

- caso, forse il più frequente (si pensi ad opposizioni a decreto ingiuntivo di carattere dilatorio) di allegazioni generiche dei vizi (vizi descritti solo genericamente, mancanza di perizia tecnica di parte etc.); in tutte queste ipotesi, partendo dal presupposto dell'onere probatorio dei vizi in capo al committente, la motivazione del giudice è certamente rafforzata nel valutare una richiesta di CTU esplorativa e nel sottolineare il carattere generico delle allegazioni.

Infine, è il caso di osservare che, una volta assolto da parte del committente l'onere di provare l'esistenza dei difetti, sorge a carico dell'appaltatore l'onere di provare che la cattiva esecuzione dell'opera è stata determinata dall'impossibilità di un esatto adempimento della prestazione derivante da causa ad esso non imputabile. La colpa dell'appaltatore è infatti presunta, in aderenza alla regola generale di cui all'art. 1218 c.c.

Luciano Guaglione

L'evoluzione giurisprudenziale della colpa medica

Sommario: 1. La responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria alla luce della legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) - 2. Il quadro delle azioni esperibili - 3. L'azione contrattuale nei confronti della struttura sanitaria - 4. L'azione extracontrattuale nei confronti del medico strutturato – 5. La prova del nesso di causalità – 6. La rilevanza, sul piano probatorio, dell'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali.

1. La responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria alla luce della legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco)

La problematica dell'onere probatorio in materia di responsabilità medica è strettamente correlata al regime ed alla natura di tale responsabilità per come delineata dal legislatore, che con la **legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco)** ha introdotto significative modifiche sostanziali in materia penale e civile rispetto alla sua tradizionale configurazione, al fine di realizzare taluni **obbiettivi dichiarati:**

1) concentrare la responsabilità in capo alle strutture, **agevolando i medici che vi operano** (con esclusione dei medici che erogano prestazioni in base a rapporti contrattuali direttamente intervenuti con i pazienti) e consentendo loro di attendere alla loro attività con maggior serenità; **ciò anche al fine di porre un argine al c.d. fenomeno della "medicina difensiva"**, ravvisabile in quella distor-sione operativa che vede gli esercenti della professione sanitaria più preoccupati di difendere la loro posizione (davanti a possibili attacchi risarcitori) che di curare il paziente;

2) costruire un sistema di tutela efficace dei danneggiati, presidiato - oltre che dalla stessa realizzazione di un efficiente sistema di **sicurezza delle cure e di prevenzione dei rischi - dall'introduzione di un sistema assicurativo obbligatorio**, globalmente strutturato, assistito dall'azione diretta mutuata dall'ambito della rc auto (con i suoi corollari, tra cui la non opponibilità al terzo delle eccezioni contrattuali) ed affiancato da un **Fondo di Garanzia** deputato ad intervenire laddove la tutela assicurativa risulti insufficiente.

Uno dei fulcri della nuova normativa è senza dubbio rappresentato **dall'art. 7, rubricato "*Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*"**.

La norma si pone chiaramente in continuità con gli obiettivi del "Decreto Balduzzi", di cui costituisce uno sviluppo teso, tra l'altro, a superarne le ambiguità mediante una formulazione testuale decisamente più chiara e tale da non generare nuovi equivoci.

Il riferimento va al richiamo all'art. 2043 c.c., contenuto nel primo comma dell'art. 3, D.L. n. 158/2012, che dalla prevalente opzione interpretativa (anche della giurisprudenza di legittimità) era stato ritenuto troppo labile per fondare un regime di responsabilità diverso da quello di creazione giurisprudenziale e basato sulla nozione del "contatto sociale".

L'art. 7 della Legge Gelli (norma che rappresenta uno degli snodi cruciali della riforma) scioglie qualsiasi dubbio: essa, infatti, **prevede un doppio regime di responsabilità civile:**

- da un lato, **assoggetta alla responsabilità contrattuale *"ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile"* soltanto le strutture sanitarie e sociosanitarie (pubbliche o private) ed i medici liberi professionisti;** così, in relazione alla responsabilità dell'ente ospedaliero la riforma non ha una portata innovativa, essendosi limitata a recepire il granitico orientamento giurisprudenziale formatosi sul punto;

- dall'altro, **assoggetta alla responsabilità *ex* art. 2043 c.c. i medici che svolgano la loro attività all'interno di una struttura**, **in qualità di dipendenti o ad altro titolo** (ma comunque "per conto terzi" e non in forza di un rapporto contrattuale diretto con il paziente).

Il "sistema" risulta orientato in modo piuttosto razionale, ponendo il (più gravoso) regime della responsabilità contrattuale in capo a chi quella responsabilità debba ontologicamente assumersela, vuoi perché legato al paziente da un vero e proprio rapporto negoziale, vuoi in forza della propria posizione di gestore dell'attività in forma di impresa e con assunzione del potere/dovere di governo del rischio clinico (in aderenza al principio *ubi commoda ibi incommoda*…).

La responsabilità contrattuale permane, inoltre, a carico del medico specialista privato e in ogni caso in cui sia possibile allegare un contratto da parte del professionista.

2. Il quadro delle azioni esperibili

E' dunque preliminare individuare il tipo di azione da promuovere al fine stabilire il regime distri-butivo dell'onere probatorio, tenuto conto che **la legge 24/2017 prevede un sistema di azioni di diversa natura e con diverso oggetto**, esperibili a seguito del verificarsi dell'episodio causativo del danno.

In particolare, il soggetto leso (o i suoi congiunti, in caso di morte) può proporre domanda giudiziale volta ad ottenere il risarcimento dei danni:

a) **nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata** che, «nell'adem-pimento della propria obbligazione», si sia avvalsa «dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa», la quale «***risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose***» (v. art. 7, comma 1).

Disposizione questa, che «si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina» (v. art. 7, comma 2);

b) **nei confronti dell'«esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2**», il quale «***risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile***» (v. art. 7, comma 3);

c) **nei confronti del medesimo esercente** nell'ipotesi in cui «***abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente***» (v. art. 7, comma 3);

d) **nei confronti dell'impresa di assicurazione della struttura ovvero dell'esercente**, «***entro i limiti delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione***» (v. art. 12, comma 1).

Prima della proposizione della domanda risarcitoria, quale che sia il soggetto convenuto in giudizio e il titolo (contrattuale o extracontrattuale) della responsabilità invocato, è obbligatorio esperire uno dei **"filtri" di procedibilità** su visti (procedimento di mediazione oppure accertamento tecnico preventivo) **a fini conciliativi**.

Il novero delle azioni proponibili si arricchisce, poi, delle seguenti:

e) giudizio di rivalsa promosso dall'impresa di assicurazione contro l'esercente la professione sanitaria in caso di dolo o colpa grave (v. art. 9, comma 1);

f) giudizio di responsabilità amministrativa, proponibile per dolo o colpa grave, nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, da parte del pubblico ministero presso la Corte dei conti in caso di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica (v. l'art. 9, comma 5);

g) giudizio di regresso promosso dal Fondo di garanzia – istituito, nello stato di previsione del Ministero della salute per i danni derivanti da responsabilità sanitaria, alimentato dal versamento di

un contributo annuale dovuto dalle imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile per i danni causati da responsabilità sanitaria – nei confronti del responsabile del sinistro (v. art. 14).

Rispetto a questo secondo gruppo di azioni, **non v'è alcuna necessità di promuovere il tentativo di conciliazione in via preliminare**, poiché l'art. 8 legge 24 cit. si riferisce alla sola «*azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria*».

In questa sede, tratterò esclusivamente della **incidenza della riforma sulla distribuzione e sul contenuto dell'onere della prova nelle prime due azioni rientranti nel primo gruppo**, vale a dire quella **contrattuale** che il danneggiato può promuovere nei confronti della struttura sanitaria oppure del medico con il quale abbia eventualmente stipulato uno specifico contratto di prestazione d'opera professionale, nonché quella che il paziente può promuovere, sempre nei confronti del medico, ma a titolo di responsabilità **extracontrattuale**.

3. L'azione contrattuale nei confronti della struttura sanitaria

La responsabilità della struttura sanitaria, da ben prima dell'avvento delle due principali riforme degli ultimi anni (legge 189/2012 e legge 24/2017), è stata pressoché pacificamente ricondotta all'**inadempimento di una obbligazione contrattuale,** sia pure del tutto autonoma da quella del professionista.

La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite Civili, con una importante decisione del 2008[1] ha ricostruito **in termini autonomi il rapporto paziente-struttura**, riqualificato come un **autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive** (da taluni definito contratto di spedalità, da altri contratto di assistenza sanitaria), al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dall'art. 1218 c.c..

La pronuncia si pone in linea con una precedente sentenza delle Sezioni Unite[2], seguita poi da altre delle sezioni semplici[3], tendenti ad inquadrare **la prestazione gravante sulla struttura sanitaria come di natura complessa** in quanto comprendente la fornitura di alloggio e vitto, la

[1] Cfr. Cass. civ, sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577

[2] *Cfr. Cass. civ., sez. un., 1 luglio 2002, n. 9556, in* **Danno e resp.,** *2003, p. 97, che espressamente dichiara che con il contratto atipico di spedalità la struttura non si obbliga solo a fornire prestazioni di natura alberghiera, ma a mettere a disposizione personale medico ausiliario, paramedico, ad apprestare medicinali e tutte le attrezzature necessarie anche per eventuali complicazioni.*

[3] Cfr. Cass. civ., sez. III, 13 gennaio 2005, n. 571; Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698.

messa a disposi-zione di attrezzature, la sicurezza dei macchinari, la cura del paziente, la vigilanza del reparto, tutto secondo lo schema contrattuale atipico del contratto di spedalità.

In virtù del contratto (irrilevante essendo la sua natura pubblica o privata), **la struttura deve quindi fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di "*assistenza sani-taria*", che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi c.d. di protezione ed accessori.**

Così ricondotta la responsabilità della struttura ad un autonomo contratto (di spedalità), la sua responsabilità per inadempimento si muove sulle linee tracciate dall'art. 1218 c.c., e, per quanto con-cerne le **obbligazioni mediche che essa svolge per il tramite dei medici propri ausiliari**, l'indi- viduazione del fondamento di responsabilità dell'ente nell'inadempimento di obblighi propri della struttura consente quindi di abbandonare il richiamo, alquanto artificioso, alla disciplina del contratto d'opera professionale e di fondare semmai la responsabilità dell'ente per fatto del dipendente sulla base dell'art. 1228 c.c..

La riforma del 2017, nel ridisegnare il sistema della responsabilità in materia sanitaria e medica, attraverso l'istituzione del cd. "*doppio binario*", **conferma tuttavia la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria *ex* art. 1218 e 1228 c.c.**

4. L'azione extracontrattuale nei confronti del medico strutturato

Viceversa relativamente al medico strutturato la legge Gelli-Bianco segna **l'abbandono della natu-ra contrattuale della responsabilità del sanitario a favore di quella extracontrattuale**.

La concezione della natura contrattuale della responsabilità *de qua* si era affermata grazie alla teoria del c.d. **contatto sociale qualificato**, elaborata dalla dottrina italiana sulla scia della **dottrina tedesca degli anni '40**, che aveva ricondotto alla più ampia teoria dei "***rapporti contrattuali di fatto***" (c.d.*"Faktische Vertragsverhaltnisse*") tutte quelle **ipotesi di responsabilità da inadempi-mento di obbligazioni senza prestazioni** o violazione di doveri preesistenti di collaborazione e di protezione sussistenti in assenza di un contratto**.**

In virtù di tale concezione **fonte della prestazione risarcitoria** non sarebbe né la violazione del principio del *neminem laedere* né l'inadempimento della prestazione, bensì **la lesione di obblighi di protezione**, «*autonomi rispetto all'obbligo di prestazione, oltre che sul piano della struttura, su quello della fonte*». Trattasi di **obblighi di diligenza** il mancato rispetto dei quali determinerebbe la responsabilità per inadempimento di cui all' art. 1218 c.c..

Viene così valorizzato il particolare **rapporto giuridico "qualificato"** che viene ad instaurarsi tra il medico ed il paziente, che non può essere ricondotto all'art. 2043 c.c.

Quest'ultima norma, infatti, disciplina i casi in cui tra il soggetto danneggiante e danneggiato non esiste alcun rapporto, se non un generico dovere di *neminem laedere*; si tratta in sostanza di un rapporto tra sconosciuti, ove uno dei due ha danneggiato l'altro. **Il medico e il paziente invece, ancorché il medico sia un dipendente ospedaliero, non possono essere trattati come due sconosciuti**; in particolare il medico "non è un *quisque de populo*" (esattamente in questi termini si esprime la Cassazione) tenuto all'obbligo di non danneggiare l'altro, al pari di qualsiasi altro soggetto dell'or-dinamento; al contrario, costui è obbligato in virtù di precise disposizioni di legge, nonché in virtù del contratto stipulato con l'azienda ospedaliera, a tutelare la salute del paziente e ad operare affinché avvenga la guarigione.

Tale elaborazione dottrinale era stata accolta con favore dalla giurisprudenza, con conse- guente applicazione non solo nell'ambito della responsabilità medica, ma anche in altre fattispecie, in cui viene in rilievo una relazione particolarmente qualificata tra soggetti (che si instaura in ambito scolastico, bancario, con l'avvio di un procedimento amministrativo e nelle trattative precontrattuali).

Tra gli arresti più importanti della giurisprudenza di legittimità ricordiamo: a) **Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589** (in riferimento al medico) la quale precisa che l'assenza di un contratto non può certo far venir meno la professionalità del medico che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in "contatto" con lui.

Diversamente opinando si arriverebbe alla non condivisibile conclusione secondo cui – in assenza di un contratto – la prestazione del medico può essere diversa nel contenuto da quella che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico. Insomma, pur non essendoci un contratto tra paziente e medico, quest'ultimo si dovrà sempre comportare secondo determinati *standards* di professionalità; b) **Cass. civ, sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577** (in relazione alla struttura sanitaria: teorizzazione del contratto atipico di spedalità).

Come già detto la riforma del 2017 segna una decisa inversione di tendenza, attraverso il supe-ramento della teoria del contatto sociale e **l'affermazione della natura aquiliana** della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria che svolge la propria attività nell'ambito di una struttura sanitaria (pubblica o privata o in rapporto convenzionale con il Servizio sanitario nazionale).

medico strutturato, che risponde quindi ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Le conseguenze sull'onere della prova e sulla prescrizione.

Una volta inquadrata nell'ambito contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria ed in quella extracontrattuale la responsabilità del medico strutturato, nel rapporto con il paziente, ne consegue che **trova applicazione il regime proprio di questi tipi di responsabilità,** soprattutto per quanto concerne la ripartizione dell'onere della prova ed alla prescrizione.

Ebbene, mentre nella **responsabilità da inadempimento** l'attore ha l'onere di provare il titolo, il danno e il nesso causale fra inadempimento e danno, lasciando al convenuto l'onere di dimostrare di aver correttamente eseguito la prestazione o, in alternativa, che "*l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*", nella **responsabilità extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c.** il danneggiato ha il più gravoso onere di provare il fatto illecito, il danno, il nesso causale tra il fatto e il danno, nonché la colpa o il dolo del danneg-giante.

Dunque, **in entrambe le ipotesi l'attore dovrebbe provare il nesso di causalità tra condotta ed evento mentre**, quanto all'elemento pricologico, nella prima ipotesi (responsabilità contrattuale) l'«assenza di colpa» integra un fatto impeditivo, che spetta al convenuto provare (v. art. 1218 cc), nell'altra (responsabilità extracontrattuale) la «colpa» funziona come fatto costitutivo, il cui onere è a carico dell'attore (v. art. 2043 cc).

Nel campo della responsabilità sanitaria e medica questo schema apparentemente semplice (e con esso l'applicazione concreta della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c.) è stato oggetto di **molteplici interventi giurisprudenziali** in concomitanza con l'evoluzione del dibattito circa la natura della responsabilità.

Di qui la necessità di approfondire la tematica a cominciare dalla prova del nesso causale.

5. La prova del nesso di causalità

Quanto alla **prova del nesso di causalità** giova ricordare che **la Cassazione** (tra tutte v. **sent. 16 ottobre 2007, n. 21619**) **ha nettamente distinto la causalità civile da quella penale** sulla premessa delle differenze intercorrenti tra i due ambiti, sia dal punto di vista morfologico che da quello fun-zionale.

La responsabilità civile pone attenzione sulla figura del danneggiato e non su quella del reo, e si caratterizza inoltre per la sua funzione risarcitoria e non preventiva/punitiva/rieducativa.

Dunque la causalità dovrà essere accertata alla luce del criterio civilistico del **"*più probabile che non*"**, in luogo del più severo criterio penalistico della "*certezza al di là di ogni ragionevole dubbio*" [4].

Non bisogna incorrere nell'errore di ritenere che "*più probabile che non*" significhi 50%+1 rispetto alla percentuale, penalmente rilevante, superiore al 90%.

"Più probabile che non" significa semplicemente che **un evento si pone come antecedente causale con maggiore probabilità rispetto ad altri possibili cause.**

Se ad esempio un evento può essere causato da 7 possibili cause di cui una ha il 40% di probabilità, le altre 6 solo 10%, il giudice potrà affermare che la prima causa ha provocato l'evento.

Dunque, secondo la Cassazione il giudice civile può affermare l'esistenza del nesso causale tra illecito e danno "***anche soltanto sulla base di una prova che lo renda probabile**, a nulla rilevando che tale prova non sia idonea a garantire una assoluta certezza al di là di ogni ragionevole dubbio*".

Il corollario di quanto precede è che in presenza di più possibili e diverse concause di un medesimo fatto, nessuna delle quali appaia nè del tutto inverosimile, nè risulti con evidenza avere avuto effi-cacia esclusiva rispetto all'evento, **è compito del giudice valutare quale di esse appaia "*più probabile che non*" rispetto alle altre nella determinazione dell'evento**, e non già negare l'esi-stenza della prova del nesso causale, per il solo fatto che il danno sia teoricamente ascrivibile a varie alternative ipotesi (cfr. Cass. civ., sez. III, 22 ottobre 2013, n. 23933).

Il principio è stato recentemente ribadito dal Supremo Collegio (**Cass. civ., sez. III, 20 febbraio 2018, n. 4024,** rel. Marco Russetti), secondo cui "*Quando un evento dannoso sia teoricamente ascrivibile a più cause, solo alcune delle quali implicanti una responsabilità civile, il giudice non può rigettare la domanda di risarcimento per il solo fatto che le possibili cause siano più d'una, ma deve accertare in concreto quale, tra le varie possibili cause, appaia la più*

[4] Cfr. Cass. civ., sez. III, 27 marzo 2019, n. 8461 secondo cui" *In tema di responsabilità civile, il nesso causale è regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 c.p. , per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano - ad una valutazione « ex ante » - del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del « più probabile che non », mentre nel processo penale vige la regola della prova «oltre il ragionevole dubbio»*.

probabile. Tale giudizio va compiuto non in astratto ed in assoluto, ma in concreto e in relazione alla probabilità relativa che ciascuna ipotetica causa può avere rispetto alle altre").

Ciò premesso, **la ripartizione dell'onere della prova del nesso causale**, non di rado questione decisiva nei giudizi di responsabilità medica, è stata **recentemente oggetto di una serie di inno-vative pronunce della Corte di Cassazione** di fronte alle quali, anche alla luce delle previsioni in tema di responsabilità sanitaria introdotte dalla Legge Gelli-Bianco nel 2017, è necessario un ripen-samento di carattere generale degli orientamenti che si sono sedimentati in materia nel corso degli anni.

La ripartizione dell'onere della prova del nesso causale riveste **un'importanza non di rado crucia-le nei giudizi di responsabilità medica**, in quanto diviene decisiva per la risoluzione della controver-sia tutte le volte in cui le consulenze peritali non siano in grado di stabilire se la causa del danno subito dal paziente (o della sua morte) sia o meno da ricondurre, sul piano eziologico, all'accertata malpractice (condotta negligente) degli operatori sanitari, la colpa di questi ultimi non essendo sufficiente per l'affermazione di responsabilità in assenza di prova della sussistenza del nesso causale (sul punto v., da ultimo, Cass., ord. 15 febbraio 2018, n. 3693).

La questione della "***causa ignota***" è sempre stata oggetto di grande attenzione da parte della giuri-sprudenza[5], la quale ha nel corso degli anni elaborato diversi orientamenti che compongono un quadro variegato e non agevolmente riducibile ad unità.

In ossequio al consolidato insegnamento dottrinale che richiede al danneggiato di fornire la prova del nesso causale, quale elemento costitutivo del diritto al risarcimento, tanto nella responsabilità contrattuale quanto nella responsabilità aquiliana[6], **un primo indirizzo fa espressamente ricadere sul paziente l'onere di dimostrare la sussistenza del legame eziologico fra la condotta del medico e/o della struttura sanitaria convenuti e il danno alla salute lamentato in giudizio[7]**.

Diverse sentenze introducono però una **presunzione relativa di sussistenza del nesso causale** in favore del paziente vittima di malasanità in una serie di ipotesi che, per quanto delimitate, sono nella pratica di tutt'altro che rara verificazione.

[5] Più in generale in materia v. FACCIOLI, "*Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria*, in *Contr. e impr*., 2014, 79 ss., spec. 90 ss.; BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contratti*, 2017, 217 ss.).

[6] V., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, 2a ed., Milano, 2012, 149.

[7] V., tra le altre, Cass. 20 ottobre 2015, n. 21177, in *Ragiusan*, 2016, 140; Cass. 31 luglio 2013, n. 18341, in *Contratti*, 2013, 897; Cass. 11 maggio 2009, n. 10743, in *Nuova giur. civ. comm*., 2009, I, 1276).

La prima riguarda **i c.d. interventi di facile esecuzione** (o di routine), categoria elaborata dai nostri giudici sulla base di una sorta di una lettura a contrario dell'art. 2236 c.c. in tema di prestazione di speciale difficoltà: in relazione a queste fattispecie **si tende invero ad affermare che «*l'insuccesso o il parziale successo dell'intervento, nei casi in cui si tratta di intervento con alte possibilità di esito favorevole, implica di per sé la prova del […] rapporto di causalità*»** in considerazione del fatto che tale nesso, in ambito civilistico, «*consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio (ispirato alla regola della normalità causale) del "più probabile che non"*»[8].

Tale arresto è dovuto ad un pronuncia del 1978 [9], che introdusse la distinzione tra interventi di facile e interventi di difficile esecuzione, ed è rimasto in voga fino al 2004[10].

Analogamente si procede nelle ipotesi di **omissioni e inesattezze nella tenuta della documen-tazione sanitaria,** nelle quali si afferma che la difettosa/mancata tenuta della cartella clinica impu-tabile a negligenza del personale medico consentirebbe di **ritenere provata, in via presuntiva, la sussistenza del nesso di causalità** perché, altrimenti, la conseguente mancanza o insufficienza di elementi probatori a disposizione del paziente utili a dimostrare la sussistenza della responsabilità del medico andrebbero a pregiudicare la posizione processuale del paziente stesso a tutto vantaggio della controparte, per giunta inadempiente nell'adempimento dei propri doveri professionali[11].

Oltre a tale indirizzo interpretativo va ricordato **il filone giurisprudenziale inaugurato dalla nota Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 [12]**, che ha contribuito ad alleggerire ulteriormente l'onere probatorio del paziente, al quale spetterebbe provare soltanto il contratto relativo alla prestazione sanitaria e il danno. Secondo le Sezioni Unite **l'esonero del paziente che abbia allegato un "ina-dempimento qualificato" dall'onere di provare il nesso causale costituisce**

[8] Cfr. Cass. 16 gennaio 2009, n. 975, in *Corr. giur*., 2009, 1653; nello stesso senso v. pure, fra le altre, Cass. 14 febbraio 2008, n. 3520, in *Nuova giur. civ. comm*., 2008, I, 948; Trib. Milano, 22 aprile 2008, in *Giur. mer*., 2009, 97.

[9] Cass. civ., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it*., 1979, I, 1, 953 ss.

[10] Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, in *Contratti*, 2004, 1091, con nota di P. Lisi; in *Foro it*., 2004, I, 1403; Cass. 19 maggio 2004, n. 9471, in *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 25, 32, con nota di M. Rossetti; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, in *Foro it*., 2004, I, 3328, con nota di Bitetto; Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, in *Foro it*., 2005, I, 2479.

[11] V., fra le più recenti, Cass. 8 novembre 2016, n. 22639, in *Riv. it. med. leg*., 2017, 389, con nota redazionale di V. ROSITO, ove ampi richiami di giurisprudenza conforme; per un approfondimento sul tema v., poi, V. OCCORSIO, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in *Riv. dir. civ*., 2013, 1249 ss.).

[12] In *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 612, con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*; nello stesso senso v. poi, fra le altre, Cass. civ., 30 dicembre 2011, n. 30267; Cass. civ., 8 giugno 2012, n. 9290; Cass. civ., 12 dicembre 2013, n. 27855; Cass. civ., 22 maggio 2014, n. 11363; Cass. civ., 30 settembre 2014, n. 20547; Cass. civ., 13 ottobre 2017, n. 24073)

una implicita con-seguenza della prova liberatoria addossata alla controparte, alla quale viene richiesto di dimo-strare di avere esattamente adempiuto la prestazione sanitaria oppure, in alternativa, il fatto che non sussiste un nesso eziologicamente rilevante tra il proprio inadempimento e la lesione lamentata dal paziente; ma va osservato che, in alcuni ulteriori pronunciamenti, al sanitario e alla struttura è consentito andare esente da responsabilità solamente dando la prova, oltre che della correttezza della prestazione eseguita, pure dell'evento (preesistente o sopravvenuto), indipendente dalla propria sfera di controllo, che ha determinato l'insuccesso.

Questo orientamento è stato ribadito, non senza qualche passo indietro, negli anni successivi[13].

- Gli oneri di allegazione

Sta di fatto che l'attenzione si è spostata dal contenuto degli oneri probatori a quello degli oneri di allegazione, richiedendosi da parte di una certa giurisprudenza di merito una precisa e dettagliata indicazione nell'atto introduttivo dei profili concreti della colpa medica posti a fondamento dell'azione risarcitoria**.**

La Cassazione, però, ha meglio definito i limiti dell'attività assertiva richiesta, affermando che l'onere dell'attore non si spinge fino alla necessità di enucleare e indicare specifici e pecu-liari aspetti tecnici di responsabilità professionale, conosciuti e conoscibili soltanto agli esperti del settore, essendo sufficiente la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere, in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie di un non-professionista che, espletando la professione di avvocato, conosca comunque (o debba conoscere) l'attuale stato dei profili di responsabilità del sanitario (quali, ad esempio, l'omessa informazione sulle possibili con-seguenze dell'intervento, l'adozione di tecniche non sperimentate in sede di protocolli ufficiali, la mancata conoscenza dell'evoluzione della metodica interventistica, la negligenza (intesa come vio-lazione di regole sociali e non solo come mera disattenzione), l'imprudenza (intesa come violazione delle modalità imposte dalle regole sociali per l'espletamento di certe attività) ed imperizia (intesa come violazione delle regole tecniche di settori determinati della vita di relazione e non più solo come insufficiente attitudine all'esercizio di arti e professioni)[14].

[13] Cfr., tra le tante, Cass. civ., 26 febbraio 2013, n. 4792; Cass. civ., 13 ottobre 2017, n. 24073.
[14] Cass. civ., 19 maggio 2004, n. 9471, *cit.*

Inoltre, partendo da tali premesse, si ritiene che "***il giudice non è rigidamente vincolato alle iniziali prospettazioni dell'attore***, *stante la inesigibilità della individuazione ex ante di specifici elementi tecnico-scientifici, di norma acquisibili solo all'esito dell'istruttoria e dell'espletamento di una C.t.u., potendo pertanto accogliere la domanda nei confronti della struttura in base al concreto riscontro di profili di responsabilità diversi da quelli in origine ipotizzati, senza violazione del princi-pio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*"[15].

- L'applicazione del principio della vicinanza della prova.

Il regime di favore nei confronti del paziente applicato dalla giurisprudenza, particolarmente negli ultimi dieci anni, sul piano assertivo e probatorio, si fonda sull'accoglimento del ***principio di vici-nanza o prossimità o disponibilità o riferibilità della prova***, che, a sua volta, risponde a un criterio di "*ragionevolezza*". In sostanza, si ammette che il creditore possa limitarsi ad allegare l'inadempi-mento poiché si presume «normale», in senso probabilistico, la veridicità della sua affermazione; di conseguenza, si rimette al convenuto l'onere di fornire una prova (detta «*liberatoria*») che scardini questa presunzione[16].

Pur nella frammentarietà degli indirizzi giurisprudenziali sopra illustrati, **ciò che evidentemente emerge è quindi il formarsi, nel settore della responsabilità medica, di una non trascurabile tendenza ad invertire l'onere della prova del nesso di causalità in favore del paziente attore in giudizio**.

Nei tempi più recenti sono però intervenute una serie di pronunce della Suprema Corte che sem-brano indicare una **netta inversione di rotta**.

Con Cass. civ., 26 luglio 2017, n. 18392[17], Cass. 14 novembre 2017, n. 26824[18], Cass. 7 dicembre 2017, n. 29315, Cass. civ., sez. III, 2.03.2018, n. 4928**;** Cass. 21 marzo 2018, n. 7044 e,

[15] Così Cass. civ., 20 marzo 2018, n. 6850.

[16] V., per approfondimenti, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 322 ss.; S. PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Art. 2721-2729*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2001, 87. V., invece, M. TARUFFO, *Presunzioni. I) Diritto processuale civile*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 1991; ID., *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 254 ss., critico sotto l'aspetto della possibile violazione del principio del contraddittorio, dal momento che, facendo ricorso il giudice alle presunzioni soltanto in sede di decisione, non consente alla parte su cui grava l'onere probatorio del fatto impeditivo, di farvi fronte adeguatamente. Sotto questo aspetto, v. anche C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1398.

[17] In *Danno e resp*., 2017, 696, con nota di ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia*?; *ivi*, 2018, p. 345, con nota di D'AMICO, *Il rischio della causa "ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*.

da ultimo, **Cass. 19 luglio 2018, n. 19204**, è stato infatti riaffermato il principio per cui **anche nelle cause di responsabilità medica il rapporto eziologico è elemento costitutivo del diritto al risarcimento del danno e dev'essere, pertanto, provato da colui che asserisce di esserne titolare, vale a dire il paziente**, sulla scorta del principio generale consacrato dall'art. 2697 c.c.; con l'indefettibile corol-lario che **la domanda risarcitoria dev'essere respinta nei procedimenti nei quali la causa del danno sia rimasta incerta al termine dell'istruttoria**.

Alle pronunce in discorso non sfugge che **tali principi sembrano discostarsi vistosamente dal percorso tracciato, ormai una decina d'anni orsono, dalla già ricordata Cass. civ., sez. un., n. 577/2008**.

Secondo gli stessi giudici si tratterebbe, tuttavia, di un contrasto solo «apparente» e invero ricom-ponibile alla luce di due ordini di ragioni. Da un primo punto di vista **bisognerebbe distinguere**, attraverso un esercizio di «semplificazione analitica della fattispecie», **tra due differenti segmenti del percorso causale: un primo intercorrente fra la prestazione sanitaria difettosa e il danno lamentato dal paziente**, cui spetta assolvere il relativo onere probatorio senza possibilità di invocare, in senso contrario, il c.d. principio di vicinanza della prova; **e un secondo** (al quale soltanto si rife-rirebbero i principi enucleati da Cass., sez. un., n. 577/2008), **che invece riguarda l'intervenire di eventi suscettibili di configurare una causa sopravvenuta e non imputabile al debitore di im-possibilità – di corretta esecuzione della – prestazione in discorso, la sussistenza del quale dev'essere dimostrata dal medico/nosocomio convenuto in giudizio ai sensi dell'art. 1218 c.c. con relativa sopportazione del rischio della causa ignota**.

Questo secondo segmento del «ciclo causale», sempre secondo la Cassazione, acquista peraltro rilievo solamente in seconda battuta, ove cioè risulti dimostrato il nesso eziologico tra l'evento dannoso e la malpractice medica: **solo una volta che il paziente danneggiato abbia dimostrato che l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) è causalmente riconducibile alla condotta dei sanitari, quindi, sorge per la controparte l'onere di provare che l'inadempimento, fonte del pregiudizio lamentato dall'attore, è stato determinato da causa non imputabile**.

La Suprema Corte prova, così, a rileggere la formula impiegata dal precedente del 2008: al debitore, secondo tale revirement, spetta provare non la **causa costitutiva** della fattispecie

[18] In *Foro it*., 2017, I, 557, con nota di B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e «più probabile che non»*; per un'analisi congiunta di questa sentenza e di quella poco sopra menzionata, v. pure ID., *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, in *Danno e resp*., 2018, 14 ss.).

risarcitoria dedotta dal danneggiato (id est il nesso eziologico), bensì **quella della fattispecie estintiva** dell'obbligazione, ossia l'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

La seconda ragione per la quale le pronunce in esame non contrasterebbero con le regole probatorie declamate da Cass., sez. un., n. 577/2008 risiederebbe poi nel fatto che – per usare la parole degli stessi giudici – tali regole vennero affermate «a fronte di una situazione in cui l'inadempimento "qualificato" allegato dall'attore (ossia l'effettuazione di un'emotrasfusione) era tale da comportare di per sé, in assenza di fattori alternativi "più probabili" nel singolo caso di specie, la presunzione della derivazione del contagio dalla condotta. La prova della prestazione sanitaria conteneva già in sé quella del nesso causale, con la conseguenza che non poteva che spettare al convenuto l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione, secondo il criterio generale di cui all'art. 2697 c.c., comma 2, c.c. e non – si badi – la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c.».

Seppure in maniera meno approfondita, la disamina della S.C. si sofferma pure sul ruolo svolto dal parametro della diligenza dell'art. 1176 c.c. nell'ambito del regime probatorio deli-neato dall'art. 1218 c.c.

Al riguardo, viene affermato che «*il danneggiante deve dimostrare la causa imprevedibile ed inevitabile che ha reso impossibile la prestazione, cioè il caso fortuito*», la (non) imputabilità della quale al debitore dev'essere secondo gli ermellini valutata alla stregua della **diligenza ordinaria** di cui all'art. 1176, comma 1, c.c. – che per l'appunto atterrebbe alla «*conservazione della possibilità di adempiere, quale impiego delle cautele necessarie per evitare che la prestazione professionale divenga impossibile*» – e non della diligenza professionale di cui al comma 2 dell'articolo citato, che «*quale misura del contenuto dell'obbligazione rappresenta il parametro tecnico per valutare se c'è stato l'adempimento*».

Da queste considerazioni sembrerebbe potersi, pertanto, desumere che **dev'essere mandato esente da responsabilità il debitore della prestazione sanitaria che abbia dimostrato di avere corretta-mente adempiuto la prestazione medesima** – e che pertanto non sussiste inadempimento alcuno –, senza imporgli di dover ulteriormente fornire (pure) la prova dell'evento imprevisto ed imprevedibile che ha determinato l'insuccesso delle cure[19] .

[19] Cfr. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale*, cit., 705; TASSONE, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e «più probabile che non»*, *cit*., 564; ID., *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, *cit*., 20).

Un ulteriore aspetto che merita di essere evidenziato è **l'assenza, all'interno di tutte le pronunce in esame, di qualsiasi riferimento alla nota distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato**: mancanza che, in realtà, non rappresenta una lacuna e va anzi salutata con favore, perché **la distinzione in parola non dispiega alcuna influenza sull'onere della prova del nesso causale[20].**

Inoltre, e nonostante le perplessità che sollevano la scomposizione del nesso eziologico in due segmenti[21], le pronunce in commento meritano un apprezzamento positivo anche per il modo in cui si sforzano di ristabilire la vigenza, nell'ambito della responsabilità sanitaria, di un principio pro-batorio invero incontestato in tutti gli altri settori della responsabilità contrattuale nonché aquiliana e che solo per un'evidente anomalia non viene sempre seguito nelle controversie di medical mal-practice[22].

Del resto, **l'indirizzo propugnato dalle sentenze in esame appare muoversi in sintonia con la nuova disciplina della responsabilità medica introdotta, sempre nel corso del 2017, dalla già menzionata Legge Gelli-Bianco, che pur non contenendo alcuna previsione in tema di nesso causale, è notoriamente costruita attorno al fondamentale obiettivo di contrastare il fenomeno della medicina difensiva tramite la mitigazione del regime della responsabilità civile (e penale) incombente su professionisti sanitari e strutture ospedaliere[23].**

Alla luce del superamento della tesi del "contatto sociale" operata dall'art. 7, comma 3, della legge in discorso e del conseguente ritorno della possibilità che la responsabilità medica assuma natura extracontrattuale, **è inoltre destinato ad assumere grande rilievo anche il passaggio delle pro-nunce in esame in cui si ha cura di puntualizzare che l'onere della prova del nesso causale in-combe sul paziente danneggiato attore in giudizio tanto nella responsabilità contrattuale quanto nella responsabilità aquiliana[24].**

[20] In senso diverso v., però, D'AMICO, *op. cit*., p. 354 ss.

[21] Cfr. PARDOLESI - SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta*!, in *Danno e resp*., 2018, 10 ss.

[22] Come evidenzia G. MIOTTO, *op. cit*., 1916 ss.; per analoghi rilievi, v. pure NOCCO, *Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione*, in *Danno e resp*., 2012, 953)

[23] NUCCI, *La distribuzione degli oneri probatori nella responsabilità sanitaria: "qualificato inadempimento" e prova del nesso causale*, in *Resp. med*., 2017, 529; ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale*, *cit*., 708).

[24] TASSONE, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e «più probabile che non», cit*., 564; ID., *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso, cit*., 21 s.).

La **giurisprudenza di merito** mostra ossequio a tale orientamento[25] sottolineando che "*Nei giudizi risarcitori da responsabilità medica si delinea un* ***duplice ciclo causale****, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle.* ***Il primo, quello relativo all'evento dannoso, deve essere provato dal creditore/danneggiato, il secondo, relativo alla possi-bilità di adempiere, deve essere provato dal debitore/danneggiante.*** *Mentre il creditore deve provare il nesso di causalità fra l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e la condotta del sanitario (fatto costitutivo del diritto), il debitore deve provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile la prestazione. Da ciò consegue, dunque, che la causa incognita resta a carico dell'attore relativamente all'evento dannoso, resta a carico del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere*" (così App. Milano, sez. II, 15 febbraio 2019, n. 698).

Ad ogni modo, solamente una futura e più approfondita riflessione sarà in grado di mettere in luce l'effettiva portata del regime probatorio delineato dalle sentenze in discorso: **da un lato esse potreb-bero imporre una regola rigida e indeclinabile, destinata a valere in termini assoluti; dall'altro, però, non è escluso che quanto dalle stesse affermato finisca per assumere il valore di un principio generale attorniato da eccezioni in cui si riconosce la presunzione di sussistenza del nesso causale con riferimento ad ipotesi specifiche[26]**, ad iniziare, ovviamente, da quelle già ricordate in tema di interventi di routine e di mancanza/incompletezza della documentazione sanitaria.

Sulla scorta delle considerazioni svolte possiamo a questo punto riassumere schematicamente gli **oneri probatori** in ambito di responsabilità medica:

a) quanto alla **responsabilità (contrattuale) della struttura** il paziente deve allegare l'esistenza del rapporto (generato da un semplice contatto con la struttura) e l'inadempimento qualificato del-l'azienda sanitaria nonché provare il nesso di causalità fra l'azione o l'omissione del sanitario e l'e-vento indesiderato (e cioè l'aggravamento dello stato di salute o la comparsa di patologia o l'assenza del miglioramento atteso;

[25] V. Trib. Torino, sez. IV, 18 febbraio 2019 , n. 722; App. Milano, sez. II, 15 febbraio 2019, n. 698; Trib. Roma, sez. XIII, 8 febbraio 2019, n. 2934. Trib. Lecce, sez. I, 16 gennaio 2019, n. 132 secondo cui in tema di danni da responsabilità professionale medica, incombe sul paziente che agisce per il risarcimento del danno l'onere di provare il nesso di causalità tra l'aggravamento della patologia (o l'insorgenza di una nuova malattia) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre, ove il danneggiato abbia assolto a tale onere, spetta alla struttura dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza..

[26] TASSONE, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e «più probabile che non», cit.*, 566; ID., *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso, cit.*, 25)

b) la struttura sanitaria, per liberarsi dalla presunzione di inadempimento che grava su di essa, dovrà provare, con supporto scientifico e medico-legale, che nessuna negligenza, imprudenza o imperizia sia riferibile al proprio operato (in via diretta, o per effetto dell'attività dei soggetti dei quali debba rispondere) oppure che l'*inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*[27];

c) quanto invece alla **responsabilità (extracontrattuale) del medico strutturato il danneggiato sarà costretto ad allegare e provare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie ex art. 2043 c.c. (e cioè** di aver subito un danno, provando non soltanto la natura e l'entità della lesione subita, ma anche il nesso causale tra la condotta e il danno e l'elemento soggettivo del dolo o della colpa), entro il più **breve termine prescrizionale** di cinque anni.

6. La rilevanza, sul piano probatorio, dell'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali.

Fermo quanto innanzi detto, la distribuzione degli oneri probatori, tuttavia, non può non tenere conto della rilevanza definitivamente acquisita dalle **cd. linee guida** e dalle cd. **buone pratiche clinico-assistenziali** nella valutazione della **imperizia** imputata dal paziente al professionista con la richiesta risarcitoria.

La funzione delle linee guida è quella di fornire **raccomandazioni** volte ad assistere medici e pazienti nell'individuazione delle "*modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche*"[28].

Ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge Gelli-Bianco gli esercenti la professione sanitaria devono attenersi alle raccomandazioni previste nelle **linee guida, fatte però salve le specificità del caso concreto;** in mancanza, devono attenersi alle **buone pratiche** (o protocolli) **clinico – assistenziali.**

[27] Cfr. Trib. Napoli, sez. VIII , 14 marzo 2019, n. 2775, secondo cui "*Nelle cause di responsabilità professionale del medico ovvero della struttura sanitaria deve ritenersi che il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria, deve provare il contratto ed allegare l'inadempimento del sanitario o della struttura, restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento. Più precisamente, consistendo l'obbligazione professionale in un'obbligazione di mezzi, il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto della prestazione sanitaria, restando a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la citata prestazione sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile".*

[28] Cfr. S. CALVIGIONI, *Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di A.D. DE SANTIS, p. 205 ss.

Le linee guida differiscono notevolmente, sotto il profilo concettuale, prima ancora che tecnico-operativo, dalle buone pratiche clinico-assistenziali, sostanziandosi in **raccomandazioni di comportamento clinico sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione concettuale**, **volto a offrire indicazioni utili ai medici nel decidere quale sia il percorso diagnostico terapeutico più appropriato in specifiche circostanze cliniche**: esse consistono, dunque, nell'indicazione di standards diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica, a garanzia della salute del paziente e costituiscono il condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, e, quindi, si sostanziano in qualcosa di molto diverso da una semplice buona pratica clinico-assistenziale, come chiarito dalla Suprema Corte[29].

Molteplici e differenti sono le accezioni di buona pratica che è possibile ritrovare in letteratura o ricavare da esperienze di "osservatori" nazionali e internazionali. L'eterogeneità dipende essen-zialmente dall'uso che viene fatto della buona pratica e dal contesto cui questa si riferisce.

Lo scopo di una buona pratica è quello di **migliorare la sicurezza del paziente**. Una buona pratica può essere definita come ogni attività, procedura o comportamento riguardante percorsi assisten-ziali, basata su standard di qualità e sicurezza. Questi standard hanno origine da evidenze, da letteratura e/o da organizzazioni sanitarie. Una buona pratica necessita di indicatori specifici da monitorare nel tempo.

[29] Cfr. Cass. pen,, sez. IV, 22 giugno 2018, n.47748, secondo cui "*In materia di responsabilità professionale del medico, il disposto dell'articolo 590-sexies, introdotto dalla legge 8 marzo 2017 n. 24 (cosiddetta "legge Gelli-Bianco") è subordinato, nella sua operatività all'emanazione di lenee-guida "come definite e pubblicate ai sensi di legge". La norma richiama, infatti, l'articolo 5 della stessa legge, che detta un articolato iter di elaborazione e di emanazione delle linee-guida, di guisa che, in mancanza di lenee-guida approvate ed emanate mediante il procedimento di cui al citato articolo 5, non può farsi riferimento all'articolo 590-sexies de codice penale, se non nella parte in cui questa norma richiama le "buone pratiche clinico-assistenziali". Ne deriva che la possibilità di riservare uno spazio applicativo all'articolo 590-sexies del codice penale è ancorata all'opzione ermeneutica consistente nel ritenere che le linee-guida attualmente vigenti, non approvate secondo procedimento di cui all'articolo 5 della legge n. 24 del 2017. possano venire in rilievo, nella prospettiva delineata dalla norma in esame, come buone pratiche clinico-assistenziali. Opzione ermeneutica non agevole ove si consideri che le linee guida differiscono notevolmente, sotto il profilo concettuale, prima ancora che tecnico-operativo, dalle buone pratiche clinico-assistenziali, sostanziandosi in raccomandazioni di comportamento clinico sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione concettuale, volto a offrire indicazioni utili ai medici nel decidere quale sia il percorso diagnostico terapeutico più appropriato in specifiche circostanze cliniche: esse consistono, dunque, nell'indicazione di standards diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica, a garanzia della salute del paziente e costituiscono il condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, e, quindi, si sostanziano in qualcosa dimolto diverso da una semplice buona pratica clinico-assistenziale"*.

Il dibattito sulla **valenza delle linee guida** elaborate nell'area medica, con il precipuo intento di fornire ai sanitari indicazioni sulla diagnosi e la cura delle malattie, è stato fin qui particolarmente intenso sul versante della responsabilità penale e lo è vieppiù alla luce dell'art. 590-*sexies* c.p.

Anche in ambito civilistico, peraltro, la questione si presenta particolarmente interessante, non solo per via del fatto che la recente legislazione fa discendere dall'osservanza delle linee guida conseguenze in punto di risarcimento del danno, ma **anche in ragione delle possibili ricadute sull'accertamento stesso della responsabilità del medico**.

E' bene subito precisare che la Corte di Cassazione ha affermato che le linee guida **non integrano veri e propri precetti cautelari vincolanti**, capaci di integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto; ne consegue che, **nel caso in cui tali raccomandazioni non siano adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente, l'esercente la professione sanitaria ha il dovere di discostarsene** (Cass. pen., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770: v. pure Cass. civ., sez. III, 9 maggio 2017, n. 11208).

Cassazione penale, sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770

In tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, le raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell' art. 5 della legge 8 marzo 2017, n. 24 - pur rappresentando i parametri precostituiti a cui il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia - ***non integrano veri e propri precetti cautelari vincolanti****, capaci di integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto; ne consegue che,* ***nel caso in cui tali raccomandazioni non siano adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente, l'esercente la professione sanitaria ha il dovere di discostarsene.***

Cassazione civile, sez. III, 9 maggio 2017, n. 11208

In materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, il rispetto, da parte del sanitario, delle "linee guida" - pur costituendo un utile parametro nell'accertamento di una sua eventuale colpa, peraltro in relazione alla verifica della sola perizia del sanitario - ***non esime il giudice dal***

valutare, nella propria discrezionalità di giudizio, se le circostanze del caso concreto non esigessero una condotta diversa da quella da esse prescritta.

Cassazione civile, sez. III, 30 novembre 2018, n. 30998

Le c.d. linee guida sono ***solo un parametro di valutazione della condotta del medico****, ma ciò non impedisce che una condotta difforme dalle linee guida possa essere ritenuta diligente, se nel caso di specie esistevano particolarità tali che imponevano di non osservarle.*

Dalla previsione del nuovo **art. 590 *sexies* c.p.** è possibile affermare che **la disposizione limita-tiva della responsabilità (nel senso della sua esclusione in capo di rispetto delle linee guida) è applicabile esclusivamente nei casi in cui si discuta della perizia del sanitario** (cfr. Cass. pen., sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078), non estendendosi alle condotte professionali **negligenti ed imprudenti**, anche perché concettualmente da escludere che le linee guida possano in qualche modo prendere in considerazione comportamenti connotati da tali profili di colpa. Così la disposizione non potrebbe trovare applicazione se il paziente ha avuto una reazione avversa ad un farmaco, nonostante l'intolleranza risultasse in cartella, letta però velocemente dal medico prescrivente e quindi negligente e neanche nel caso in cui il fondamento della colpa del sanitario si individui in una imprudente manovra del sanitario durante l'inserimento della guida metallica di un catetere vascolare.

Già in passato l'ordinamento aveva previsto la necessaria osservanza da parte dei professionisti delle indicazioni contenute in protocolli e linee guida, ma ora la legge Gelli-Bianco lo ha fatto in maniera più strutturata a cominciare dalle fonti.

Alla luce della richiamata disposizione (art. 5. co. 1 legge Gelli-Bianco), **le linee guida proverranno ora da enti od istituzioni pubbliche e private, i cui requisiti di accreditamento sono stati previsti ed attuati nel d. m. 2 agosto 2017**[30].

[30] In particolare, il testo del decreto ministeriale ha previsto espressamente che "*è istituito presso il Ministero della salute l'elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie, che entro novanta giorni dall'entrata in vigore del decreto (2 agosto 2017), dovranno presentare al Ministero della Salute istanza di iscrizione all'elenco e, da ultimo, dovranno essere in possesso dei seguenti requisiti: a) rilevanza di carattere nazionale, con sezione ovvero rappresentanza in almeno dodici regioni e provincie autonome; b) rappresentatività di almeno il 30% dei professionisti non in quiescenza nella specializzazione o nella disciplina, previste dalla normativa vigente, o nella specifica area o settore di esercizio professionale; c) atto costitutivo redatto per atto pubblico e statuto, dai quali si evincano gli elementi di cui al punto b)*".

Successivamente, con dm 27 febbraio 2018 è stato istituito il Sistema nazionale linee guida (Snlg).

Le **linee guida** sono **raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche**.

Queste regole costituiscono vere e proprie direttive, cui occorre risalire per saggiare il corretto operato del professionista sanitario allorquando non affiorassero validi motivi per seguire altri metodi curativi, anche di natura sperimentale.

L'innegabile **vantaggio** delle linee guida è quello di **dare determinatezza alla fattispecie col-posa**, **la cui condotta tipica è in definitiva interamente racchiusa nella regola cautelare**.

Le linee guida recuperano quella **determinatezza** che invece viene sacrificata individuando la regola cautelare con un altro criterio, spesso utilizzato in giurisprudenza: l'agente modello, nel settore che qui interessa, il **medico modello**. **Criterio alquanto vago**, che si piega ad essere utilizzato sia in senso colpevolista che innocentista. Una maschera sul volto del giudice.

Applicando questo criterio, talvolta solo dalla lettura della sentenza il medico imputato apprende come si sarebbe dovuto comportare. E' la sentenza che crea la tipicità della condotta, anziché una fonte esterna alla fattispecie incriminatrice e preesistente ad essa.

Grazie alle linee guida è invece dato conoscere, prima della commissione del fatto, ciò che può essere penalmente sanzionato, cioè una condotta, attiva od omissiva, difforme da esse.

Come è stato messo in evidenza [31], **è estremamente importante che le linee guida e le buone pratiche siano individuate prima dell'instaurazione del processo**. La massima chiarezza in tal senso consente, infatti, di articolare in maniera meno lacunosa e per questo strategicamente più forte gli scritti difensivi in punto di allegazioni e di prova.

Altrettanto evidente, quindi, è l'importanza del ruolo che a questo fine può essere svolto dai con-sulenti tecnici. Sotto questo profilo, l'esperimento dell'accertamento tecnico preventivo *ex* art. 696-*bis* c.p.c. si rivela determinante per la selezione delle linee e delle *best practices* confacenti al caso e così l'acquisizione in giudizio della relazione peritale ove fallisca il tentativo di conciliazione.

Sennonchè le linee guida presentano anche **svantaggi**, perché possono fungere da **scudo di medicina difensiva**, nel senso che, cullando l'idea dell'impunità, il medico è indotto ad atte-

[31] S. CALVIGIONI, *Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali*, *cit.*, p. 210.

nervisi sempre e comunque, anche quando il caso concreto è peculiare e impone un **diverso trattamento terapeutico** rispetto a quello in esse previsto.

Ed è proprio per evitare tale inconveniente che opportunamente l'art. 5, comma 1, della legge in esame fa salva "***la specificità del caso concreto***", nel senso della possibilità o necessità di allontanamento dalle linee guida, qualora il particolare quadro clinico lo imponga.

Principio del tutto condivisibile sul piano giuridico, solo che si consideri che **le linee guida hanno fondamento statistico**, **hanno il carattere della generalità e sono quindi smentibili dal quadro clinico concreto**. E ciò avviene tutt'altro che infrequentemente (ad es., pazienti diabetici, ai quali, per altre patologie, certi farmaci non vanno somministrati perché contenenti glucosio).

L'osservanza della regola cautelare non è infatti fine a sé stessa, ma è strumentale alla tutela di un bene: se in un certo caso l'osservanza sacrifica quel bene, ben venga l'inosservanza, che risulta invece funzionale alla tutela.

In definitiva, **le linee guida non possono porsi come esclusiva alternativa all'autonomia del medico nelle scelte terapeutiche sulla persona assistita**, in quanto **permangono sempre le variabili individuali dei pazienti** e tenuto conto del **principio di libertà terapeutica** espresso negli articoli 9, 32 e 33 della Costituzione.

In definitiva il giudice, nel giudizio sulla colpa del medico, resta, quindi, libero di apprezzare se l'osservanza o il discostamento dalle linee guida avrebbero evitato il fatto che si imputa al medico e cioè se le circostanze del caso concreto imponessero o meno l'adeguamento alle linee guida oppure una condotta diversa da quella descritta nel sapere burocratizzato.

Si è detto che **le linee guida**, pur non avendo un valore normativo vincolante e continuando a rappresentare "raccomandazioni" suscettibili di continuo aggiornamento (in quanto tali, espressione di *soft law*), **incidono per esplicita previsione normativa sulla valutazione della condotta del professionista ai fini penali e sulla misura del risarcimento del danno**, anzi sulla stessa valutazione della responsabilità del medico per **imperizia**[32].

[32] Secondo C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., 760, le linee guida certificate dall'Istituto superiore di sanità non necessitano di «ulteriore vaglio di validità scientifica in sede giudiziale», trattandosi di documenti che si pongono come «elemento di informazione principale del giudice, e – ove siano applicabili alle "specificità del caso concreto" – sembrano destinati a restringere in qualche misura il ruolo del consulente tecnico d'ufficio, che – rispetto all'individuazione del criterio di giudizio della condotta medica – non potrebbe discostarsi dagli *standard* da essi indicati».

Tale attitudine è destinata a riverberarsi, tuttavia, anche sul **contenuto degli oneri probatori** almeno allorquando sia fatta valere l'imperizia del professionista

Invero **gli oneri di allegazione e prova con riguardo a tali "fonti" (certamente non del diritto) sono destinati inevitabilmente a variare a seconda del tipo di azione promossa dal paziente**.

Infatti, nel giudizio di risarcimento promosso a titolo di **responsabilità contrattuale**, dove il pa-ziente dovrebbe limitarsi ad allegare l'inadempimento, **all'esercente dovrebbe spettare la dimo-strazione dell'assenza di colpa, avendo egli tenuto una condotta corrispondente alle linee guida** (o alle buone pratiche) stabilite in relazione al caso concreto oppure la necessità di discostarsene completamente a causa della specificità del caso concreto[33].

Invece, nel giudizio di risarcimento del danno promosso a titolo di **responsabilità extracontrat-tuale**, **il paziente dovrebbe allegare e provare gli elementi della fattispecie e, quindi, anche la condotta che il professionista stesso avrebbe dovuto correttamente tenere in base alle linee gui-da** tipizzate o alle buone pratiche clinico-assistenziali[34].

[33] Cfr. M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e resp.*, 2017, 279, nonché S. CALVIGIONI, *op. ult. loc. cit.*

[34] Cfr. G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica*, cit., 25. Secondo S. CALVIGIONI, *Linee guida*, cit., 212, l'attività difensiva dell'esercente volta a dimostrare che la linea guida o la buona pratica indicata dal danneggiato è stata seguita correttamente oppure che è stata seguita una diversa linea o buona pratica, configura l'esercizio di una mera difesa.

Mauro Mocci

Il filtro in appello: bilancio minimo di una riforma mancata

Sommario: 1. Una fine ingloriosa. - 2. La genesi. - 3. Il meccanismo. - 4. La classe forense e la dottrina. - 5. La giurisprudenza. - 6. Il problema (collegato) della *doppia conforme*. - 7. Conclusioni

1. Una fine ingloriosa.

Intoneremo il "De Profundis" per il filtro in appello? Sembra proprio di si.

Il disegno di legge delega per il processo civile, licenziato dal Consiglio dei Ministri il 5 dicembre 2019 scorso, prevede infatti l'abrogazione degli artt. 348 *bis* e 348 *ter* c.p.c., introdotti nel codice di rito con la riforma del 2012. La relazione illustrativa afferma in proposito che quelle disposizioni avevano creato <<*un'ulteriore ipotesi di ricorso in cassazione all'interno del medesimo giudizio, sicché la complessiva valutazione dell'istituto in termini costi/benefici appare negativa*>>[1].

2. La genesi.

In realtà, il meccanismo del filtro in appello ha avuto una storia tormentata fin dall'inizio. Bisogna ricordare che, all'epoca, era l'estremo tentativo di incidere sui tempi di durata dei processi davanti alle Corti d'Appello, considerate allora il <<ventre molle>> del sistema giudiziario e mai prima interessate direttamente e peculiarmente da provvedimenti normativi così radicali[2].

Invero, l'incapacità delle Corti di smaltire le sopravvenienze si era progressivamente manifestata a partire dalla fine del secolo scorso, allorquando in primo grado (ossia nei Tribunali, fra l'altro non più giudici di appello delle appena soppresse Preture) era ormai andata a regime la riforma del 1990 sul giudice unico ed il <<collo di bottiglia>> si era trasferito sul secondo grado, che neppure aveva potuto contare su adeguati aumenti d'organico. Mancava poi, probabilmente, anche una preparazione culturale ad affrontare tale emergenza: i singoli consiglieri – abituati a lavorare in una struttura statica, se non immobile, ove la decisione sarebbe dovuta sovente essere un piccolo trattato di diritto (<<*per non fare brutte figure in Cassazione*>>, si sentiva spesso ripetere) ed ai quali era stata fino ad allora richiesta la stesura di una/due sentenze la settimana – avrebbero

1 Sul punto cfr. G. SCARSELLI, *Note critiche sul disegno di legge delega di riforma del processo civile approvato dal Consiglio dei Ministri in data 5 dicembre 2019*, in *www.Judicium.it* del 23 gennaio 2020

2 Parla giustamente di appello come di <<cenerentola processuale>> A. CONVERSO, *Il processo di appello dinanzi alla Corte d'Appello*, in *Giur. it.*, 1999, 3, 661 e ss. Cfr. altresì, la lucidissima e condivisibile analisi di C. CEA, *L'organizzazione dell'ufficio del giudice civile di appello*, in *Foro it.*, 2010, V, 169 e ss.

dovuto cambiare radicalmente la loro impostazione nel giro di poco tempo, tenendo una media di almeno cinque sentenze settimanali, il minimo indispensabile per poter governare l'arretrato.

Del resto, lo strumento del filtro era già operante presso la Corte di Cassazione[3], anche se la struttura delle Corti territoriali, spesso non in grado di esprimere una sezione ad esso dedicata (a parte le tre o quattro realtà più grandi), rendeva inevitabile che competesse essenzialmente a ciascun consigliere stabilire se ricorressero o no le condizioni per la sua applicazione[4].

3. Il meccanismo.

Va altresì considerato che l'impianto della riforma era generalmente ritenuto compatibile con i principi costituzionali e con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha sempre ritenuto le limitazioni ai mezzi di impugnazione contrastanti con l'art. 6, comma primo CEDU, solo qualora esse non perseguano uno scopo legittimo, ossia qualora non vi sia una ragionevole relazione di proporzionalità tra il mezzo impiegato e lo scopo desiderato[5].

Come è noto, l'art. 348 *bis* c.p.c. riconduce la declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione alla mancanza di "una ragionevole probabilità di essere accolta".

Diversamente da quanto prevede l'art. 375 n°5) c.p.c., a proposito del giudizio di cassazione, la decisione immediata del gravame non è dunque legata ad una prognosi di manifesta fondatezza o infondatezza del suo contenuto: è sufficiente qualcosa di meno, ossia un apprezzabile grado di inaccoglibilità.. Una volta pronunciata l'ordinanza di inammissibilità, può essere proposto ricorso per cassazione contro la sentenza di primo grado.

La possibilità di escludere il secondo grado è già prevista, a livello ordinamentale, dall'art. 360 comma 2° c.p.c. (*revisio per saltum*), ma, nell'ipotesi di cui all'art. 348 *ter*, lo scrutinio dei giudici di legittimità ha una portata ben più ampia, pur – anche in tal caso – nei limiti del c.d.

3 Approfondiscono il profilo del filtro in cassazione P. VITTORIA, *Il filtro per l'accesso al giudizio di legittimità*, in Il nuovo giudizio di cassazione, a cura di G. Ianniruberto e U. Morcavallo, Milano 2010, 137 e ss.; F. FERRARIS, *Primi orientamenti giurisprudenziali sul c.d. "filtro" in Cassazione,* in *Riv. dir. proc.* 2012, 2, 490; E. SILVESTRI, *Note in tema di giudizio di cassazione riformato,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2010, 3, 1027; F.S. DAMIANI, *La riforma del c.p.c. art. 375, 376, 380 bis, 380 ter,* in *Le nuove leggi civili commentate,* Padova 2010, 4-5, 981 e ss.; C. CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze,* Padova, 2009, 513 e ss.; G. ARIETA, F. DE SANTIS, L. MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile,* 4ª ed., Padova, 2010, 520; C. MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile,* Torino, 2011, 585 e ss.

4 A. BRUGUGLIO, *Un approccio minimalista alle nuove disposizioni sull'ammissibilità dell'appello*, in *Riv. Proc.*, 2013, 3, 573.

5 E' l'opinione di R. CAPONI, *La riforma dei mezzi d'impugnazione,* in *Riv. trim.,* 2012, 4, 1168, che cita Corte EDU, 21 giugno 2011, *Dobrić v. Serbia*, con riferimenti alla precedente giurisprudenza della stessa Corte. Cfr. anche Cass. Sez. VI del 23 dicembre 2016 n. 26936 che richiama Corte EDU, 15 settembre 2016, *Trevisanato v. Italia*

<<giudicato implicito>>, con la conseguenza di non poter dedurre a fondamento del ricorso questioni processuali non sollevate col gravame[6].

Probabilmente, sarebbe stato più logico assoggettare al vaglio della Suprema Corte l'ordinanza di appello, avendo quest'ultima contenuto sostanziale di sentenza, piuttosto che la decisione del primo giudice. Il sistema ideato dalla novella stabilisce invece un rapporto immediato e diretto fra il primo grado e la Cassazione, in cui il segmento di appello è come un binario morto, destinato – in caso di declaratoria di inammissibilità – a concludersi con tale pronunzia.

La realtà ha però dimostrato che la Suprema Corte non avrebbe potuto fare a meno di valutare altresì – almeno incidentalmente – la motivazione dell'ordinanza, sia perché quest'ultima contiene la previsione sulle spese di lite, sia perché anche tale provvedimento può, in astratto, contenere vizi formali e sostanziali interni al provvedimento, sia perché, infine, la declaratoria di inammissibilità del gravame incide sull'ampiezza dei motivi denunziabili col ricorso[7]

4. La classe forense e la dottrina.

La riforma del 2012 è stata immediatamente avversata dalla classe forense e dalla dottrina, il che era sicuramente prevedibile[8].

In effetti, la riconducibilità della declaratoria di inammissibilità alla mancanza "di una ragionevole probabilità" di accoglimento rende il concetto espresso pressoché <<impalpabile>>, eccessivamente generico ed indeterminato (e quindi discrezionale). Da ciò il rischio di

6 G. BALENA, *Le novità relative all'appello nel d.l. n. 83/2012,* in Giusto proc, 2013, 2, 344, suggerisce l'opportunità di indicare nell'atto introduttivo del ricorso per cassazione - ogni qualvolta la decisione di primo grado consti di una pluralità di capi - l'avvenuta impugnazione davanti alla Corte d'Appello di tutti i capi della medesima sentenza e di allegare al ricorso una copia dell'atto di gravame. Cfr altresì Cass. Sez. VI, 23 dicembre 2016 n. 26936 in *Foro it.*, 2017, fasc. 5, parte 1, 1656, con nota di O. DESIATO, *Inammissibilità del ricorso per cassazione spiegato ai sensi dell'art. 348 ter c.p.c.: un triste esempio di denegata tutela.*

7 Cass. Sez. Un. 2 febbraio 2016 n. 1914, che ha sancito l'ammissibilità del ricorso in cassazione per vizi propri dell'ordinanza ex art. 348 ter c.p.c., allorquando si tratti di ragioni processuali. E' pubblicata su *Foro it.* , 2016, fasc. 7-8, 1, 2478, con nota di N. LUDOVICI, *Appello civile, mancanza di una ragionevole probabilità di accoglimento, ordinanza, ricorso straordinario per cassazione,* e su *Corriere giur.*, 2016, 8-9, 1125, con nota di R. TISCINI, *Impugnabilità dell'ordinanza filtro per vizi propri. L'apertura delle Sezioni Unite al ricorso straordinario*.

8 R. CAPONI, *Contro il nuovo filtro in appello e un filtro in Cassazione nel processo civile,* in *Giur. cost.*, 2012, 2, 1539; G. SCARSELLI, *Sul nuovo filtro per proporre appello,* in *Foro it.*, 2012, 10, 5, 287; C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi, normativi: le impugnazioni a rischio <<svaporamento>>*, in *Corriere giur.*, 2012, 10, 1133*;* G. IMPAGNATIELLO, *Il "filtro" di ammissibilità dell'appello,* in *Foro it.*, 2012, 10, 5, 295; Id., *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in Cassazione,* in *Giusto proc.*, 2012, 3, 735; G. VERDE, *Processo civile. Con un nuovo "filtro" in appello garanzie e tradizione giuridica segnano il passo,* in *Guida dir.*, 2012, fasc. 30, 6; Id., *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *Riv. trim.*, 2013, 2, 507; C. FERRI, *Filtro in appello: passa lo svuotamento di fatto e si perpetua la tradizionale ipocrisia italiana,* in *Guida dir.*, 2012, fasc. 32, 10.; A. TEDOLDI, *Il maleficio del filtro in appello,* in *Riv. dir. proc.*, 2015, 3, 751

provvedimenti sostanzialmente immotivati. Inoltre si è lamentata un'eccessiva compressione del contraddittorio, non mitigata dall'inciso <<sentite le parti>> (aggiunto in sede di conversione del d.l.), che si sarebbe prestato – come poi è accaduto -a tutta una serie di interpretazioni e di prassi[9].

Ma, in realtà, la critica del foro e dell'accademia si è particolarmente rivolta anche nei confronti di un altro pilastro della riforma, ossia la riscrittura dell'art. 342 c.p.c., in tema di motivazione dell'appello[10]. Quest'ultima norma, nella versione in vigore dal 2012 – recependo gli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi in precedenza[11]- ha statuito l'inammissibilità del gravame, in carenza di una serie di elementi: i punti contestati, le violazioni ipotizzate ed il peso di esse rispetto alla decisione impugnata, nonché un lavoro di demolizione dell'impalcatura su cui si reggevano i profili contestati ed una coeva parte ricostruttiva, nel senso invocato dall'appellante. E' pur vero che l'interpretazione rigoristica è stata poi attenuata dalla Suprema Corte[12], ma il sistema di doppia selezione così congegnato – dapprima di carattere formale, ex art. 342, e poi di carattere sostanziale, ex art. 348 *bis* – è stato vissuto come un'intollerabile limitazione dei diritti processuali[13].

Gli stessi contrasti in seno alla giurisprudenza di merito[14] fra chi riconduceva la ragionevole probabilità alla necessità di un'evidenza indiscutibile, in esito ad una cognizione piena, e chi propugnava, al contrario, la sufficienza di una delibazione sommaria, ancorché approfondita (nodo mai del tutto sciolto, neppure dalla Cassazione), hanno finito per dare ragione a coloro che paventavano atteggiamenti arbitrari nell'utilizzo della norma, magari dettati da ragioni contingenti

9 G. BALENA, *Le novità,* op. cit., 340

10 G. SCARSELLI, *Sulla incostituzionalità del nuovo art. 342 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2013, 1, 160

11 Cass. Sez. Un. 29 gennaio 2000, n°16, ampiamente commentata da G. BALENA, *Nuova pronunzia delle Sezioni Unite sulla specificità dei motivi d'appello: punti fermi e dubbi residui,* in *Foro It*. 2000, 5, I, 1607, e da A. PROTO PISANI, *In tema di motivi specifici d'impugnazione,* ibidem, 1615. Nello stesso senso: cfr. Cass. 3 agosto 2007, n°17057; Cass. 16 dicembre 2009, 26414; Cass. 19 ottobre 2009, n. 22123. In dottrina, B. SASSANI *Le Sezioni unite della cassazione e l'inammissibilità dell'atto di appello carente di motivi specifici* in *Riv. proc.*, 2000, 511 e ss.; N. RASCIO, *Ancora sui motivi di appello: il requisito della specificità e le conseguenze della violazione dell'art. 342 c.p.c. nella giurisprudenza della Suprema Corte,* in *Foro It.* 2000, I, 218.

12 Cass. Sez. Un. 16 novembre 2017 n. 27199, in *Corriere giur.* 2018, 1, 70, con nota di F. GODIO, *Le Sezioni Unite confermano: l'appello "specifico" non richiede all'appellante alcuna sorta di "progetto alternativo di decisione"* ed in *Giur. it.*, 2018, 6, 1413, con nota di M. MARCHESE, *La specificità della "motivazione" nell'appello secondo le Sezioni Unite*

13 G. VERDE, *La riforma dell'appello civile: due anni dopo*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ., 2014, 3, 971;* E. TICCHI, *Considerazioni sugli ultimi orientamenti in tema di inammissibilità dell'appello, ibidem* 2015, 3, 1067.

14 App. Roma 23 gennaio 2013, App. Milano 8 febbraio 2013 e Trib. Vasto 20 febbraio 2013, in *Giur. it.*, 2013, 1629, con nota di A. DIDONE.

(necessità di sfoltire i ruoli, timori di procedimenti disciplinari per i ritardi accumulati) o da iattanza, superficialità, sciatteria, oltre che un sostanziale *vulnus* del diritto di difesa[15].

5. La giurisprudenza.

Ma il filtro in appello ha trovato un'accoglienza fredda anche da parte dei magistrati, che pure avrebbero dovuto applicarlo.

In realtà, il *modus operandi* del giudice e la sua capacità di "leggere" la norma nel modo più adeguato costituivano il cuore della riforma. Dopo il deposito del ricorso o della citazione notificata, una volta assegnato il fascicolo al relatore, quest'ultimo avrebbe dovuto esaminarlo approfonditamente prima dell'udienza fissata nella citazione o nel decreto che seguiva il ricorso. L'art. 348 *ter* impone, infatti, la pronunzia di inammissibilità nel corso dell'udienza di cui all'art. 350 c.p.c. e prima di procedere alla trattazione. E' evidente che la necessità di stendere un'ordinanza – sia pur succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati negli atti di causa ed il riferimento ai precedenti conformi – avrebbe determinato per il relatore un notevole aggravio del lavoro di studio dei nuovi fascicoli. Infatti solo una conoscenza approfondita e completa della prima udienza di trattazione, attraverso la lettura della sentenza impugnata, della citazione (o del ricorso) di appello e della comparsa (o della memoria) di risposta avrebbero consentito di fare una prima scrematura ragionata fra le impugnazioni. Ed anche il contenuto dell'ordinanza (che deve coprire tutti i motivi di gravame, compresi quelli incidentali) avrebbe dovuto dare ragione di ogni scelta, ponendo in luce la ragionevolezza del percorso prescelto e la fondatezza dei profili che lo supportavano. Il successo del filtro dipendeva da questo e quindi dalla capacità del giudice di governare il suo ruolo e di avere una visione d'insieme delle cause a lui assegnate. Lo scarso utilizzo dell'istituto ha mostrato che non tutti sono stati all'altezza.

A quasi otto anni dal suo ingresso nel sistema processuale, il fiasco del filtro in appello (in termini percentuali, rispetto alle aspettative) si deve probabilmente, oltre che a resistenze ideologiche ed ad un meccanismo applicativo alquanto farraginoso[16], a vistose lacune individuali nella capacità di auto-organizzarsi.

15 M. PACILLI, *L'abuso dell'appello,* Bologna, 2015, p. 240 e ss.; S. DALLA BONTA', Contributo allo studio del filtro in appello, Trento, 2015, p. 198 e ss.

16 Cfr. C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, XXV ed., vol. II, Giappichelli, Torino, 2016, p. 526.

6. Il problema (collegato) della *doppia conforme*.

Eppure la riforma, se attuata con onestà intellettuale, avrebbe potuto incidere favorevolmente sull'attività delle Corti d'Appello.

Fra l'altro, la potenzialità degli artt. 348 *bis* e 348 *ter* è stata colta dalla stessa Corte di Cassazione, la quale – nella nota sentenza delle sezioni unite n. 8053 del 7 aprile 2014 – con una valutazione di carattere eminentemente pretorio ha richiamato proprio l'art. 348 *bis* per estendere l'esclusione dell'art. 360 n. 5) c.p.c. a tutte le fattispecie di c.d. *doppia conforme* (e quindi di rigetto nel merito) e non solo a quelle di declaratoria di inammissibilità, come pure previsto dalla norma al penultimo comma[17]. Sul punto, il testo della pronunzia recita: <<*rientra certamente, nonostante la non felice collocazione "topografica" tra le norme preposte alla regolamentazione dell'appello, la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 348-ter, aggiunto dalla norma in esame, al codice di rito, giusta il cui disposto non è ammesso ricorso ai sensi del n. 5) dell'articolo 360 cod. proc. civ. avverso quelle sentenze d'appello che confermino la decisione di primo grado per le stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione appellata*>>. La suddetta estensione *praeter legem* non è stata dunque motivata e c'è da chiedersi se potrà essere ancora adottata la sanzione dell'inammissibilità per la deduzione del motivo ex art. 360 n. 5) c.p.c., nell'ipotesi di *doppia conforme,* una volta venuta meno la base normativa che la consentiva[18].

7. Conclusioni.

Il destino del filtro in appello sembra dunque segnato: espunzione pura e semplice, senza neppure la sorte di altre norme, le quali, pur avendo inciso ancor meno sulla celerità del processo, come l'art. 186 *quater* (ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione), una volta cadute in desuetudine sono tuttavia rimaste al loro posto.

La scelta del Parlamento è ovviamente sovrana ed, in definitiva, può essere anche compresa da un punto di vista sostanziale: eccessiva discrezionalità del giudice, dimidiazione dei diritti

17 La sentenza è riportata per esteso in *Riv. proc. civ.*, 2014, 6, 1600, con nota di F. PORCELLI, *Sul vizio di "omesso esame di un fatto decisivo"*, nonché in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1, 179, con nota di L. PASSANANTE *Le Sezioni Unite riducono al "minimo costituzionale" il sindacato di legittimità nella motivazione della sentenza civile.* Per il resto, a parte Sez. Un n.1914/2016 (*infra,* § 3, nota 7), l'unica pronunzia della Suprema Corte che abbia lambito il filtro è Sez. Un. 21 marzo 2017 n. 7155, *Foro it.* 2017, 4, I, 1177, con nota di G. COSTANTINO, *Note sull'inammissibilità sopravvenuta di merito: dal ricorso "antipatico al ricorso "sarchiapone".*

18 Cfr. R. POLI, *L'evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione alla luce delle recenti riforme*, in *Riv. dir. Proc.,* 2017, 128; A. Tedoldi, *Il maleficio op. cit.*

difensivi, carenza delle strutture, complessità della procedura, scarsa applicazione pratica. Ma, per carità, non si ricorra ad una motivazione superficiale e sciatta[19], di sapore vagamente aziendalistico, che, oltre a far credere che la Suprema Corte sia inondata dai doppi ricorsi generati dal meccanismo del filtro - mentre è vero il contrario - non rende giustizia né all'intento del legislatore del 2012, né ai giudici di secondo grado che quelle norme hanno applicato con scrupolo e coscienza.

19 L'impressione è che la successione dei termini logici di ragionamento sia stata invertita, nel senso che la decisione, già assunta, abbia dovuto trovare una motivazione posticcia

Corrado Mistri

La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare.

1. Nozione.

Il negozio fiduciario si realizza quando un soggetto (detto fiduciante), trasferisce o fa trasferire ad un altro (detto fiduciario) una situazione giuridica ovvero un diritto reale o personale, e quest'ultimo si obbliga ad esercitarlo secondo le modalità ed i tempi stabiliti raggiungendo una finalità pratica diversa e ulteriore rispetto a quella propria dello schema causale utilizzato e piegando quindi il negozio traslativo al conseguimento di uno scopo ulteriore rispetto al mero trasferimento di un diritto o di una situazione giuridica soggettiva.

Il negozio fiduciario, come noto, è un istituto non positivizzato dal nostro ordinamento, ma è il risultato di una rielaborazione e di una ricostruzione operata sia a livello giurisprudenziale che dottrinario, e si presenta connotato dai seguenti caratteri:

- l'esistenza di un negozio tipico che, all'esterno, appare posto in essere per la sua finalità tipica;

- l'effettivo trasferimento del diritto al fiduciario;

- l'eccedenza del mezzo usato rispetto allo scopo dei contraenti.

Nella manualistica tradizionale si distinguono:

- la fiducia dinamica, caratterizzata dall'effettivo effetto traslativo, strumentale alla realizzazione dello scopo fiduciario, dalla fiducia statica, che si ha quando manca del tutto un atto di trasferimento perchè il soggetto è già investito, ad altro titolo, di un determinato diritto ed il relativo titolare, che sino a un dato momento esercitava il diritto nel proprio esclusivo interesse, si impegna ad esercitare le proprie prerogative nell'interesse altrui, in conformità a quanto previsto dal *pactum fiduciae*;

- la *fiducia cum amico*, ove la creazione della titolarità è funzionale alla realizzazione di una detenzione e di una gestione del bene nell'interesse del fiduciante ed in vista di un successivo, ulteriore trasferimento della titolarità allo stesso fiduciante ovvero ad un terzo, e la *fiducia cum creditore*, ove il contratto fiduciario intercorre tra debitore e creditore e l'interesse del fiduciante è quello di trasferire la proprietà di un suo bene al fiduciario, suo creditore, a garanzia del diritto di credito, con l'impegno del fiduciario a ritrasferire il bene al fiduciante se questi adempie regolarmente al proprio debito, fattispecie questa che esige nel nostro ordinamento una attenta e penetrante valutazione diretta ad accertare che non si realizzi un contratto in frode alla legge e precisamente in violazione del divieto di patto commissorio.

2. Natura giuridica - Tesi minoritarie.

Plurime e variegate sono le posizioni sulla natura giuridica del negozio fiduciario: autorevole dottrina (Santoro-Passarelli, Carresi, Scognamiglio) sostiene che il negozio fiduciario sarebbe un negozio astratto avente causa diversa rispetto a quella prevista dalla legge, immeritevole di tutela in quanto la *causa fiduciae* non è una valida causa (o ragione) idonea al trasferimento di un diritto.

Alcuni autori (Visalli, Salvatore Romano) sostengono invece la tesi che spiega l'istituto della fiducia qualificandolo come fenomeno metagiuridico basato sull'affidamento che il fiduciante ripone nella correttezza del fiduciario e nel quale è ravvisabile un'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo tipico.

Altri autori (Grassetti, Torrente), ancora, sostengono che il negozio fiduciario sia un negozio atipico, unitario, connotato da una causa atipica, la cosiddetta *causa fiduciae*, costituita dall'affidamento del fiduciante sul comportamento leale del fiduciario, la cui legittimità ed ammissibilità non può essere posta in dubbio in quanto le parti hanno, in virtù dell'articolo 1322 cod. civ., il potere di concludere contratti atipici col solo limite della meritevolezza degli interessi perseguiti, essendo soltanto ovviamente necessario che il negozio posto in essere non sia diretto a eludere una norma imperativa, perché altrimenti si ricadrebbe nella nullità dell'accordo, ai sensi dell'articolo 1344 cod. civ.

Più specificamente si è parlato, in materia immobiliare, di negozio atipico ad effetti reali, nel quale il diritto reale è strumentale e temporalmente limitato dalla funzione del negozio fiduciario, interpretazione questa che però contrasta con il *numerus clausus* dei diritti reali.

3. Natura giuridica - Tesi maggioritarie.

Due sono le posizioni più accreditate.

Secondo la prima, seguita dalla prevalente giurisprudenza, **il negozio fiduciario rientra nella** categoria più generale dei negozi indiretti, caratterizzati dal fatto di realizzare un determinato effetto giuridico non in via diretta, ma in via indiretta: il negozio, che è realmente voluto dalle parti, viene infatti posto in essere in vista di un fine pratico (la c.d. causa concreta) diverso da quello suo tipico, e corrispondente in sostanza alla funzione di un negozio diverso.

Conseguentemente, l'intestazione fiduciaria di un bene comporta un vero e proprio trasferimento del diritto in favore del fiduciario, limitato però dagli obblighi stabiliti *inter partes*, compreso quello del trasferimento al fiduciante, in cui si ravvisa il contenuto del *pactum fiduciae*;

essenziale sottolineare che la intestazione al fiduciario è essa stessa nell'interesse del fiduciante e proprio per questo si parla di negozio indiretto.

In tal senso meritano di essere richiamate le sottoindicate due pronunce del giudice di legittimità:

- Cass. civ., sez. II, 25 maggio 2017, n. 13216: ritiene l'equiparabilità del negozio fiduciario al contratto preliminare ed afferma che <<*il pactum fiduciae con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato, richiede, allorché riguardi beni immobili, la forma scritta ad "substantiam", atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare per il quale l'art. 1351 c.c. prescrive la stessa forma del contratto definitivo*>>;

- Cass. civ., sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093: ritiene che il negozio fiduciario rientri nella categoria più generale dei negozi indiretti caratterizzati dal fatto di realizzare un determinato effetto giuridico non in via diretta, bensì indiretta, nel senso che il negozio, che è realmente voluto dalle parti, viene posto in essere in vista di un fine pratico diverso da quello suo tipico, e corrispondente in sostanza alla funzione di un negozio diverso e che da ciò consegua, come necessario corollario, che se il *pactum fiduciae* riguarda beni immobili, occorre che questo risulti da un atto in forma scritta *ad substantiam*, in quanto sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare, per il quale l'articolo 1351 cod. civ., impone la stessa forma del contratto definitivo ed afferma che <<*il "pactum fiduciae" con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato, richiede, qualora riguardi beni immobili, la forma scritta ad substantiam*>>;

La tesi che individua la natura giuridica del negozio fiduciario in quella del **negozio indiretto, incontra il limite della** equiparazione del negozio fiduciario - che, come ricordato, è istituto non positivizzato - al contratto preliminare, che è viceversa istituto giuridico espressamente normato a livello codicistico; per tale motivo altra posizione, che ad avviso di chi scrive merita maggiore condivisione, riconduce la figura del negozio fiduciario a quella del collegamento negoziale.

Secondo tale teoria il negozio fiduciario integra la tipica ipotesi di collegamento negoziale, con un primo negozio ad effetti reali di carattere esterno ed efficace verso i terzi, e con un secondo negozio, collegato all'altro e ad effetti obbligatori, che modifica il risultato finale del primo negozio comportando una eccedenza del mezzo rispetto allo scopo (che consiste in un fine ulteriore che trascende gli effetti tipici di ciascuno dei singoli negozi, in ragione del nesso teleologico tra di essi),

meritevole di tutela in virtù del principio dell'autonomia privata e viziato da nullità nella sola ipotesi in cui l'operazione si connoti per la frode alla legge (articolo 1344 cod. civ.).

Al proposito Galgano parla di <<*collegamento di due negozi, uno ad effetto reale e l'altro ad effetto obbligatorio, attraverso il quale si persegue uno scopo diverso dalla causa del negozio prescelto, avendo il pactum fiduciae la funzione di piegare il contratto prescelto alla realizzazione dello scopo perseguito*>>; secondo tale opinione, in buona sostanza, il **negozio fiduciario** mette capo ad una operazione negoziale formalmente articolata in più negozi (elemento della pluralità negoziale), ma sostanzialmente a carattere unitario e diretta a realizzare il programma fiduciario nel ché si connota la *causa fiduciae*.

4. La forma del *pactum fiduciae* nei negozi aventi ad oggetto beni immobili.

Sostanzialmente ambedue le posizioni richiamate al paragrafo che precede ritengono necessaria la forma scritta se il *pactum fiduciae* ha ad oggetto beni immobili: il negozio fiduciario, quando si riferisce a beni immobili, deve infatti rivestire necessariamente la forma scritta *ad substantiam*, in virtù del principio consolidato secondo cui ogni obbligazione che importa l'obbligo di trasferire un bene immobile deve seguire la forma prevista per la vendita (Cass. civ. Sez. II, 9 maggio 2011, n. 10163; Cass. civ. Sez. II, 7 aprile 2011, n. 8001; Cass. civ. Sez. II, 13 ottobre 2004, n. 20198; Cass. civ. Sez. II, 13 aprile 2001, n. 5565; Cass. civ. Sez. II, 19 luglio 2000, n. 9489; Cass. civ. Sez. II, 29 maggio 1993 n. 6024).

La necessità della forma scritta per i negozi fiduciari aventi ad oggetto beni immobili viene in particolare ritenuta giustificata dalla necessità di garantire la certezza del traffico giuridico, generandosi altrimenti inevitabili difficoltà, ad esempio per il notaio ai fini della redazione dell'atto e della successiva trascrizione, nonché in materia di trattamento fiscale e di rispetto della normativa antiriciclaggio.

La tesi del collegamento negoziale, peraltro, rimarca come appaia più aderente alla realtà sottesa alle spesso complesse operazioni sottostanti agli accordi fiduciari, staccarsi dalle risalenti ricostruzioni descrittive del *pactum fiduciae* come articolato in due negozi (uno esterno e reale, ed uno interno ed obbligatorio) per sostenere che, qualora tra due parti intercorra un accordo fiduciario, esso viene a comprendere l'intera operazione connotandola di una causa unitaria, quella appunto di realizzare il programma fiduciario, mentre per la sua realizzazione possono essere posti in essere diversi negozi giuridici, che comportano una pluralità di segmenti negoziali e che, a seconda dei

casi e degli obiettivi che con l'accordo fiduciario ci si propone di realizzare, possono essere differenti sia nel numero che nella tipologia.

Da tanto consegue che l'impegno ad effettuare il ritrasferimento possa essere assunto anche mediante dichiarazione unilaterale che intervenga in un momento successivo rispetto a quello della conclusione del *pactum fiduciae*, in tal caso presentando l'atto unilaterale natura ricognitiva del precedente negozio fiduciario tra le parti e sostanziandosi nell'esecuzione di quell'accordo quale espressione di una articolata e complessa operazione negoziale rientrante nell'ambito della fiducia.

La pronuncia resa da Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633, che costituisce espressione di tale orientamento, evidenzia infatti come non sia infrequente che l'accordo fiduciario non sia scritto, ma che il soggetto in quel momento beneficiario della intestazione si impegni unilateralmente a modificare in un futuro la situazione secondo gli impegni presi con l'altro soggetto; in tal caso, allora, si è in presenza di <<*un impegno che nasce come unilaterale e che come atto unilaterale ha una propria autonoma dignità atta a costituire fonte di obbligazioni in quanto è volto ad attuare l'accordo fiduciario preesistente. La fiducia è la causa dell'intera operazione economica posta in essere, che si articola in diversi negozi giuridici e che colora di liceità e di meritevolezza l'impegno di ritrasferimento assunto dalla G. con la sottoscrizione del suo impegno unilaterale*>>; si parla al proposito di collegamento evidente con il negozio fiduciario.

Abbracciando la tesi del collegamento negoziale e valorizzando quindi la natura giuridica del negozio fiduciario quale operazione unitaria costituita da una pluralità di segmenti negoziali che hanno quale obiettivo la realizzazione del programma fiduciario, si ritiene idonea anche una dichiarazione ricognitiva unilaterale, redatta per iscritto e sottoscritta, ove contenga l'impegno attuale del promittente e l'indicazione precisa degli immobili oggetto dell'impegno di ritrasferimento, che viene a qualificarsi come dichiarazione autonoma con effetti obbligatori volta ad attuare l'impegno fiduciario.

Tale dichiarazione non va peraltro confusa con le mera dichiarazione confessoria, come già insegna Cass. civ., sez. II, 9 maggio 2011, n. 10163, perché questa si limita a richiamare un accordo altrimenti concluso, essendo invece necessario che la dichiarazione unilaterale costituisca l'estrinsecazione formale diretta della volontà negoziale delle parti riferita alla *causa fiduciae*, da dimostrare mediante accertamenti di fatto riservati alla cognizione ed alla valutazione dei giudici del merito ed insindacabile in sede di legittimità.

5. La rimessione della questione alle Sezioni Unite: ordinanza n. 20934 del 2019.

Con la sopraindicata ordinanza, la Seconda sezione civile della Corte di Cassazione ha rimesso gli atti al Primo presidente rimarcando come, all'orientamento prevalente che richiede per il negozio fiduciario, ove involga diritti immobiliari, la forma scritta a pena di nullità, si è andato da ultimo contrapponendo l'indirizzo che ritiene sufficiente, a fronte di un *pactum fiduciae* concluso oralmente, una dichiarazione unilaterale scritta con cui il fiduciario si impegna, in maniera attuale e precisa, a trasferire al fiduciante (ovvero ad un terzo da questo indicato) la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di detto precedente accordo fiduciario, dichiarazione che, nel realizzare la conservazione del preesistente rapporto, costituirebbe autonoma fonte di obbligazione per il soggetto che la sottoscrive, suscettibile di esecuzione in forma specifica *ex* articolo 2932 cod. civ., purchè contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei relativi dati catastali.

Trattasi della posizione che dogmaticamente riconduce il negozio fiduciario non già al **negozio indiretto, bensì all'istituto del** collegamento negoziale, in relazione alla quale la Seconda sezione mostra perplessità sia perché il *pactum fiduciae*, laddove ha ad oggetto diritti reali immobiliari, non può e non deve sfuggire alla forma scritta; e sia perché la dichiarazione unilaterale del fiduciario non potrebbe avere funzione ricognitiva retrospettiva e ancor meno ridursi alla confessione di un diritto reale altrui, dovendo apparire, ad avviso della Sezione remittente <<*e nitidamente, attraverso il compiuto esame della vicenda fattuale (nel quale anche il dato temporale assume un significato niente affatto secondario), il precipitato della causa fiduciaria concreta*>>.

6. La posizione della Procura generale della Corte di Cassazione.

Con memoria del 19 giugno 2019, presentata nel ricorso che ha dato origine all'ordinanza di rimessione indicata al precedente paragrafo, l'ufficio requirente presso il giudice di legittimità, ricordato come l'intestazione fiduciaria di un bene sia il frutto della combinazione di effetti reali in capo al fiduciario e di effetti obbligatori a vantaggio del fiduciante, di talché, ai fini della relativa configurabilità, è necessario che il trasferimento vero e proprio in favore del fiduciario sia limitato dall'obbligo, *inter partes*, del ritrasferimento al fiduciante o al beneficiario da lui indicato, in ciò esplicandosi il contenuto del *pactum fiduciae*, in adesione alla tesi del c.d. collegamento negoziale ha sostenuto che, qualora tra due parti intercorra un accordo fiduciario, esso comprende l'intera operazione e la connota di una causa unitaria, quella appunto di realizzare il

programma fiduciario, mentre per la sua realizzazione possono essere posti in essere diversi negozi giuridici, differenti sia nel numero che nella tipologia, a seconda dei casi e degli obiettivi che con l'accordo fiduciario ci si propone di realizzare.

Conseguentemente, ove la Corte territoriale, con motivazione specifica e quindi incensurabile in sede di legittimità, abbia configurato in maniera argomentata e plausibile quale negozio fiduciario un rapporto *inter partes*, nessun dubbio vi deve essere in ordine alla ammissibilità dell'impegno a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di un precedente accordo fiduciario assunto mediante dichiarazione unilaterale che intervenga in un momento successivo, alla quale dovrà attribuirsi non già valenza confessoria, bensì natura di dichiarazione di impegno al ritrasferimento del bene acquistato in esecuzione di un precedente accordo fiduciario.

In proposito, valorizzando al massimo l'elemento del collegamento negoziale, viene anche negato rilievo dirimente alla mancata indicazione puntuale e specifica dei dati catastali dell'immobile nella dichiarazione unilaterale, ove sussista e sia accertato il collegamento negoziale tra il precedente atto di compravendita e la successiva dichiarazione unilaterale, risultando la stessa quale elemento dell'operazione fiduciaria e potendo, proprio per tale ragione, considerarsi superata la carenza dei dati catastali e l'indicazione dei confini nella scrittura unilaterale, stante il riferimento all'originario atto di compravendita contenente tali dati.

Neppure si è ritenuto debbano assumere rilievo necessitato altri elementi quali il richiamo espresso al *pactum fiduciae* ovvero la distanza temporale tra i negozi collegati, bastando che la dichiarazione unilaterale si inserisca quale elemento della pluralità dei segmenti negoziali che costituiscono l'operazione unitaria che ci si propone di realizzare con l'accordo fiduciario e venga quindi a rappresentare un sottosegmento del segmento negoziale che qualifica l'intera operazione e la connota di una causa unitaria, quella appunto di realizzare il programma fiduciario, con accertamento di fatto riservato alla cognizione ed alla valutazione dei giudici del merito ed insindacabile in sede di legittimità ove coerentemente e plausibilmente argomentato.

Non sussistono, infatti, nè principi generali dell'ordinamento, nè disposizioni di legge che consentano di negare la possibilità di attribuire efficacia all'atto scritto unilaterale ricognitivo di un precedente negozio fiduciario tra le parti che, in esecuzione di tale accordo raggiunto nel rispetto del principio di libertà delle forme, contenga l'impegno a trasferire un immobile: non i principi in materia di forma, dominati dal principio della libertà delle forme, le cui deroghe non sono

suscettibili di applicazione analogica *ex* articolo 14 preleggi, e non la necessaria liceità causale e meritevolezza dell'impegno negoziale assunto dalle parti, poichè la prospettiva più favorevole alla libertà delle forme non impedisce tale apprezzamento da parte del giudice chiamato a dirimere le relative controversie.

7. La decisione delle Sezioni Unite: sentenza n. 6459 del 2020.

Con la sentenza del 6 marzo 2020, n. 6459, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione prendono posizione in favore della tesi che riconduce il negozio e più in generale il fenomeno fiduciario all'istituto del collegamento negoziale, affermando il principio di diritto secondo cui *<<per il patto fiduciario con oggetto immobiliare che s'innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta ad substantiam; ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario. La dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ritrasferimento al fiduciante, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma, rappresentando una promessa di pagamento, ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, realizzando, ai sensi dell'art. 1988 c.c., un'astrazione processuale della causa, con conseguente esonero a favore del fiduciante, destinatario della contra se pronuntiatio, dell'onere della prova del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria>>*.

Le Sezioni Unite, dopo aver diffusamente ed approfonditamente passato in rassegna gli indirizzi giurisprudenziali manifestatisi in proposito, ritengono debba essere rimeditato e superato l'orientamento dominante che, nel richiedere la forma scritta *ad validitatem* del patto fiduciario con oggetto immobiliare, muove da un'equiparazione del *pactum fiduciae* al contratto preliminare, stante l'evidente e marcata diversità della natura e degli di interessi perseguiti da tali figure.

Infatti, in disparte dalla circostanza che, comunque, il rimedio dell'esecuzione in forma specifica non è legato alla forma del negozio da cui deriva l'obbligo di contrattare, potendo l'articolo 2932 cod. civ., trovare applicazione anche laddove l'obbligo di concludere un contratto riguardi cose mobili, nel contratto preliminare l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale e lo precede, mentre nel contratto fiduciario l'effetto reale viene prima e su di esso s'innesta l'effetto

obbligatorio, la cui funzione non è propiziare un effetto reale già prodotto, ma conformarlo in coerenza con l'interesse delle parti.

Il *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare, in adesione al più recente orientamento - meritevole di piena condivisione, ad avviso di chi scrive - che riconduce il negozio fiduciario alla fattispecie del collegamento negoziale, va piuttosto assimilato, secondo la pronuncia delle sezioni Unite, all'istituto del mandato senza rappresentanza, approdo al quale i supremi giudici pervengono: da un lato, con il conforto della dottrina che evidenzia come mandato (in nome proprio) e negozio fiduciario si presentino entrambi come espressioni della interposizione reale di persona; dall'altro, richiamando l'insegnamento del giudice di legittimità secondo cui <<*in ossequio al principio di libertà della forma, il mandato senza rappresentanza per l'acquisto di beni immobili non necessita della forma scritta e che il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferire al mandante l'immobile acquistato dal mandatario è esperibile anche quando il contratto di mandato senza rappresentanza sia privo di forma scritta*>>[1].

Sostiene quindi la Corte[2] come, analogamente a quanto avviene nel mandato senza rappresentanza, anche per la validità dal *pactum fiduciae* che preveda l'obbligo di ritrasferire al fiduciante il bene immobile intestato al fiduciario per averlo questi precedentemente acquistato, non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, trattandosi di atto meramente interno tra fiduciante e fiduciario che dà luogo ad un assetto di interessi che si esplica esclusivamente sul piano obbligatorio, di talché l'accordo concluso verbalmente è fonte dell'obbligo del fiduciario di procedere al successivo trasferimento al fiduciante anche quando il diritto acquistato dal fiduciario, per conto del fiduciante, abbia natura immobiliare.

Se le parti non hanno formalizzato il loro accordo fiduciario in una scrittura, ma lo hanno concluso verbalmente, potrà al più porsi un problema di prova, ma non di validità del *pactum*, mentre l'osservanza del requisito della forma scritta è imposta, in base all'articolo 1350 cod. civ., unicamente per i singoli atti traslativi, ossia per il contratto iniziale di acquisto dell'immobile da parte del fiduciario e per il successivo atto di ritrasferimento da parte dello stesso in favore del fiduciante.

[1] In tal senso si vedano Cass. civ., sez. III, 2 settembre 2013, n. 20051 e 28 ottobre 2016, n. 21805.
[2] Lo specifico argomentare del giudice di legittimità si legge, in particolare, al paragrafo 6.3. della sentenza n. 6459 del 2020.

7.1. Affermato il principio secondo cui non è richiesta la forma scritta per la validità del patto fiduciario avente ad oggetto l'obbligazione del fiduciario di ritrasferire al fiduciante l'immobile dal primo acquistato da un terzo in nome proprio, la Corte affronta, in coerenza con le conclusioni raggiunte in tema di forma richiesta per la validità del *pactum fiduciae* avente ad oggetto beni immobili, la successiva e distinta questione relativa alla rilevanza della posteriore dichiarazione unilaterale scritta con cui l'interposto, riconosciuta l'intestazione fiduciaria, si impegna ad effettuare, in favore del fiduciante o di un terzo da lui indicato, il ritrasferimento del bene oggetto del *pactum fiduciae*.

Ammessa la validità del patto fiduciario immobiliare stipulato *verbis*, il fiduciario dichiarante è già destinatario di una obbligazione di ritrasferimento giuridicamente vincolante e tale patto non scritto è il titolo che giustifica l'accoglimento della domanda giudiziale di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento su di lui gravante; purtuttavia è evidente che, in tal caso, il fiduciante potrebbe incontrare ostacoli e difficoltà a provare in giudizio l'intervenuta stipulazione dell'accordo e ad ottenere la sentenza costitutiva nei confronti del fiduciario infedele.

In tal senso assume giustificazione la successiva dichiarazione scritta unilaterale di impegno del fiduciario: trattasi, insegna la pronuncia della Corte, di atto unilaterale riconducibile alla figura della promessa di pagamento, ai sensi dell'articolo 1988 cod. civ., la cui funzione è quella di dispensare colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale, l'esistenza di questo presumendosi fino a prova contraria, determinando una astrazione meramente processuale della *causa debendi* che comporta unicamente la *relevatio ab onere probandi* con il dispensare il destinatario della dichiarazione dall'onere di provare quel rapporto, che invece si presume sino a prova contraria, rafforzando la posizione del fiduciante destinatario della dichiarazione unilaterale da parte del fiduciario che viene così esonerato unicamente dall'onere di dimostrare il rapporto fondamentale; tale dichiarazione, infatti, in quanto riconducibile, come ricordato, al fenomeno della astrazione processuale, non riveste natura confessoria, di talché il fiduciario promittente e dichiarante ben può dimostrare l'inesistenza della causa e la nullità della promessa.

8. Conclusioni.

La pronuncia del giudice di legittimità resa a Sezioni Unite va accolta con estremo favore in quanto più aderente ad una concezione attuale e dinamica del fenomeno fiduciario, che, come già evidenziato, risponde ad una molteplicità di funzioni e di intenti pratici essendo diversi i tipi di

interessi che possono sorreggere l'operazione basata sul *pactum fiduciae*; in tale ottica pare di tutta evidenza come la tesi che riconduce la natura giuridica del negozio fiduciario all'istituto del collegamento negoziale (si veda il precedente paragrafo 4., *supra*, pagine 4 e 5), appaia più aderente alla realtà sottesa alle spesso complesse operazioni sottostanti agli accordi fiduciari, laddove rimarca come, qualora tra due parti intercorra un accordo fiduciario, esso comprenda l'intero segmento della complessiva operazione connotata dalla causa unitaria diretta alla esecuzione del programma fiduciario, mentre per la sua realizzazione possono essere posti in essere diversi negozi giuridici che rappresentano una pluralità di sottosegmenti negoziali differenti, sia nel numero che nella tipologia, a seconda dei casi e degli obiettivi che con l'accordo fiduciario ci si propone di realizzare, in tale sequela comportamentale ben potendosi inserire la posteriore dichiarazione unilaterale del fiduciario che viene a rappresentare, allora, nulla più che un sottosegmento del complessivo segmento negoziale diretto a realizzare il programma fiduciario, con accertamento di fatto riservato alla cognizione ed alla valutazione dei giudici del merito ed insindacabile in sede di legittimità ove coerentemente e plausibilmente argomentato.

Giovanna Lebboroni

Minori stranieri e minori stranieri non accompagnati

Sommario: 1.Premessa. 2. Fonti nazionali e sovranazionali sui diritti dei minori. 3.La disciplina del t.u. immigrazione sui minori stranieri inseriti in un nucleo familiare e la giurisperudenza della Corte di Cassazione. 4. Minori stranieri non accompagnati. 4.a definizioni; 4.b la tutela fornita dal diritto interno al minore straniero non accompagnato. 5. La protezione del m.s.n.a. prevista dal d.lvo 18.08.15 n. 142. 6 Casi eccezionali di espulsione dei minori stranieri non accompagnati e loro rimpatrio assistito. 7 Analisi della l. 47/17. 8. La legge n. 220/2017. 9. Conclusioni.

1. Premessa

Certamente, oggi, il livello di garanzie e tutele in Italia per i Minori Stranieri non Accompagnati è ottimale e la circostanza che il D.L. 17.03.2020 n. 18 ed il successivo D.L. 08.04.2020 N. 23, intervenuti sull' emergenza per l' epidemia da Covid 19, prevedano i procedimenti per le tutele giuridizionali ai minori stranieri non accompagnati (d' ora in poi indicati con la sigla msna) come tra quelli per i quali non opera la disciplina della sospensione dei termini, e del rinvio d' ufficio delle udienze, ne è una conferma.

Infatti all' art. 83 c. 3 del D.L. 18/20 si afferma*: "Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non operano nei seguenti casi :a) cause di competenza del Tribunale per i Minorenni relative alle dichiarazioni di adottabilità, ai minori stranieri non accompagnati, ai minori allontanati dalla famiglia ed alle situazioni di grave pregiudizio".*

Il legislatore, anche dell' emergenza, pertanto, è pienamente consapevole del fatto che la disciplina della tutela giurisdizionale dei minori stranieri non accompagnati è indispensabile per la protezione primaria dei diritti fondamentali della persona, come tale irrinunciabile, per il nostro ordinamento.

2. Fonti nazionali e sovranazionali sui diritti dei minori

Tutti i minori stranieri sono destinatari di un complesso di norme, di triplice livello – internazionale, costituzionale italiano e legge ordinaria italiana – in continua evoluzione, che costituisce il loro "statuto giuridico".

CONVENZIONI INTERNAZIONALI

Le principali convenzioni internazionali di riferimento sono:

1) Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 04.11.50, ratificata con legge 04.08.55 n. 848;

2) Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966, ratificato con legge n. 881/77;

3) Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20.10.89, ratificata con l. 27.05.91 n. 176[1]

4) Convenzione Europea di Strasburgo del 25.01.96, ratificata con legge 20.03.2003 n. 77[2];

5) Convenzione del Consiglio d' Europa sui diritti dell' uomo e sulla biomedicina, Oviedo 04.04.97, ratificata con l. 28.03.2001 n. 145[3] ;

6) Regole minime per l' amministrazione della Giustizia Minorile (ONU 29.11.85 – c.d. Regole di Pechino), che statuiscono il principio della minima offensività del processo e delle sanzioni relative ai minori;

7) Carta dei diritti fondamentali dell' Unione Europea che, all' art. 24, garantisce ai bambini la protezione e le cure necessarie per il loro benessere.

Le fonti internazionali garantiscono a tutti i minori , e quindi anche ai minori stranieri, i

[1] L' art. 2 della Convenzione prevede l' impegno per gli stati parti di rispettare i diritti enunciati nella medesima e garantirli ad ogni fanciulli su cui abbia giurisdizione, senza distinzione di sorta ed a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione di opinione politica e che con i loro provvedimenti devono perseguire l' obiettivo che il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi legali rappresentanti e dei suoi familiari.

[2] Tale convenzione è relativa all' esercizio dei diritti dei fanciulli e l' art. 3 di tale Convenzione prevede che, con riguardo alle procedure giudiziarie in cui sia coinvolto il minore – ove dal diritto interno sia ritenuto capace di discernimento – ha diritto di ricevere ogni informazione pertinente, di essere consultato e di esprimere la sua opinione, di essere informato delle eventuali conseguenze dell' attuazione della sua opinione e delle eventuali conseguenze dell' attuazione di ogni decisione.

[3] L' art. 6 della Convenzione prevede, in relazione agli atti medici, che l' opinione del minore deve essere tenuta in considerazione in misura crescente in funzione della sua età e del suo grado di maturità.

seguenti diritti:

- Il diritto alla considerazione dell' interesse del fanciullo come preminente rispetto agli altri (art. 3 Convenzione di New York 20.11.89, ratif. Con l. 176/91). Tale articolo infatti prevede che in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative e degli organi legislativi, l' interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente.

- Il diritto all' identità personale e familiare, previsto agli articoli 7, 8 e 9 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo 20.11.89, ratif. con legge 176/91. Più specificamente l' art. 7 prevede che il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto ad un nome, ad acquisire la cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i propri genitori o ad essere allevato da essi. L' art. 8 prevede l' impegno degli Stati parti a rispettare il diritto del fanciullo, a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali.

- Il diritto all' unità familiare e al mantenimento dei rapporti con i genitori che vivano in stati diversi; a tale diritto corrisponde il dovere dello stato di adottare le misure necessarie a consentire il ricongiungimento familiare (art. 10 Conv. New York e art. 24 carta dei diritti fondamentali dell' UE).

- Il diritto di esprimere liberamente la propria opinione, ove capace di discernimento, nelle questioni anche di salute che lo riguardano (art. 12 Conv. New York, Convenzioni di Strasburgo e di Oviedo). In particolare l' art. 12 ora cit. afferma, al c. 1 *"Gli stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità"*. Al c. 2 prevede "*A tal fine si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale*".

- Il diritto di godere del miglior stato di salute e di beneficiare di assistenza medica (art. 24 Conv. di new York).

- Il diritto ad essere protetto ed aiutato da parte dello stato con misure sostitutive, qualora sia privo di ambiente familiare oppure tale ambiente sia pregiudizievole (art. 20 Conv. New York).

- Il diritto all' educazione ed all' istruzione (art. 28 Conv. new York).

- Il diritto ad un livello di vita sufficiente per consentire il suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale (art. 27 Conv. New York).

- Il diritto ad un trattamento penale adeguato (art. 40 Conv. New York; Regole Minime di Pechino).

CARTA COSTITUZIONALE

La Carta Costituzionale prevede all' art. 2 il riconoscimento di diritti inviolabili ad ogni uomo, e quindi anche agli stranieri, ed all' art. 3 il principio di uguaglianza, nelle seguenti declinazioni:

art. 2: *"La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell' uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l' adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".*

Art. 3: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l' uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l' effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all' organizzazione politica, economica e sociale del paese".

L' art. 10 Cost. prevede poi una riserva di legge rinforzata per la condizione giuridica del cittadino straniero: cioè vi è riserva a favore della legge ordinaria, ma si prescrive che la legge ordinaria debba provvedere in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

Testualmente*: "L' ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute.*

La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l' effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d' asilo nel territorio della repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge".

Con riguardo al titolo II della Carta Costituzionale, che tratta dei rapporti etico sociali, si

richiamano l' art. 29 e 30 Cost., che prevedono la tutela costituzionale della famiglia[4], l' art. 31 c. 2 Cost., che prevede la protezione della maternità, l' infanzia e la gioventù, nonché l' art. 34 Cost. che prevede il diritto dovere all' istruzione.

3. La disciplina del t.u. immigrazione sui minori stranieri inseriti in un nucleo familiare e la giurisprudenza della corte di cassazione.

E' necessario distinguere due grandi macroaree di minori stranieri: i minori stranieri inseriti in un nucleo familiare regolare dai minori stranieri c.d. non accompagnati.

I primi minori stranieri hanno una condizione giuridica collegata a quella dei loro esercenti la responsabilità genitoriale che li accompagnano e mentre per i minori comunitari esistono regole che sanciscono la libera circolazione dei genitori o delle persone a cui sono legalmente affidati, i minori stranieri extracomunitari od apolidi hanno una speciale disciplina, dettata fondamentalmente dal T.U. immigrazione, il D.Lvo 25.07.98 n. 286, che è necessario analizzare.

All' art. 2 il T.U. prevede i diritti ed i doveri dello straniero anche per coloro che sono privi di carta di soggiorno, cioè i c.d. diritti fondamentali, che lo stato italiano riconosce e garantisce allo straniero presente alla frontiera o sul territorio dello stato. Si tratta di quei diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. Si prevede tutela poi in alcune aree della vita sociale e lavorativa:

- Area dell' attività lavorativa: in attuazione della convenzione dell' OIL n. 143 del 24.06.75, ratificata con l. 158/81, a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio dello stato ed alle loro famiglie si garantisce parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani.

- Area della tutela giurisdizionale dei diritti ed interessi legittimi, rapporti con la P.A. ed accesso ai pubblici servizi: allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino.

[4] Art. 29Cost.: " La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.
Il matrimonio è ordinato sulla uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell' unità familiare.
Art. 30 Cost. :"E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio.
Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti.
La legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.
La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità".

- Area inerente il raccordo tra la pubblica autorità italiana e lo straniero con le Autorità del Paese di cui è cittadino (ciò salve motivate e gravi ragioni inerenti l' amministrazione della giustizia, la tutela dell' ordine pubblico e della sicurezza nazionale).

Il contatto è previsto espressamente in caso di accadimenti significativi per la vita dello straniero. Infatti l' autorità giudiziaria, l' autorità di pubblica sicurezza ed ogni altro pubblico ufficiale hanno l' obbligo di informare la rappresentanza diplomatica o consolare più vicina del paese a cui appartiene lo straniero in caso di adozione di provvedimenti in materia di:

- Libertà personale;
- Allontanamento dal territorio dello stato;
- Tutela dei minori;
- Status personale;
- Decesso;
- ricovero ospedaliero,

con obbligo di far pervenire a tale rappresentanza documenti o oggetti dello straniero che non debbano esser trattenuti per motivi previsti dalla legge.

Ciò con l' eccezione di stranieri che abbiano presentato una domanda di asilo, o ai quali sia stato riconosciuto lo status di rifugiato, o di stranieri nei cui confronti siano state adottate misure di protezione temporanea per motivi umanitari.

All' art. 28 il T.U. sancisce il diritto all' unità familiare e prevede, al c. 1, che il diritto a mantenere o riacquistare l' unità familiare nei confronti dei familiari stranieri è riconosciuto, alle condizioni previste dal testo unico, agli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno rilasciato per motivi di lavoro subordinato o autonomo ovvero per asilo, per studio, per motivi religiosi o per motivi familiari.

Al comma 3 il medesimo articolo prevede che "in tutti i procedimenti amministrativi o giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all' unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo", e ciò in conformità a quanto previsto dall' art. 3 della Convenzione di new York.

L' art. 29 poi, rubricato "ricongiungimento familiare" disciplina i requisiti per l' esercizio del diritto all' unità familiare e, al c. 1, indica quali sono i beneficiari del diritto:

a) coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai 18 anni;

b) figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso;

c) figli maggiorenni a carico qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale;

d) genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute".

Quanto alla lettera b) si segnala che il c. 2 prevede l' equiparazione ai figli dei minori adottati o affidati o sottoposti a tutela.

Si accenna soltanto che il c. 3 si prevede i requisiti di alloggio, reddito e assicurazione sanitaria o altro titolo equiparato.

Il c. 5 disciplina il ricongiungimento al figlio minore, già regolarmente soggiornante in Italia con l' altro genitore, del genitore naturale che dimostri il possesso dei requisiti di disponibilità di alloggio o di reddito di cui al c. 3. Si prevede che ai fini della sussistenza di tali requisiti si tiene conto della situazione dell' altro genitore.

All' art. 30 troviamo la disciplina del permesso di soggiorno per motivi familiari.

Beneficiari di tale permesso sono:

a) Lo straniero che ha fatto ingresso in Italia con visto di ingresso per ricongiungimento familiare, o per ricongiungimento a figlio minore o con visto di ingresso al seguito del proprio familiare nei casi di cui all' art. 29;

b) Lo straniero regolarmente soggiornante ad altro titolo da almeno un anno che abbia contratto matrimonio nel territorio dello stato con cittadini italiani o di uno stato membro dell' unione europea, ovvero con cittadini stranieri regolarmente soggiornanti;

c) Il familiare straniero regolarmente soggiornante, in possesso dei requisiti per il ricongiungimento con il cittadino italiano o di uno stato membro dell' unione europea residenti in Italia, ovvero con straniero regolarmente soggiornante in Italia. In tal caso il permesso del familiare è convertito in permesso di soggiorno per motivi familiari;

d) Il genitore straniero anche naturale di minore italiano residente in Italia. In questo caso il permesso di soggiorno per motivi familiari è rilasciato anche a prescindere dal possesso di

un valido titolo di soggiorno, a condizione che il genitore richiedente non sia stato privato della responsabilità genitoriale.

Di particolare rilievo per la tutela del minore e del minore straniero è l' art. 31 che è intitolato "DISPOSIZIONI A FAVORE DI MINORI".

Il c. 1 prevede la condizione giuridica dei figli conviventi: la regola generale è che il figlio minore segue la condizione giuridica del genitore con il quale convive ovvero la piu' favorevole tra quelle dei genitori con cui convive.

Il minore affidato ai sensi dell' art. 4 l. 184/83 segue la condizione giuridica dello straniero al quale è affidato, se più favorevole.

In tali casi al minore è rilasciato un permesso di soggiorno per motivi familiari valido fino al compimento della maggiore età ovvero un permesso di soggiorno UE per soggiornati di lungo periodo ai sensi dell' art. 9.

Il c. 3 di tale articolo prevede una disciplina derogatoria di competenza del Tribunale per i Minorenni. Si prevede che per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell' eta' e delle condizioni di salute del minore, il Tribunale per i Minorenni può autorizzare l' ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, in deroga a tutte le disposizioni del testo unico immigrazione.

Si prevedono tre casi di revoca dell' autorizzazione:

1. Per il venir meno dei gravi motivi che giustificarono il rilascio dell' autorizzazione;
2. Per lo svolgimento di attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore;
3. Per lo svolgimento di attività del familiare incompatibili con la permanenza in Italia del minore.

E' prevista la comunicazione di tali provvedimenti alla rappresentanza diplomatica o consolare e al Questore, per gli adempimenti di competenza.

Si prevede altresì che, laddove diventi necessaria, in tali casi, l' espulsione, essa – su richiesta del Questore – sia adottata dal Tribunale per i Minorenni.

Le SS.UU. della Suprema Corte sono intervenute a stabilire il principio di diritto relativamente alla consistenza dei gravi motivi richiesti dalla fattispecie, componendo il contrasto relativo all' interpretazione.

Infatti, secondo un indirizzo più restrittivo, la deroga si sarebbe dovuta correlare a situazioni di emergenza, ritenendola applicabile solo in situazioni di estremo pericolo per la salute fisica del minore. E' stato seguito dalle SS.UU. l' indirizzo più ampio, statuendo così che i gravi motivi non devono necessariamente consistere in situazioni d' emergenza o circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla salute fisica del minore, potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave che, in considerazione dell' eta' e delle condizioni di salute ricollegabili al suo complessivo equilibrio psico-fisico, deriva o derivera' certamente al medesimo dall' allontanamento del familiare o dal definitivo sradicamento dall' ambiente in cui e' cresciuto.[5]

Quindi, secondo le Sezioni Unite, la deroga, in funzione del preminente interesse del minore, è ammessa quando l' allontanamento di un familiare di un minore potrebbe pregiudicare gravemente l' equilibrio psico-fisico del minore, quando anche lo stesso pregiudizio ugualmente si verificherebbe se fosse il minore a seguire il familiare allontanandosi dal territorio dello stato.

Le SS.UU. però specificano che la deroga non puo' divenire regola, dovendosi ritenere inaccettabile l' attribuzione alla norma della " funzione… di superare e porre nel nulla la disciplina del ricongiungimento posta dalla normativa". Ciò perché, a parere della Corte, una tale lettura sarebbe incompatibile proprio con l' intero sistema integrato delle fonti costituzionali, comunitarie ed internazionali introduttive dei criteri di bilanciamento tra l' interesse del minore nel grado più elevato possibile e l' interesse pubblico alla sicurezza nazionale nonché all' osservanza della disciplina dell' immigrazione.

Tale contemperamento si attua tenendo presenti due principi:

1) Che il provvedimento autorizzatorio non tenga affatto in conto le esigenze del genitore che dovrebbe essere espulso o che chiede di poter avere ingresso nel territorio dello stato; inoltre essendo la condizione psico-fisica del minore soggetta a rapida evoluzione , essa deve essere periodicamente rivalutata ed il provvedimento autorizzatorio revocato, anche prima della scadenza del termine indicato nell' autorizzazione dal Tribunale per i Minorenni, allorquando i gravi motivi possano ritenersi venuti meno;

2) Affinché si ritengano sussistenti i gravi motivi occorre apprezzare un deterioramento grave della condizione del minore, con giudizio eventualmente prognostico sulle conseguenze che

[5] Nello stesso senso anche Cass. Sez. VI, 25.02.2013 n. 4721, in D &G, 2013 e Cass. Sez. 1, 31.03.2011, n. 7516, in MGC, 2011, 3, 510.

la sua modificazione possa comportare per il minore.

Si segnala anche la precedente sentenza Cass, Sez. Un., 16.10.2006 n. 22216 che, in materia, ha statuito un doppio regime interpretativo:

- Nel caso in cui i familiari del minore sono già presenti sul territorio nazionale è ragionevole applicare un regime più morbido a tutela del minore e basterà effettuare un giudizio prognostico sulla potenziale gravità dei motivi;

- -nel caso in cui i genitori siano all' estero, e pertanto si richieda un' autorizzazione all' ingresso, il regime dovrà essere più marcatamente esigente, e bisognerà effettuare un giudizio attuale sulla gravità dei motivi.

4. Minori stranieri non accompagnati

4.a Definizioni

La prima definizione normativa di minore straniero non accompagnato la troviamo in una risoluzione del Consiglio d' Europa del 1997, che definisce i minori stranieri non accompagnati come i cittadini di stati terzi di eta' inferiore ai 18 anni che facciano ingresso nei territori dell' Unione non accompagnati da un adulto per essi responsabile in base alla legge o alla consuetudine e fino a quando non siano definitivamente presi in custodia da tali soggetti

La prima definizione normativa a livello interno italiano, assolutamente in linea con quella dell' unione Europea, è contenuta nell' art. 1 c. 2 del d.p.c.m. 09.12.99 n. 535 – regolamento concernente i compiti del comitato per i minori stranieri – a norma dell' art. 33 c. 2 e 2 bis, d.lgs 25.07.98 n. 286.

La definizione è quella di "minorenne non avente cittadinanza italiana o di altri stati dell' unione europea che, non avendo presentato domanda di asilo, si trova per qualsiasi causa nel territorio dello stato privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell' ordinamento italiano".

Pertanto, la definizione esclude i minori stranieri dell' unione europea – così come pure disciplinato dalla risoluzione dell' Unione Europea, o che abbiano presentato domanda di asilo.

L' esclusione dalla definizione dei richiedenti asilo è una novità di tale prima definizione di diritto interno.

Si segnala poi la definizione contenuta nella Direttiva 2013/33/CE (accoglienza dei richiedenti asilo – già direttiva 2003/9/CE). E' minore straniero non accompagnato il minore che

entri nei territori degli stati membri senza essere accompagnato da un adulto che ne sia responsabile per legge o per prassi dello stato membro interessato, fino a quando non sia effettivamente affidato ad un tale adulto; il termine include il minore che viene abbandonato dopo essere entrato nel territorio degli stati membri.

Tale definizione è assolutamente in linea con le altre; l' elemento di novità che presenta è la specificazione dell' inclusione nella categoria del minore che, avuto ingresso nel territorio con un adulto che ne sia responsabile per legge, ne divenga successivamente privo.

Altra definizione si rinviene nel D.Lvo 18.08.15 n. 142, emanato in Italia in attuazione della Direttiva sopra richiamata 2013/33/UE.

All' art. 2 c. 1 lett. E) definisce il minore straniero non accompagnato come lo straniero di età' inferiore agli anni 18 che si trovi, per qualsiasi causa, nel territorio dello stato, privo di assistenza e rappresentanza legale.[6]

4.b La tutela fornita dal diritto interno al minore straniero non accompagnato

LA TUTELA FORNITA DALLA LEGGE 184/83

L' art. 33 di tale legge, al c. 1, sancisce il divieto di ingresso nel territorio dello stato di minori stranieri non accomagnati.

Più specificatamente prevede che non è consentito l' ingresso nel territorio dello stato a minori che non siano accompagnati da almeno un genitore o da parenti entro il quarto grado, salvo il caso in cui i minori siano muniti di visto di ingresso ai sensi dell' art. 32 l. 184/83, cioè il visto di ingresso per adozione a beneficio del minore adottando, di cui dall' art. 32 c. 4 ultimo periodo. [7]

Il c. 4 prevede che altra eccezione all' operatività del divieto di cui al c. 1 nei casi in cui non sia possibile l' espletamento della procedura prevista per l' adozione internazionale di minori stranieri a causa di eventi bellici, calamità naturali o eventi eccezionali, sempre che l' ingresso nel territorio risponda all' esclusivo interesse del minore.

Viene prevista in tali casi la segnalazione al Tribunale per i Minorenni ed alla Commissione

[6] Si evidenzia che tale definizione è assolutamente sovrapponibile a quella della direttiva 2013/33/CE perché con la locuzione "per qualsiasi causa" si comprende sia il minore che abbia avuto ingresso nella situazione prevista di privazione, sia quello che invece sia entrato nel territorio dello stato "accompagnato" e poi sia divenuto privo di ASSISTENZA E RAPPRESENTANZA LEGALE.

[7] Ciò fatti salvi, naturalmente, specifica l' art. 33 c. 1 l. 184/3, i casi di ingresso di minori per MOTIVI FAMILIARI, DI STUDIO, TURISTICI E DI CURA.

per le adozioni internazionali.

L' art. 33 c. 5 prevede la prima disciplina italiana della tutela del minore straniero non accompagnato. Non si parla ancora di minore straniero non accompagnato ma di "minore non accompagnato da almeno un genitore o parente entro il quarto grado (art. 33 c. 1 l. 184/83) e prevede la seguente procedura:

1. Segnalazione al Tribunale per i Minorenni competente in relazione al luogo in cui il minore si trova da parte del pubblico ufficiale o dell' ente autorizzato;
2. Adozione da parte del Tribunale per i Minorenni di ogni opportuno provvedimento temporaneo nell' interesse del minore;
3. Adozione da parte del Tribunale per i Minorenni in via "definitiva" o dei provvedimenti di cui all' art. 37 bis l. 184/83 (applicazione della disciplina in materia di adozione e affidamento e provvedimenti necessari in casi di urgenza) ovvero segnalazione alla Commissione Adozioni internazionali affinchè prenda contatto con il paese di origine del minore ed affinché si proceda ai sensi dell' art. 43 l . 184/83 (espressa previsione di:

- godimento dal momento dell' ingresso di tutti i diritti previsti per il minore italiano in affidamento;

- assistenza per almeno un anno al minore, ai genitori affidatari ed ai genitori adottivi da parte dei servizi socio assistenziali degli enti locali e degli enti autorizzati al fine di una corretta integrazione familiare e sociale.

E' evidente, come già affermato da autorevole dottrina[8], come si tratti di normativa "per più aspetti carente e, comunque , non brilla per chiarezza".

Innanzitutto è errata l' individuazione del Tribunale per i Minorenni come destinatario della segnalazione, piuttosto che la Procura per i Minorenni, titolare in via esclusiva del potere/dovere d' iniziativa

Peraltro il c. 4 afferisce a fattispecie completamente differente rispetto a quella del c. 5: il caso in cui il minore straniero abbia in itinere una procedura di adozione internazionale.

E' il comma 5 che invece, come abbiamo detto, si riferisce ai minori stranieri non accompagnati

LA PROTEZIONE AL M.S.N.A. GARANTITA DALL' ART. 403 C.C..

[8] Così Sergio matteini Chiari in "Il minore nel processo" Giuffrè Editore

In mancanza di specifica normativa di dettaglio, già prima dell' entrata in vigore del D.Lvo 142/15 parte della dottrina e giurisprudenza ritenevano applicabile, al m.s.n.a., il disposto dell' art. 403 c.c., che si applica a qualsiasi minore, sia esso cittadino italiano o comunitario o extracomunitario che recita." *Quando il minore è moralmente o materialmente abbandonato o è allevato in locali insalubri o pericolosi, oppure da persone per negligenza, immoralità, ignoranza o per altri motivi incapaci di provvedere all' educazione di lui, la pubblica autorità, a mezzo degli organi di protezione dell' infanzia, lo colloca in luogo sicuro, sino a quando si possa provvedere in modo definitivo alla sua protezione".*

L' attore della protezione è la pubblica autorità che abbia ricevuto segnalazione – o si sia imbattuta nella situazione di abbandono sopra descritta.

Saranno i Servizi Sociali territoriali (i Comuni hanno l' obbligo giuridico di provvedere) ad inserire i minori in una struttura protetta.

Verrà data comunicazione al Comitato Minori stranieri ed al P.M.M., per quanto di competenza.

In virtù del disposto dell' art. 2 c. 7 d. lvo 286/98, dovrà essere notiziata anche l' autorità diplomatica o consolare più vicina cui appartiene il minore straniero.

Verranno effettuate le ulteriori comunicazioni di cui all' art. 33 l. 184/83.

Il provvedimento amministrativo dovrà essere motivato e sarà soggetto a ratifica in sede giudiziaria.

La ratifica giudiziale del provvedimento ex art. 403 c.p. non è legislativamente prevista, ma è una creazione della dottrina e giurisprudenza, necessaria in quanto la struttura dell' art. 403 c.c. è quella di un provvedimento amministrativo adottato d' urgenza, che incide sulla libertà del minore e, a seconda dei casi, può avere riflessi direttamente sull' esercizio della responsabilità genitoriale sul minore stesso. Necessario farne conseguire un immediato ed ampio vaglio da parte dell' Autorità Giudiziaria minorile.

Altra giurisprudenza evidenziava che l' art. 403 c.c. presuppone lo stato di abbandono che non è situazione tipica del m.s.n.a. e quindi escludeva l' applicabilità a quest' ultimo dell' istituto dell' art. 403 c.c.. In tal senso tribunale per i Minorenni di Bologna del 13.05.11, e Corte di appello di venezia del 27.11.11.

Quindi, tra gli strumenti di tutela del minore in stato di abbandono morale e materiale, situazione in cui spesso versa anche il minore straniero non accompagnato, vi è anche il provvedimento di conferma del provvedimento urgente amministrativo ex art. 403 c.p..

Pochissime sono le sentenze della Corte di Cassazione su tale tipo di intervento, ma tra queste, particolarmente significativa è la sentenza Cass. *Sez.* 1, **Sentenza** *n.* 17648 *del* 2007 , che prende posizione per l' attuale vigenza della norma, non abrogata come sosteneva il ricorrente, dagli artt. 2 e 4 l. 184/83, e che ha ad oggetto interventi urgenti da realizzare nella fase anteriore all' affidamento familiare, con obbligo conseguente di immediata segnalazione al Tribunale per i Minorenni

5. La protezione del m.s.n.a. prevista dal d.lvo 18.08.15 n. 142.

Gli articoli che riguardano da vicino la tutela giurisdizionale del msna sono gli artt. 18 e 19.

L' art. 18 sancisce, nella specie, la priorità del superiore interesse del minore, oltre che il diritto all' ascolto, mentre l' art. 19 disciplina la procedura – amministrativa prima e giurisdizionale poi- inerente la tutela da fornire al m.s.n.a., oltre che il diritto all' unità familiare.

Più specificatamente, secondo il disposto dell' art. 18:

- il superiore interesse del minore assume carattere di priorità nell' applicazione delle misure di accoglienza che devono garantire condizioni di vita adeguate all' età del msna con riguardo alla protezione, al benessere ed allo sviluppo anche sociale del minore, nel richiamo espresso dell' art. 3 Convenzione sui diritti del fanciullo del 20.11.89, ratificata dalla legge n. 176 del 1991;

- l' ascolto del minore viene disciplinato come funzionale alla valutazione dell' interesse superiore del minore (art. 18 c. 2).

L' ascolto deve essere condotto tenendo conto della sua età, del suo grado di maturità e di sviluppo personale, anche al fine di conoscere le esperienze pregresse e valutare il rischio che il minore sia vittima di tratta di essere umani, nonché di verificare la possibilità di ricongiungimento familiare (art. 8 reg. UE 604/13), se rispondente all' interesse del minore.

L' art. 19 ai c. 1,2 e 3 detta la disciplina della tipologia delle strutture di accoglienza per i m.s.n.a., sancisce il diritto all' informazione e poi disciplina le fase di procedimento di ratifica delle misure di accoglienza.

Più specificatamente:

Nei primi 60 giorni i minori sono accolti in strutture governative di prima accoglienza dove si deve procedere a :

- Identificazione del minore;
- Eventuale accertamento dell' età;
- Dare informazione al minore, con modalità adeguate all' età, sui suoi diritti, sulle modalità di esercizio di tali diritti, compreso quello di richiedere protezione internazionale;
- Effettuare il colloquio del minore con uno psicologo dell' età evolutiva, ove necessario in presenza di un mediatore culturale, per accertare la situazione personale del minore, i motivi e le circostanze della partenza dal suo paese di origine e del viaggio effettuato, nonché le sue aspettative future.

Nel caso di temporanea indisponibilità delle strutture governative di prima accoglienza, l' assistenza e l' accoglienza del minore sono temporaneamente assicurate dalla pubblica autorità del comune in cui il minore si trova.

PROCEDURA

L' autorità di pubblica sicurezza che rinvenga, o alla quale sia stato segnalato un minore straniero non accompagnato, apre con una immediata segnalazione il doppio binario di tutela – ordinaria e minorile (art. 19 c. 5). Infatti, nell' impianto originario della l. 142/15, deve dare immediata comunicazione sia al giudice tutelare per l' apertura delle tutela e la nomina di un tutore a norma degli artt. 343 e ss. C.c., sia al Procuratore della Repubblica presso il tribunale per i Minorenni ed al Tribunale per i minorenni per la ratifica delle misure di accoglienza, nonché al Ministero del lavoro e delle Politiche sociali, con mezzi idonei a garantirne la riservatezza, per il censimento e monitoraggio della presenza dei minori non accompagnati.

Per riempire di contenuto le misure di accoglienza previste dal d.lvo 142/15 si deve far riferimento alle norme sopra illustrate della l. 184/83.

Quindi, oltre al collocamento nelle previste strutture, l' autorità giudiziaria minorile potrà disporre l' affidamento del minore ai sensi dell' art. 4 l. 184/83 oppure potrà dare avvio alla procedura di adottabilità. Tale seconda strada viene adottata, secondo la giurisprudenza di merito, con riguardo ai minori piuttosto piccoli, infraquattordicenni e, ancor più, con riguardo a quelli infradodicenni.

Ai sensi dell' art. 3 della l. 184/83 l' esercizio dei poteri tutelari sino all' apertura della tutela in senso giurisdizionale, compete al legale rappresentante della struttura di accoglienza del minore.

L' apertura della tutela è necessaria in quanto il msna rientra nell' ipotesi dell' art. 343 c.c. in quanto i genitori (quasi sempre sconosciuti) non sono sicuramente in grado di esercitare la responsabilità genitoriale.

Ai sensi dell' art. 6 del dpcm 09.12.99 n. 535 al msna sono assicurati i diritti relativi al soggiorno temporaneo, alle cure sanitarie, all' avviamento scolastico ed alle altre provvidenze disposte dalla legislazione vigente.

Inoltre, per garantire una adeguata accoglienza del minore, il comitato per i Minori stranieri può proporre all' Autorità competente di stipulare convenzioni con amministrazioni pubbliche ed organismi nazionali ed internazionali che svolgono attività inerenti i msna in conformità ai principi ed obiettivi che garantiscono il superiore interesse del minore, la protezione contro ogni forma di discriminazione, il diritto del minore di essere ascoltato.

L' art. 33 c. 2 lett b) d.lgs 286/98 inquadra le modalità di accoglienza dei msna nell' ambito delle competenze dei servizi sociali degli enti locali.

Ciò in conformità alle previsioni del DPR 616/77 e della l. 328/00 (legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali).

COMPITI DEL COMITATO PER I MINORI STRANIERI

In base al disposto dell' art. 2 d.p.c.m. n. 535 del 99 il Comitato per i Minori stranieri ha i seguenti compiti:

- vigilare sulle modalità di soggiorno dei minori;
- cooperare e raccordarsi con le amministrazioni interessate;
- accertare lo status dei minori, promuovere l' individuazione dei familiari dei minori, anche nei paesi di origine o in paesi terzi;
- adottare il provvedimento di rimpatrio assistito, sulla base delle informazioni ottenute, ai fini di protezione e garanzia del diritto all' unità familiare.

6. Casi eccezionali di espulsione dei minori stranieri non accompagnati e loro rimpatrio assistito.

E' l' art. 19 c. 2 lett.a9 del d.lvo 286/98 che prevede il generale divieto di espulsione dei minori stranieri non accompagnati, salvo che per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello stato.

In tale ipotesi, secondo il disposto dell' art. 31 c. 4 d.lvo 286/98, su richiesta del questore l' espulsione eventuale viene disposta dal Tribunale per i minorenni.

Invece la misura del rimpatrio assistito è prevista dall' art. 2 d.p.c.m. 535/99 ed è profondamente diversa rispetto all' espulsione.

Mentre l' espulsione del msna è misura di allontanamento coattivo previsto per motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale, il rimpatrio assistito e' misura posta a tutela del superiore interesse del minore, là dove si accerti che il ricongiungimento alla famiglia non sia per lui pregiudizievole, sempre che nello stato di provenienza sussistano condizioni idonee ad assicurargli valide opportunità assistenziali, formative, lavorative.

E' previsto il diritto del minore al previo ascolto, prima che sia eventualmente disposto nei suoi confronti il rimpatrio assistito.

Per quanto riguarda l' eventuale permanenza del minore nei CIE, già prima dell' entrata in vigore del D.lvo 142/15 la dottrina maggioritaria riteneva che i minori, nella fase di esecuzione del rimpatrio assistito, non potessero comunque essere trattenuio nei Centri di Identificazione ed Espulsione, proprio perché si tratta di centri di trattenimento in attesa dell' espulsione. Non vi erano espresse previsioni in nessun senso prima del 2000, quando l' argomento è stato trattato nella Direttiva generale del Ministero dell' interno prot. 3435/50 del 30.08.2000 che espressamente prevede che "la permanenza di un minore nel centro (all' epoca denominato centro di permanenza temporanea CTP) è consentita solo a tutela dell' unità familiare e comunque su esplicita richiesta di uno dei genitori" oppure su decisione dell' Autorità Giudiziaria Minorile.

Oggi vi è una espressa previsione legislativa circa il divieto di trattenimento dei msna nei CIE: è l' art. 19 c. 4 che recita: *"il minore non accompagnato non può essere trattenuto o accolto presso i centri di cui agli articoli 6 e 9": il primo richiama i centri previsti dall' art. 14 d.lvo 286/98, cioè i CENTRI DI IDENTIFICAZIONE ED ESPULSIONE, ed il secondo i CENTRI GOVERNATIVI DI PRIMA ACCOGLIENZA per gli adulti..*

L' art. 7 dpcm 535 del 99 disciplina le modalità del rimpatrio assistito: il rimpatrio deve svolgersi in condizioni tali da assicurare costantemente il rispetto dei diritti garantiti al minore dalle Convenzioni internazionali, leggi e provvedimenti dell' Autorità giudiziaria, e tali da assicurare il rispetto e l' integrità delle condizioni psicologiche del minore, fino al riaffidamento alla famiglia ed alle autorità responsabili.

IMPUGNAZIONE DEI PROVVEDIMENTI DI RIMPATRIO ASSISTITO

Il provvedimento dispositivo del rimpatrio assistito è un provvedimento amministrativo, che verte in tema di diritti soggettivi senza espressa deroga al riparto di giurisdizione: per tali motivi la Corte Costituzionale ha più volte ribadito che la competenza per l' impugnazione del provvedimento spetta al Giudice ordinario[9].

MANCATA ADOZIONE DEL RIMPATRIO

Se il Comitato per i Minori stranieri, sulla base dell' istruttoria espletata, ritiene che il rimpatrio non sia realizzabile o che non risponda comunque all' interesse del minore, dispone il non luogo a provvedere e segnala la situazione ai servizi sociali territorialmente competenti ai fini dell' affidamento del medesimo ai sensi dell' art. 2 l. 184/83, effettuando le dovute segnalazioni alla Questura ed al Giudice Tutelare.

Il Giudice tutelare dovrà provvedere all' apertura della tutela mentre, dal canto loro, i Servizi Sociali potranno provvedere o all' affidamento in via diretta, ex art. 4 l. 184/83, qualora sia già stato nominato un tutore che abbia già dato un consenso al riguardo, oppure interessare il P.M.M. che potrà promuovere procedura per l' affidamento familiare del minore innanzi al T.M..

MINORI STRANIERI NON ACCOMPAGNATI E PERMESSO DI SOGGIORNO

Il regolamento di attuazione del D.lvo 286/98 – dpr 394/99 disciplina , all' art. 28, il rilascio di permessi di soggiorno da parte del Questore per gli stranieri per i quali sono vietati l' espulsione de il respingimento alla frontiera.

Il rilascio del permesso può avvenire per MINORE ETA'.

tutti i minori stranieri non accompagnati hanno diritto, per il solo fatto di essere minorenni (e

[9] Così Corte Cost. Ordinanza 04.08.2003 n. 295 in FI, 2004, I , 668

quindi non espellibili, con le eccezioni prima viste) di ottenere un permesso di soggiorno a tale titolo.

Tale permesso per minore età viene rilasciato nei casi in cui non vi siano le condizioni per rilasciare un altro tipo di permesso.

Tale titolo è convertibile in permesso di soggiorno per affidamento allorquando il minore venga affidato a terzi con provvedimento amministrativo del Servizio Sociale o giudiziario del Tribunale per i Minorenni, ai sensi dell' art. 4 l. 184/83.

La domanda di permesso di soggiorno deve essere presentata da chi esercita i poteri tutelari sul minore e quindi dal tutore, se già nominato oppure, se la nomina non sia ancora intervenuta ed il minore sia collocato in una struttura protetta, dal legale rappresentante della stessa struttura (art. 3 l. 184/83).

MINORI RICHIEDENTI ASILO

Il D. Lgs. 28/01/08 n. 25 disciplina la procedura di esame delle domande di protezione internazionale presentate in Italia da cittadini extracomunitari o apolide e gli artt. 26 e 19 si occupano specificatamente delle domande presentate dal m.s.n.a..

Il primo di tali articoli prevede la sospensione del procedimento di riconoscimento dello status di rifugiato e conseguente comunicazione al T.M. ed al G.T. per l' apertura della tutela e la nomina del G.T., che deve intervenire nelle 48 ore successive.

Il tutore deve prendere immediato contatto con la Questura per la conferma della domanda.

L' art. 19 prevede che in ogni fase della procedura il minore sia assistito dal tutore, nonché il diritto all' informazione ed al colloquio.

La decisione sulla domanda spetta alla commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale (art. 4 d.lgs n. 28 del 2008).

La procedura di eventuale impugnazione della decisione della Commissione territoriale e la decisione della commissione nazionale sulla revoca o sulla cessazione dello status di rifugiato è descritta nell' art. 35 del d.lvo 25/08: competente è il T.O. e, in sede di reclamo, la Corte di Appello, la cui decisione è ricorribile per cassazione.

Il minore dovrà essere ascoltato ex art. 315 bis c.c…

Ai sensi dell' art. 7 del d.lvo 25/08 il richiedente asilo è autorizzato a rimanere nel territorio dello stato, ai fini esclusivi della procedura, fino alla decisione della domanda.

7. Analisi della l.47/17

Veniva pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 93 del 21.04.2017 la legge 07.04.2017 n. 47 recante "Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati", che entrerà in vigore il prossimo 06.05.2017.

La legge 74/17 si applica al "minore straniero non accompagnato", che nel proseguo di queste riflessioni si indicherà come msna, che il legislatore del 2017, conformemente a quello del 2015 con il D.Lvo142/15, definisce come "il minorenne non avente cittadinanza italiana o dell'UE che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano". Tale definizione non si discosta neppure dalle plurime precedenti definizioni che a livello europeo ed italiano l' ordinamento aveva offerto sin dal 1997, dapprima con una risoluzione del Consiglio d' Europa del 1997, successivamente con l' art. 1 c. 2 del d.p.c.m. 09.12.99 n. 535 – regolamento concernente i compiti del comitato per i minori stranieri – a norma dell' art. 33 c. 2 e 2 bis, d.lgs 25.07.98 n. 286, poi con la Direttiva 2013/33/CE (accoglienza dei richiedenti asilo – già direttiva 2003/9/CE).

Con la legge n. 74 del 2017 la protezione del minore straniero non accompagnato, che in via embrionale esisteva già nel nostro ordinamento interno a partire dagli anni 80, diventa dettagliata, di garanzia e tutela massima dei diritti fondamentali della persona, e con una particolareggiata procedura sia in ordine al procedimento civile di ratifica delle misure di accoglienza, sia in ordine al riconoscimento di tutele ulteriori rispetto a quelle già previste nell' ordinamento interno, da ultimo con il d.lvo 142/15.

Si richiamano brevemente i sistemi di tutela forniti da precedenti testi normativi che, non essendo mai stati abrogati, oggi sopravvivono nelle parti in cui non sono in contrasto con il D.Lvo 142/15 e con la l.47/17. Dovrà anche accennarsi ad alcune disposizioni del d.lvo 142/15, in quanto la l. 47/17 interviene in modifica di vari testi di legge, tra cui del citato d.lvo.

1. Prima disciplina di tutela: in mancanza di specifica normativa di dettaglio, già prima dell' entrata in vigore del D.Lvo 142/15, parte della dottrina e giurisprudenza ritenevano applicabile, al m.s.n.s., il disposto dell' art. 403 c.c., come sopra ricordato.

E' evidente come la l. 74/17 sia normativa speciale rispetto al disposto dell' art. 403 c.c., costituendo il msna una species del genus "minore in stato di abbandono morale e materiale". Peraltro non a caso, a distanza di numerosi decenni rispetto al legislatore del 1942, si prevede legislativamente la ratifica delle misure di accoglienza, similmente a quanto per decenni la giurisprudenza aveva applicato per la ratifica del provvedimento amministrativo ex art. 403 c.c..

2. Seconda disciplina di tutela: l' art. 33 c. 5 della legge 184/83. Non si parla ancora di minore straniero non accompagnato ma di "minore non accompagnato da almeno un genitore o parente entro il quarto grado" (art. 33 c. 1 l. 184/83) e prevede la procedura sopra ricordata.

3. Terza disciplina di tutela: la protezione del m.s.n.a. prevista dal d.Lvo 18.08.15 n. 142.

Esso determina una svolta nel sistema di protezione, determinando una inequivoca ed obbligatoria giurisdizionalizzazione del procedimento di protezione, opera che il legislatore con la l. n. 74/17 completa con la previsione della difesa obbligatoria per il msna, e la previsione del gratuito patrocinio; normativa che abbiamo sopra analizzato.

Çon la legge 07.04.2017 n. 47, che si inserisce nel solco della legge 142/15, la dà per presupposta e la integra, il legislatore non ribadisce espressamente il principio del superiore interesse del minore, ma tale principio permea l' intera legge, mentre ribadisce espressamente il diritto all' ascolto, già sancito nel d.lvo 18.08.2015 n. 142 introducendo, dopo il c. 2 dell' art. 18 di tale decreto, il c. 2 bis, che dettaglia per la prima volta l' assistenza affettiva e psicologica in ogni procedimento giudiziario o amministrativo del msna.

La chiave di lettura di tale previsione di dettaglio ci viene fornita dall' art. 1 c. 2 della medesima legge, là dove il legislatore ci dice "le disposizioni di cui alla presente legge si applicano ai minori stranieri non accompagnati, in ragione della condizione di maggiore vulnerabilità". Può osservarsi come sia la prima occasione in cui il legislatore associa espressamente al msna il concetto di soggetto vulnerabile, che necessita pertanto di una particolare assistenza affettiva e psicologica.

La norma sull' assistenza affettiva e psicologica al msna è costruita come quella che il legislatore con la legge 01.10.12 n. 172 ha dettato per l' assistenza affettiva e psicologica nel processo penale alla persona offesa minorenne vittima dei c.d. "reati di fascia debole" per i quali il codice di procedura penale, così come modificato nel tempo, ha costruito il c.d. "statuto della vittima vulnerabile", anche riscrivendo il c. 2 dell' art. 609 decies c.p. Al msna l' assistenza

affettiva e psicologica è assicurata in ogni stato e grado del procedimento "dalla presenza di persone idonee indicate dal minore, nonché di gruppi, fondazioni, associazioni od organizzazioni non governative di comprovata esperienza nel settore dell' assistenza ai minori stranieri e iscritti nel registro di cui all' art. 42 T.U. D.Lvo 25.07.98 n. 286, previo consenso del minore, e ammessi dall' autorità giudiziaria e amministrativa che procede".

La legge in commento è innovativa anche sotto un altro punto di vista, quello del riconoscimento al msna coinvolto a qualsiasi titolo in un procedimento giurisdizionale del diritto all' assistenza legale, comprensivo del gratuito patrocinio a spese dello stato in ogni stato e grado del procedimento.

Molto cambia, conseguentemente, nel procedimento minorile, ove sino ad ora al msna non era garantito, neppure dal d.lvo 142/15, il diritto all' assistenza legale. Sicuramente tale diritto dovrà essere garantito dal Tribunale per i Minorenni, dopo l' esercizio dell' azione civile da parte del Pubblico Ministero Minorile, ma potrebbe anche ritenersi che tale diritto debba essere garantito anche nella fase degli accertamenti del Procuratore della Repubblica, nella fase pre-esercizio dell' azione civile di ratifica delle misure di accoglienza.

Propendo per la soluzione negativa per questa fase propedeutica all' esercizio dell' azione, in quanto il legislatore, nel disciplinare alcuni momenti salienti di tale fase, quali l' autorizzazione all' effettuazione di accertamenti medici per la determinazione dell' età del msna, o la notificazione del provvedimento di determinazione dell' età, non prevede il difensore tra i destinatari delle informazioni o determinazioni dell' autorità giudiziaria.

Si segnala inoltre che con la legge 74/17 si va anche ad integrare la l. 142/15 cui sopra, pertanto, si è fatto doveroso cenno. Infatti con l' art. 5 si inserisce, dopo l' art. 19 del D.lvo 142/15, l' art. 19 bis "identificazione dei minori stranieri non accompagnati", affermando e chiarendo che il primo colloquio con il minore sia effettuato da personale qualificato della struttura di prima accoglienza sotto la direzione dei servizi dell' ente locale, secondo una procedura da adottare nei 120 giorni successivi alla data di entrata in vigore della l. 74/17.

Il legislatore non perde la preziosa occasione per chiarire per la prima volta che in caso di fondati dubbi sull' età dichiarata da un msna, l' A.G. che può disporre gli esami socio-sanitari volti all' accertamento della stessa è la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni,

soluzione già peraltro offerta nell' applicazione quotidiana del diritto da alcune Procure per i Minorenni, tra cui quella del Distretto delle Marche.

Per la prima volta si disciplina sia la comunicazione allo straniero, all' esercente la responsabilità genitoriale e all' autorità giudiziaria del risultato dell' accertamento socio-sanitario (art. 19 bis c. 7 d.lvo 142/15, inserito dalla l. 74/17), sia la procedura di notificazione del provvedimento dell' autorità giudiziaria di attribuzione dell' età (art. 19 bis c. 9 d.lvo 142/15, inserito dalla l. 74/17).

8. La legge 220/17

A meno di un anno di distanza dall' entrata in vigore della l. 47/17, di modifica della l. 142/15, il legislatore interveniva nuovamente sulla tematica dei minori stranieri non accompagnati, con il D. Lvo 22.12.17 n. 220, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana Serie Generale n. 12 del 16.01.18, entrata in vigore il giorno 31.01.18.

Tale decreto legislativo, nel contesto di tutele sopra descritto, ha modificato alcune importanti pregresse disposizioni in materia di accoglienza e di tutela giudiziaria per i minori stranieri non accompagnati; le più importanti in ordine al procedimento di nomina del tutore al minore straniero non accompagnato e all' emissione del provvedimento di determinazione dell' età, provvedimenti che diventano di competenza del Tribunale per i Minorenni;

Il decreto legislativo 220 del 2017 riscrive l' art. 19 c. 5 D.lvo 142/15 disponendo che l' autorità di pubblica sicurezza dà immediata comunicazione della presenza di un minore non accompagnato al Procuratore della Repubblica presso il tribunale per i Minorenni e al Tribunale per i Minorenni per l' apertura della tutela e la nomina del tutore ai sensi degli artt. 343 e ss c.c. e per la ratifica delle misure di accoglienza.

Una immediata comunicazione telefonica al Procuratore della Repubblica – nella specie del magistrato di turno dell' ufficio – non sarà sempre necessaria, essendo sufficiente una immediata comunicazione scritta ai due uffici giudiziari minorili.

L' immediata comunicazione telefonica andrà effettuata soltanto nel caso in cui l' autorità di pubblica sicurezza debba rappresentare un dubbio sull' età dichiarata e chiedere al Procuratore per i Minorenni di disporre eventualmente esami socio-sanitari.

In altri termini, stando all' attuale art. 19 c. 5 d.lvo 142/15, la competenza per l' apertura della tutela e la nomina del tutore transitano dal Tribunale Ordinario – nella persona del Giudice Tutelare – al Tribunale per i Minorenni.

L' identificazione dei minori stranieri non accompagnati è disciplinata dall' art. 19 bis del d.lvo 142/15, introdotto dall' art. 5 l. 47/17, e modificato dal d.lvo 220/17.

Si prevede che al momento dell' ingresso nella struttura di prima accoglienza personale qualificato della struttura svolga, sotto la direzione dei servizi sociali e coadiuvato, ove possibile, da organizzazioni, enti o associazioni con comprovata e specifica esperienza in tema di minori, ed alla presenza di un mediatore culturale, un colloquio con il minore, volto ad approfondire la sua storia personale e familiare e a far emergere ogni altro elemento utile alla sua protezione.

Si prevede che l' autorità di pubblica sicurezza nel corso dell' attività di identificazione del minore straniero sia coadiuvato da mediatori culturali, e svolga le proprie attività alla presenza "del tutore o del tutore provvisorio se già nominato".

Il d. lvo 220 del 2017 aggiunge poi, all' art. 19 bis in commento, un comma 3 bis con il quale si prevede che, ai fini dell' accertamento dell' età dichiarata, le autorità di pubblica sicurezza consultino il sistema informativo nazionale dei minori stranieri non accompagnati.

L'art. 19 bis c. 7 d.lvo 142/17 dispone che l'esito dell' accertamento socio-sanitario volto alla determinazione dell' età, ove disposto dal magistrato, in quanto indispensabile, nella presenza si un fondato dubbio sulla minore età, è comunicato allo straniero, all' esercente la responsabilità genitoriale, ed all' Autorità giudiziaria che ha disposto l' accertamento, quindi alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni.

In seguito alla modifica dell' art. 19 bis apportata con il d.lvo 220/17 l' autorità competente ad emettere il provvedimento di attribuzione dell' età è il Tribunale per i Minorenni, e non la Procura per i Minorenni.

Al di là dell' autorità competente ad emettere tale provvedimento, nulla muta, con la l. 220/18, in merito al proseguo della disciplina di tale provvedimento, in ordine alla sua notificazione, in ordine alla possibilità di reclamo ed alle dovute comunicazioni ai fini del completamento delle procedure di identificazione.

Si sottolinea l' importanza della considerazione inerente la non definitività del provvedimento di determinazione della maggiore età sin tanto che non siano spirati i termini per il reclamo, o che il reclamo non sia stato rigettato.

9. CONCLUSIONI

Certamente, oggi, il livello di garanzie e tutele in Italia per i Minori Stranieri non Accompagnati è ottimale e la circostanza che i recenti D.L. intervenuti sull' emergenza per l' epidemia da Covid 19 prevedano i procedimenti per le tutele giuridizionali ai msna come tra quelli indifferibili, ne è una conferma.

I Minori Stranieri non accompagnati sono destinatari, come sopra illustrato, di un insieme di norme di protezione che garantiscono loro il diritto a non essere trattenuti nei centri di identificazione e di espulsione, a non essere espulsi, ad essere sempre coadiuvati da una persona che ne abbia la legale rappresentanza, ad ottenere un permesso di soggiorno, ad accedere al sistema sanitario e scolastico e ad altre forme di tutela, secondo la normativa prevista sia dagli artt. 19 e seguenti e 31 e 32 del d.lgs 286/98 che dal d.lgs 142/15, nonché – da ultimo – dalla legge 47/17 e dal d.lvo 220/17. Tale ultima normativa prevede oggi espressamente la ratifica delle misure di accoglienza in apposito procedimento giurisdizionale in cui sia ricorrente il Procuratore per i Minorenni di ciascun distretto.

Conclusivamente può certamente ritenersi che in Italia il livello di garanzie e tutele per i Minori Stranieri non Accompagnati sia molto avanzato, essendo pienamente garantito ad ogni m.s.n.a. il diritto alla vita, alla salute, all' istruzione, all' accoglienza in strutture adeguate, al lavoro, alla tutela legale, affettiva e psicologica.

Lorenzo Delli Priscoli

Imprese mafiose e alterazioni concorrenziali del mercato

SOMMARIO: 1. Imprese (ex) mafiose e *dumping*. – 2. Le misure di prevenzione antimafia. – 3. L'informativa prefettizia antimafia. - 4. Libertà economiche e dignità umana.

1. Imprese (ex) mafiose e *dumping*

Un elemento costante e consolidato in tutte le organizzazioni mafiose italiane è la riduzione progressiva delle componenti violente e militari del metodo mafioso[1]: esse cedono il passo alla promozione di relazioni di scambio e collusione nei mercati illegali e ancor più legali. Accanto al reinvestimento dei proventi illeciti nell'economia pubblica, dove le mafie prediligono il ricorso sistematico alla corruzione per facilitare l'infiltrazione negli appalti e nei sub-appalti, si sta infatti accostando una sempre più spiccata connotazione imprenditoriale delle mafie, che conduce a un allentamento dei tratti violenti e intimidatori, lasciando spazio a profili soggettivi e a condotte economiche che tendono a acquisire una connotazione sempre più distante dalla tradizionale matrice mafiosa, ma più vicina a configurazioni di impresa politico-criminale[2].

La "logica degli affari", viene sempre maggiormente preferita alla "logica dell'appartenenza". Quest'ultima mira ad assicurare la coesione interna, i legami di lealtà, il coordinamento e la cooperazione tra gli affiliati. La logica degli affari, invece, predilige una razionalità strumentale, finalizzata a ottenere vantaggi e benefici materiali, soprattutto – anche se non esclusivamente – di tipo economico. In questo senso, la mafia privilegia il reinvestimento nei traffici illeciti e sempre più nell'economia legale, con la promozione di relazioni di collusione e complicità esterne. Peraltro le imprese mafiose, pur partendo da un'accumulazione violenta o gestendo solo attività illegali (in gran parte legate a gioco, droga, prostituzione, contrabbando), arrivano sul mercato legale senza quasi mai abbandonare quello illegale[3]. L'impresa mafiosa coinvolge abitualmente e strutturalmente

[1] Cass. pen., sez. I, 51489 del 29/11/2019 Ud. (dep. 20/12/2019), secondo cui il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso di cui all'art. 416-bis cod. pen. è configurabile con riferimento ad un'articolazione territoriale di una mafia storica (nella specie, una cosca tedesca di 'ndrangheta), allorché la stessa, per effetto del collegamento organico-funzionale con la casa-madre, dotato del carattere della riconoscibilità esterna e non limitato, pertanto, a forme di collegamento che si consumino soltanto al suo interno sul piano dell'adozione di moduli organizzativi e di rituali di adesione, si avvalga di una forza di intimidazione intrinseca che, pur non necessitando di forme eclatanti di esteriorizzazione del metodo mafioso, non consiste nella mera potenzialità, non esercitata e quindi meramente presuntiva, dell'impiego della forza, ma nella spendita d'una vera e propria fama criminale ereditata dalla casa-madre.

[2] S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale*, Ediesse, Roma, 2018, 55.

[3] La commistione da parte dell'impresa mafiosa tra affari leciti e illeciti e testimoniata da un nutrito indirizzo giurisprudenziale in tema di misure di prevenzioni patrimoniali che consente la confisca di tutto il patrimonio dell'impresa mafiosa quand'anche non sia possibile distinguere tra proventi frutto di attività lecita ed illecita: Cass. pen., sez. 6, n. 49750 del 04/07/2019 Cc. (dep. 06/12/2019), secondo cui in tema di misure di prevenzione patrimoniali, può essere disposta la confisca di tutto il patrimonio immobiliare e societario del proposto qualora l'apporto di

il mondo legale e quello illegale: è un'impresa economica dalla duplicità strutturale, e dimostra che i due mondi possono essere l'uno la continuazione dell'altro. Le mafie si trovano a loro agio e sfruttano le opportunità di un mercato capitalistico sempre più opaco e continuano ad operare sul mercato illegale anche se si sono stabilmente affermate sul mercato legale.

Ma anche quando l'imprenditore mafioso per ipotesi decida di abbandonare definitivamente il mercato illegale e voglia dedicarsi in maniera assorbente ad una attività legale egli godrà comunque di un formidabile vantaggio concorrenziale. Ad esempio infatti l'imprenditore onesto e intelligente, che abbia lavorato una vita per offrire sul mercato un bene o un servizio di qualità ad un prezzo accessibile, può subire la concorrenza, evidentemente sleale, dell'impresa mafiosa che usufruisce dei vantaggi conseguiti illecitamente in settori illegali consistenti nel poter offrire quegli stessi beni o servizi offerti dall'imprenditore non mafioso ad un prezzo inferiore (attingendo alle riserve di capitale accumulate in precedenza)[4], così provocando l'inevitabile fuoriuscita dal mercato dell'imprenditore onesto e conquistarne così la sua fetta di mercato, per poi, una volta eliminato il concorrente e aver creato una situazione di posizione dominante che si avvicini al monopolio, alzare i prezzi per sfruttare tale posizione di dominio sul mercato[5]. Si tratta di una tipica condotta di

componenti lecite si sia risolto nel consolidamento e nell'espansione della sistematica e reiterata attività di riciclaggio e di reimpiego di preponderanti capitali illeciti sì da non essere più scindibile la minoritaria quota lecita, stante il risultato sinergico dei capitali impiegati, determinante una loro inestricabile commistione e contaminazione; Cass. pen., sez. 5, n. 32017 del 08/03/2019 Cc. (dep. 18/07/2019), secondo cui in tema di misure di prevenzione patrimoniali, la confisca disposta ai sensi dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575, di una impresa costituita in forma societaria che abbia stabilmente operato avvalendosi della forza di intimidazione di un'associazione mafiosa o, comunque, in cointeressenza con essa, si estende a tutto il patrimonio aziendale e a tutto il capitale sociale (ivi comprese le quote sociali intestate a terzi), nonostante l'origine lecita dei fondi impiegati per la sottoscrizione delle quote, laddove sia accertata la disponibilità sostanziale della impresa da parte del proposto o l'attività economica risulti condotta, sin dall'inizio, con mezzi illeciti.

[4] E. SACCÀ, *Impresa individuale e societaria illecita*, Milano, 1988, 127; V. PANUCCIO, *Impresa illecita*, in *Enc. giur*., Roma, 1989, XVI, 76.

[5] Si pensi ad esempio al caso di un imprenditore (ex) mafioso che decida di aprire un albergo sul lungomare di Ostia ed esercitare tale attività in maniera perfettamente lecita (senza assumere alcun dipendente in nero, perfettamente in regola con tutte le normative a tutela del lavoro, della prevenzione incendi, pagando regolarmente tutte le imposte di tutti i tipi etc.) che entri in concorrenza con un altro imprenditore non mafioso. Immaginiamo altresì per ipotesi che l'imprenditore mafioso non sfrutti in maniera particolare il suo pregresso patrimonio di conoscenze e che dunque i suoi vecchi "*clientes*" che vogliano andare in vacanza ad Ostia – come anche tutti gli altri villeggianti - non vadano per partito preso nel suo albergo ma scelgano l'albergo, come nei modelli astratti degli economisti puri, solo in ragione del miglior rapporto qualità-prezzo. E' evidente che l'imprenditore (ex) mafioso non ha il problema – come quello non mafioso di andare in banca a chiedere un finanziamento per aprire l'albergo, di illustrare l'idea imprenditoriale per convincere il direttore a erogare il prestito e soprattutto non avrà il problema di restituire, con gli interessi, il prestito ricevuto, potendo contare sul proprio patrimonio precedentemente accumulato in attività illecite, che gli permetterà di offrire le sue camere doppie con servizio di mezza pensione in alta stagione a 100 euro a camera, quando il prezzo appena remunerativo, praticato anche dall'altro concorrente, sarebbe di 150 euro. L'imprenditore non mafioso, assillato dalla necessità di guadagnare per restituire il prestito alla banca e pagare tutti i costi fissi dell'albergo e posto davanti ad una scelta tra due alternative entrambe disastrose, continuare con il suo prezzo di 150 euro a notte, perdendo tutti i

dumping, che integra allo stesso tempo, a prescindere dalla circostanza che a porla in essere sia stata o meno un'impresa mafiosa, una ipotesi sia di concorrenza sleale ex art. 2598 cod. civ. sia di abuso di posizione dominante ex art. 3 della legge n. 287 del 1990 (cd. legge *antitrust*)[6].

In effetti, a prescindere dall'uso della violenza e della forza intimidatoria del vincolo associativo, il fenomeno mafioso è di dimensioni e di pericolosità tali e la mole di capitali provenienti da attività illecite che si riversano nei mercati legali è così ingente che tali capitali si traducono in atti e comportamenti che inquinano e falsano in maniera decisiva il libero e naturale gioco della concorrenza in vasti settori dell'economia legale.

Infatti, proprio perché l'impresa ex mafiosa, - in quanto non più mafiosa - potrebbe non essere più destinataria di una interdittiva prefettizia antimafia, è quanto mai decisivo che l'autorità amministrativa disponga degli strumenti adeguati ad anticiparne le mosse, a prevenirla, con un costante monitoraggio del fenomeno, la conoscenza delle sue specifiche manifestazioni, la individuazione e valutazione dei relativi sintomi, la rapidità di intervento, con l'inevitabile conseguenza che l'informazione antimafia prefettizia non può che essere fondata su elementi fattuali più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria[7], perché, paradossalmente, se

clienti o abbassare il prezzo a 100 euro sapendo però di poter resistere a quel prezzo per poco tempo: in quest'ultima ipotesi l'imprenditore (ex) mafioso, sapendo che il suo concorrente potrà resistere per poco, continuerà a tenere il prezzo ella camera doppia con mezza pensione a 100 euro fino a che il suo rivale non avrà chiuso l'albergo: a questo punto potrà immediatamente alzare i prezzi a 200 euro sfruttando la sua posizione dominante appena raggiunta. E' evidente dunque che, non avendo egli più rapporti con ambienti mafiosi avendo egli tagliato tutti i ponti con le sue precedenti attività illecite, riuscirà anche ad ottenere una informativa antimafia prefettizia positiva: l'unica tutela per l'impresa non mafiosa e contare sulla tutela civilistica della concorrenza sleale e su quella pubblicistica della legge antitrust. Ma rileggendo con attenzione le massime di cui alla nota precedente ci si renderà conto che la tutela in realtà è offerta solo laddove la condotta di dumping integri effettivamente un abuso di posizione dominante, ossia quando la condotta anticoncorrenziale faccia sentire i suoi effetti sull'intero territorio nazionale o in una sua parte rilevante: nell'esempio appena fatto invece, in cui sono stati presi in considerazione solo due alberghi su uno stesso lungomare di una stessa località di villeggiatura è evidente che la legge antitrust non potrà trovare applicazione, perché, riprendendo le parole di Cass., SU, 4 febbraio 2005, n. 2207, "la legge *antitrust* non si occupa dell'intesa tra i barbieri di un piccolo paese".

[6] Cass. 7 febbraio 2020, n. 2980, secondo cui la vendita sottoscosto o comunque a prezzi non immediatamente remunerativi, è contraria ai doveri di correttezza ex art. 2598, comma 1, n. 3), c.c. solo se si connota come "illecito antitrust" (legge n. 287 del 1990), in quanto posta in essere da un'impresa in posizione dominante e praticata con finalità predatorie di soppressione della concorrenza, traducendosi così in un danno per i consumatori ed il mercato, realizzandosi in tale ipotesi l'illecito concorrenziale da "dumping" interno; Cass. 26 gennaio 2006, n. 1636, in *Foro it*., 2006, I, 687, sentenza secondo la quale la vendita sottocosto (o comunque a prezzi non immediatamente remunerativi) in tanto è contraria ai doveri di correttezza di cui all'art. 2598, numero 3, cod. civ., in quanto a porla in essere sia un'impresa che muove da una posizione di dominio e che, in tal modo, frapponga barriere all'ingresso di altri concorrenti sul mercato o comunque indebitamente abusi di quella sua posizione non avendo alcun interesse a praticare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti per poi rialzare i prezzi approfittando della situazione di monopolio così venutasi a determinare.

[7] Sottolineano questo aspetto le due sentenze della Corte costituzionale n. 57 del 2020 e n. 4 del 2018, le quali entrambe dichiarano infondate questioni di legittimità costituzionale dell'interdittiva prefettizia antimafia: la Consulta

fosse fondata su elementi più concreti e solidi e su prove più consistenti, arriverebbe troppo tardi, quando ormai i danni commessi dall'impresa mafiosa sarebbero irreversibili (ad esempio perché l'impresa mafiosa si è aggiudicata un appalto oppure quella ex mafiosa con delle politiche anticoncorrenziali di *dumping* è riuscita ad escludere dal mercato e a far fallire delle imprese rispettose della legalità)[8].

2. Le misure di prevenzione antimafia

Le misure di prevenzione antimafia[9] sono disciplinate dagli artt. 1 ss. del codice antimafia e possono essere personali o patrimoniali: le prime hanno una funzione prettamente *preventiva*

infatti, pur non negando che le garanzie del singolo imprenditore siano oggettivamente minori rispetto a quelle che sarebbero garantite da un procedimento amministrativo ma da un processo giurisdizionale, ammette che questo sacrificio del singolo si giustifica in relazione ad un bilanciamento di valori che impone di privilegiare le ragioni dell'urgenza e della possibilità per la collettività di agire su di un mercato ove non sia inquinato il gioco concorrenziale.

[8] E' stato infatti evidenziato (Consiglio di Stato, sezione terza, sentenze 30 gennaio 2019, n. 758 e 3 aprile 2019, n. 2211), che l'interdittiva prefettizia antimafia implica una valutazione tecnico-discrezionale dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, e se, da una parte, deve considerare una serie di elementi fattuali, taluni dei quali tipizzati dal legislatore (art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 159 del 2011: quali i cosiddetti delitti spia), altri, a condotta libera, sono lasciati al prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell'autorità amministrativa, che può desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa, ai sensi dell'art. 91, comma 6, del d.lgs. n. 159 del 2011, da provvedimenti di condanna non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività di impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata. La pubblica amministrazione è infatti tenuta a rispettare il principio fondamentale di legalità sostanziale, che presiede all'esercizio di ogni attività amministrativa e che si estrinseca nell'equilibrata ponderazione dei contrapposti valori costituzionali in gioco, la libertà di impresa, da un lato, e la tutela dei fondamentali beni che presidiano il principio di legalità sostanziale. La prefettura è dunque tenuta ad una attenta valutazione di tali elementi attraverso una motivazione accurata ed esauriente, che deve offrire un quadro chiaro, completo e convincente delle ragioni dell'interdittiva antimafia, provvedimento amministrativo poi peraltro soggetto ad un vaglio della giurisdizione amministrativa pieno ed effettivo, perché il giudice amministrativo procede ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza. Il risultato di questo impegno è, secondo la Consulta, la individuazione di un nucleo consolidato (Consiglio di Stato, sezione terza, 5 settembre 2019, n. 6105) di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale.

9 Esistono infatti anche misure di prevenzioni estranee al codice antimafia: cfr. Corte cost. n. 195 del 2019 che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 (Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, norma che ha ampliato l'elenco dei luoghi in relazione ai quali, al fine di tutelarne il decoro e la sicurezza pubblica, può trovare applicazione il divieto di accesso in specifiche aree urbane (il cosiddetto DASPO urbano). Il legislatore, nel contesto di un articolato intervento diretto a rafforzare la sicurezza nelle città, aveva introdotto questa speciale misura, mirata a tutelare anche il decoro di particolari luoghi (il cosiddetto DASPO urbano), conformandola al modello del divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive (DASPO), regolato dall'art. 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401 disposizione richiamata, in particolare, quanto al regime di convalida giudiziaria dei provvedimenti interdittivi e della ricorribilità per cassazione; Corte cost. n. 512 del 2002 che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, della legge 13 dicembre 1989, n. 401 (Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive), sollevata, in riferimento all'art. 13, terzo comma, della Costituzione in quanto presupposto della eccezionale necessità ed urgenza, richiesto dall'art. 13 della Costituzione, affinché l'autorità di pubblica sicurezza possa temporaneamente adottare provvedimenti incidenti sulla libertà personale è pienamente vigente nell'ordinamento giuridico, rappresentando attualmente sia un presupposto dell'azione amministrativa, sia un criterio per il relativo giudizio di convalida effettuato dall'autorità

mirando a limitare la libertà di movimento del loro destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati mentre le seconde hanno una funzione meramente *ripristinatoria* della situazione *quo ante*, perché l'ablazione di tali beni costituisce non già una sanzione, ma solo la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione, la quale determina un vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà. Entrambe le tipologie di misure di prevenzioni dunque non possono essere equiparate alle pene, che hanno una funzione punitiva e conseguentemente non soggiacciono a tutte lo strumentario di garanzie che ruota intorno al processo penale[10].

Le misure di prevenzione personali, oggi organicamente disciplinate nel codice antimafia, rappresentano l'approdo di una lunga evoluzione storica, le cui origini risalgono alla legislazione di polizia ottocentesca[11]: il requisito della pericolosità per la sicurezza pubblica del destinatario delle misure di prevenzione personali accomuna le stesse alle misure di sicurezza disciplinate dal codice penale, dalle quali tuttavia le prime si differenziano in quanto non presuppongono l'instaurarsi di un processo penale nei confronti del soggetto. Sufficiente e necessario a legittimare l'applicazione di una misura di prevenzione personale è, infatti, che l'attività criminosa risulti da evidenze che la legge indica o come elementi di fatto o come indizi; evidenze che devono essere vagliate dal tribunale nell'ambito di un procedimento retto da regole probatorie e di giudizio diverse da quelle proprie dei procedimenti penali.

giudiziaria. Come la Corte costituzionale ha già avuto modo di affermare con riferimento ad altre misure restrittive della libertà personale emanate da autorità di pubblica sicurezza (sentenza n. 64 del 1977), il fatto stesso che tali misure siano qualificate dalla legge come facoltative – come accade nel caso di specie – obbliga il soggetto titolare del potere a "verificare la ricorrenza in concreto della necessità ed urgenza dell'intervento", consentendo, conseguentemente al giudice della convalida di verificarne l'effettiva esistenza. Il fatto che la legge, in ossequio all'art. 13 della Costituzione, abbia definito tassativamente i casi in cui il questore può imporre l'obbligo di comparizione, implica infatti che la stessa autorità di pubblica sicurezza debba motivare il provvedimento in relazione all'esistenza di situazioni di eccezionale necessità ed urgenza. La non automaticità del provvedimento e, quindi, la necessità di una sua ponderata motivazione e conformazione, richiedono anzitutto che l'autorità amministrativa, in presenza di un soggetto al quale ha irrogato il divieto di accesso, valuti comunque le ragioni di necessità e di urgenza che richiedono anche l'adozione dell'obbligo di comparizione (e ciò a maggior ragione in seguito alla recente modifica, introdotta dal d.l. n. 336 del 2001, convertito, con modificazioni in legge n. 377 del 2001, in base alla quale il provvedimento può arrivare ad una durata massima di tre anni). In secondo luogo, spetterà alla autorità giudiziaria, in ossequio al sistema di garanzie previsto dall'art. 13 della Costituzione, valutare, in sede di convalida del provvedimento, la sussistenza delle condizioni richieste per la sua adozione sul piano della necessità ed urgenza, nonché l'adeguatezza del suo contenuto anche sotto il profilo della durata.

[10] Cfr. Cass. pen, Sez. 5, n. 50202 del 08/10/2019 Cc. (dep. 11/12/2019), secondo cui nel giudizio di prevenzione, considerata l'autonomia del procedimento rispetto al giudizio di merito, la prova indiretta o indiziaria non deve essere dotata dei caratteri prescritti dall'art. 192 cod. proc. pen., né le chiamate in correità o in reità devono essere necessariamente sorrette da riscontri individualizzanti.

[11] E.GALLO *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX, Roma 1990, appendice agg. 1996; G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione, profili sostanziali*, in *Dig. delle Disc. Pen*., vol. III, Torino 1994, 123.

Imperniate come sono su un giudizio di persistente pericolosità del soggetto, le misure di prevenzione personale hanno una chiara finalità preventiva anziché punitiva, mirando a limitare la libertà di movimento del loro destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati, o quanto meno per rendergli più difficoltosa la loro realizzazione, consentendo al tempo stesso all'autorità di pubblica sicurezza di esercitare un più efficace controllo sulle possibili iniziative criminose del soggetto[12]. L'indubbia dimensione afflittiva delle misure stesse non è, in quest'ottica, che una conseguenza collaterale di misure il cui scopo essenziale è il controllo, per il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato: non già la punizione per ciò che questi ha compiuto nel passato[13].

La CEDU con la sentenza De Tommaso[14] ha espressamente escluso che le misure di prevenzione personali sottoposte al suo esame costituiscano sanzioni di natura sostanzialmente punitiva, come tali soggette ai vincoli che la Convenzione detta in relazione alla materia penale. la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 2 del IV Protocollo della Convenzione - che garantisce la libertà di circolazione - da parte del d.lgs. n. 159 del 2011 in tema di misure di prevenzione nei confronti di soggetti "pericolosi" ([15]), in quanto tale norma italiana non

[12] Cass. pen. Sez. 2, n. 27855 del 22/03/2019 Cc. (dep. 24/06/2019), secondo cui in tema di misure di prevenzione, l'appartenenza ad una associazione mafiosa integra un'ipotesi di pericolosità sociale qualificata anche quando la condotta del proposto, pur non riconducibile ad una vera e propria partecipazione al gruppo criminale, sia apprezzabile in termini di vicinanza all'associazione tale da risultare, attraverso un contributo fattivo alle attività ed allo sviluppo del sodalizio, funzionale agli interessi della stessa. (Fattispecie in cui la Corte, non ravvisando un conflitto di giudicati, ha ritenuto immune da censure la decisione di rigetto dell'istanza di revoca del decreto applicativo di misure di prevenzione personali e reali formulata da un proposto che, pur assolto da addebiti associativi, tuttavia risultava, sulla base di adeguata motivazione, aver tenuto una condotta di "vicinanza funzionale" ad una organizzazione mafiosa, desunta da fatti diversi ed antecedenti rispetto a quelli per i quali era stata pronunciata assoluzione in sede penale).

[13] Corte cost. n. 24 del 2019.

[14] CEDU, sentenza 23 febbraio 2017, De Tommaso contro Italia, par. 143. La Corte di Strasburgo, esaminando il ricorso del De Tommaso - soggetto cui era stata applicata da parte del Tribunale di Bari nel 2008 una misura di prevenzione personale ai sensi dell'art. 1 l.n.1423 del 1956 (cd. pericolosità generica) - ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 2 Prot. 4 Conv. EDU (disposizione che tutela la libertà di circolazione). In particolare, la violazione è stata ricollegata al giudizio negativo sui contenuti della previsione regolatrice interna, essendosi rilevato un *deficit* di chiarezza tale da determinare scarsa prevedibilità - in capo ai destinatari - delle conseguenze sfavorevoli delle proprie azioni, con eccesso di discrezionalità del giudice in sede di delibazione dei presupposti applicativi delle misure di prevenzione : [..]*La Corte osserva che, nonostante il fatto che la Corte costituzionale sia intervenuta in diverse occasioni per chiarire i criteri da utilizzare per valutare se le misure di prevenzione fossero necessarie, l'applicazione di tali misure resta legata a un'analisi prospettica da parte dei tribunali nazionali, dato che né la Legge né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente le "prove fattuali" o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione. La Corte ritiene pertanto che la Legge in questione non contenesse disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società*.

[15] Si tratta in particolare degli artt. 1, 3 e 5, legge n. 1423 del 56 (oggi parzialmente trasposti negli artt. 1, 6 e 8 del d.lgs. 159 del 2011), che a giudizio della Corte EDU conferiscono un potere discrezionale assai ampio al giudice, ed hanno un coefficiente di prevedibilità troppo basso, con la conseguenza che al cittadino non è dato conformare con

garantisce adeguatamente la prevedibilità della misura e la sua applicazione è rimessa alla discrezionalità del giudice in contrasto con il principio di determinatezza e tassatività.

In particolare, la Corte EDU ha ravvisato una violazione della libertà di circolazione per difetto di prevedibilità e precisione delle norme relative ai soggetti idonei e alle condizioni necessarie per l'applicazione della misura di prevenzione, nonché alle prescrizioni che il giudice può imporre per dar corpo alla misura. La Corte EDU non si addentra più di tanto nella questione giuridica circa la natura giuridica delle misure di prevenzione, a lei interessando soltanto che, aldilà della qualificazione formale di tali misure come sanzioni penale (circostanza negata dalla Cassazione), esse, in quanto rappresentano sostanzialmente una pena, godano delle garanzie proprie della Carta EDU. La sentenza De Tommaso è dunque un caso in cui la Corte EDU chiede all'Italia, non di limitare – come invece accaduto con la Corte di Giustizia nel caso Taricco ricordato in precedenza - ma di allargare lo spazio del diritto penale[16]. Né la Corte costituzionale, nelle varie occasioni in cui ha sinora avuto modo di pronunciarsi sulle misure di prevenzione personali, ha mai ritenuto che esse soggiacciano ai principi dettati, in materia di diritto e di processo penale, dagli articoli 25, secondo comma, 27, 111, terzo, quarto e quinto comma, e 112, Cost. Tuttavia, la stessa CEDU nella stessa sentenza ha affermato che le misure di prevenzione disciplinate nell'ordinamento italiano costituiscono però pur sempre misure limitative della libertà di

certezza ed *a priori* le proprie condotte al precetto normativo, in contrato con i principi espressi dagli artt. 6 (che afferma il principio *nulla poena sine lege*) e 7 della Carta EDU (che afferma il principio del diritto dell'imputato a un giusto processo) nonché – potrebbe aggiungersi - degli artt. 47-50 della carta di Nizza, che affermano analoghi principi. Si pensi ad es. all'indeterminatezza dell'art. 1 del d.lgs. 159 del 2011, secondo cui le misure di prevenzione si applicano a: «a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose…».

16 Per quanto riguarda le misure imposte dai giudici di Strasburgo al Sig. De Tommaso, la Corte ha osservato che alcune di esse erano formulate in termini molto generici e che le prescrizioni erano estremamente vaghe e indeterminate; in particolare con riferimento all'obbligo di "condurre una vita onesta e rispettosa della legge " e di "non dare motivo di sospetto". E 'stato quindi impossibile per il Sig. De Tommaso verificare l'effettiva portata delle prescrizioni imposte con la sorveglianza speciale. La Corte ha ritenuto che la legge italiana aveva lasciato al giudice nazionale un potere discrezionale eccessivo e senza indicare con sufficiente chiarezza la portata di tale discrezionalità e le modalità del suo esercizio. La Cassazione a sezioni unite sembra aver recepito questa impostazione: cfr. Cass. pen., S.U., 27 aprile 2017, Paternò, che al quesito «se la norma incriminatrice di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011, che punisce la condotta di chi violi gli obblighi e le prescrizioni imposti con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. cit., abbia ad oggetto anche la violazione delle prescrizioni di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi"» ha dato risposta negativa, «in quanto trattasi di prescrizioni generiche e indeterminate, la cui violazione può tuttavia rilevare in sede di esecuzione del provvedimento ai fini dell'eventuale aggravamento della misura». In precedenza aveva invece affermato Cass. pen, 10 giugno 2015 n. 30398, D'Ippolito, che è "convenzionalmente" legittima l'applicazione retroattiva delle misure di prevenzione patrimoniale, con riferimento a fatti anteriori all'entrata in vigore delle norme che le disciplinano, poiché le stesse, in quanto connotate da natura preventiva e non sanzionatoria, non sono riconducibili alla nozione di "pena" di cui all'art. 7 CEDU.

circolazione sancita dall'art. 2 Prot. n. 4 CEDU; misure che, come tali, sono legittime solo in quanto sussistano le condizioni previste dal par. 3 della norma convenzionale in questione (in particolare: idonea base legale, finalità legittima, "necessità in una società democratica" della limitazione in rapporto agli obiettivi perseguiti).

In direzione analoga si è mossa anche la Corte costituzionale, che – accanto ai non sempre costanti riferimenti all'art. 25, terzo comma, Cost. – ha sempre affermato, sin dalle sue prime sentenze del 1956 in materia, che l'esecuzione delle misure di prevenzione di volta in volta sottoposte al suo esame comportavano una restrizione della libertà personale sancita dall'art. 13 Cost.; restrizione che certamente consegue alle prescrizioni che ineriscono alla sorveglianza di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 8, comma, 2, del d.lgs. n 159 del 2011, le quali – anche laddove non sia disposto l'obbligo o il divieto di soggiorno – comportano, ad esempio, l'obbligo di fissare la propria dimora e di non allontanarsene senza preventivo avviso all'autorità, nonché il divieto di uscire o rincasare al di fuori di certi orari. Conseguentemente, le misure in questione in tanto possono considerarsi legittime, in quanto rispettino i requisiti cui l'art. 13 Cost. subordina la liceità di ogni restrizione alla libertà personale, tra i quali vanno in particolare sottolineate la riserva assoluta di legge (rinforzata, stante l'esigenza di predeterminazione legale dei «casi e modi» della restrizione) e la riserva di giurisdizione.

Gli esiti cui è approdata la giurisprudenza costituzionale italiana finiscono così per attribuire un livello di tutela ai diritti fondamentali dei destinatari della misura della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, che è superiore a quello assicurato in sede europea. La riconduzione delle misure in parola all'alveo dell'art. 13 Cost. comporta, infatti, che alle garanzie (richieste anche nel quadro convenzionale) a) di una idonea base legale delle misure in questione e b) della necessaria proporzionalità della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati (proporzionalità che è requisito di sistema nell'ordinamento costituzionale italiano, in relazione a ogni atto dell'autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo), debba affiancarsi l'ulteriore garanzia c) della riserva di giurisdizione, non richiesta in sede europea per misure limitative di quella che la Corte EDU considera come mera libertà di circolazione, ricondotta in quanto tale al quadro garantistico dell'art. 2 Prot. n. 4 CEDU.

Assai più recente è stato l'ingresso nell'ordinamento italiano delle misure di prevenzione patrimoniali della confisca e del correlato sequestro.

Il presupposto giustificativo della confisca di prevenzione – e pertanto dello stesso sequestro, che ne anticipa provvisoriamente gli effetti – è «la ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita»[17]. La confisca "di prevenzione" e la confisca "allargata" (e i sequestri che, rispettivamente, ne anticipano gli effetti) costituiscono dunque altrettante *species* di un unico *genus*, che può identificarsi nella confisca dei beni di sospetta origine illecita – ossia accertata mediante uno schema legale di carattere presuntivo. Le difficoltà cui tale prova va incontro hanno fatto sì che la confisca "tradizionale" si rivelasse inidonea a contrastare in modo adeguato il fenomeno dell'accumulazione di ricchezze illecite da parte della criminalità, e in specie della criminalità organizzata: fenomeno particolarmente allarmante, a fronte tanto del possibile reimpiego delle risorse per il finanziamento di ulteriori attività illecite, quanto del loro investimento nel sistema economico legale, con effetti distorsivi del funzionamento del mercato[18].

In conformità a tale *ratio*, la giurisprudenza della Corte di cassazione, con riferimento tanto al sequestro e alla confisca di prevenzione quanto alla confisca "allargata", ha intrapreso un percorso volto a circoscrivere l'area dei beni confiscabili, limitandoli a quelli acquisiti in un arco temporale ragionevolmente correlato a quello in cui il soggetto risulta essere stato impegnato in attività criminose[19]. Rispetto, in particolare, al sequestro e alla confisca di prevenzione, le Sezioni unite sono pervenute a tale risultato chiarendo la necessità di accertare lo svolgimento di attività criminose da parte del soggetto con riferimento al lasso temporale nel quale si è verificato, nel passato, l'incremento patrimoniale che la confisca intende neutralizzare: requisito, quest'ultimo, non scritto, ma discendente evidentemente dalla necessità di conservare ragionevolezza alla presunzione (relativa) di illecito acquisto dei beni, sulla quale il sequestro e la confisca di

[17] Corte cost. n. 24 del 2019, cit., e 195 del 2019, cit.; Cass., sez. un., *Sez.* U, *n.* 4880 *del* 26/06/2014 Cc. (dep. 02/02/2015), in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 2014, con nota adesiva di F. MENDITTO, *Le Sezioni unite verso lo statuto della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*; Cass. pen. *Sez.* 5 , *n.* 49479 *del* 13/11/2019 Cc. (dep. 05/12/2019) secondo cui in tema di confisca di prevenzione disposta nei confronti di soggetto indiziato di appartenere ad una associazione mafiosa, anche nel caso in cui la fattispecie concreta consenta di determinare il momento iniziale e finale della pericolosità qualificata, è legittimo disporre la misura ablativa su beni acquisiti in periodo successivo a quello di cessazione della pericolosità sociale, purché l'acquisto risulti effettuato attraverso il reimpiego dei frutti dell'attività illecita, da accertare sulla base di una pluralità di indici fattuali altamente dimostrativi della diretta derivazione causale delle acquisizioni patrimoniali dalla provvista formatasi nel periodo di compimento dell'attività delittuosa.

[18] Corte cost. n. 33 del 2018.

[19] Cass. pen., *Sez.* 1, *n.* 36499 *del* 06/06/2018 Cc. (dep. 30/07/2018), secondo cui, in tema di confisca disposta ai sensi dell'art. 12-sexies d.l. n. 306 del 1992, convertito in legge n. 356 del 1992, il giudice non può esimersi dal considerare il momento di acquisizione del bene al fine di verificare che esso non risulti talmente lontano dall'epoca di commissione del "reato spia" da rendere "ictu oculi" irragionevole la presunzione di derivazione del bene stesso da un'attività illecita, sia pure complementare rispetto a quella per cui è intervenuta condanna.

prevenzione si fondano. Tale presunzione, infatti, in tanto ha senso, in quanto si possa ragionevolmente ipotizzare che i beni o il denaro confiscati costituiscano il frutto delle attività criminose nelle quali il soggetto risultava essere impegnato all'epoca della loro acquisizione, ancorché non sia necessario stabilirne la precisa derivazione causale da uno specifico delitto. La presunzione relativa di origine illecita dei beni, che ne giustifica l'ablazione in favore della collettività, non conduce necessariamente a riconoscere la natura sostanzialmente sanzionatorio-punitiva delle misure in questione; e non comporta, pertanto, la sottoposizione delle misure medesime allo statuto costituzionale e convenzionale delle pene. In effetti, nell'ottica del sistema, l'ablazione di tali beni costituisce non già una sanzione, ma piuttosto la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione, la quale determina un vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà in capo a chi ne abbia acquisito la materiale disponibilità, risultando sin troppo ovvio che la funzione sociale della proprietà privata possa essere assolta solo all'indeclinabile condizione che il suo acquisto sia conforme alle regole dell'ordinamento giuridico[20]. Non può, dunque, ritenersi compatibile con quella funzione l'acquisizione di beni *contra legem*, sicché nei confronti dell'ordinamento statuale non è mai opponibile un acquisto inficiato da illecite modalità[21].

In presenza, insomma, di una ragionevole presunzione che il bene, di cui il soggetto risulti titolare o abbia la materiale disponibilità, sia stato acquistato attraverso una condotta illecita – presunzione a sua volta fondata sul puntuale riscontro, da parte del giudice, dei requisiti dettati dalla normativa in esame – o a fortiori in presenza di prove dirette di tale origine illecita, il sequestro e la confisca del bene medesimo non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta; bensì, più semplicemente, quello di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all'ordinamento giuridico, o comunque di far sì (eventualmente attraverso la confisca per equivalente) che venga neutralizzato quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non potrebbe godere.

In assenza di connotati afflittivi ulteriori, la finalità dell'ablazione patrimoniale ha, in tale ipotesi, carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene. Quest'ultimo potrà, così, essere sottratto al circuito criminale, ed essere invece destinato – quanto meno ove non sia possibile restituirlo a un precedente titolare, che

[20] Corte cost. n. 4 del 2018 40 e 41 cost.
[21] Cass., sez. un. pen., n. 4880 del 2015.

ne fosse stato illegittimamente spogliato – a finalità di pubblico interesse, come quelle istituzionalmente perseguite dall'Agenzia nazionale dei beni confiscati.

Pur non avendo natura penale, sequestro e confisca di prevenzione restano peraltro misure che incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU).

Esse dovranno, pertanto, soggiacere al combinato disposto delle garanzie cui la Costituzione e la stessa CEDU subordinano la legittimità di qualsiasi restrizione ai diritti in questione, tra cui – segnatamente –: a) la sua previsione attraverso una legge (artt. 41 e 42 Cost.) che possa consentire ai propri destinatari, in conformità alla costante giurisprudenza della Corte EDU sui requisiti di qualità della "base legale" della restrizione, di prevedere la futura possibile applicazione di tali misure (art. 1 Prot. addiz. CEDU); b) l'essere la restrizione "necessaria" rispetto ai legittimi obiettivi perseguiti (art. 1 Prot. addiz. CEDU), e pertanto proporzionata rispetto a tali obiettivi, ciò che rappresenta un requisito di sistema anche nell'ordinamento costituzionale italiano per ogni misura della pubblica autorità che incide sui diritti dell'individuo, alla luce dell'art. 3 Cost.; nonché c) la necessità che la sua applicazione sia disposta in esito a un procedimento che – pur non dovendo necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificamente per il processo penale – deve tuttavia rispettare i canoni generali di ogni "giusto" processo garantito dalla legge (artt. 111, primo, secondo e sesto comma, Cost., e 6 CEDU), assicurando in particolare la piena tutela al diritto di difesa (art. 24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta.

Alla progressiva opera di giurisdizionalizzazione di tali misure si è accompagnata dunque una progressiva tipizzazione dei comportamenti assunti come presupposto delle misure di prevenzione (personali e, a partire dal 1982, patrimoniali), i cui destinatari iniziarono gradualmente ad essere individuati dal legislatore mediante il richiamo alle numerose tipologie specifiche di reato, tra cui quello di associazione mafiosa, che oggi sono confluite nell'elenco tassativo contenuto nell'art. 4 del d.lgs. n. 159 del 2011.

3. L'informativa prefettizia antimafia

Il problema della tipicità e della tassatività posto per le misure di prevenzione si pone a maggior ragione per le misure interdittive antimafia, basate sull'uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da

parte delle mafie, di perseguire i propri fini. E solo di fronte ad un fatto inesistente od obiettivamente non sintomatico il campo valutativo del potere prefettizio, in questa materia, deve arrestarsi.

L'art. 83 (Ambito di applicazione della documentazione antimafia) del codice antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011) stabilisce che le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'articolo 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici. La documentazione antimafia è appunto disciplinata dagli artt. 84 ss.; l'art. 84 stabilisce che la documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia. La comunicazione e l'attestazione antimafia consistono entrambe nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause previste dall'art. 67 di sospensione, divieto o decadenza da autorizzazioni, licenze iscrizioni in albi[22] etc. A sua volta l'art. 67 ricollega tali decadenze, sospensioni o divieti all'emanazione di una misura di prevenzione: si desume quindi che la documentazione antimafia può provocare le conseguenze negative previste dall'art. 67 quando ricorrano le stesse condizioni che legittimano l'emanazione di una misura di prevenzione. Occorre altresì aggiungere che, a differenza della comunicazione antimafia e delle misure di prevenzione, l'informazione antimafia può scaturire anche da eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa. Quindi, sembrerebbe dedursi, da questo quanto mai confuso e poco chiaro sistema di rinvii (tanto più grave in relazione alla rilevanza delle penetranti conseguenze della documentazione antimafia e della circostanza che la mafia prospera proprio in situazioni di opacità) che l'imprenditore destinatario di una misura di prevenzione o di una comunicazione o informazione antimafia "negative" non possa né avere rapporti con la pubblica amministrazione né esercitare una qualsiasi attività imprenditoriale a prescindere da eventuali rapporti con la pubblica amministrazione: in altre parole non potrà fare l'imprenditore. L'art. 84 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice antimafia) riconosce quale elemento fondante l'informazione antimafia la sussistenza di "eventuali tentativi" di infiltrazione mafiosa "tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate".

[22] Il caso che ha dato origine al procedimento davanti al giudice ordinario che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale da cui è scaturita la sentenza n. 57 del 2020 nasce proprio dalla cancellazione di un artigiano dal relativo albo.

Eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e tendenza di queste ad influenzare la gestione dell'impresa sono all'evidenza tutte nozioni che delineano una fattispecie di pericolo, propria del diritto della prevenzione, finalizzate, appunto, a prevenire un evento che, per la stessa scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o inveratosi, ma anche solo potenziale, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori. Il pericolo – anche quello di infiltrazione mafiosa – è per definizione la probabilità di un evento. Il diritto amministrativo della prevenzione antimafia in questa materia non sanziona perciò fatti, penalmente rilevanti, né reprime condotte illecite, ma mira a scongiurare una minaccia per la sicurezza pubblica, l'infiltrazione mafiosa nell'attività imprenditoriale, e la probabilità che siffatto "evento" si realizzi. Il pericolo dell'infiltrazione mafiosa, quale emerge dalla legislazione antimafia, non può tuttavia sostanziarsi in un sospetto della Pubblica amministrazione o in una vaga intuizione del giudice, che consegnerebbero questo istituto, pietra angolare del sistema normativo antimafia, ad un diritto della paura, ma deve ancorarsi a condotte sintomatiche e fondarsi su una serie di elementi fattuali, taluni dei quali tipizzati dal legislatore (art. 84, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011: si pensi, per tutti, ai cc.dd. delitti spia), mentre altri, "a condotta libera", sono lasciati al prudente e motivato apprezzamento discrezionale dell'autorità amministrativa, che "può" desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa, ai sensi dell'art. 91, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011, da provvedimenti di condanna non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali "unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività di impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata".

La formulazione della fattispecie normativa a struttura aperta, propria dell'informazione interdittiva antimafia, consente all'autorità amministrativa e, ove insorga contestazione in sede giurisdizionale, al giudice amministrativo di apprezzare, in sede di sindacato sull'eccesso di potere, tutta una serie di elementi sintomatici dai quali evincere l'influenza, anche indiretta (art. 91, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011), delle organizzazioni mafiose sull'attività di impresa, nella duplice veste della c.d. contiguità soggiacente o della c.d. contiguità compiacente, elementi che sfuggirebbero, invece, ad una rigorosa, tassativa, asfissiante tipizzazione di tipo casistico, che elenchi un *numerus clausus* di situazioni "sintomatiche".

Negare però in radice che il Prefetto possa valutare elementi "atipici", dai quali trarre il pericolo di infiltrazione mafiosa, vuol dire annullare qualsivoglia efficacia alla legislazione antimafia e neutralizzare, in nome di una astratta e aprioristica concezione di legalità formale,

proprio la sua decisiva finalità preventiva di contrasto alla mafia, finalità che, per usare ancora le parole della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza De Tommaso c. Italia, consiste anzitutto nel "tenere il passo con il mutare delle circostanze" secondo una nozione di legalità sostanziale. Ma, come è stato recentemente osservato anche dalla giurisprudenza penale, il sistema delle misure di prevenzione è stato ritenuto dalla stessa Corte europea in generale compatibile con la normativa convenzionale "poiché il presupposto per l'applicazione di una misura di prevenzione è una "condizione" personale di pericolosità, la quale è desumibile da più fatti, anche non costituenti illecito, quali le frequentazioni, le abitudini di vita, i rapporti, mentre il presupposto tipico per l'applicazione di una sanzione penale è un fatto-reato accertato secondo le regole tipiche del processo penale"[23].

Il Consiglio di Stato ha così enucleato le situazioni indiziarie, tratte dalle indicazioni legislative o dalla casistica giurisprudenziale, che possono costituire altrettanti "indici" o "spie" dell'infiltrazione mafiosa, non senza precisare che esse costituiscono un catalogo aperto e non già un *numerus clausus* in modo da poter consentire all'ordinamento di poter contrastare efficacemente l'infiltrazione mafiosa all'interno dell'impresa via via che essa assume forme sempre nuove e sempre mutevoli, affermando che il giudice deve farsi attento custode delle irrinunciabili condizioni di tassatività sostanziale e di tassatività processuale di questo potere per una tutela giurisdizionale piena ed effettiva di diritti aventi rango costituzionale nel bilanciamento con l'altrettanto irrinunciabile, vitale, interesse dello Stato a contrastare l'insidia delle mafie[24].

4. Libertà economiche e dignità umana

Nella sentenza n. 57 del 2020 della Corte costituzionale, il giudice rimettente aveva sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 89-bis e 92 del codice antimafia, in riferimento agli artt. 3 e 41 della Costituzione, osservando che con le norme censurate si sono estese ai destinatari di un provvedimento amministrativo quale è l'informazione antimafia prefettizia (basata o su elementi fattuali più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria - perché solo sintomatici e indiziari - o sulla sussistenza solo di tentativi di infiltrazione mafiosa), le conseguenze pesantemente negative previste dall'art. 67 del d.lgs. n. 159 del 2011 ossia il divieto non solo di intrattenere rapporti con la pubblica amministrazione (in particolare di partecipare a gare di appalto) ma anche

[23] Cass. pen., sez. II, 01/03/2018 Cc. (dep. 09/07/2018)
[24] Consiglio di Stato, sezione terza, sentenza 5 settembre 2019, n. 6105.

di esercitare una attività imprenditoriale puramente privatistica, così privando il destinatario del diritto di esercitare l'iniziativa economica e ponendolo nella stessa situazione di colui che risulti destinatario di una misura di prevenzione personale applicata con provvedimento definitivo e con le garanzie giurisdizionali.

Secondo il rimettente, nonostante l'estrema nocività del fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nell'economia e la necessità di una risposta efficace che elimini i soggetti economici mafiosi dall'economia legale in genere e non solo escluderli dai rapporti con la pubblica amministrazione, una legislazione che affida tale radicale risposta ad un mero provvedimento amministrativo, quale è l'informazione antimafia prefettizia, porrebbe seri dubbi di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost. Ad opinione del giudice *a quo*, sarebbe infatti irragionevole ricollegare ad un provvedimento di natura amministrativa gli stessi effetti di una misura di prevenzione applicata con un provvedimento di natura giurisdizionale, paralizzando di fatto il diritto costituzionalmente protetto dall'art. 41 Cost.[25] all'esercizio dell'iniziativa economica (di cui l'iniziativa imprenditoriale è l'estrinsecazione più significativa e importante), tanto più che l'effetto dell'informazione interdittiva antimafia è immediato e non è subordinato alla definitività del provvedimento e l'autorità amministrativa non può procedere ad alcuna esclusione delle decadenze e dei divieti, a differenza di quanto può fare il tribunale nel caso in cui per effetto degli stessi venissero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia.

Senonché, secondo la Corte costituzionale nella citata sentenza n. 57 del 2020, la mafia costituisce un fenomeno così grave e pericoloso da legittimare gravi e incisive limitazioni ad una importante libertà personale quale è quella di svolgere una iniziativa economica[26], pur se tali

[25] L'art. 41 della Costituzione, formato da tre commi, è il frutto dell'accordo tra le tre anime presenti in sede di Assemblea Costituente, quella liberale (si pensi a Luigi Einaudi), di cui è espressione il co. 1 (libertà d'iniziativa economica), quella cattolica (si pensi a Alcìde De Gasperi), di cui è espressione il co. 2 (l'utilità sociale e i c.d. limiti "negativi" alla libertà d'iniziativa economica), quella comunista/socialista (si pensi a Palmiro Togliatti) di cui è espressione il co. 3 (c.d. limiti "positivi" alla libertà d'iniziativa economica): ogni anima dell'Assemblea Costituente ispira dunque in particolare un comma dell'art. 41, ma l'articolo va letto unitariamente e proprio da questa lettura complessiva emerge il tentativo, se non di una fusione armoniosa tra queste tre anime, di un "compromesso" (per citare la parola che usa Togliatti), in altre parole di un tentativo di instaurare una pacifica convivenza tra ideologie e principi apparentemente difficilmente conciliabili.

[26] L'esigenza di limitare il fenomeno mafioso consente anche di limitare il diritto costituzionale ad essere informati: Cass. pen. Sez. 1, n. 48522 del 11/10/2019 Cc. (dep. 28/11/2019), secondo cui è legittimo il provvedimento di parziale limitazione nella ricezione della stampa periodica (nella specie un settimanale nazionale), imposto ai sensi dell'art. 18-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, ad un detenuto in regime differenziato ex art. 41-bis della stessa legge, avente ad oggetto le sole parti dello stampato contenenti notizie su clan mafiosi i cui esponenti siano ristretti insieme al predetto, in quanto rispondente alle esigenze di prevenzione dei reati e di ordine e sicurezza interne dell'istituto, insite nella necessità di impedire che questi ultimi possano venire a conoscenza, per il tramite del medesimo, di fatti di

limitazioni si basano su un provvedimento amministrativo, ed è per questo che la questione sollevata viene dichiarata infondata (sia pure non manifestamente).

Ma secondo la Corte costituzionale a giovarsi dell'interdittiva antimafia prefettizia non è solo la sicurezza e l'ordine pubblico, ma anche il mercato. Il corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale e quindi del mercato costituisce infatti un diritto fondamentale della collettività[27] ed è dunque ragionevole, in una prospettiva di bilanciamento tra valori costituzionali, che, per il bene della collettività (sono attori attivi sul mercato infatti non solo gli imprenditori ma anche i consumatori) venga sacrificato il diritto fondamentale di un singolo, quando questi abbia tenuto una condotta tale da far ragionevolmente ritenere una contiguità con la mafia. In effetti, la Corte di Cassazione a sezioni unite ha nel 2005[28] per la prima volta riconosciuto che anche i consumatori - e non solo gli imprenditori concorrenti (circostanza che invece era già pacifica) - subiscono un danno dalla violazione della legge *antitrust* e che tale danno è risarcibile ex art. 2043 c.c. e consiste nella differenza tra il prezzo effettivamente pagato e quello che il consumatore avrebbe pagato in condizioni di concorrenza. Ebbene, l'argomento principale delle Sezioni unite consiste nel riconoscimento del mercato quale bene giuridico tutelato dalla legge *antitrust*: il mercato è infatti il luogo ove operano, con pari dignità e importanza, imprenditori e consumatori, soggetti entrambi parimenti meritevoli di essere risarciti in caso di condotte anticoncorrenziali che li possano danneggiare. La Cassazione inoltre non ritiene necessario, al fine della risarcibilità del danno, riconoscere in capo al consumatore un diritto soggettivo al mantenimento di una situazione di concorrenza del mercato, ma semplicemente un interesse giuridicamente tutelato in relazione, deve ritenersi, agli artt. 2, 3, 6[29] della legge *antitrust* (legge n. 287 del 1990) che, vietando le condotte anticoncorrenziali, attribuiscono il connotato della giuridicità all'interesse dei consumatori all'esistenza di un mercato in condizioni di concorrenza. Infatti già la nota sentenza della Cassazione n. 500 del 1999[30] aveva riconosciuto la risarcibilità degli interessi legittimi motivando sul fatto che l'art. 2043 c.c. deve essere inteso nel senso che è ingiusto il danno derivante dalla

cronaca concernenti la loro zona di provenienza, mantenendosi così aggiornati sulle relative dinamiche criminali e verificando l'esecuzione di eventuali ordini fatti pervenire all'esterno.

[27] L. DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali della collettività, tra tutela del mercato da parte della Corte di Giustizia e dei diritti fondamentali dell'uomo da parte della Corte di Strasburgo*, in *Riv. dir. comm*., 2018, I, 182.

[28] Cass., S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur. comm.*, 2006, II, 256, con nota adesiva di L. DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*.

[29] Si tratta delle norme che rispettivamente vietano le intese, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni (artt. 2, 3 e 6 della legge n. 287 del 1990).

[30] Cfr. Cass., SU, 20 gennaio 1999, n. 500, *Foro it.*, 1999, I, 2487, con nota adesiva di R. PARDOLESI.

lesione di situazioni giuridiche soggettive anche diverse dal diritto soggettivo. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, deve notarsi che la Suprema Corte sempre più spesso fonda la risarcibilità di interessi di incerta consistenza, o comunque di non facile riconducibilità ad un diritto soggettivo, ancorando gli stessi a diritti fondamentali: si pensi ad esempio al danno non patrimoniale da uccisione di congiunto in relazione al diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.

La rilevanza comunitaria non solo della concorrenza ma anche del consumatore non può dunque che costituire un ulteriore argomento a favore della particolare incisività della informativa prefettizia antimafia. Inoltre, negli ultimi anni la tutela della concorrenza ha acquistato nuova linfa e una centralità che non aveva prima della riforma del titolo V della Costituzione (riforma che introduce per la prima volta - nell'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione . la parola concorrenza nella Legge fondamentale), mentre ha un rilievo di primo piano tra i principi fondanti il diritto comunitario. Ma, più che per la circostanza di essere per la prima volta citata nella Costituzione (trattandosi "semplicemente" di una norma relativa alla ripartizione di competenze legislative tra Stato e Regione, anche se l'assegnazione di tale competenza allo Stato e la sua dimensione trasversale acquisita nella giurisprudenza della Consulta le attribuiscono sicuramente una centralità nell'ordinamento costituzionale prima assolutamente sconosciuta) gli ultimi anni di attività della Costituzione dimostrano una importanza della concorrenza in virtù della valorizzazione della portata precettiva dell'art. 41 Cost.[31], che nel ventunesimo secolo ha conquistato nelle sentenze della Corte costituzionale una vitalità prima sconosciuta.

Pertanto, ed è questo il passaggio decisivo nel ragionamento della sentenza n. 57 del 2020 della Consulta, sia quanto al profilo della ragionevolezza (e quindi dell'art. 3 Cost.) sia quanto al profilo del sacrificio del diritto all'iniziativa economica (e quindi dell'art. 41 Cost., che peraltro non viene compromessa in perpetuo dato il carattere provvisorio della misura – dodici mesi l'informazione antimafia e sei mesi la comunicazione antimafia – proprio per scongiurare il rischio della persistenza di una misura non più giustificata e quindi di un danno irreversibile al destinatario dell'interdittiva antimafia prefettizia), la risposta amministrativa non si può ritenere sproporzionata rispetto ai valori che grazie a questa misura interdittiva sono tutelati, ossia da un lato la sicurezza,

[31] Sulla riconducibilità della concorrenza all'art. 41 Cost. cfr. Corte cost. n. 56 del 2020; nn. 137 e 83 del 2018, sentenze secondo le quali la nozione di "concorrenza" comprende sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati, sia le misure legislative di promozione, volte a eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, ovvero a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici.

l'ordine pubblico, la pacifica convivenza, le esigenze di difesa sociale e di contrasto alla criminalità[32] e dall'altro la concorrenza e l'utilità sociale.

Pertanto, sempre secondo la citata sentenza Consulta, sarebbe erroneo limitare l'interdizione dell'attività economica dell'impresa mafiosa ai soli rapporti con la pubblica amministrazione, dovendosi ritenere altrettanto dannosa la semplice permanenza sul mercato dell'impresa mafiosa, perché ne altera il corretto funzionamento concorrenziale fondato sulla legge della domanda e dell'offerta, che dovrebbe premiare non l'impresa mafiosa ma l'impresa che è in grado di offrire sul mercato l'idea migliore alla migliore qualità e al miglior prezzo.

Ma la Corte costituzionale si spinge ancora oltre: il pericolo mafioso è in grado di incidere in maniera così incisiva sul corretto funzionamento del mercato che il danno che si determina investe non solo la concorrenza, ma anche la libertà e dignità umana[33]. Infatti, l'uscita dal mercato dell'impresa corretta e onesta (ad esempio a seguito del *dumping* posto in essere dall'impresa mafiosa) significano il fallimento dell'imprenditore e la disoccupazione per i suoi lavoratori, con inevitabili conseguenze in termini di povertà, frustrazione, sfiducia nelle istituzioni e nei propri ideali, tentazione di scendere a compromessi con le imprese mafiose e ad assoggettarsi alla sue regole pur di ottenere i mezzi di sostentamento per sé e per la propria famiglia: tutto questo provoca la perdita non solo delle libertà economiche ma anche di quelle personali e quindi, in definitiva, della dignità dell'individuo. Se un vero e più profondo fondamento, allora, si vuole generalmente rinvenire nella legislazione antimafia e, particolarmente, nell'istituto dell'informazione prefettizia antimafia, esso davvero riposa nella dignità della persona, principio supremo del nostro ordinamento, il quale opera come limite all'attività di impresa, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost., laddove la disposizione costituzionale prevede che l'iniziativa economica privata, libera, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno – in un crescendo valoriale -

[32] Corte cost. n. 18 del 2020; nn. 195, 187 e 99 del 2019, n. 211 del 2018; n. 76 del 2017; n. 63 del 2016, sentenze che specificano altresì che il perseguimento degli interessi costituzionali alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza, infatti, è affidato dalla Costituzione in via esclusiva allo Stato (art. 117, primo comma, lettera h, Cost.). Si tratta di diritti fondamentali della collettività che sempre più spesso trovano spazio nelle sentenze della Corte costituzionali quali valori che entrano in bilanciamento e sono in grado di limitare diritti fondamentali del singolo. Tali diritti fondamentali della collettività non hanno un riferimento ad una precisa norma della costituzione semplicemente perché non possono essere confinate entro una sola norma in quanto trasversali a tutti i valori e a tutte le norme costituzionali. Una comunità in balia della criminalità, priva di ordine pubblico e ove non siano garantite la pacifica convivenza e vi sia disinteresse per la difesa sociale non sarebbe in grado di assicurare la tutela di alcun diritto fondamentale dell'individuo.

[33] Corte cost., n. 57 del 2020, cit.

alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana[34], principi che permeano l'intero ordine costituzionale, connotando la forma di Stato in termini di democrazia sostanziale e trovano uno specifico ambito di applicazione anche nelle disposizioni riguardanti le libertà economiche.

[34] Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 30 gennaio 2019, n. 758.

Francesco Alvino

Bene captum, male retentum*: riflessioni in merito all'art. 270 c.p.p., in materia di circolazione endoprocedimentale delle intercettazioni, e a margine delle Sezioni Unite Cavallo*

1. Gli antecedenti normativi dell'art. 270, comma i, c.p.p. 1988

La disciplina in materia di circolazione dei risultati delle intercettazioni ha trovato un primo referente normativo nell'art. 226 quater, comma VIII, c.p.p. 1930, che disponeva che "*le notizie contenute nelle registrazioni e nei verbali"* non potessero essere *"utilizzate quali prove in procedimenti diversi da quelli per i quali [*fossero*] state raccolte*"; la norma fu introdotta ad opera della L. 8 aprile 1974, n. 98, recante norme in materia di *Tutela della riservatezza e della libertà e segretezza delle comunicazioni*; l'intervento legislativo, che introduceva una compiuta disciplina, in una materia particolarmente sensibile e presidiata dalle più intense garanzie costituzionali, quali la riserva di legge e di giurisdizione, colmava le evidenti lacune dell'abrogato codice di rito, che, nella sua stesura originaria -e precostituzionale-, in accordo del resto alla natura inquisitoria del rito allora codificato, non prevedeva norme modali né limitative in materia di intercettazioni, limitandosi a riconoscere agli ufficiali di polizia giudiziaria e al giudice la facoltà di "*accedere agli uffici o agli impianti di pubblico servizio per trasmettere, intercettare o impedire comunicazioni prenderne cognizione o assumere altre informazioni*" (artt. 226, comma III, e 339 c.p.p. 1930)[1], e che, in seguito alla L. 18 giugno 1955, n. 517, si limitava a prevedere, nell'interpolazione dello stesso art. 226 c.p.p. -e nell'evidente tentativo di stemperare i più radicali profili di contrasto tra la disciplina costituzionale e quella processuale[2]-, che alle operazioni di intercettazione potesse procedersi esclusivamente "*previa autorizzazione dell'Autorità giudiziaria da concedersi con decreto motivato*"[3].

---

[1] Sul punto, del resto, il codice 1930 riproduceva pedissequamente la disciplina degli artt. 170, comma ult., e 238, comma ult., del previgente codice, introducendovi quale unico elemento di differenziazione, la facoltà, riconosciuta al giudice, di procedere all'intercettazione avvalendosi dell'operato di un ufficiale di polizia giudiziaria, previa emissione di apposito decreto.

[2] L'aspetto di più evidente contrasto ineriva, evidentemente, alla facoltà che alle intercettazioni procedesse, di propria iniziativa, la polizia giudiziaria, pur in assenza di un'autorizzazione dell'Autorità giudiziaria; che il testo dell'art. 15 Cost. implicasse l'esclusione di ogni autonoma iniziativa, da parte dell'Autorità di polizia, volta ad apprendere i contenuti di di comunicazioni private era del resto affermazione corrente in dottrina: cfr. tra gli altri, MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII ed., Padova, 1969, pag. 970; AZZALI, *Prove penali e segreti*, Milano, 1967, pag. 91; PISANI, *La tutela penale della «riservatezza»: aspetti processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1967, pag. 791.

[3] La laconicità e lacunosità delle disposizioni introdotte ad opera della L. 517 cit., evidentemente insufficienti ad assicurare una effettiva traduzione dei valori costituzionali implicati dalle attività intercettative, se non altro per l'estrema vaghezza dei presupposti sindacabili dal giudice in occasione dell'autorizzazione delle operazioni, fu severamente criticata ad opera della dottrina più attenta (cfr. P.G. GOSSO, voce *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. dir*., vol. XXI, 1971, p. 892, che, tra gli altri profili, censurava l'assenza di un catalogo dei reati "intercettabili",

In assenza di norme che disciplinassero i limiti -in apparenza indiscriminati- all'impiego probatorio dei risultati captativi, fu la Corte costituzionale ad incaricarsi di ammonire che "*nel processo [*potesse*] essere utilizzato solo il materiale [*captativo*] rilevante per l'imputazione di cui si discute*", puntualizzando che tale principio dovesse ritenersi immanente alla legge processuale e connaturale alla finalità stessa del processo -non potendo "*essere acquisito agli atti se non il materiale probatorio rilevante per il giudizio*"-, in ogni caso auspicando un intervento legislativo che predisponesse "*un compiuto sistema -anche a garanzia di tutte le parti in causa- per l'eliminazione del materiale non pertinente*" l'imputazione oggetto del giudizio[4].

L'auspicio manifestato dalla Corte -che in realtà aveva ad oggetto, propriamente, la prefigurazione legislativa di uno strumento procedurale che estromettesse dal procedimento le conversazioni irrilevanti a tutela della riservatezza dei terzi, non interessando, almeno direttamente, il diverso tema dell'impiego dei risultati captativi in vista dell'accertamento di nuovi reati che fossero emersi dall'ascolto delle conversazioni monitorate[5]- fu recepito dal legislatore che, a distanza di un anno[6], rielaborò *funditus* la disciplina delle intercettazioni -destinata, nei suoi aspetti essenziali, a transitare nel codice di rito del 1988-introducendo la norma di cui all'art. 226 quater c.p.p, il cui ottavo comma, come ricordato, disponeva che i risultati delle attività intercettative non potessero essere utilizzati come prova in procedimenti diversi da quelli in cui fossero state disposte. Dall'esame dei lavori parlamentari, peraltro, emergeva che il testo definitivo, nel riferirsi ai "*procedimenti diversi*", emendasse il testo proposto dal relatore che, di contro, si riferiva ai "*procedimenti relativi a reati diversi da quelli per i quali si procede*"[7].

La legislazione di emergenza[8], peraltro, avrebbe interessato anche la disposizione *de qua*, introducendovi una clausola di esclusione, sì da consentire l'impiego dei risultati captativi quali prove anche in procedimenti diversi da quelli in cui fossero state autorizzate le operazioni

conseguendone che alle operazioni di intercettazione potesse procedersi, sia pure previa autorizzazione giudiziale, "*anche in occasione di indagini su episodi di natura contravvenzionale o di modesta portata*").

[4] Il riferimento è a Corte cost. 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1974, pag. 316, con nota di V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*.

[5] In tal senso, F. DE LEO, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni telefoniche riguardanti reati non previsti nel decreto di autorizzazione*, in *Foro it.*, 1989, II, c. 27; V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi*, cit., pag. 332.

[6] Il riferimento è alla L. 8 aprile 1974, n. 98, cit.

[7] R. CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in "procedimenti diversi"*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1440; V. DI CIOLO – P. DI MUCCIO, *L'intercettazione telefonica e il diritto alla riservatezza*, Milano, 1974.

[8] Il riferimento è alla L. 19 maggio 1978, n. 191, di conversione in legge, con modificazioni, del d. l. 21 marzo 1978, n. 59, recante *Norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati*.

intercettative, a condizione che si trattasse di reati per i quali il mandato di cattura fosse obbligatorio, anche soltanto per taluno degli imputati.

La giurisprudenza affermatasi nel vigore dell'art. 226 quater c.p.p. 1930 manifestò un orientamento interpretativo non univoco, quanto alla decrittazione della locuzione "diverso procedimento", che compariva nella disposizione di cui all'art. 226 quater c.p.p. 1930, e che, come testimonia il recente intervento delle Sezioni Unite, avrebbe continuato ad alimentare dissidi interpretativi: se, immediatamente dopo l'introduzione della norma, prevalse l'indirizzo secondo cui le intercettazioni telefoniche, legittimamente eseguite, non avrebbero potuto trovare un impiego processuale come prova -ma al più quali *notitia criminis*- rispetto a reati diversi da quelli per i quali fossero state autorizzate[9], la riflessione giurisprudenziale successiva avrebbe condotto ad un esito interpretativo diverso, che dalla legittimità della captazione, autorizzata dall'Autorità giudiziaria, argomentava un, apparentemente, incondizionato impiego dei risultati captativi nei confronti di qualsiasi soggetto a carico del quale esse avessero consentito l'accertamento di elementi di responsabilità, indipendentemente dal fatto che la captazione fosse stata "*richiesta ed autorizzata per fatti-reati diversi da quelli che hanno dato luogo al procedimento*"[10].

2. La transizione normativa e la scelta del codice 1988

Il testo della disposizione di cui all'art. 226 quater, comma VIII, c.p.p., immutato -se non nella sostituzione dell'arresto obbligatorio al mandato di cattura, quale criterio identificativo dei reati permeabili all'ingresso dei risultati captativi *aliunde* acquisiti, e nella introduzione del requisito della indispensabilità, ai fini dell'accertamento del reato ulteriore, quale condizione di impiego dei risultati captativi nel procedimento *ad quem*-[11], è transitato nell'art. 270, comma I, c.p.p. 1988, il cui testo non avrebbe subito, nel corso dei decenni, alcuna revisione da parte del legislatore né ad opera della giurisprudenza costituzionale.

Il legislatore delegante, in proposito, si limitava a sollecitare il legislatore delegato perché -in evidente discontinuità rispetto al Progetto del 1978 che aveva escluso la migrazione dei risultati captativi verso procedimenti diversi- predeterminasse i reati per i quali fossero ammesse le

[9] Cass. 6 dicembre 1978, dep. 1979, n. 2451, Rv. 141364; *id*. 9 marzo 1983 n. 4913, Rv. 159227; sul punto, cfr. CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche*, cit., p. 1441.

[10] Cass. 23 giugno 1986 n. 10827, Rv. 173947.

[11] La sostanziale sovrapponibilità delle due disposizioni è sottolineata da F. DE LEO, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni*, cit., c. 27, nonché da P. F. BRUNO, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, Milano, 1993, pag. 203.

intercettazioni e "*quelli per i quali [*fossero*] utilizzabili le intercettazioni effettuate in un diverso processo*"; né, sul tema, si colgono particolari spunti di interesse nella Relazione al progetto preliminare, che non illustrava argomentatamente la soluzione prescelta, che, come ricordato, consentiva l'impiego extraprocedimentale dei contenuti oggetto di captazione, quando si rivelasse indispensabile per l'accertamento di delitti per i quali fosse previsto in termini di obbligatorietà l'arresto in flagranza.

3. Il diverso procedimento e il contrasto giurisprudenziale

A fronte di un dispositivo normativo immutato nel nucleo letterale all'origine delle frizioni interpretative emerse nel vigore dell'abrogato codice, erano prevedibilmnete destinati a riproporsi i contrasti, in sede applicativa, in merito all'esatta comprensione dei limiti operativi e funzionali della previsione di cui all'art. 270, comma I, c.p.p. Il momento di tensione si è legato, come ricordato, alla nozione di procedimento diverso, nozione cui direttamente è correlata la circolazione dei risultati captativi -e quindi il perimetro di operatività della previsione di cui all'art. 270 c.p.p.-, atteso che l'alterità del procedimento si pone, per espresso debito normativo, quale condizione ostativa alla migrabilità delle captazioni, a meno che il procedimento *ad quem* non riguardi reati per i quali sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, rispetto ai quali i risultati intercettativi possono essere impiegati, ai fini della prova, quando si rivelino "*indispensabili*" ai fini dell'accertamento del fatto. In specie, il contrasto si è cronicizzato in relazione alla trasferibilità -ed alle eventuali condizioni di trasferibilità- dei contenuti captativi -legittimamente appresi nel corso di attività di intercettazione- ai reati che fossero emersi nel corso delle operazioni e, quindi, trattati all'interno di un **unico procedimento**, inteso quale unico incartamento procedimentale, e quindi, in apparenza, estranei all'ambito disciplinare dell'art. 270 c.p.p., di cui difetterebbero i presupposti applicativi, conseguendone, coerentemente, la piena utilizzabilità dei risultati captativi rispetto ai reati successivamente emersi "*senza condizione alcuna*"[12]. L'apparente linearità del descritto percorso ermeneutico nasconde tuttavia una grave compromissione delle garanzie costituzionali che presidiano la libertà -e la segretezza- delle comunicazioni: invero, riconoscere una illimitata utilizzabilità dei risultati captativi in relazione a qualunque reato emerga dalle attività di ascolto, pur se del tutto slegato dal reato in relazione al quale le attività captative siano state autorizzate,

[12] La locuzione è comune alle motivazioni che aderiscono al più permissivo degli orientamenti in contrasto (Cass. 8 aprile 2015 n. 29907; *id*. 23 agosto 2016 n. 35536).

derubrica il provvedimento giudiziale di abilitazione alle operazioni di intercettazione ad una "*autorizzazione in bianco*", e nel legittimare la circolazione, sia pure infraprocedimentale, di materiale captativo acquisito in assenza di un vaglio giurisdizionale, elude il vincolo costituzionale che prefigura un nesso inscindibile tra la violazione della libertà e segretezza delle comunicazioni e un'autorizzazione, da parte dell'Autorità giudiziaria, debitamente motivata. La cornice costituzionale di riferimento ha quindi indotto la giurisprudenza formatasi successivamente all'entrata in vigore del codice del 1988 ad ancorare la nozione di "*diversità del procedimento*" ad un dato di natura sostanziale, del tutto slegato dalla formale unitarietà del procedimento -perché iscritto sotto un unico numero di registro-, per cui si ha alterità del procedimento -con conseguente operatività del regime restrittivo posto dall'art. 270, comma I, c.p.p.- quando non vi sia alcun nesso di connessione o di collegamento "*sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico*" tra il reato per il quale le operazioni di intercettazione siano state autorizzate e il reato successivamente emerso[13]. A tale orientamento, del resto, mostrava di aderire anche Cass. sez. un. 26 giugno 2014 n. 32697, non massimata sul punto, sia pure nell'ambito di un discorso giustificativo focalizzato su altra questione. All'orientamento descritto si è andata contrapponendo altra opzione interpretativa che valorizzando il dato letterale e la intrinseca legittimità dell'acquisizione dei risultati, perché assistita da un provvedimento giudiziale di autorizzazione alle operazioni, ha concluso che le risultanze captative sono utilizzabili anche per gli altri reati di cui dall'attività di captazione emergano gli estremi e, quindi, la conoscenza, mentre, nel caso in cui si tratti di reati oggetto di un procedimento diverso *ab origine*, l'utilizzazione è subordinata alla sussistenza dei parametri indicati espressamente dall'art. 270, comma I, c.p.p., *id est* all'indispensabilità ed all'obbligatorietà dell'arresto in flagranza[14]. Le argomentazioni a sostegno di tale indirizzo riposano, come detto, da un lato nella legittimità originaria della captazione, difficilmente conciliabile con una causa di inutilizzabilità che la disciplina in materia di intercettazioni -e, segnatamente, l'art. 271 c.p.p.- sembra ancorare a vizi del momento genetico, dall'altro, nella considerazione del combinato disposto di cui agli artt. 266 e 270 c.p.p.; quanto a tale profilo, si è invero affermato che l'art. 270 c.p.p. nell'individuare i parametri che legittimano l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in

[13] Cass. 10 maggio 1994 n.2135, Rv. 199917; *id*.14 aprile 1998 n. 1208; Rv. 210950; *id*. 17 dicembre 2002 – dep. 2003 n. 2930, Rv. 223170; *id*. 2 dicembre 2009 – dep. 2010 n. 11472, Rv. 246524; *id*. 28 febbraio 2018 n. 28516, Rv. 273226; *id*.

[14] Cass 23 febbraio 2016 n. 9500, Rv. 267784; *id*.15 luglio 2015 n. 41317, Rv. 265004; *id*. 1° marzo 2016 n. 21740, Rv. 266921.

altri procedimenti, non richiama l'elencazione tassativa di cui all'art. 266 c.p.p., ma parametri nuovi e diversi (l'indispensabilità delle captazioni ai fini dell'accertamento di un reato per il quale sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza) certamente non sovrapponibili né coincidenti con la clausola generale di cui all'art. 266 c.p.p.: sarebbe paradossale, si conclude, interpretare le due norme nel senso che "*avendo il legislatore evitato di dare esplicita disciplina per i reati diversi da quelli ex art. 266 c.p.p., ma interni al medesimo procedimento, per essi mai sarebbero utilizzabili gli esiti delle intercettazioni, addirittura neppure nei casi in cui essi lo sarebbero invece in un procedimento diverso*"[15].

Il contrasto insorto in seno alla giurisprudenza di legittimità si protraeva per circa un decennio[16], ed era, infine, risolto dall'intervento delle Sezioni unite. Il protrarsi del contrasto era, verosimilmente, favorito dalle stesse modalità argomentative dell'orientamento permissivo, che, nell'andamento delle motivazioni, spesso non confutavano l'orientamento opposto, anzi ne ribadivano espressamente la validità, estendendone l'area applicativa, sulla base degli argomenti illustrati, non solo ai reati collegati a quello oggetto dell'autorizzazione alle operazioni captative ma a tutti i reati eventualmente emersi nel corso di quelle stesse operazioni, che non fossero distinti *ab origine* rispetto al procedimento portante[17]; l'estensione determinava una frizione rispetto all'orientamento tradizionale, di cui in realtà confutava i fondamenti, ma tale aspetto era del tutto trascurato negli sviluppi argomentativi: affermare un regime di circolazione delle intercettazioni che valorizzasse l'inerenza al procedimento quale condizione di indiscriminata utilizzabilità delle intercettazioni, con la sola eccezione dei reati, eventualmente emersi nel corso delle attività, che fossero *ab origine* oggetto di un distinto procedimento, implicava, quale logica conseguenza, che le risultanze captative non avrebbero potuto trovare impiego, ai fini della prova dei reati connessi rispetto al reato portante, quando tali reati avessero costituito l'oggetto di un procedimento iscritto sulla base di una diversa *notitia crimins*, a meno che, evidentemente, si discorresse di reati per i quali fosse previsto l'arresto obbligatorio in flagranza[18]; all'evidenza l'orientamento in parola, al di

[15] Cfr. in parte motiva Cass. 4 ottobre 2012 n. 49745; *id*. 8 aprile 2015 n. 29907, non massimata sul punto; *id*. 23 febbraio 2016 n. 9500, cit., non massimata sul punto.

[16] Invero, la prima affermazione dell'orientamento divergente, rispetto all'orientamento sino ad allora consolidato, risale a Cass. 14 giugno 2011 n. 34735, non massimata.

[17] Cfr. in parte motiva Cass. 14 giugno 2011 n. 34735, cit.; *id*. 4 ottobre 2012 n. 49745, Rv. 254056; *id*. 8 aprile 2015 n. 29907, Rv. 264382.

[18] E'sufficiente scorrere le massime dell'orientamento in parola, per desumerne che esso non riconoscesse alcuno spazio all'utilizzo delle risultanze rispetto al reato connesso oggetto di un procedimento *ab origine* distinto: a giudizio di Cass. 23 febbraio 2016 n. 9500, Rv. 267784 cit. "*in tema di intercettazioni, qualora il mezzo di ricerca della prova*

là del formale ossequio, sostituiva completamente i criteri regolativi della circolazione del materiale intercettativo espressi dall'orientamento tradizionale. Peraltro, anche il paradosso addotto quale *argumentum* a conforto dell'orientamento di minor rigore, non appariva convincente, in quanto, se rettamente inteso, anche l'orientamento tradizionale evitava le conseguenze paradossali evidenziate dal contrapposto indirizzo: una volta identificato il diverso procedimento con il fatto di reato del tutto slegato dall'originaria contestazione, non sussiste alcun ostacolo a ritenere procedimento diverso, a questi fini, anche il reato non connesso trattato cumulativamente nell'originario procedimento, la cui prova può quindi legittimamente fondarsi sulle acquisizioni intercettative operate sul diverso reato, quando si tratti, quanto al reato non connesso, di reato per il quale sia obbligatorio l'arresto in flagranza e la prova captativa sia indispensabile ai fini dell'accertamento, non sussistendo alcun ostacolo a ritenere applicabile il disposto di cui all'art. 270 c.p.p. anche ai reati trattati all'interno di un unico procedimento[19], per i quali, evidentemente, non varranno le condizioni processuali di utilizzabilità del materiale captativo di cui ai successivi commi della disposizione, applicabili esclusivamente quando il reato ulteriore sia in effetti trattato nell'ambito di altro procedimento. Del resto, come ricordato, l'orientamento tradizionale maturava nel segno dell'espresso rifiuto del rilievo di nozioni formalistiche, quale l'unitarietà del procedimento data dal medesimo numero di registro generale, unitarietà che non potrebbe, quindi, riacquistare rilievo per fondarvi l'argomento paradossale per cui gli esiti delle captazioni non sarebbero utilizzabili all'interno del comune procedimento neppure per l'accertamento dei reati per i quali esse sarebbero utilizzabili se trattati in un procedimento formalmente distinto dal primo.

4. La soluzione del contrasto

Chiamate a dirimere il contrasto insorto, le Sezioni unite hanno ratificato l'orientamento tradizionale alla luce della disciplina costituzionale di riferimento e delle conseguenze

sia legittimamente autorizzato all'interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all'art. 266 cod. proc. pen., i suoi esiti sono utilizzabili anche per gli altri reati di cui dall'attività di captazione emergano gli estremi e, quindi, la conoscenza, mentre, nel caso in cui si tratti di reati oggetto di un procedimento diverso "ab origine", l'utilizzazione è subordinata alla sussistenza dei parametri indicati espressamente dall'art. 270 cod. proc. pen., e, cioè, all'indispensabilità ed all'obbligatorietà dell'arresto in flagranza" (negli esatti termini cfr. tra le altre Cass. 4 ottobre 2012 n. 49745, Rv. 254056 cit.).

[19] Per tali considerazioni sia consentito il rinvio a ALVINO, *Le intercettazioni*, in ALVINO – PRETTI, *Le indagini preliminari; tra fonti disciplinari e prassi applicative*, Torino, 2017, pag. 230.

manifestamente irragionevoli che l'opposto orientamento determina quanto all'effettività di quelle stesse garanzie costituzionali[20].

Il quadro ordinamentale di riferimento, con riguardo alla Carta costituzionale, si articola, nella efficace sinossi che ne danno le Sezioni unite, intorno all'art. 15 Cost, dalla cui trama traspare il bilanciamento tra due distinti interessi, entrambi di rilievo costituzionale, l'uno relativo alla "*libertà e segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost. l'altro connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati*"[21]; l'inerenza del diritto alla libertà e alla segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione al nucleo essenziale dei valori della persona ne fa una componente "*necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana*"; quelle stesse disposizioni implicano al contempo "*il divieto di divulgazione o di utilizzazione successiva delle notizie di cui si è venuti a conoscenza a seguito di una legittima autorizzazione alle operazioni di intercettazione al fine dell'accertamento in giudizio di determinati reati*": invero, la libertà della comunicazione "*risulterebbe pregiudicata, gravemente scoraggiata o, comunque, turbata ove la sua garanzia non comportasse*" dei vincoli alla circolazione dei contenuti intercettati, in quanto "*l'utilizzazione come prova in altro procedimento trasformerebbe l'intervento del giudice richiesto dall'art. 15 Cost. in un'inammissibile autorizzazione in bianco*" ciò che *"vanificherebbe l'esigenza che l'atto giudiziale di autorizzazione delle intercettazioni sia puntualmente motivato"* con *"riferimento sia ai soggetti da sottoporre al controllo sia ai fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede"*. In tale cornice, ad avviso delle Sezioni unite, il provvedimento di autorizzazione alle operazioni di intercettazione non si limita a legittimare il ricorso al mezzo di ricerca della prova ma "*circoscrive l'utilizzazione dei suoi risultati ai fatti di reato che all'autorizzazione stessa risultino riconducibili*" in linea con lo statuto di garanzie distillabile dall'art. 15 Cost, che interessano, come ricordato, tanto l'impiego del mezzo di ricerca della prova -e, quindi, il momento genetico dell'intrusione- quanto "*l'utilizzazione probatoria dei risultati dell'intercettazione*" -e, quindi, la circolazione del materiale captato-.

Nel quadro costituzionale evocato, non appare dubitabile, proseguono le Sezioni unite, che l'orientamento ad avviso del quale i risultati delle attività intercettative sono utilizzabili per ogni

[20] Cass. sez. un. 28 novembre 2019.-dep. 2020 n. 50, Cavallo, in attesa di massimazione.

[21] La citazione è tratta da Corte cost. sent. 23 luglio 1991 n. 366, al pari delle citazioni che seguono nel testo e sino alla fine del periodo.

reato emerso grazie a quelle stesse captazioni, pur in assenza di qualsiasi legame tra i reati, svaluta i profili di garanzia impliciti alla motivazione del provvedimento autorizzativo delle intercettazioni, non limitati all'atto genetico delle intercettazioni, affidando, al contempo, la circolazione dei risultati captativi a fattori del tutto aleatori, quale la pendenza di un autonomo procedimento in ordine ai fatti appresi nel corso delle intercettazioni.

Nel ratificare l'opposto orientamento, peraltro, le Sezioni unite liquidano anche un terzo indirizzo, del tutto minoritario in giurisprudenza[22] ma autorevolmente sostenuto[23], ad avviso del quale la nozione di procedimento diverso, presupposta dall'art. 270 c.p.p., coincide con quella di "reato diverso", conseguendone che non sarebbe consentito l'impiego, quale fonte di prova, delle risultanze captative con riguardo a reati diversi rispetto a quello -o a quelli- cui si riferisca l'autorizzazione alle operazioni, indipendentemente da qualsiasi legame sostanziale tra il reato "autorizzato" e quello emerso nel corso delle intercettazioni, a meno che, evidentemente, concorrano le condizioni di utilizzabilità codificate dall'art. 270 c.p.p.; in dottrina[24], a sostegno di tale conclusione, si è richiamata la disciplina dell'art. 335 c.p.p. asseritamente idonea ad offrire una nozione di procedimento rilevante anche nell'economia dispositiva dell'art. 270 c.p.p., e comprensiva dei dati relativi alla qualificazione giuridica del fatto, al soggetto indagato e al numero progressivo di iscrizione. Tale orientamento è, del tutto condivisibilmente, disatteso dalle Sezioni unite che denunciano da un lato l'irragionevolezza cui perverrebbe la soluzione patrocinata dalla dottrina da ultimo ricordata, che condurrebbe a ritenere inutilizzabili nei confronti del soggetto successivamente individuato quale autore del reato i risultati delle intercettazioni inizialmente disposte in ordine ad un reato ascritto a carico di ignoti, in quanto l'annotazione del nominativo dell'indagato , nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. dà corso a un diverso procedimento, interessando l'uno degli elementi costitutivi della nozione di procedimento avanzata da quella stessa dottrina. A confutare l'indirizzo interpretativo in rassegna, soccorre, del resto, anche l'introduzione, nello stesso art. 270 c.p.p. -ad opera del d. l.vo 29 dicembre 2017, n. 216- di un comma I bis, che, sino alla riformulazione dalla disposizione da parte del d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, in

[22] Tra le altre Cass. 3 luglio 1991 n. 9993, Rv. 188356; *id*. 11 dicembre 2012 n. 49930, Rv. 253916.

[23] G. ROSSI, *I presupposti delle intercettazioni telefoniche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pag. 604; P. PISA, voce *Intercettazioni telefoniche e telegrafiche (diritto penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, 1989, pag. 5; DE GREGORIO, *Brevi considerazioni in margine ai concetti di "stesso procedimento" e di "procedimento diverso" ai fini dell'utilizzabilità dibattimentale del contenuto degli interrogatori*, in *Cass. pen.*, 1991, pag. 1002.

[24] DE GREGORIO, *Brevi considerazioni in margine ai concetti di "stesso procedimento" e di "procedimento diverso" ai fini dell'utilizzabilità dibattimentale del contenuto degli interrogatori*, in *Cass. pen.*, 1991, pag. 1002.

contrapposizione al primo comma e al "*procedimento*" ivi evocato, stabiliva che, con riguardo alle intercettazioni operate tramite captatore informatico, i risultati delle captazioni non potessero essere utilizzati quale prova in ordine a "***reati** diversi da quelli per i quali sia stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza"*. Singolarmente, peraltro, le Sezioni unite non valorizzano l'argomento letterale, decisivo ai fini della confutazione dell'indirizzo in parola: il legislatore del 1988, invero, ove avesse inteso riferirsi alla inutilizzabilità delle intercettazioni rispetto ad ogni altro reato, con la nota eccezione dei reati ad arresto obbligatorio, non avrebbe impiegato, nella disposizione *de qua*, il termine procedimento[25], come del resto fatto palese dalla richiamata disciplina di riforma dell'art. 270 c.p.p., con riguardo alle intercettazioni operate tramite *trojan*, che, sia pure successivamente novellata -il punto è tuttavia irrilevante ai fini che qui interessano-, confinava l'utilizzabilità dei risultati captativi, letteralmente, ai soli "*reati*" oggetto dell'autorizzazione alle operazioni.

4.1. (*segue*) La connessione rilevante nella disciplina dell'art. 270 c.p.p.

Nel discorso delle Sezioni unite, la definizione del legame tra il reato oggetto dell'autorizzazione e i reati connessi appare, all'evidenza, centrale ai fini della esatta perimetrazione della circolazione del materiale captativo: l'intensità di quel legame, invero, segna il limite all'alterità dei procedimenti e, di conseguenza, i limiti alla esportabilità delle risultanze intercettative.

L'orientamento tradizionale ravvisa quel legame in ipotesi di connessione rilevante ex art. 12 c.p.p. così come, indifferentemente, in ipotesi di collegamento investigativo, ex art. 317, comma II, lett. b) e c), c.p.p., sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico[26]. Come noto, la connessione identifica una relazione tra procedimenti per cui la "*regiudicanda oggetto di ciascuno viene, anche in parte, a coincidere con quella oggetto degli altri*"; essa riflette, quindi, un legame sostanziale tra i reati, circostanza che rende, peraltro, ragione della natura autonoma e originaria dei criteri di attribuzione della competenza discendenti dall'operare della connessione[27].

[25] CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche*, cit., p. 1445.

[26] Cass. 20 gennaio 2015, n. 26693, Rv. 264001; Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 32697, cit., non massimata sul punto; *id*. 23 settembre 2014, n. 52503, Rv. 261971.

[27] Cass. sez. un. 28 febbraio 2013 n. 27343, Rv. 255345.

Il collegamento di cui all'art. 371, comma II, lett. b) e c), c.p.p., di contro, non rispecchia un nesso sostanziale tra reati, quanto, piuttosto, un collegamento occasionale ovvero di mero rilievo investigativo-probatorio o fattuale[28], in ogni caso non espressivo di una sostanziale unitarietà.

La diversa intensità dei legami da connessione e da collegamento giustifica, nel ragionare delle Sezioni unite, un trattamento disciplinare differenziato delle rispettive ipotesi, per cui solo il vincolo che si manifesti nelle forme della connessione rilevante ex art. 12 c.p.p. è capace di attrarre i reati connessi al reato per cui sono state autorizzate le intercettazioni, in quanto esclude, grazie alla -sia pure parziale- comunione delle regiudicande che ne deriva, che l'autorizzazione del giudice scada ad autorizzazione in bianco. Di contro, il nesso discendente dal collegamento segna una relazione debole tra i reati, inidonea ad attrarli entro una comune matrice criminologica, e, di riflesso, inidonea ad aggregarli entro un medesimo procedimento ai fini della disposizione di cui all'art. 270 c.p.p.

Non è del resto privo di significato che solo alla connessione in senso proprio si ricollegano effetti sostanziali -ad es. in tema di competenza, ma anche, può aggiungersi, in tema di retrodatazione dei termini di fase della misura custodiale in ipotesi di contestazioni a catena ex art. 297, comma III, c.p.p.- e non anche al collegamento, posto che l'unico effetto processualmente apprezzabile conseguente al collegamento, la riunione dei procedimenti ai sensi dell'art. 17, comma I, lett. c), c.p.p., risponde a "*criteri di mera organizzazione del lavoro giudiziario*"[29], come, del resto, il coordinamento investigativo conseguente al collegamento risponde a criteri di efficacia investigativa, privi di rilievo sostanziale.

4.2. (*segue*) Il rilievo dei limiti di amissibilita' ex art. 266 c.p.p.

Le Sezioni unite, nel rispondere al quesito loro rimesso, approfondiscono doverosamente, in prospettiva nomofilattica, anche il tema dell'eventuale rilievo, ai fini dell'utilizzabilità delle risultanze captative rispetto al reato connesso, dei limiti di ammissibilità alle intercettazioni di cui all'art. 266 c.p.p.; la pratica investigativa, invero, prospetta con intuibile frequenza il caso che il

[28] A norma della lett. b) dell'art. 371, comma II, c.p.p., sussiste collegamento tra "*reati dei quali gli uni sono stati commessi in occasione degli altri, o per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità, o che sono stati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre, ovvero se la prova di un reato o di una sua circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza*".

A norma della lett. b) dell'art. 371, comma II, c.p.p., sussiste collegamento "*se la prova di più reati deriva, anche in parte, dalla stessa fonte*".

[29] Corte cost. 247/1998, espressamente citata dalla sentenza in commento.

reato connesso a quello oggetto di autorizzazione -e, quindi astrattamente permeabile all'ingresso, a fini probatori, delle emergenze captative-, sia estraneo al novero dei reati per i quali il ricorso allo strumento captativo è ammesso ai sensi del disposto di cui agli artt. 266 e 266 bis c.p.p. Al quesito la giurisprudenza di legittimità, anche all'interno dell'orientamento tradizionale, aveva fornito risposte ondivaghe, ora valorizzando la diretta ascendenza costituzionale del catalogo dei reati stilato dagli att. 266 e 266 bis c.p.p. quale espressione di garanzia dell'inviolabilità delle comunicazioni, come tale non superabile[30], ora di contro valorizzando la sostanziale unitarietà del procedimento, inteso quale fattispecie complessa comprensiva dei reati avvinti da un legame di natura sostanziale con il reato portante, per dedurne l'esportabilità dei risultati captativi anche ai reati connessi esclusi dal catalogo dei reati di cui agli artt. 266 e 266 bis c.p.p.

Le Sezioni unite privilegiano la soluzione di maggiore garanzia, affidandosi, anche sul punto, ad una lettura costituzionalmente orientata della disciplina: la migrazione dei risultati captativi al reato, sia pure connesso, ma non incluso nel catalogo di cui agli artt. 266 e 266 bis c.p.p. eluderebbe la riserva di legge che ex art. 15 Cost. "*governa la materia delle intercettazioni nonché l'istanza di rigorosa -e inderogabile- tassatività che da essa discende*", comprimendo un diritto fondamentale in assenza di una norma -ordinaria- che, in attuazione della "delega costituzionale", attribuisca all'Autorità il potere di ingerenza.

In tal senso, del resto depone -ma la notazione non si rinviene nella motivazione delle Sezioni unite- la chiara, quantunque fugace, indicazione che si legge nel corpo della sent. 63 del 1994 della Corte costituzionale, laddove la Corte incidentalmente afferma -peraltro con i toni dell'ovvietà- che l'utilizzabilità delle intercettazioni in altro procedimento è subordinata alla circostanza che "*in questi ultimi vengano in considerazione reati rispetto ai quali, ai sensi dell'art. 266 c.p.p., p ammissibile procedere alle intercettazioni*".

4.3 (*segue*) Le deroghe alla inutilizzabilita'

In ogni caso, proseguono le Sezioni unite, alla inutilizzabilità codificata dall'art. 270 c.p.p. sfuggono due ipotesi, che la sentenza ribadisce, per non avendo dato luogo a contrasti giurisprudenziali: l'una attiene alla utilizzabilità delle risultanze captative in ogni caso quale *notitia*

[30] Cass.15 gennaio 2004 n. 4942, Rv. 229999; *id* 17 novembre 1999 . 14595, Rv. 216206.

criminis, sulla cui base intraprendere attività di indagine[31], la seconda attiene alla illimitata utilizzabilità delle risultanze captative -anche in relazione all'accertamento di reati non contemplati nel catalogo di cui all'art. 266 c.p.p.- che costituiscano corpo del reato[32], in quanto le stesse integrino ed esauriscano la condotta criminosa[33].

5. Considerazioni critiche

La soluzione cui pervengono le Sezioni unite, in riferimento alla decrittazione della nozione di procedimento diverso implicata dall'art. 270 c.p.p., appare, a giudizio di chi scrive, condivisibile, sia pure sulla scorta di argomenti in parte diversi rispetto a quelli proposti dalla Corte.

L'orientamento più permissivo in effetti nell'affidare la tutela della libertà e segretezza delle comunicazioni -rispetto alle quali, come ricordato, l'autorizzazione giudiziale alle operazioni di intercettazione costituisce momento di garanzia cruciale, anche in ordine alla perimetrazione del campo d'indagine– alla circostanza che il fatto di reato emerso nel corso dell'attività captativa sia o meno trattato, *ab origine*, all'interno dell'originario procedimento valorizza, impropriamente, una circostanza casuale ed estrinseca rispetto al nucleo di valore tutelato dalla garanzia costituzionale, inidonea ad atteggiarsi quale portatrice di un adeguato valore compensativo del sacrificio della

[31] La giurisprudenza, peraltro, consente che gli esiti dell'attività captativa, altrimenti inutilizzabili quanto ai reati diversi, possano essere comunque posti a base di un provvedimento autorizzativo di nuove intercettazioni ai fini della prova del reato anche occasionalmente emerso (in termini, Cass. 17 luglio 2015-dep. 2016, n. 1804, non massimata, che, in un'ipotesi in cui erano state disposte delle intercettazioni sulla scorta di risultanze captative di altro procedimento, trasfuse in un'annotazione di polizia giudiziaria, ha condivisibilmente ritenuto che la fattispecie esulasse dal perimetro precettivo delimitato dall'art. 270 c.p.p., non indugiando, conseguentemente, sulla verifica dei dati di collegamento interprobatorio tra i due procedimenti, non differenziandosi il caso da quello "*assolutamente ordinario, in cui la polizia giudiziaria richieda, all'esito di indagini già svolte, di sottoporre alcuni telefoni ad intercettazione o di dare corso alla captazione di comunicazioni tra presenti*"; cfr. altresì, in termini, Cass. 26 febbraio 2015, n. 24937, non massimata –che ha espressamente affermato come il divieto di utilizzazione, in procedimenti diversi, dei risultati delle intercettazioni telefoniche, attenga alla sola valutazione degli stessi quali "*elementi di prova*", e non anche quali veicoli rappresentativi di una notizia di reato, idonea a giustificare, ove gravemente indiziaria, l'autorizzazione a disporre nuove operazioni di intercettazione in merito al reato emerso– nonché Cass. 5 novembre 2015-dep. 21 gennaio 2016, n. 2608.

[32] Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 32697, Rv. 259776; *id*. 17 luglio 2012, n. 32957, Rv. 253037, anche per l'affermazione per cui l'impiego probatorio dell'intercettazione costituente corpo del reato è precluso qualora l'attività captativa sia stata eseguita in violazione di specifiche garanzie costituzionali o al di fuori dei casi consentiti dalla legge –ad esempio in riferimento ad un originario titolo di reato che non consentisse il ricorso allo strumento captativo– o in violazione delle modalità esecutive di cui agli artt. 267 e 268, commi I e III, c.p.p.

[33] Invero, la condotta criminosa può manifestarsi attraverso contegni privi di consistenza materiale, quale una dichiarazione, e quando questa si imprima, contestualmente all'enunciazione, su un supporto, quest'ultimo si connota quale corpo del reato. Del resto, come osservato da Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 32697, è la stessa disciplina in materia di intercettazioni ad annettere alla registrazione natura di copro del reato –allorché la conversazione oggetto di captazione integri la fattispecie criminosa–, laddove stabilisce, *ex* art. 271 c.p.p., che in ogni stato e grado del processo il giudice disponga che la documentazione relativa alle intercettazioni inutilizzabili sia distrutta, salvo che costituisca corpo del reato.

riservatezza che la circolazione anche solo endoprocedimentale del materiale captativo inevitabilmente comporta; del resto, la verifica della pregressa iscrizione del reato connesso può non essere agevole per le parti e per lo stesso giudice –potendo interessare la competenza di uffici giudiziari diversi e non puntualmente individuabili – marginalizzando l'ampiezza del sindacato giurisdizionale in merito ai presupposti di utilizzabilità dell'intercettazione e rischiando di alimentare prassi distorsive presso gli uffici di Procura[34]. E' stata del resto evidenziata nei paragrafi che precedono l'inconsistenza delle obiezioni che tale indirizzo ha rivolto, sia pure in termini non frontali, all'opposto orientamento.

Il punto di maggiore criticità nelle argomentazioni delle Sezioni unite attiene all'insistito riferimento alle implicazioni costituzionali -e, segnatamente, all'art. 15 Cost.- della disciplina dettata dall'art. 270 c.p.p.; invero dall'affermazione che la disposizione di cui all'art. 15 Cost. costituisce un –non superabile– presidio normativo a garanzia della libertà e segretezza delle comunicazioni, espressivo di una primazia assiologica tale da condizionare, inevitabilmente, anche l'interpretazione della disciplina processuale in tema di circolazione dei risultati intercettativi, nel segno di una rigorosa delimitazione della esportabilità di quei risultati, pena –come ricordato– la violazione della libertà di comunicazione, da un lato, e l'elusione quanto al procedimento *ad quem* dell'obbligo –parimenti di ascendenza costituzionale– di motivazione, dall'altro, dovrebbe, coerentemente, discendere l'affermazione dell'inutilizzabilità del materiale captativo per ogni reato diverso da quello per cui le intercettazioni siano state autorizzate e da quelli ad esso connessi, anche per quelli da arresto obbligatorio in flagranza; invero, la rilettura in chiave costituzionale della norma di cui all'art. 270 c.p.p. cui le Sezioni unite procedono non dovrebbe soffrire eccezioni di sorta, quanto alla indiscriminata inutilizzabilità del materiale captativo acquisito -se non limitatamente al reato per cui le operazioni siano state autorizzate e a quelli connessi- in quanto la circolazione di quel materiale -anche per la prova di un reato per il quale sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza- avverrebbe comunque in violazione dell'obbligo, costituzionalmente sancito, di congrua e specifica motivazione –nel procedimento di destinazione–, motivazione che, ricordano le Sezioni unite, è essenziale ai fini della utilizzabilità probatoria degli esiti captativi con riguardo ai reati estranei al reato portante e a quelli ad esso connessi. In altri termini, attrarre entro il perimetro di garanzia presidiato dall'art. 15 Cost. la disciplina della circolazione delle risultanze captative e quindi ribadire la necessità di un provvedimento motivato che consenta quella

[34] In tema, ALVINO, *Le intercettazioni*, cit., pag. 231.

circolazione, e, al contempo, affermare l'intrinseca insufficienza della motivazione del provvedimento autorizzativo ai fini della circolazione dei relativi esiti -se non al prezzo di derubricare l'obbligo della puntuale motivazione in una inammissibile autorizzazione in bianco-, dovrebbe condurre, quale esito interpretativo costituzionalmente obbligato, alla affermazione della radicale inutilizzabilità di quegli esiti con riguardo ad ogni reato diverso da quello oggetto di autorizzazione e da quelli ad esso connessi, e quindi a prospettare serisssimi dubbi di costituzionalità della disciplina di cui all'art. 270 c.p.p., nella parte in cui, all'opposto, nel consentire la circolazione delle risultanze captative quando siano indispensabili a fini di prova di reati ad arresto obbligatorio, riconosce l'utilizzabilità di prove assunte *contra constitutionem*, perché in violazione dell'obbligo di puntuale e specifica motivazione di diretta ed immediata ascendenza costituzionale[35]. Né appaiono convincenti, sul punto, le osservazioni di Corte cost. 24 febbraio 1994 n. 63, cit., che ha ritenuto la legittimità costituzionale della eccezionale clausola derogatoria codificata dall'art. 270, comma I, c.p.p., in ragione della gravità e dell'allarme sociale che destano i reati soggetti ad arresto obbligatorio, per i quali, quindi, si giustifica una circolazione del sapere intercettativo altrimenti preclusa: la inutilizzabilità di un atto di prova, conseguente alla violazione del contenuto modale delle prescrizioni costituzionali che ne disciplinano la legittimità, è sanzione ubiquitaria che affligge l'atto indipendentemente dalla natura del reato per cui si procede e, come tale, essa sfugge ad ogni giudizio di bilanciamento, sia pure quando sia identificabile un concorrente bene di rilievo costituzionale, quale è indubbiamente l'accertamento e la repressione dei reati -ex art. 112 Cost.-[36]; il bilanciamento è, invero, soluzione interpretativa legittimamente praticabile quando siano posti a raffronto beni costituzionali, non anche quando l'uno dei termini sottenda la illegittimità costituzionale conseguente alla violazione delle norme di rango costituzionale che disciplinano l'intrusione nei confronti dell'uno dei beni oggetto di bilanciamento: l'illegittimità delle modalità intrusive, come delimitate dalla Carta fondamentale, non è negoziabile,

[35] I riflessi processuali della violazione di norme di rango costituzionale attengono alla inutilizzabilità della prova acquisita attraverso la norma valvolare di cui all'art. 191 c.p.p. (Cass. sez. un. 13 luglio 1998 n. 21, in scia a Corte cost. 6 aprile 1973, n. 34, cit.; *id*. sez. un. 23 febbraio 2000 n. 6). Cfr. in tema, Corte cost, sent.24 gennaio 2017 n. 20, per l'affermazione per cui "*anche il diritto inviolabile protetto dall'art. 15 Cost. può subire limitazioni o restrizioni «in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia» della riserva assoluta di legge e della riserva di giurisdizione*".

[36] Cfr. per una peculiare declinazione del principio, Cass. sez. un. 25 marzo 2010 n. 13426, Rv. 246271, a giudizio elle quali l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, accertata nel giudizio penale di cognizione, ha effetti in qualsiasi tipo di giudizio, e quindi anche nell'ambito del procedimento di prevenzione (la fattispecie regolata dalle Sezioni unite, peraltro, aveva ad oggetto una violazione procedurale apparentemente minore, quale l'assenza di motivazione in ordine all'inidoneità od insufficienza degli impianti esistenti presso la Procura della Repubblica).

in specie quando attenga a profili modali coessenziali alla stessa difesa del bene[37], quale la sussistenza di un puntuale e specifico apparato motivazionale. Sarebbe di problematica compatibilità costituzionale, ad es., un'interpretazione che ammettesse l'utilizzabilità delle intercettazioni in ipotesi disposte di iniziativa da parte del pubblico ministero e non convalidate dal giudice sulla scorta della considerazione della gravità dei reati emersi da quelle captazioni.

Analoghe considerazioni, peraltro, appaiono prospettabili anche in relazione alla ritenuta estensione dei risultati captativi al reato connesso rispetto al reato oggetto di autorizzazione: a giudizio delle Sezioni unite, invero, "i*l legame sostanziale* [id est, la connessione tra il reato oggetto di autorizzazione e i reati emergenti] *esclude che l'autorizzazione del giudice assuma la fisionomia di un'autorizzazione in bianco*"[38]. In realtà, il provvedimento autorizzativo del tutto legittimamente può ignorare i profili della interrelazione tra il reato per cui si procede e i reati ad esso eventualmente connessi: appare pertanto difficilmente negabile che nel caso l'estensione dei risultati captativi avvenga in assenza di un vaglio da parte del giudice in merito al reato ulteriore; ancora, la riconduzione "*ai «fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede» (Corte cost., sent. n. 366 del 1991), di cui al provvedimento autorizzatorio dell'intercettazione, anche di quelli oggetto delle imputazioni connesse accertati attraverso i risultati della stessa intercettazione*"[39] sembra confliggere con il rilievo che le stesse Sezioni unite annettono alla motivazione del provvedimento autorizzativo: se l'uno dei criteri di legittimità dell'intercettazione è nella preesistenza alle operazioni di un'autorizzazione puntualmente motivata, ammettere l'estensione dei risultati ai reati connessi importa, logicamente, la necessità di riferire almeno implicitamente la motivazione del provvedimento anche ai reati connessi che dovessero emergere; dovrebbe quindi ipotizzarsi che il provvedimento autorizzativo -ogni provvedimento autorizzativo- rechi una tacita autorizzazione alla captazione anche rispetto a reati futuri -di cui non è certamente possibile apprezzare la gravità indiziaria all'atto dell'autorizzazione- e che non rientrino nei limiti di ammissibilità di cui all'art. 266 c.p.p., una conclusione evidentemente paradossale e distante da quell'"*effettività*" e da quel "*saldo ancoraggio alla fattispecie concreta*"[40] cui deve rispondere l'autorizzazione del giudice e non troppo dissimile, qualitativamente, da quelle autorizzazioni in

[37] La distinzione tra modalità "*doverose*" e modalità "*facoltative*", ai fini del giudizio in ordine alla legittimità costituzionale dell'aggressione alla libertà e segretezza delle comunicazioni, si deve a A. PACE, sub *art. 15*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1977, pag. 107.

[38] La citazione è tratta dalla sentenza in commento.

[39] La citazione è tratta dalla sentenza in commento.

[40] La citazione è tratta dalla sentenza in commento.

bianco di cui rettamente la sentenza in rassegna diffida. Ne discende, ad avviso di chi scrive, l'erroneità del riferimento alle condizioni autorizzative ai fini della soluzione al quesito della circolazione -anche infraprocedimentale- delle intercettazioni.

In realtà, a giudizio di chi scrive, la circolazione del materiale intercettativo non rimanda ai beni tutelati dall'art. 15 Cost. ed al conseguente corredo di -inderogabili- garanzie poste dagli artt. 266 e 267 c.p.p., quanto, piuttosto al bene-riservatezza, che trova il proprio riconoscimento nell'art. 2 Cost.: invero, la riservatezza evoca "*questioni legate all'accessibilità ed alla diffusione di un dato già acquisito, laddove le problematiche più complesse si presentano con riguardo all'aggressione della sfera individuale nel momento della captazione*"[41]; del resto riferire al bene tutelato dall'art. 15 Cost. anche la tematica della circolazione dei risultati per limitarne l'operatività in ragione dell'originaria carenza motivazionale del provvedimento autorizzativo snatura il ruolo della motivazione di quel provvedimento che è atto a "*fondare lo strumento conoscitivo, non l'oggetto della conoscenza*"[42]: l'autorizzazione giudiziale alle operazioni legittima l'ascolto e soddisfa ed esaurisce l'insieme delle condizioni cui l'art. 15 Cost. subordina l'intrusione nell'altrui sfera comunicazionale; se l'art. 15 Cost. esprime una "*tipica situazione di inviolabilità da interferenze*" e non "*un diritto alla tutela*"[43], si coglie immediatamente la diversa prospettiva costituzionale e valoriale su cui opera la circolazione delle intercettazioni, che attiene ad un momento successivo all'interferenza, rispetto alla disciplina in materia di autorizzazione alle operazioni che interessa propriamente il momento di conflitto tra l'affermazione dell'inviolabilità della libertà e segretezza delle comunicazioni e l'intrusione dell'autorità, momento solo rispetto al quale deve valutarsi la congruità e specificità della motivazione del provvedimento autorizzativo, pena la dilatazione dell'ombrello costituzionale. E' il bene-riservatezza, quindi, ad agire quale filtro alla circolazione dei risultati captativi, l'art. 270 c.p.p. limitandosi a disciplinare le maglie di quel filtro, in una prospettiva peraltro costituzionalmente necessitata[44], in quanto, nel prevenire la indiscriminata utilizzabilità delle intercettazioni, evita di degradare il provvedimento autorizzativo ad una inammissibile delega in bianco, che certamente vulnererebbe anche il bene-riservatezza. L'art. 270 c.p.p. opera quindi la necessaria mediazione tra due beni costituzionali in conflitto, la

[41] C. CONTI, *Sicurezza e riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pag. 1573.
[42] F. DE LEO, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni*, cit., c. 24.
[43] Cass. sez. un. 13 luglio 1998, cit.
[44] Del resto sin dalla sentenza 34 del 1973 la Corte costituzionale ammoniva il legislatore perché, in ossequio al dettato costituzionale, predisponesse una disciplina che, tra l'altro, stabilisse i "*limiti entro i quali il materiale raccolto attraverso le intercettazioni fosse utilizzabile nel processo*".

riservatezza da un lato, l'interesse statuale alla repressione dei reati dall'altro, in termini funzionalmente non dissimili, del resto, dal bilanciamento che gli artt. 266, 266 bis e 267 c.p.p. operano con riguardo ai beni direttamente tutelati dall'art. 15 Cost.; in tal senso non appare secondaria la circostanza che, nel disciplinare la circolazione delle intercettazioni in procedimenti diversi, la norma evochi un criterio di utilizzabilità -l'obbligatorietà dell'arresto in flagranza- del tutto eccentrico rispetto ai criteri di autorizzabilità delle intercettazioni; né sembra azzardato leggere, in controluce, nello stesso art. 270 c.p.p. la traduzione normativa di quel dovere verso il rispetto della vita privata tutelato dall'art. 8 CEDU. Ne segue, a giudizio di chi scrive, che ai fini della decodificazione della nozione di procedimento diverso debba farsi riferimento al valore costituzionale che la norma direttamente tutela e al doveroso bilanciamento cui quel valore è assoggettato, laddove competa con l'istanza costituzionale dell'accertamento e della repressione dei reati; in tale ottica, assume in effetti rilievo la connessione tra reati quale criterio di legittimità della circolazione dei risultati captativi: la connessione tra reati, invero, è espressione di un legame sostanziale che riflette una manifestazione criminale unitaria, che non può essere disconosciuta, se non al prezzo -inaccettabile- di rinunciare alla compiutezza e alla stessa razionalità dell'accertamento e della repressione penale, di fronte alla quale la riservatezza è istanza destinata a cedere; in tale prospettiva può certamente ritenersi che i reati connessi pertengano al medesimo procedimento e che rispetto ad essi i risultati intercettativi siano utilizzabili anche quando non configurino reati per i quali sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. Ma se, ai fini dell'utilizzazione delle risultanze, vengono in rilievo criteri di impiego del tutto diversi rispetto a quelli che presiedono all'autorizzazione, non vi è ragione per limitare l'utilizzabilità delle intercettazioni, quanto ai reati connessi, subordinandola alla condizione che il reato connesso appartenga al catalogo di cui all'art. 266 c.p.p.: come ricordato, estendere alla disciplina dell'impiego delle intercettazioni le condizioni che ne regolano il momento autorizzativo conduce alle forzature sopra evidenziate; ne discende, quale unica conclusione, che, a dispetto dell'avviso espresso dalle Sezioni unite, le risultanze captative siano utilizzabili, quanto ai reati connessi, indipendentemente dai relativi limiti edittali.

Né infine la prospettiva accolta sembra confliggere con la tradizionale opzione interpretativa che in materia apparentemente affine riconosce invece la sequestrabilità delle cose costituenti corpo del reato, pur se a seguito di perquisizione illegittima o in esecuzione di una perquisizione disposta al fine di accertare altro reato, essendo i due scenari non comparabili, posto che l'apprensione

coattiva della res è espressione di un preesistente potere di vincolare al procedimento le cose pertinenti al reato[45].

5.1. (*segue*) L'impiego delle intercettazioni in sede extrapenale

L'implicazione di un bene di rilievo costituzionale, quale argine alla libera circolazione delle intercettazioni, a giudizio di chi scrive, dovrebbe indurre anche ad un ripensamento degli orientamenti che consentono, in apparenza senza limite alcuno, l'utilizzo delle risultanze intercettative nei procedimenti non penali: la circolazione extrapenale delle intercettazioni è stata, infatti, affermata tanto con riguardo al procedimento di prevenzione[46], quanto al procedimento disciplinare a carico di magistrati[47], quanto al processo tributario[48].

La riservatezza, invero, ha assunto anche alla luce del dato convenzionale, un rilievo non secondario nel proscenio dei diritti della persona; non appare, di conseguenza, plausibile l'affermazione per cui la riservatezza "*non vive nell'ordinamento sulla base di una previsione generalizzata ma è il legislatore che di volta in volta ne dispone la genesi e la tutela*"[49]. All'opposto, ogni intrusione alla riservatezza deve apparire giustificata da un controinteresse di eguale spessore, come del resto fatto palese dallo stesso art. 270 c.p.p., che limita ragionevolmente l'utilizzabilità delle intercettazioni, quanto ai reati diversi da quello oggetto di autorizzazione e da quelli ad esso connessi, in apparenza obliterando il principio costituzionale della obbligatorietà dell'azione penale, che, ove non fosse stato contrastato da un principio di eguale spessore, avrebbe invece condotto ad un illimitato utilizzo dei risultati intercettativi in sede penale, indipendentemente dalla natura del reato ulteriore o dalla verifica dei legami con quello oggetto di autorizzazione. Se è vero che con riguardo ai procedimenti extrapenali non si rinvengono norme limitative quali la norma posta dall'art. 270 c.p.p. è altrettanto vero che i limiti imposti dall'art. 270 c.p.p. trascendono la natura del giudizio in cui i risultati captativi siano riversati, in quanto garantiscono un diritto

[45] F. CORDERO, *Procedura penale*, 1983, pag. 910; F. CAPRIOLI, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione per immagini*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2002, pag. 2194.

[46] Cfr. Cass. 29 ottobre 2014, n. 52095, Rv. 261337; cfr., altresì, Cass., sez. un., 25 marzo 2010, n. 13426, Rv. 246271.

[47] Cass. civ., sez. un., 24 giugno 2010, n. 15314, cit.; *id*., sez. un., 23 dicembre 2009, n. 27292, Rv. 610804.

[48] Cass. civ. 7 febbraio 2013, n. 2916, Rv. 625254, che ha affermato, espressamente richiamando il precedente offerto da Cass. civ. 23 febbraio 2010, n. 4306, che "*il divieto, posto dall'art. 270 c.p.p., di utilizzare i risultati di intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi da quello in cui furono disposte non opera nel contenzioso tributario, ma soltanto in ambito penale*".

[49] Cass. sez. un. 28 maggio 2003, cit.

"*inviolabile quale che sia la natura del procedimento nel quale i risultati vengano utilizzati*"[50]: in altri termini, l'art. 270 c.p.p sembra porsi quale norma ricognitiva di un principio immanente all'ordinamento, e non quale norma attributiva di una originaria situazione soggettiva di tutela. Il conflitto tra beni dovrebbe quindi impegnare l'interprete ad una verifica caso per caso, guidata dal rispetto del principio di proporzionalità[51], canone ermeneutico ormai di largo impiego in sede eurounitaria[52] e convenzionale[53] e, del resto, di comune utilizzo anche da parte della Corte costituzionale[54], nonché in sede di giurisdizione ordinaria[55], in vista della enucleazione, dall'intero sistema, di preclusioni alla circolazione dei risultati captativi rivenienti dal conflitto tra contrapposte istanze costituzionali, preclusioni tanto più consistenti quanto meno rilevante si profili l'interesse collegato all'accertamento del dato di fatto implicato dalla comunicazione captata.

6. Il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161

La disposizione di cui all'art. 270 c.p.p. è stata da ultimo oggetto di revisione da parte del decreto-30 dicembre 2019, n. 161, il cui art. 2, comma I, lett. g), vi ha interpolato[56] il comma I bis, a mente del quale "*fermo restando quanto previsto dal comma I, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di*

[50] A. NAPPI, *Sull'utilizzazione extrapenale dei risultati delle intercettazioni*, in *Cass. pen*., 2014, pag. 3869.

[51] In tema, cfr., tra gli altri, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, 2013; F. NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le su implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.

[52] Tra le altre, CGUE 17 dicembre 2015, *WebMindLicenses*: nel caso la Corte ha affermato che l'utilizzo, in sede fiscale, di intercettazioni di telecomunicazioni disposte nel processo penale deve soddisfare il principio di proporzionalità.

[53] Cfr. tra le altre Corte EDU 27 aprile 2017, Sommer c. Germania, che ha ritenuto sproporzionato il continuativo controllo dei movimenti bancari di un soggetto, in concreto eccedente le esigenze di accertamento perseguite, nel caso, dall'autorità di polizia, in quanto il controllo, limitato solamente nell'ambito temporale, si era esteso a tutte le informazioni riguardanti il conto bancario e le operazioni bancarie del ricorrente , rimettendo al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria un quadro completo dell'attività professionale del ricorrente -un avvocato- e anche dei suoi clienti.

[54] Il più noto arresto, in tal senso, è rappresentato dall'intervento della Consulta nel caso Ilva (Corte cost. 27 febbraio 2015, n. 23).

[55] Si veda, quale esemplificazione applicativa del criterio di proporzionalità, Cass. sez. un.1° luglio 2016 n. 26889, Rv. 266905, in materia di captatore informatico (cfr. C. BONZANO, *Gli accertamenti medici coattivi*, Padova, 2017, pag. 126, per una argomentata adesione alla pronuncia, quale esemplificazione del ruolo del giudice nell'applicazione del principio di proporzionalità).

[56] Con previsione destinata ad applicarsi ai procedimenti penali iscritti successivamente al 29 febbraio 2020 (art. 2, comma VIII, d. l. 161, cit.).

autorizzazione, se compresi tra quelli indicati dall'articolo 266, comma II bis" c.p.p[57]. La previsione, introdotta nell'ambito dell'ennesimo intervento di riforma della disciplina in materia di intercettazioni attuate mediante captatore informatico, ad una prima lettura, sembra estendere l'utilizzabilità dei risultati intercettativi oltre il perimetro altrimenti segnato dal comma primo della disposizione, che, invero, è espressamente richiamata dall'incipit del nuovo comma. Ne consegue un regime di utilizzabilità speciale, in attuazione di un inedito -ma non irragionevole- giudizio di bilanciamento operato dal legislatore, e che, ai fini del più efficace contrasto alla criminalità organizzata e contro la pubblica amministrazione, amplia le maglie della migrabilità delle risultanze captative, legittimamente impiegabili, oltre che ai fini dell'accertamento dei reati connessi a quello per cui si procede e a quelli per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza -in accordo alla disciplina generale dell'art. 270, comma I, c.p.p.-, anche in vista dell'accertamento di eventuali reati appresi nel corso delle intercettazioni, sia pure non legati a quelli oggetto di autorizzazione né ad arresto obbligatorio, purché rientranti nel catalogo di cui all'art. 266, comma II bis c.p.p., sul punto superando le previgente disciplina, mai entrata in vigore, che all'opposto disponeva, in ragione dell'intensità intrusiva della captazione tramite *trojan,* che le risultanze così acquisite non potessero essere utilizzate per la prova di reati diversi da quelli per i quali fosse stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultassero indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali fosse obbligatorio l'arresto in flagranza[58].

[57] A norma dell'art. 266, comma II bis, c.p.p. pure novellato ad opera del decreto legge in parola, "*l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, e per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 c.p.p.*"

[58] Art. 4 d. l. 29 dicembre2017, n. 216, recante *Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*.

Alessandro Centonze

Il controllo di legittimità sulla motivazione dei provvedimenti penali e i confini tra infondatezza e manifesta infondatezza*

SOMMARIO: 1. La declaratoria di inammissibilità dei ricorsi per cassazione e la *summa divisio* dei provvedimenti decisori previsti dagli artt. 610, 611 e 614 c.p.p. – 2. L'inammissibilità dei ricorsi per cassazione e l'assegnazione alla Settima sezione penale della Corte di cassazione. – 2.1. Le ipotesi di inammissibilità genetica dei ricorsi per cassazione. – 2.2. Le ipotesi di inammissibilità sopravvenuta dei ricorsi per cassazione. – 2.2.1. I motivi non specifici, i motivi generici e i motivi privi di autosufficienza. – 2.2.2. I motivi che introducono doglianze non consentite dalla legge nel giudizio di legittimità. – 2.2.3. L'inquadramento processuale dei motivi di ricorso manifestamente infondati: un primo sguardo d'insieme. – 2.2.4. I motivi di ricorso concernenti punti comunque non censurati nel grado precedente. – 3. La motivazione dei ricorsi per cassazione assegnati alle sezioni ordinarie della Corte di cassazione. – 3.1. Premessa. – 3.2. Il rigetto del ricorso e l'infondatezza delle doglianze poste a fondamento dell'atto di impugnazione. – 3.3. L'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata con ricorso per cassazione. – 3.4. L'annullamento con rinvio della sentenza impugnata con ricorso per cassazione. – 4. Il controllo di legittimità della motivazione da parte della Corte di cassazione. – 4.1. La violazione di legge, rilevante ai sensi degli artt. 606, lett. b) e c), c.p.p. e le ipotesi di elusione dei doveri motivazionali del giudice di merito. – 4.2. La manifesta illogicità della sentenza, rilevante ai sensi dell'art. 606, lett. e), c.p.p. – 4.3. Il vizio di travisamento dell'atto processuale, rilevante ai sensi dell'art. 606, lett. e), c.p.p. – 5. Il controllo di legittimità della Corte di cassazione sulle motivazioni "atipiche". – 5.1. La motivazione apparente delle sentenze di merito. – 5.2. La motivazione *per relationem* delle sentenze di merito. – 5.3. Le ipotesi di vizi della motivazione dei provvedimenti cautelari fondate su errori di "copia-incolla".

1. La declaratoria di inammissibilità dei ricorsi per cassazione e la summa divisio dei provvedimenti decisori previsti dagli artt. 610, 611 e 614 c.p.p.

Occorre premettere che una parte sempre più consistente dei ricorsi introduttivi del giudizio di legittimità vengono ritenuti manifestamente infondati, sul presupposto dell'esistenza di due tipologie distinte di patologie processuali, che riguardano le ipotesi di inammissibilità genetica e le ipotesi di inammissibilità sopravvenuta, le quali sono pronunciate a seguito del vaglio

(*) Questo contributo riproduce, con alcune modifiche e integrazioni, soprattutto riguardanti le note bibliografiche e i riferimenti giurisprudenziali ivi contenuti, alcune relazioni svolte in occasione di recenti eventi formativi, ai quali sono stato invitato quale relatore.

giurisdizionale della Corte di cassazione sulle censure difensive sottoposte al suo giudizio, ai sensi del combinato disposto degli artt. 610, 611 e 614 c.p.p.

Di queste patologie processuali e delle modalità con cui vengono pronunciate le relative declaratorie di inammissibilità da parte della Corte di cassazione ci si occuperà in questi brevi considerazioni, che si inseriscono nel contesto di una riflessione sul controllo di legittimità dei provvedimenti decisori e sui confini ermeneutici, talvolta ambigui, esistenti tra infondatezza e manifesta infondatezza nell'ambito del giudizio penale.

2. L'inammissibilità dei ricorsi per cassazione e l'assegnazione alla Settima sezione penale della Corte di cassazione.

2.1. Le ipotesi di inammissibilità genetica del ricorso per cassazione.

Si tratta di ipotesi eterogenee che comportano un vaglio preliminare e dirimente rispetto alle censure giurisdizionale proposte dalle parti processuali, che non possono essere vagliate nel merito delle doglianze prospettate, sulle quali deve emettersi un provvedimento succintamente motivato.

Tra queste ipotesi, occorre sinteticamente richiamare il ricorso proposto da un soggetto processuale non legittimato, disciplinato, in termini generali, dall'art. 568, comma 3, c.p.p.; il ricorso proposto da un difensore non abilitato al patrocinio presso la Corte di cassazione, perché non iscritto nell'apposito albo, disciplinato dall'art. 613 c.p.p.; il ricorso proposto personalmente dall'imputato, anch'esso disciplinato dall'art. 613 c.p.p.; il ricorso proposto da un soggetto che non ha interesse, che è disciplinato dall'art. 568, comma 4, c.p.p.; il ricorso tardivo, disciplinato, in termini generali, dall'art. 585 c.p.p.; il ricorso proposto senza l'osservanza delle forme previste dagli artt. 582 e 583 c.p.p.; il ricorso proposto avverso un provvedimento che non è impugnabile davanti alla Corte di cassazione; il ricorso proposto contro ordinanze pronunciate nel corso del dibattimento, fuori delle ipotesi di cui all'art. 586, comma 3, c.p.p.; il ricorso privo della indicazione dei motivi, che è disciplinato, in termini generali, dall'art. 581 c.p.p.

2.2. Le ipotesi di inammissibilità sopravvenuta del ricorso per cassazione.

Le ipotesi di inammissibilità sopravvenuta riguardano una pluralità eterogenea di pronunce della Corte di cassazione, accomunate dal fatto che vengono adottate a seguito di un vaglio

sull'assenza di legittimazione a ricorrere del soggetto impugnante, in conseguenza del quale viene emessa un'ordinanza sinteticamente motivata.

Nell'inquadrare tale patologia processuale, occorre considerare che, nel sistema processuale penale, la nozione di interesse a impugnare, così come prefigurata dall'art. 568, comma 4, c.p.p., quale condizione dell'impugnazione e quale requisito soggettivo del diritto esercitato dalla parte attraverso la proposizione del gravame, deve essere inquadrata in una prospettiva di natura eminentemente utilitaristica. Tale connotazione utilitaristica dell'impugnazione – su cui si concentra il vaglio della Corte di cassazione – risulta costituita da una finalità processuale negativa, consistente nell'obiettivo di rimuovere la situazione di svantaggio derivante dalla decisione giudiziale avverso la quale si ricorre, nonché da una finalità processuale positiva, consistente nel perseguimento di un'utilità per la posizione del ricorrente, rappresentata dall'ottenimento di una pronuncia più vantaggiosa rispetto a quella impugnata.

Sul punto, non si può che richiamare l'orientamento consolidato di questa Corte, citando il principio di diritto secondo cui: «Nel sistema processuale penale, la nozione di interesse ad impugnare non può essere basata sul concetto di soccombenza – a differenza delle impugnazioni civili che presuppongono un processo di tipo contenzioso, quindi una lite intesa come conflitto di interessi contrapposti – ma va piuttosto individuata in una prospettiva utilitaristica, ossia nella finalità negativa, perseguita dal soggetto legittimato, di rimuovere una situazione di svantaggio processuale derivante da una decisione giudiziale, e in quella, positiva, del conseguimento di un'utilità, ossia di una decisione più vantaggiosa rispetto a quella oggetto del gravame, e che risulti logicamente coerente con il sistema normativo»[1].

Ne discende che il requisito dell'interesse a impugnare, che è strettamente connesso alla legittimazione a ricorrere, deve configurarsi in termini di concretezza e attualità, oltre che sussistere sia nel momento della proposizione del gravame sia in quello della sua decisione, perché questa possa avere un'effettiva incidenza sulla situazione giuridica, di volta in volta, devoluta al giudice dell'impugnazione.

Il vaglio di tale requisito costitutivo, pertanto, presuppone una valutazione della persistenza, al momento della decisione di legittimità, di un interesse all'impugnazione in capo al ricorrente, la

([1]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. un., n. 6624, 27 ottobre 2011, Marinaj, Rv. 251693-01; su questo intervento delle Sezioni unite, si veda il commento di M. BARGIS, *Ricorso per Cassazione inammissibile e principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363, comma 3, c.p.c.: un istituto esportabile in sede penale a fini nomofilattici?*, in *Cass. pen.*, 2013, 1, pp. 105 ss.

cui attualità doveva ritenersi sussistente all'atto della proposizione del ricorso per cassazione e, nel corso del giudizio, non deve essere venuta meno per la mutata situazione di fatto o di diritto eventualmente intervenuta[2].

Su queste ipotesi di inammissibilità, con le precisazioni metodologiche sopra esposte, non occorre soffermarsi partitamente, essendo estremamente variegata la casistica collegata a tali pronunzie di legittimità.

2.2.1. I motivi non specifici, i motivi generici e i motivi privi di autosufficienza.

Nel ricorso per cassazione, i motivi generici o non specifici sono quelli prospettati dalla parte processuale, pubblica o privata, in termini meramente ipotetici e che, per la loro natura congetturale, non trovano aggancio con i dati processuali che la Corte di cassazione può esaminare.

A titolo meramente semplificativo, si può richiamare la denunzia di un travisamento della prova che non allega o non fa alcun riferimento al dato processuale travisato, atteso che il ricorso per cassazione deve essere autosufficiente e la mancanza di autosufficienza determina la genericità dell'atto di impugnazione proposto, che, in queste ipotesi, non circoscrive l'ambito decisorio sottoposto alla cognizione del giudice di legittimità.

Il ricorrente, invero, può richiamare il provvedimento censurato, ma non può omettere di allegarlo o comunque non riportare la sua integrale trascrizione, con la conseguenza che laddove non osserva tali oneri di allegazione – che assumono una connotazione pregnante soprattutto nelle ipotesi in cui si censurano i vizi della motivazione della sentenza di merito *ex* art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p. – la doglianza proposta non può che ritenersi inammissibile, per la sua genericità e per la correlata, ancorché non strettamente sovrapponibile, violazione del principio di autosufficienza[3].

([2]) Si vedano, in proposito, Cass. pen., Sez. I, n. 8763, 25 novembre 2016, Attanasio, Rv. 269199-01; Cass. pen., Sez. I, n. 47882, 14 novembre 2013, Lisimberti, Rv. 257322-01.

([3]) Ritengo esemplare, da questo punto di vista, il principio di diritto espresso in Cass. pen., Sez. IV, n. 46979, 10 novembre 2015, Bregamotti, Rv. 265053-01, secondo cui: «Il ricorso per cassazione con cui si lamenta la mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione per l'omessa valutazione di circostanze acquisite agli atti non può limitarsi, pena l'inammissibilità, ad addurre l'esistenza di atti processuali non esplicitamente presi in considerazione nella motivazione del provvedimento impugnato ovvero non correttamente od adeguatamente interpretati dal giudicante, ma deve, invece: a) identificare l'atto processuale cui fa riferimento; b) individuare l'elemento fattuale o il dato probatorio che da tale atto emerge e che risulta incompatibile con la ricostruzione svolta nella sentenza; c) dare la prova della verità dell'elemento fattuale o del dato probatorio invocato, nonché della effettiva esistenza dell'atto processuale su cui tale prova si fonda; d) indicare le ragioni per cui l'atto inficia e compromette, in modo decisivo, la tenuta logica e l'intera coerenza della motivazione, introducendo profili di radicale "incompatibilità" all'interno dell'impianto argomentativo del provvedimento impugnato»; si vedano, in senso sostanzialmente conforme, anche Cass. pen., Sez. II, n. 29677, 11 aprile 2017, Schioppo, Rv. 270071-01; Cass. pen., Sez. III, n. 43322, 2 aprile 2014, Sisti, Rv. 260994-01.

In termini analoghi, devono ritenersi connotate da genericità la doglianze che si limitano a riproporre assertivamente deduzioni svolte nei precedenti gradi di giudizio, senza tenere conto delle risposte date a tali censure dalla sentenza impugnata e senza introdurre ulteriori doglianze.

La mancanza di collegamento con i passaggi motivazionali della sentenza impugnata, infatti, comporta che, in queste ipotesi, il ricorso per cassazione non soddisfi i requisiti previsti a pena di inammissibilità dalla disposizione dell'art. 581, comma 1, lett. a) e c), c.p.p.

2.2.2. I motivi che introducono doglianze non consentite dalla legge nel giudizio di legittimità.

Occorre, quindi, passare a considerare i motivi che introducono doglianze non consentite nel giudizio di legittimità, che riguardano le ipotesi in cui le censure della parte processuale mirano a una ricostruzione meramente fattuale degli accadimenti criminosi oggetto di vaglio.

Al giudice di legittimità, infatti, non è consentita *sic et simpliciter* la rivalutazione del compendio probatorio esaminato nei giudizi di merito, anche in considerazione del fatto che non può sottoporre a una disamina integrale gli atti processuali posti a fondamento delle decisioni sottostanti e nessun elemento, tantomeno una porzione di prova, per quanto possa apparire importante, può essere valutato a prescindere dall'intero contesto giurisdizionale, sul quale il vaglio di legittimità deve concentrarsi.

Né potrebbe essere diversamente, atteso che anche il rapporto di contraddizione esterna al testo della sentenza impugnata davanti alla Corte di cassazione, così come introdotto dall'art. 8 della legge 20 febbraio 2006, n. 46, che ha modificato l'art. 606, comma 1, c.p.p., per essere compatibile con il giudizio di legittimità non può che essere inteso *stricto sensu* come rapporto di negazione sul significante, a tale giudizio continuando a risultare estranea ogni disamina attinente al significato e alla plausibilità della lettura della prova compiuta dai giudici del merito[4].

Non può, tuttavia, confondersi tra un ricorso in fatto e un ricorso con il quale si denunzia l'omessa risposta a censure fondate sulla ricostruzione fattuale degli accadimenti criminosi, non manifestamente infondate ovvero irrilevanti, incentrate sul percorso argomentativo seguito dai giudici di merito, indispensabili per l'inquadramento delle doglianze della parte processuale.

([4]) Su questi temi, si rinvia a Cass. pen., Sez. V, n. 48050, 2 luglio 2019, S., Rv. 277758-01; Cass. pen., Sez. I, n. 53600, 24 novembre 2016, Sanfilippo, Rv. 271635-01; Cass. pen., n. 24667, Sez. I, 15 giugno 2007, Musumeci, Rv. 237607-01; Cass. pen., Sez. V, n. 8094, 11 gennaio 2007, Ienco, Rv. 236540-01; in dottrina, si ritiene utile il richiamo all'intervento di L. CALÒ, *Travisamento della prova. Storia di un dialogo*, in *Cass. pen.*, 2008, 7-8, pp. 2899 ss.

Infatti, per potere essere autosufficiente e non generico il ricorso per cassazione deve indicare le deduzioni per le quali si lamenta una carenza di risposta da parte del giudice di merito, che conseguentemente costituiscono solo la premessa per apprezzare la completezza della motivazione. D'altra parte, se è vero che il giudice di secondo grado può rinviare al contenuto argomentativo della decisione di primo grado, anche *per relationem*[5], lo stesso deve comunque, oltre che trarre una sintesi logica dal compendio probatorio sottoposto al suo vaglio giurisdizionale – che non può ridursi alla semplice riproduzione dei risultati inferenziali acquisiti –, dare puntuale risposta alle argomentazioni difensive.

2.2.3. L'inquadramento processuale dei motivi di ricorso manifestamente infondati: un primo sguardo d'insieme.

I motivi del ricorso per cassazione manifestamente infondati possono esserlo in fatto – perché si denunzia l'omessa risposta ma questa c'è stata o perché si afferma che la prova è insufficiente e invece è consistente – ovvero in diritto – perché si denuncia una questione priva di ogni consistenza giuridica o ermeneutica – al contrario di quanto concretamente riscontrabile; di entrambe tali doglianze occorre occuparsi partitamente.

Deve, invero, rilevarsi che la demarcazione tra manifesta infondatezza e infondatezza del ricorso per cassazione, spesso, può apparire ambigua, assumendo connotazioni ermeneutiche che appaiono eccessivamente sfumate. Non può negarsi, ad esempio, che talora tali pronunzie appaiono collegate all'individuazione dei termini di prescrizione del reato per cui si procede, il cui decorso deve essere valutato dalla Corte di cassazione alla luce della giurisprudenza di legittimità consolidata[6].

Si aggiunga ulteriormente che, laddove vengano prospettate censure che riguardano il vizio di motivazione della decisione di merito, la distinzione tra manifesta infondatezza e infondatezza, spesso, dipende da come la parte formula il ricorso per cassazione, anche se, in genere, le due patologie processuali si saldano tra loro, riguardando il percorso censorio posto a fondamento dell'atto di impugnazione.

Per quanto riguarda, invece, le doglianze che introducono questioni di diritto *ex* art. 606, comma 1, lett. b) e c), c.p.p. quello che assume rilievo decisivo non è il percorso argomentativo

([5]) Vedi *infra* § 5.2.

([6]) Su questi temi, tra le tante pronunce, si rinvia a Cass. pen., Sez. un., n. 15427, 31 marzo 2016, Cavallo, Rv. 267041-01; Cass. pen., Sez. un., n. 12602, 17 dicembre 2015, Ricci, Rv. 266818-01.

seguito dal giudice di merito, quanto, piuttosto, l'esito decisorio del ragionamento processuale e la corretta indicazione della disposizione violata.

Può anche verificarsi l'ipotesi in cui la decisione di merito è giusta, ma si fonda su un percorso argomentativo erroneo; condizione, questa, che comporta che difficilmente un atto di impugnazione che censuri un siffatto profilo valutativo possa ritenersi manifestamente infondato.

Appare utile, infine, nelle ipotesi in cui vengano sollevate questioni di diritto, la considerazione del livello di omogeneità della giurisprudenza di legittimità esistente in materia. E' evidente, infatti, che la presenza di recenti interventi chiarificatori delle Sezioni unite, indicative di un contrasto appena risolto, non dovrebbe mai far ritenere la questione sollevata dalla parte manifestamente infondata riguardando un arresto giurisprudenziale necessitato proprio dai contrasti ermeneutici insorti sul tema censorio.

2.2.4. I motivi di ricorso concernenti punti comunque non censurati nel grado precedente.

In questo caso, vengono in rilievo due aspetti tra loro concorrenti; quello relativo al regime di deducibilità delle nullità e delle relative sanatorie; quello, connesso, relativo alla portata del principio devolutivo, che è cosa ben diversa, dal giudicato progressivo della sentenza di merito, di cui ci si occuperà più avanti[7], che concerne soltanto le questioni precluse a seguito di un annullamento con rinvio pronunciato dalla Corte di cassazione.

3. La motivazione dei ricorsi per cassazione assegnati alle sezioni ordinarie della Corte di cassazione.

3.1. Premessa.

Prima di entrare nel merito delle questioni da esaminare in questa parte dell'intervento occorre evidenziare che, nel controllo di legittimità eseguito dalla Corte di cassazione, i provvedimenti decisori di merito si sviluppano secondo linee logiche e giuridiche concordanti, con la conseguenza che la motivazione della sentenza di primo grado si salda necessariamente con quella della decisione di appello, formando un corpo motivazionale unitario e inscindibile, a prescindere da eventuali richiami a singoli passaggi argomentativi della pronunzia impugnata, generalmente effettuati dal ricorrente allo scopo di evidenziarne l'incongruità motivazionale.

([7]) Vedi *infra* § 3.3.

In questa cornice, si ritiene indispensabile richiamare l'orientamento ermeneutico consolidato, secondo cui: «Le sentenze di primo e di secondo grado si saldano tra loro e formano un unico complesso motivazionale, qualora i giudici di appello abbiano esaminato le censure proposte dall'appellante con criteri omogenei a quelli usati dal primo giudice e con frequenti riferimenti alle determinazioni ivi prese ed ai fondamentali passaggi logico-giuridici della decisione e, a maggior ragione, quando i motivi di gravame non abbiano riguardato elementi nuovi, ma si siano limitati a prospettare circostanze già esaminate ed ampiamente chiarite nella decisione impugnata»[8].

Ne discende che i singoli passaggi motivazionali della sentenza di appello devono necessariamente integrarsi con gli omologhi passaggi della decisione di primo grado, componendo entrambi i provvedimenti decisori un percorso argomentativo unitario e omogeneo rispetto al controllo giurisdizionale demandato alla Corte di cassazione con l'atto di impugnazione.

A conferma di quanto si sta affermando occorre richiamare ulteriormente il principio di diritto, secondo cui: «Ai fini del controllo di legittimità sul vizio di motivazione, la struttura giustificativa della sentenza di appello si salda con quella di primo grado, per formare un unico complessivo corpo argomentativo, allorquando i giudici del gravame, esaminando le censure proposte dall'appellante con criteri omogenei a quelli del primo giudice ed operando frequenti riferimenti ai passaggi logico giuridici della prima sentenza, concordino nell'analisi e nella valutazione degli elementi di prova posti a fondamento della decisione»[9].

3.2. Il rigetto del ricorso e l'infondatezza delle doglianze poste a fondamento dell'atto di impugnazione.

Fatta questa indispensabile premessa, occorre passare a esaminare le singole tipologie provvedimentali, prendendo le mosse dal rigetto del ricorso, che si ha quando l'impugnazione proposta viene respinta e il provvedimento impugnato – di primo grado o di appello – viene conseguentemente confermato.

Il rigetto del ricorso, a sua volta, può essere integrale o parziale; in questo secondo caso, l'effetto dell'irrevocabilità investe solo una parte del provvedimento decisorio impugnato,

([8]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. III, n. 13926, 1 dicembre 2011, Valerio, Rv. 252615-01; si vedano, in senso sostanzialmente conforme, anche Cass. pen., Sez. 2, n. 37295, 12 giugno 2019, E., Rv. 277218-01; Cass. pen., Sez. I, n. 8868, 26 giugno 2006, Sangiorgi, Rv. 216907-01.

([9]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. III, n. 44418, 16 luglio 2013, Argentieri, Rv. 257595-01.

conformemente al principio di formazione progressiva del giudicato, che occorre porre in evidenza in conformità della giurisprudenza di legittimità consolidata, secondo cui: «In tema di annullamento parziale della sentenza impugnata da parte della cassazione, il principio della formazione progressiva del giudicato – desumibile da una corretta interpretazione del disposto dell'art. 545 comma primo c.p.p. del 1930 (e parallelamente dell'art. 624, comma primo, nuovo c.p.p.) – che ne importa la configurabilità in ordine alle parti non annullate della sentenza concernenti l'esistenza del reato e la responsabilità dell'imputato e non in rapporto di connessione essenziale con quelle annullate, legittima la conclusione che esclude la operatività delle cause di estinzione del reato, relativamente alle parti della decisione sulle quali si è formato il giudicato, non potendo l'art. 152 c.p.p. del 1930 (e l'art. 129 nuovo c.p.p.), che pur prevede l'efficacia di dette cause in ogni stato e grado del procedimento, superare la "barriera del giudicato", essendosi per quelle parti della sentenza che tale autorità hanno acquistato, ormai concluso, in maniera definitiva, il loro "iter" processuale»[10].

3.3. L'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata con ricorso per cassazione.

Occorre, quindi, passare a considerare le ipotesi in cui la Corte di cassazione pronuncia una sentenza di annullamento senza rinvio, a norma dell'art. 620 c.p.p.

Tali pronunzie intervengono, secondo quanto previsto dall'art. 620 c.p.p., se il fatto non è previsto dalla legge come reato, se il reato è estinto o se l'azione penale non doveva essere iniziata o proseguita; se il reato non appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario; se il provvedimento impugnato contiene disposizioni che eccedono i poteri della giurisdizione, limitatamente alle medesime; se la decisione impugnata consiste in un provvedimento non consentito dalla legge; se la sentenza è nulla a norma e nei limiti dell'art. 522 c.p.p., in relazione a un reato concorrente; se la sentenza è nulla a norma e nei limiti dell'art. 522 c.p.p., in relazione a un fatto nuovo; se la condanna è stata pronunciata per errore di persona; se vi è contraddizione fra la sentenza o l'ordinanza impugnata e un altro provvedimento anteriore concernente la stessa persona e il medesimo oggetto, pronunciata dallo stesso o da un altro giudice penale; se la sentenza impugnata ha deciso in secondo grado su una materia per la quale non è ammesso l'appello; in ogni altro caso

([10]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. un., n. 4460, 19 gennaio 1994, Cellerini, Rv. 196886-01; su questa pronuncia si veda il commento di G. ROMEO, *La continuazione ancora senza certezze*, in *Cass. pen.*, 1994, 8, pp. 2027 ss.

in cui la Corte di cassazione ritiene superfluo il rinvio ovvero può essa medesima procedere alla determinazione della pena o dare i provvedimenti necessari.

3.4. L'annullamento con rinvio della sentenza impugnata con ricorso per cassazione.

Al di fuori delle ipotesi che si sono passate in rassegna nel paragrafo precedente, la Corte di cassazione emette una sentenza di annullamento con rinvio del provvedimento impugnato, a norma dell'art. 623 c.p.p.

Tali pronunzie, secondo quanto previsto dall'art. 623 c.p.p., comportano che, se è annullata un'ordinanza, la Corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al giudice che l'ha pronunciata, che provvede uniformandosi alla sentenza di annullamento; se è annullata una sentenza di condanna, nei casi previsti dall'art. 604, commi 1, 4 e 5-*bis*, c.p.p., la Corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al giudice di primo grado; se è annullata la sentenza di una corte di assise di appello o di una corte di appello ovvero di una corte di assise o di un tribunale in composizione collegiale, il giudizio è rinviato rispettivamente a un'altra sezione della stessa corte o dello stesso tribunale o, in mancanza, alla corte o al tribunale più vicini; se è annullata la sentenza di un tribunale monocratico o di un giudice per le indagini preliminari, la Corte di cassazione dispone che gli atti processuali siano trasmessi al medesimo tribunale, anche se, in questo caso, il giudice deve essere diverso da quello che ha pronunciato la sentenza annullata.

4. Il controllo di legittimità della motivazione da parte della Corte di cassazione.

4.1. La violazione di legge, rilevante ai sensi degli artt. 606, lett. b) e c), c.p.p. e le ipotesi di elusione dei doveri motivazionali del giudice di merito.

Il vizio di violazione di legge, si ha quando il giudice, nel pronunciare una sentenza erra nell'applicazione di una norma penale o processuale *ex* art. 606, lett. b) e c), c.p.p.

Nell'ambito di tale patologia processuale occorre considerare il vizio deducibile in termini di mancanza di motivazione dei provvedimenti decisori, che riguarda, oltre all'ipotesi, meramente scolastica, di un provvedimento totalmente privo di giustificazioni, ma dotato del solo dispositivo, tutti i casi in cui la motivazione risulti sprovvista dei requisiti minimi di coerenza, completezza e logicità, al punto da risultare meramente apparente o assolutamente inidonea a rendere comprensibile il filo logico seguito dal giudice di merito. Sul punto, non si può che richiamare la giurisprudenza di legittimità consolidata secondo cui: «Qualora il ricorso per cassazione sia

ammesso esclusivamente per violazione di legge, è comunque deducibile la mancanza o la mera apparenza della motivazione, atteso che in tal caso si prospetta la violazione della norma che impone l'obbligo della motivazione nei provvedimenti giurisdizionali»[11].

Nella stessa direzione ermeneutica si colloca la giurisprudenza consolidatasi in tema di procedimenti di prevenzione, secondo cui: «Nel procedimento di prevenzione il ricorso per cassazione è ammesso soltanto per violazione di legge, secondo il disposto dell'art. 4 legge 27 dicembre 1956, n. 1423, richiamato dall'art. 3-*ter*, secondo comma, legge 31 maggio 1965, n. 575; ne consegue che, in tema di sindacato sulla motivazione, è esclusa dal novero dei vizi deducibili in sede di legittimità l'ipotesi dell'illogicità manifesta di cui all'art. 606, lett. e), c.p.p., potendosi esclusivamente denunciare con il ricorso, poiché qualificabile come violazione dell'obbligo di provvedere con decreto motivato imposto al giudice d'appello dal nono comma del predetto art. 4 legge n. 1423 del 56, il caso di motivazione inesistente o meramente apparente»[12].

4.2. La manifesta illogicità della sentenza, rilevante ai sensi dell'art. 606, lett. e), c.p.p.

Il vizio di manifesta illogicità della sentenza, rilevante *ex* art. 606, lett. e), c.p.p., postula, secondo quanto espressamente previsto da tale disposizione, che tale patologia processuale emerga dal testo della sentenza ovvero da atti del processo specificamente indicati nei motivi di impugnazione.

Su questa tematica, in termini generali, occorre richiamare l'orientamento ermeneutico consolidato, riconducibile all'intervento chiarificatore delle Sezioni unite, risalente e tuttora insuperato, secondo cui: «Ai sensi dell'art. 606, lett. e) c.p.p., la mancanza e la manifesta illogicità della motivazione devono risultare dal testo del provvedimento impugnato, sicché dedurre tale vizio in sede di legittimità significa dimostrare che il testo del provvedimento è manifestamente carente di motivazione e/o di logica, e non già opporre alla logica valutazione degli atti effettuata dal giudice di merito una diversa ricostruzione, magari altrettanto logica»[13].

([11]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Sez. un., n. 25080, 28 maggio 2003, Pellegrino, Rv. 224611-01; si vedano, in senso sostanzialmente conforme, anche Cass. pen., Sez. I, n. 37351, 6 maggio 2004, Trigila, Rv. 260805-01; Cass. pen., Sez. I, n. 5338, 14/11/2003, Ganci, Rv. 226628-01.

([12]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. un., n. 33451, 29 maggio 2014, Repaci, Rv. 260246-01.

([13]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. un., n. 16, 19 giugno 1996, Di Francesco, Rv. 205621-01; su questo intervento delle Sezioni unite, si veda il commento di C. MAINA, *Le sezioni unite superano il contrasto con un'estensione analogica del codice di rito*, in *Guida dir.*, 1997, 6, pp. 63 ss.

Questa opzione ermeneutica, a sua volta, deve essere integrata con quella espressa da un altro arresto chiarificatore delle Sezioni unite, che, a distanza di alcuni anni, intervenendo sulla natura del sindacato di legittimità sul vizio di motivazione della sentenza di merito, affermavano il seguente principio di diritto: «In tema di controllo sulla motivazione, alla Corte di cassazione è normativamente preclusa la possibilità non solo di sovrapporre la propria valutazione delle risultanze processuali a quella compiuta nei precedenti gradi, ma anche di saggiare la tenuta logica della pronuncia portata alla sua cognizione mediante un raffronto tra l'apparato argomentativo che la sorregge ed eventuali altri modelli di ragionamento mutuati dall'esterno; ed invero, avendo il legislatore attribuito rilievo esclusivamente al testo del provvedimento impugnato, che si presenta quale elaborato dell'intelletto costituente un sistema logico in sé compiuto ed autonomo, il sindacato di legittimità è limitato alla verifica della coerenza strutturale della sentenza in sé e per sé considerata, necessariamente condotta alla stregua degli stessi parametri valutativi da cui essa è "geneticamente" informata, ancorché questi siano ipoteticamente sostituibili da altri»[14].

Conclude, infine, questo percorso ermeneutico sulla manifesta illogicità della sentenza di merito, un ulteriore intervento chiarificatore delle Sezioni unite, in cui veniva affermato il seguente principio di diritto: «L'illogicità della motivazione, censurabile a norma dell'art. 606, comma 1, lett e), c.p.p., è quella evidente, cioè di spessore tale da risultare percepibile "ictu oculi", in quanto l'indagine di legittimità sul discorso giustificativo della decisione ha un orizzonte circoscritto, dovendo il sindacato demandato alla Corte di cassazione limitarsi, per espressa volontà del legislatore, a riscontrare l'esistenza di un logico apparato argomentativo, senza possibilità di verifica della rispondenza della motivazione alle acquisizioni processuali»[15].

4.3. Il vizio di travisamento dell'atto processuale, rilevante ai sensi dell'art. 606, lett. e), c.p.p.

Per inquadrare questa patologia processuale, in via preliminare, si ritiene indispensabile evidenziare che, a seguito delle modifiche dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p. da parte dell'art. 8

([14]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. un., n. 12, 31 maggio 2000, Jakani, Rv. 216260-01; su questo intervento delle Sezioni unite, si veda il commento di M. DANIELE, *Una pronuncia delle Sezioni Unite sul vizio di motivazione: an e quomodo del controllo di "legittimità"*, in *Cass. pen.*, 2001, 5, pp. 1436 ss.

([15]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. un., n. 47289, 24 settembre 2003, Petrella, Rv. 226074-01; su questo intervento delle Sezioni unite, si veda il commento di E. DI DEDDA, *Il regime transitorio del patteggiamento "allargato": la morfologia della ricezione, l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 5, pp. 579 ss.

della legge 20 febbraio 2006, n. 46, di cui si è già detto[16], mentre non è consentito dedurre il travisamento del fatto, stante la preclusione per il giudice di legittimità di sovrapporre la propria valutazione delle risultanze processuali a quella compiuta nei precedenti gradi di merito, deve ritenersi consentita la deduzione del vizio di travisamento della prova, che ricorre nel caso in cui il giudice di merito fondi il proprio convincimento giurisdizionale su una prova che non esiste o su un risultato di prova incontestabilmente diverso da quello reale, atteso che, in tal caso, non si tratta di reinterpretare gli elementi di prova valutati dal giudice di merito ai fini della decisione, ma di verificare se tali elementi sussistano.

Su questi temi, fin da epoca risalente, si consolidava un orientamento ermeneutico che è possibile richiamare citando il seguente principio di diritto: «In tema di motivi di ricorso per cassazione, a seguito delle modifiche dell'art. 606, comma primo, lett. e) ad opera dell'art. 8 della L. n. 46 del 2006, mentre non è consentito dedurre il "travisamento del fatto", stante la preclusione per il giudice di legittimità di sovrapporre la propria valutazione delle risultanze processuali a quella compiuta nei precedenti gradi di merito, è, invece, consentito dedurre il vizio di "travisamento della prova", che ricorre nel caso in cui il giudice di merito abbia fondato il proprio convincimento su una prova che non esiste o su un risultato di prova incontestabilmente diverso da quello reale, considerato che, in tal caso, non si tratta di reinterpretare gli elementi di prova valutati dal giudice di merito ai fini della decisione, ma di verificare se detti elementi sussistano»[17].

Nella stessa direzione, si muove l'arresto giurisprudenziale, di poco successivo, con cui la Corte di cassazione, soffermandosi sulle ipotesi di travisamento di prove decisive, affermava: «Nel giudizio di legittimità per travisamento di una prova decisiva acquisita al processo l'oggetto della cognizione, nei limiti della censura dedotta, è l'esistenza di una palese difformità tra i risultati obiettivamente derivanti dall'assunzione della prova e quelli che il giudice di merito ne abbia tratto»[18].

Esemplare rappresentazione di quanto si sta affermando si trae dal tema della valutazione del contenuto di intercettazioni telefoniche o ambientali, rispetto al quale non si ritiene possibile operare una reinterpretazione complessiva del contenuto di tali conversazioni in sede di legittimità,

([16]) Vedi anche *supra* § 2.2.2.

([17]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. V, n. 39048, 25 settembre 2007, Casavola, Rv. 238215-01.

([18]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. III, n. 39729, 18 giugno 2009, Belluccia, Rv. 244623-01.

sulla scorta di quanto frequentemente prospettato dai ricorrenti nei loro atti di impugnazione, essendo una tale operazione di ermeneutica processuale preclusa alla Corte di cassazione, conformemente al seguente principio di diritto: «In materia di intercettazioni telefoniche, costituisce questione di fatto, rimessa all'esclusiva competenza del giudice di merito, l'interpretazione e la valutazione del contenuto delle conversazioni, il cui apprezzamento non può essere sindacato in sede di legittimità se non nei limiti della manifesta illogicità ed irragionevolezza della motivazione con cui esse sono recepite»[19].

Discorso, questo, che vale anche con riferimento alla lettura del contenuto delle conversazioni e delle comunicazioni captate durante le indagini preliminari, rispetto alle quali è generalmente tratteggiato nei ricorsi per cassazione, un mero problema di interpretazione delle frasi e del linguaggio usato dai soggetti interessati a quelle intercettazioni, che costituisce una *quaestio facti*, rimessa all'apprezzamento del giudice di merito, che si sottrae al giudizio di legittimità se e nella misura in cui le valutazioni effettuate dai giudici di merito risultino logiche e coerenti in rapporto alle massime di esperienza utilizzate per l'interpretazione di tali captazioni. Sul punto, allo scopo di circoscrivere con maggiore puntualità gli ambiti di intervento del giudice di legittimità in relazione all'operazione di ermeneutica processuale compiuta dai giudici di merito sui risultati delle intercettazioni, si ritiene utile richiamare il seguente principio di diritto: «In tema di valutazione della prova, con riferimento ai risultati delle intercettazioni di comunicazioni, il giudice di merito deve accertare che il significato delle conversazioni intercettate sia connotato dai caratteri di chiarezza, decifrabilità dei significati e assenza di ambiguità, di modo che la ricostruzione del significato delle conversazioni non lasci margini di dubbio sul significato complessivo della conversazione»[20].

Questa posizione ermeneutica, infine, veniva definitivamente ribadita dalle Sezioni unite, che, soffermandosi sul problema dell'interpretazione del linguaggio adoperato nel corso delle intercettazioni, affermavano il seguente principio di diritto: «In tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, l'interpretazione del linguaggio adoperato dai soggetti intercettati, anche quando sia criptico o cifrato, costituisce questione di fatto, rimessa alla valutazione del

([19]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. II, n. 35181, 22 maggio 2013, Vecchio, Rv. 257784-01.

([20]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. VI, n. 29530, 3 maggio 2006, Rispoli, Rv. 235088-01; si veda, in senso sostanzialmente conforme, anche Cass. pen., Sez. V, n. 48286, 12 luglio 2016, Cigliola, Rv. 268414-01.

giudice di merito, la quale, se risulta logica in relazione alle massime di esperienza utilizzate, si sottrae al sindacato di legittimità»[21].

5. Il controllo di legittimità della Corte di cassazione sulle motivazioni "atipiche".

5.1. La motivazione apparente delle sentenze di merito.

Per inquadrare questa tipologia di patologia della motivazione, cui ci si è già riferiti a proposito del vizio di violazione di legge, caratterizzato dall'elusione integrale delle questioni sottoposte alla cognizione del decidente[22], cui consegue la violazione del dovere di motivare i provvedimenti giurisdizionali, occorre richiamare la giurisprudenza di legittimità consolidata: «In tema di vizio della motivazione delle sentenze, la motivazione apparente e, dunque, inesistente è ravvisabile soltanto quando sia del tutto avulsa dalle risultanze processuali o si avvalga di argomentazioni di puro genere o di asserzioni apodittiche o di proposizioni prive di efficacia dimostrativa, cioè, in tutti i casi in cui il ragionamento espresso dal giudice a sostegno della decisione adottata sia soltanto fittizio e perciò sostanzialmente inesistente»[23].

Tale patologie processuali, dunque, si concretizza quando la motivazione del provvedimento impugnato, formalmente esistente, sia del tutto avulsa e dissociata dalle risultanze processuali ovvero si avvalga di argomentazioni di puro genere, asserzioni apodittiche, proposizioni prive di efficacia dimostrativa. Ne consegue che la motivazione apparente si concretizza in tutte quelle ipotesi in cui il percorso argomentativo espresso dal giudice a sostegno della decisione adottata sia soltanto fittizio e, in conseguenza di tale fittizietà, debba ritenersi inesistente.

5.2. La motivazione per relationem delle sentenze di merito.

Per inquadrare questa ulteriore tipologia di motivazione "atipica" delle sentenze di merito, occorre premettere che non è possibile ipotizzare che un provvedimento decisorio, per il semplice richiamo, ancorché sintetico, a singoli passaggi motivazionali del provvedimento decisorio sottostante, possa ricondursi alla categoria degli atti *per relationem*, atteso che, nel giudizio di appello, la valutazione della specificità dei motivi di impugnazione si pone in termini differenti e

([21]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. un. 22741, 26 febbraio 2015, Sebbar, Rv. 263715-01.

([22]) Vedi *supra* § 4.1.

([23]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. V, n. 24862, 19 maggio 2010, Mastrogiovanni, Rv. 247682-01.

meno stringenti rispetto a quanto è necessario per il ricorso per cassazione, in ragione del carattere di mezzo di gravame di tipo devolutivo del primo dei due rimedi, atto a provocare un nuovo esame del merito. Tutto questo non può che comportare una valutazione meno rigorosa dei singoli passaggi motivazionali, di volta in volta, considerati, laddove censurati sotto tali profili giurisdizionali[24].

In questa cornice, appare opportuno richiamare il principio di diritto secondo cui: «La motivazione "per relationem" di un provvedimento giudiziale è da considerarsi legittima quando: a) faccia riferimento ad altro atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; b) fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto delle ragioni del provvedimento di riferimento ritenendole coerenti con la sua decisione; c) l'atto di riferimento sia conosciuto dall'interessato o almeno a lui ostensibile»[25].

Tale opzione ermeneutica, a sua volta, si colloca nel solco di un risalante arresto chiarificatore delle Sezioni unite, nel contesto del quale veniva affermato il seguente principio di diritto: «La motivazione "per relationem" di un provvedimento giudiziale è da considerare legittima quando: 1) faccia riferimento, recettizio o di semplice rinvio, a un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; 2) fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; 3) l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione»[26]

5.3. Le ipotesi di vizi della motivazione dei provvedimenti cautelari fondate su errori di "copia-incolla".

([24]) Si vedano Cass. pen., Sez. II, n. 8345, 23 novembre 2013, Pierannunzio, Rv. 258529-01; Cass. pen., Sez. I, n. 1445, 14 ottobre 2013, Spada, Rv. 258357-01.

([25]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. IV, n. 4481, 14 novembre 2007, Benincaca, Rv. 238674.

([26]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. un., n. 17, 21 giugno 2000, Primavera, Rv. 216664-01.

Per inquadrare questa tipologia di motivazione "atipica" di sentenza di merito, sempre più frequente nella materia cautelare, occorre richiamare il seguente principio di diritto: «È illegittima l'ordinanza con la quale il Tribunale – in sede di appello cautelare *ex* art. 310 c.p.p. […] con la tecnica del copia-incolla informatico – argomentazioni e valutazioni contenute in decisioni conclusive di precedenti procedure "de libertate", ritenendo apoditticamente gli argomenti difensivi inidonei ad inficiare il quadro cautelare già valutato e omettendo di valutare e dar conto, con congrua motivazione, di fatti sopravvenuti e, pertanto, nuovi indicati dalla difesa, quali la revoca di analoga misura nei confronti di altri coindagati unitamente all'ulteriore decorso del tempo, tali da rilevare in sede di attualità delle esigenze cautelari»[27].

Tale nullità, peraltro, non comporta che l'intero provvedimento cautelare sia inficiato dall'errore informatico in questione, atteso che secondo quanto affermato dalla Corte di cassazione: «E' nullo per difetto di motivazione il provvedimento del giudice che riproduca alla lettera ampi stralci della parte motiva di altra pronuncia, a meno che detta tecnica di redazione manifesti una autonoma rielaborazione da parte del decidente e dia adeguata risposta alle doglianze proposte dal ricorrente»[28].

Occorre, infine, evidenziare che, nel censurare tale patologia motivazionale, non ci si può limitare a prospettare in termini generici la mancanza di autonomia dell'ordinanza impugnata rispetto ai sottostanti provvedimenti, ma occorre indicare i passaggi motivazionali dell'ordinanza che risultavano inficiati da tali omissioni e le conseguenze che ne derivavano sul piano processuale, relativamente alla posizione dell'imputato. Esemplare, da questo punto di vista, appare il seguente arresto giurisprudenziale: «In tema di impugnazioni avverso i provvedimenti "de libertate", il ricorrente per cassazione che denunci la nullità dell'ordinanza cautelare per omessa autonoma valutazione delle esigenze cautelari e dei gravi indizi di colpevolezza ha l'onere di indicare gli aspetti della motivazione in relazione ai quali detta omissione abbia impedito apprezzamenti di segno contrario di tale rilevanza da condurre a conclusioni diverse da quelle adottate»[29].

([27]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. V, n. 2926, 13 dicembre 2013, Vio, Rv. 257941-01.

([28]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. IV, n. 7031, 5 febbraio 2013, Conti, Rv. 254937-01.

([29]) Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto da Cass. pen., Sez. I, n. 333, 28 novembre 2018, Esposito, Rv. 274760-01.

Emanuele Quadraccia

Diritto penale dell'ambiente: tutela di beni o tutela di funzioni?[1]

Il convegno organizzato dall'Associazione Giustizia e Democrazia (A.G.eD.) di Como presso la locale biblioteca comunale è stato occasione, tra l'altro, per uno stimolante confronto a più voci sul rapporto tra diritto penale e attività amministrativa, che ha consentito di mettere in luce le peculiarità che assumono, da un lato, il diritto punitivo e, dall'altro, la funzione amministrativa, in quanto finalizzati, entrambi, alla tutela dell'ecosistema.

Sul riconoscimento dell'ambiente come valore costituzionalmente tutelato e, dunque, sul problema del rapporto e del bilanciamento con gli altri diritti fondamentali ci siamo già soffermati nell'ambito di un nostro precedente intervento su questa Rivista[2]. Sul punto, è sufficiente ricordare come sia ormai affermazione condivisa quella secondo cui la primarietà riconosciuta all'interesse ambientale, pur non legittimandone una preminenza assoluta in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, determini, tuttavia, la necessità di un suo bilanciamento nel campo delle opzioni di indirizzo politico fatte proprie dal legislatore, oltre che nei concreti risvolti applicativi al vaglio delle pubbliche amministrazioni. In altri termini, la centralità degli interessi che assurgono alla qualifica di valori costituzionali fondanti rende imprescindibile una loro compiuta ed esplicita rappresentazione nei processi decisionali all'interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche e amministrative[3].

[1] Riflessioni a margine del convegno su "Diritto penale dell'ambiente, sicurezza del lavoro e tutela della salute: aspetti teorici e casi pratici. Il caso ILVA" tenutosi il 14 febbraio 2020 a Como.

Questo scritto è dedicato all'amico e maestro Corrado Carrubba, che ormai più di quindici anni or sono mi ha instradato, allora giovane praticante avvocato, nello studio di quell'affascinante disciplina che è il diritto ambientale.

[2] Ci sia consentito rimandare a QUADRACCIA, *"Alcune riflessioni sui rapporti tra Ambiente e Costituzione"* in *Il diritto vivente*, n. 2-2017, 264 ss.

[3] Siffatta impostazione trova conferma in quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 85 del 2013 (relativa alla nota vicenda dell'ILVA di Taranto): «*Premesso che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri, e premesso altresì che la tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro, giacché se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona […]. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*».

Dalle brevi considerazioni sinora svolte, è di immediata percezione come la materia ambientale mal si presti ad una tutela giuridica di stampo esclusivamente civilistico, dacché, come efficacemente sottolineato in dottrina, essa *«[…] potrebbe non avere efficacia deterrente alcuna sui non abbienti»*, avendo riguardo solamente a situazioni di danno, già previste dagli artt.. 2043 ss. c.c.[4]. Si tralascerebbe, per tale via, la nodale categoria delle situazioni di pericolo, che assume cruciale rilievo nella sfera del penalmente rilevante[5]. Dette situazioni di pericolo sono «*i progetti di opere capaci, in divenire, di inquinare l'atmosfera o i mari*», in ordine ai quali, *«l'assunto talora prospettato di una maggiore speditezza dell'azione penale non sembra del tutto accoglibile di fronte all'efficacia di atti amministrativi dotati di immediata esecutorietà»*, mentre, *«non v'è dubbio che il processo e la sanzione penale possono di consueto offrire validi presidi contro le più gravi offese all'ambiente»*[6].

Si dibatte, pertanto, sulla indispensabilità dell'intervento penale ai fini di un'efficace protezione del bene giuridico "ambiente".

Quello del diritto ambientale è dunque un settore in cui le distinte tecniche di tutela – civile, penale ed amministrativa – tendono ad incrociarsi[7].

Lasciando in disparte, poiché esulante dal perimetro della presente trattazione, la specificità dell'usbergo risarcitorio del danno ambientale in sede civile[8], per quel che concerne gli altri ambiti del giuridicamente significativo, tale fenomeno di "confluenza di tutele" viene, dalla dottrina, declinato come segue.

Se da un lato, il diritto penale sembra porsi al servizio di tecniche amministrative di disciplina, da altro, differente punto di vista, esso usufruisce dell'azione amministrativa nell'intento

[4] È orientamento sedimentato in giurisprudenza quello secondo cui il d.lgs. n. 152/2006 (art. 311), pur attribuendo allo Stato, in persona del Ministro dell'ambiente, la legittimazione esclusiva all'azione civile in sede penale in caso di danno all'ambiente (in sé considerato come lesione dell'interesse pubblico alla integrità e salubrità dell'ecosistema), consente a tutti gli altri soggetti, singoli o associati, ivi compresi gli Enti pubblici territoriali e le Regioni, di agire per il risarcimento dei pregiudizi ulteriori e diversi (patrimoniali e non patrimoniali) derivanti comunque dal fatto produttivo del danno alle matrici ambientali (cfr. Cass. pen., sez. III, 16/06/2016, n. 35610; Cass. pen., sez. III, 21/06/2011, n. 34761).

[5] ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. II, *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, a cura di L. Conti, Torino, 1998, 436 s.

[6] ID., op. ult. cit., *ibidem*.

[7] FIORELLA, *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo*, Atti di un convegno interdisciplinare di studio, Teramo, 7-9 novembre 1991, a cura di F. Ciapparoni, Milano, 1995, 199.

[8] Per approfondimenti sul tema, v. MONATERI, *Atto illecito e disciplina della responsabilità civile per danno ambientale*, in https://www.ambientediritto.it/.

di conciliare la salvaguardia dell'ecosistema con l'utilità economica generale[9]. Ciò accade, in particolare, *«ove si coinvolga l'amministrazione nell'introdurre "progressivamente" limiti di emissione, proprio per evitare che una troppo repentina o prematura applicazione di norme restrittive, a tutela dell'ambiente, pregiudichi l'interesse allo sviluppo economico»*[10]. La ragione risiede nel fatto che l'opzione per una scelta di tutela fondata sul diritto punitivo dipende non soltanto dalla rilevanza del bene giuridico protetto, bensì, come innanzi evidenziato, anche dallo spessore dei beni che la norma incriminatrice comprime, in un complesso bilanciamento che soggiace a valutazioni di opportunità in concreto[11]. Così, ad esempio, la "permissività" di alcune disposizioni contenute nella antesignana legge 10 maggio 1976 n. 319, in tema di inquinamento idrico (meglio nota come "legge Merli"), si è sin da subito giustificata con la preoccupazione di non imporre al piccolo imprenditore o al privato cittadino pesi economici intollerabili, produttivi, a loro volta, di ulteriori conseguenze dannose (*id est*: la chiusura dell'azienda, la riduzione forzosa del personale, ecc.)[12].

Date queste premesse sulla compenetrazione necessaria (e necessitata) tra diritto penale e diritto amministrativo nel campo della tutela ambientale, il fondamentale interrogativo cui cercheremo di fornire risposta è quello se, in questo peculiare settore di parte speciale, lo *ius puniendi* sia posto a presidio di beni giuridici, ovvero a soccorso di mere funzioni, e, più precisamente, se le fattispecie incriminatici in questione mirino a preservare un determinato bene giuridico, o, di contro, a garantire le funzioni di pianificazione e controllo che competono, in via generale, alle pubbliche amministrazioni preposte ai vari settori (rifiuti, acque, urbanistica, ecc.).

La questione – che, attenendo alla legittimazione sostanziale dei reati ambientali, assume comprensibilmente primaria importanza – viene enunciata dagli studiosi della materia nei seguenti termini: *«Ai "beni giuridici" possono senz'altro parificarsi le "funzioni" quali oggetto della tutela penale?»*[13].

---

[9] L'opera di riferimento è quella di CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 1996, *passim*; più di recente, cfr. ID., in AA.VV., *Questioni fondamentali della parte speciale di diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino, 2013, 341 ss.

[10] FIORELLA, *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo*, cit., 199.

[11] PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 154.

[12] Sull'impianto originario della legge Merli, v. BUTTI, *Le nuove norme sull'inquinamento idrico*, Milano, 1995, 24 ss.

[13] FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Il diritto penale dell'impresa,* a cura di L. Conti, Padova, 2001, 22.

Secondo una prima impostazione, la normativa penale ambientale andrebbe intesa unicamente come strumento per il conseguimento di una difesa degli habitat naturali che sarebbe propria del diritto amministrativo[14]. In altri termini, il fine ultimo del legislatore sarebbe quello di operare una protezione in sede amministrativa dell'ambiente, nella quale il bene-ecosistema non assurge ad oggetto principale della tutela e viene quindi lasciato sullo sfondo. Per tali Autori, *«[…] la tutela dell'ambiente sarebbe affidata al diritto amministrativo, mentre il diritto penale servirebbe esclusivamente a creare le condizioni necessarie per l'esercizio della stessa»*[15]. Ciò spiegherebbe la presenza di numerosi reati formali che sanzionano, secondo la teorica in esame, la semplice disobbedienza ad obblighi specifici, come, ad esempio, quello di ottenere la preventiva autorizzazione, indispensabile per l'esercizio di talune attività economiche.

Altra parte dell'Accademia, pur mantenendo ben salda l'idea che il diritto penale dell'ambiente funga da baluardo di apposite funzioni di governo, è pervenuta ad una lettura parzialmente distinta, ritenendo detti fenomeni elusivi comunque incidenti su una funzione amministrativa avente rilevanza costituzionale. Questo legittimerebbe, in ciascun caso di trasgressione del precetto, l'applicazione della sanzione criminale, assurgendo anch'essa regolamentazione tecnico-organizzativa al rango di autentico bene giuridico, suscettibile, come tale, di protezione penale, non diversamente dai beni che si incarnano in entità materiali[16].

Le considerazioni testé richiamate, sebbene fondate su dati obiettivi riscontrabili nella legislazione vigente, sono, a nostro avviso, condivisibili solo parzialmente.

Ed invero, l'idea che meri complessi amministrativi di disciplina possano elevarsi al rango di veri e propri interessi primari, assistiti da sanzione penale, appare assoggettabile ad un triplice ordine di rilievi critici.

Il primo di essi, che rivela un approccio di tipo fenomenologico al problema, è rinvenibile nella eccessiva fiducia riposta nella capacità di visione prospettica del legislatore, cui viene

[14] V., in tal senso, PATRONO, *Inquinamento industriale e tutela penale dell'ambiente*, Padova, 1980, 45 ss.; PANAGIA, *La tutela dell'ambiente naturale nel diritto penale d'impresa*, Padova, 1993, 13 ss.; PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 670 ss.

[15] L. RAMACCI, *Manuale di diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2003, 17.

[16] Per questa impostazione, v., pur con sfumature diverse, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, *Nozione, struttura e sistematica del reato*, Milano, 1995, 189; BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980, 35; ID., *Problemi attuali di diritto penale ambientale*, in *Riv. it. dir. pen. ec.*, 1988, 445 ss.; ID., *La tutela dell'ambiente nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. ec.*, 1990, 341 ss.

attribuita la volontà (e l'attitudine) di elaborare strategie di intervento a lungo raggio, dirette al raggiungimento di intellegibili obiettivi di conservazione degli equilibri ecologici naturali[17].

In secondo luogo, siffatta tesi "funzionalistica" appare difficilmente conciliabile con la finalità di limite alla potestà punitiva che la tradizione politica liberale, di matrice illuministica, assegna al concetto di bene giuridico[18]. Sicché, va ricordato come *«[…] ciò che rende il bene giuridico un vero e proprio argine a difesa dell'arbitrio statuale»*, oltre ai suoi caratteri di concretezza ed offendibilità, sia *«il suo essere una situazione di fatto che preesiste alla volontà della maggioranza al potere, la quale, altrimenti, potrebbe di volta in volta essa stessa creare beni ed interessi meritevoli di tutela, e con ciò, il fondamento legittimante i propri precetti penali»*[19]. Mentre, infatti, il bene giuridico esprime un dato "pre-positivo"[20], (o, secondo altra definizione, "empirico-effettuale")[21], le funzioni, in quanto attività giuridicamente regolata di enti o organi pubblici di pura creazione legislativa, si dimostrano del tutto prive di tali caratteri di pre-esistenza ed effettualità: esse sono, per così dire, prive di materializzazione al di fuori della norma che le individua e, conseguentemente, del tutto estranee a quella precisa funzione dogmatica del bene giuridico, consistente nel porre un freno agli eventuali arbitri del legislatore[22].

In ultima analisi, si evidenzia come l'orientamento in rassegna, al precipuo scopo di sormontare le difficoltà di accertamento degli elementi fondamentali di un reato privo di un effettivo bene giuridico da proteggere, finisca per dare luogo ad una indebita anticipazione della tutela penale, sanzionando la mera disobbedienza al volere della P.A.[23]. Ove, difatti, si spostasse acriticamente l'accento dalla cura dei beni alla custodia delle funzioni, si correrebbe il pericolo di

[17] L'osservazione è L. RAMACCI, *Manuale di diritto penale dell'ambiente*, cit., 18.

[18] Cfr., in particolare, CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 92 s.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 70 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 1995, 6 ss.

[19] CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 93.

[20] Sul concetto di bene giuridico quale limite "fattuale" alla potestà punitiva dello Stato, v., approfonditamente, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 95; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 1995, 12; FIORELLA, *Reato in generale: diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 791; MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, Padova, 1992, 212 s.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino, 1991, 28; particolarmente significativo, nella dottrina tedesca, è il contributo di RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Fest. für Honig*, Berlino, 1970, 151 ss.

[21] FIORELLA, *Reato*, cit., 790.

[22] Sul tema, v. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., 130 ss. Cfr., nel senso che alla strenua difesa delle funzioni corrisponde, sovente, la mancata salvaguardia del bene, PANAGIA, *Del metodo e della crisi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1140. Per una alternativa visione d'insieme, cfr. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, cit., 670 ss.

[23] È questo, ci pare, il senso autentico dell'impostazione di FIORELLA, *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo*, cit., 200.

perdere di vista il cardinale principio di necessaria offensività del reato (*nullum crimen sine iniuria*), inteso qui nella sua accezione più ampia, e cioè *«[…] quale principio che "consacra" a livello costituzionale la tradizionale funzione di tutela dei beni giuridici del diritto penale»*[24].

Occorre, allora, ribadire con nettezza la necessità *«[…] di prevedere la sanzione penale solo in caso di un'offesa reale ad un bene dai precisi connotati sostanziali»*[25]. Ipotizzare, infatti, figure "prettamente sanzionatorie" di illecito, incentrate sull'assenza di un atto autorizzatorio piuttosto che sull'inosservanza delle prescrizioni dell'autorità amministrativa, si traduce in un approccio ermeneutico particolarmente insidioso. Non è difficile intravedere, sullo sfondo della risposta punitiva alla dissonanza dagli scopi di governo, il rischio di scivolare in un nuovo diritto penale della mera infedeltà, pronto a rattenere la pur minima disubbidienza al comando della pubblica amministrazione. Cosicché, incriminando l'inottemperanza alle linee programmatiche delineate dall'apparato, si finisce per eludere il basilare principio di offensività, pervenendo alla repressione di fatti di per sé privi di qualsivoglia potenziale lesivo.

In conclusione, riteniamo che la risposta penale debba essere riservata a quelle condotte che si stimino portatrici di maggior disvalore, in maniera tale da ricondurre l'intervento coercitivo dello Stato nell'alveo del c.d. "diritto penale minimo"[26], riservando, al contempo, al diritto amministrativo il compito di modulare, ai vari livelli di governo del territorio (statale, regionale, ecc.), l'agire regolatorio e di controllo. Ciò, peraltro, costituirebbe un freno all'ipertrofia normativa e giurisprudenziale, con indubbi benefici a cascata sui piani macroeconomico e macrosociale (cc.dd. "piani delle grandi cifre")[27].

La via tracciata appare, infine, maggiormente rispettosa della tradizione europea di diritto penale liberale, che non prevede, se non in casi del tutto straordinari, il sacrificio delle guarentigie individuali sull'altare della prevenzione generale. Così, finalizzando l'arretramento della soglia di punibilità alla prevenzione dei comportamenti perturbanti il funzionamento e lo sviluppo del sistema sociale garantito dalla Costituzione, si avvalora l'idea di una opportuna delimitazione del

[24] La citazione è tratta da CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 90.

[25] Sul punto, ancora, FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, cit., 23.

[26] FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Foro It.*, 2000, II, 125 ss.

[27] L'efficace espressione è di SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, 103.

contenuto materiale dei beni giuridici bisognevoli di effettiva tutela, nel rispetto del più volte richiamato principio di necessaria offensività del reato[28].

[28] Per una rielaborazione dei principali orientamenti di tema di accessorietà del diritto penale al diritto amministrativo, cfr. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2013, 13 ss.; nella letteratura spagnola, NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Madrid, 2001, 70.

Cesare Parodi

La riforma delle intercettazioni: la disciplina dell'archivio.

SOMMARIO: 1-L'archivio intercettazioni: premessa. 2-L'oggetto della trasmissione all'archivio. 3- Il deposito al termine delle indagini. 4- L'art. 89 disp. att. c.p.p. 5- I profili tecnico-organizzativi dell'archivio.

1-L'archivio intercettazioni: premessa.

Dopo un infinito travaglio- una gestazione biennale, superiore anche a quella dei nostri amici pachidermi: l'elefante africano ha la gravidanza più lunga in natura, 22 mesi – ha visto la luce e sta per trovare applicazione il d.lgs. 216/2017, come modificato dalla d.l. 161/2019, convertito con l. 7/2020, che ha rimodellato la disciplina delle intercettazioni. Disciplina per la quale è stata prevista – proprio con la legge di conversione del d.l. 161/2019- l'entrata in vigore alla data del 30 aprile 2020.

Moltissimi i temi che meriterebbero un approfondimento. Tra questi, per varie ragioni che è sostanzialmente inutile elencare, certamente deve essere ricompreso il tema dell'archivio delle intercettazioni.

L'archivio riservato intercettazioni era entrato e - come vedremo- resta a pieno titolo nel sistema organizzativo giudiziario, sebbene depurato dall'aggettivo "riservato". La finalità dell'archivio era ed è assolutamente chiara: creare un filtro efficace tra la disponibilità degli atti relativi alle captazioni – la cui conoscenza deve essere garantita alle parti con precisi limiti temporali – e la possibilità di disporre direttamente della documentazione delle comunicazioni e conversazioni. Un *sancta sanctorum* potenzialmente impenetrabile se non per gli "iniziati", indicati dal nuovo art. 89-*bis*, comma 3, delle disposizioni di attuazione.

Lo stesso organo giudicante non ha un potere di disposizione diretta degli atti ma dovrà accedere nei soli casi previsti dalla legge e previa registrazione. Il legislatore ha correttamente inserito, tra le parti il cui accesso deve essere regolamentato e documentato, anche il P.M. e i suoi ausiliari. Una scelta che consente di evitare delicate valutazioni sulla trasparenza e terzietà nella gestione dell'archivio.

A fronte della generica originaria indicazione dell'art. 269, comma 1, c.p.p. (Conservazione della documentazione), in base alla quale «*i verbali e le registrazioni sono conservati integralmente presso il P.M. che ha disposto l'intercettazione*», il sistema di cautele a tutela della riservatezza previsto dal d.lgs. 216/2017 era strutturato sulla previsione dell'**archivio riservato** delle intercettazioni, previsto dal testo dell'art. 267 comma 5 c.p.p. *"In apposito registro riservato tenuto*

nell'ufficio del pubblico ministero sono annotati, secondo un ordine cronologico, i decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni e, per ciascuna intercettazione, l'inizio e il termine delle operazioni";

Il testo dell'art. 269 c.p.p. previsto dal d.lgs. 216/2017 era il seguente: "***I verbali e le registrazioni, e ogni altro atto ad esse relativo**, sono conservati integralmente in apposito archivio riservato presso l'ufficio del pubblico ministero che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni, e sono coperti da segreto. Al giudice per le indagini preliminari e ai difensori dell'imputato per l'esercizio dei loro diritti e facoltà è in ogni caso consentito l'accesso all'archivio e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate".*

Attualmente il d.l. 161/2019, all'art. 269 c.p.p. - stabilisce: "*I verbali e le registrazioni, e ogni altro atto ad esse relativo, sono conservati integralmente in **apposito archivio** gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni. Al giudice per le indagini preliminari e ai difensori dell'imputato per l'esercizio dei loro diritti e facoltà è in ogni caso consentito l'accesso all'archivio e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate."*

Rileviamo subito che, la legge di conversione - con apprezzabile quanto doverosa scelta - ha esteso la possibilità di accesso e di ascolto - prevista prima per i difensori del solo imputato - ai difensori della parti, indistintamente.

2- L'oggetto della trasmissione all'archivio

In base al combinato disposto degli art. 268, 269 c.p.p. e 89-bis disp. att. c.p.p., sono destinati all'archivio i **verbali, gli atti e le registrazioni** delle intercettazioni a cui afferiscono (sia i provvedimenti, redatti dalla polizia giudiziaria (brogliacci, verbali di apertura e chiusura delle operazioni) o dall'autorità giudiziaria (richieste e decreti del P.M., provvedimenti autorizzativi e di convalida del G.I.P., oltre agli atti relativi alle proroghe e al ritardato deposito), sia in relazione alla fonie delle intercettazioni che ai flussi di comunicazioni telematiche.

L'archivio può contenere materiale di differente natura: audio, video, flussi di comunicazioni informatiche o telematiche documenti non nativamente digitali (verbali e decreti)

Il confronto tra le disposizioni del d.l. 161/2019 e del d.lgs. 216/2017 lascia spazio a problemi interpretativi di non secondaria importanza. Tra queste certamente, **la destinazione all'archivio**

delle annotazioni di p.g., ossia le richieste della P.G. di disporre l'intercettazione, di prorogarle e le annotazioni riassuntive.

Nel d.lgs. 216/2017, l'art. 89 bis disp. att. prevedeva che nell'archivio riservato confluissero tra l'altro – anche - tutte le annotazioni contenenti riferimenti al contenuto delle intercettazioni. Con il d.l. 161/2019 tale indicazione è venuta meno. *Rebus sic stantibus* si potrebbe ritenere, con un'interpretazione letterale, che le annotazioni non andrebbero trasmesse all'archivio. Sul piano teleologico-sistematico, in funzione delle tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti nelle captazioni, tuttavia, potrebbe avere un senso anche la tesi opposta, trattandosi di atti contenenti riferimenti e trascrizioni di intercettazioni telefoniche, destinate come tali non al fascicolo del P.M. ma a quello relativo alle intercettazioni.

Un problema si pone anche in relazione al **momento della trasmissione all'archivio**. L'art. 268 co. 4 c.p.p. fa riferimento all'immediata trasmissione dei verbali e delle registrazioni: *"I verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio di cui all'art. 269, comma 1. Entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, essi sono depositati presso l'archivio di cui all'art. 269, comma 1, insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, rimanendovi per il tempo fissato dal pubblico ministero, salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga."*

In base al parere del CSM sul d.l. 161/2019, il testo della norma pone seri dubbi interpretativi: "*Da un lato e, infatti, previsto che i verbali e le registrazioni siano trasmessi dalla P.G. al P.M. immediatamente per la loro conservazione nell'archivio riservato di cui all'art. 269, comma 1 c.p.p., dall'altro, che il "versamento" all'archivio da parte del P.M. avvenga entro 5 giomi dalla conclusione di tutte le operazioni di intercettazione, insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato le stesse. Sembra, dunque, che tra i due adempimenti non vi sia un'immediata successione temporale e, quindi, che, nella fase intercorrente tra la consegna dei verbali e delle registrazioni da parte della P.G. e il momento in cui il P.M. deposita detto materiale all'archivio, lo stesso permanga presso l'ufficio di quest'ultimo. Verosimilmente il legislatore ha inteso evitare che i verbali e le registrazioni permangano nella disponibilità della P.G. e tanto allo scopo di scongiurarne una indebita diffusione.".*

La legge di conversione del d.l. 161/2019 è intervenuta sul testo dell'art. 291 c.p.p. prevedendo che verbali e registrazioni relativi alle richieste di misure cautelari siano "*comunque conferiti nell'archivio di cui all'articolo 269"*. Conseguentemente, all'atto del deposito, ai sensi

dell'art. 291 c.p.p., degli atti posti a sostegno della richiesta di misure cautelare del P.M., l'ufficio requirente deve provvedere al conferimento all'archivio digitale intercettazioni dei verbali digitali delle operazioni di intercettazione richiamate ai fini della procedura in parola.

Sul momento di trasmissione all'archivio degli atti si possono prospettare due tesi. Per una prima, il deposito di cui all'art. 268 co.4 c.p.p. deve intendersi come trasmissione all'archivio riservato da effettuare entro 5 giorni dal termine delle operazioni, termine che può essere prorogato dal giudice fino alla fine delle indagini preliminari. In questo caso il momento della trasmissione degli atti all'archivio corrisponde o con il termine di 5 giorni dalla trasmissione degli atti ad opera della PG o con il termine delle indagini preliminari, immediatamente prima del deposito ex art. 415 bis c.p.p.). In questa prospettiva, verbali e registrazioni restano sui server delle aziende e nella disponibilità del P.M. e della P.G. fino alla conclusione delle indagini. La necessità di accesso all'archivio diventerà residuale. La funzione principale dell'archivio diviene quella di luogo di consultazione di atti e riascolto delle conversazioni da parte dei difensori.

Per una seconda tesi il deposito ex art. 268 co. 4 c.p.p. deve intendersi come deposito per i difensori. L'autorizzazione di cui al comma 5 è diretta a differire il deposito per i difensori fino alla fine delle indagini preliminari. In questo caso i verbali e le registrazioni sono trasmessi all'archivio non appena la Polizia Giudiziaria provvede al deposito. [1]

Nel caso in cui non sia stata richiesta o non sia comunque intervenuta **l'autorizzazione del giudice al ritardato deposito**, il p.m., entro cinque giorni dalla chiusura delle operazioni, provvede alla trasmissione delle registrazioni e dei verbali (tra cui i cd. brogliacci di ascolto, di regola originati digitalmente e soltanto come tali, allo stato tecnicamente acquisibili) all'archivio intercettazioni, avviando la procedura di acquisizione delle intercettazioni rilevanti ex art. 268, commi 6 e ss., c.p.p.. Conseguentemente, tutte le registrazioni relative ai decreti per i quali si è proceduto a deposito vengono trasferite nell'archivio unitamente ai verbali di ascolto e alla relativa documentazione cartacea (provvedimenti di autorizzazione/convalida/proroga, relative richieste del pubblico ministero, atti della polizia giudiziaria trasmessi a supporto di queste ultime), previa scansione ed inserimento nel TIAP riservato. La stessa sarà consultabile solo dalle postazioni ubicate nell'archivio e non potrà essere rilasciata in copia fino all'eventuale successivo

[1] *Cfr. P. CAPUTO, La disciplina dell'archivio riservato: profili normativi e tecnici,* atti corso SSM *"Disciplina e tecnica di effettuazione delle intercettazioni di comunicazioni interpersonali alla luce delle novità normative e del diritto vivente", Napoli, 10/12.02.2020.*

provvedimento di acquisizione, disposto dal pubblico ministero su istanza della difesa o, in caso di contrasto, dal giudice.

La documentazione cartacea relativa alle intercettazioni rilevanti, invece, previa scansione, dovrebbe essere inserita nella partizione ordinaria del TIAP ed essere consultabile; della stessa non è rilasciabile copia fino al termine della procedura di acquisizione, restando nel frattempo la documentazione cartacea nella segreteria del pubblico ministero.

I difensori possono accedere alle registrazioni, ai verbali di ascolto e alla documentazione relativa ai decreti del cui deposito hanno ricevuto avviso ma **non possono ottenerne copia fino al termine della procedura di acquisizione**, che si svolge dinanzi al giudice in apposita udienza stralcio nella quale le parti indicano le intercettazioni che intendono acquisire.

Nelle stesse forme, il giudice procede nel caso di contrasto persistente, al termine del procedimento di acquisizione di cui agli artt. 415-bis, comma 2-bis, e 454, comma 2-bis, c.p.p., sulla rilevanza delle intercettazioni di cui ciascuna delle parti assume debba procedersi ad acquisizione.

Con la trasmissione all'archivio, le registrazioni vengono eliminate dai server delle aziende fornitrici delle prestazioni ad esse funzionali (comunque, fino a tale momento sottoposti ad integrale tracciamento e controllo dei file di log). Nel caso di registrazioni non transitate sui server, il conferimento all'archivio intercettazioni presuppone la distruzione dei supporti mobili sui quali le stesse sono registrate. Resta il problema, tuttavia, di garantire una copia di back up, in caso di distruzione delle registrazioni originariamente memorizzate; problema di non poco conto, specie considerando un dato quantitativo, nonché la rilevanza- frequente- a fini probatori del contenuto della captazioni.

3- Il deposito al termine delle indagini

E' verosimile che nella maggior parte dei casi al deposito delle intercettazioni si provveda – con la modalità sopra indicate - al **termine delle indagini preliminari,** ai sensi del procedimento di cui agli artt. 415 -bis, comma 2 -bis c.p.p. e 454, comma 2 –bis c.p.p.

In tali casi, anche se l'art. 415- bis nulla dice espressamente al riguardo si deve ritenere che:

- il p.m. deve depositare presso la sua segreteria l'elenco delle intercettazioni che ritiene rilevanti - corrispondentemente a quanto l'art. 454, comma 2-bis, c.p.p. prevede debba procedersi nel caso di giudizio immediato - presso la cancelleria del giudice, con l'indicazione delle

comunicazioni e dei flussi di dati ritenuti rilevanti ed utilizzabili (specificando progressivo, cd. bersaglio e numero del decreto di autorizzazione all'intercettazione).

- nei venti giorni successivi alla notifica dell'avviso (o nei quindici giorni successivi alla notifica del decreto di giudizio immediato), i difensori possono accedere a tutte le intercettazioni effettuate nel corso delle indagini relative ai reati per i quali si procede e consultare e richiedere copia della documentazione ad esse relativa, al fine di indicare le conversazioni che ritengono rilevanti a fini difensivi formulando istanza di acquisizione direttamente al p.m., che provvede con decreto motivato.

- in caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti si procede – a richiesta del difensore - nelle forme di cui all'articolo 268, comma 6.

Completato il procedimento, qualora intervenga provvedimento del giudice che ne neghi la acquisizione al fascicolo, tale documentazione viene custodita nell'archivio delle intercettazioni e transita nella partizione riservata del TIAP. In caso contrario, essa viene definitivamente inserita nel fascicolo e, così come delle registrazioni e dei verbali contenuti nell'archivio intercettazioni, ne è rilasciabile copia.

Nel caso in cui siano acquisite al fascicolo nuove intercettazioni, la relativa documentazione riservata è acquisita al fascicolo: quella digitale, già inserita nella partizione riservata del TIAP, passa in quella ordinaria ed è rilasciabile in copia unitamente alle registrazioni e ai verbali di ascolto contenuti nell'archivio intercettazioni.

4- L'art. 89 disp. att. c.p.p.

La modifica del testo dell'art. 269 ha tenuto conto delle pregresse indicazioni della versione dell'art. 89 bis disp att c.p.p., entrata nel testo definitivo del d.lgs. 216/2017. Questo l'attuale testo dell'art. 89 bis disp att c.p.p., (Archivio delle intercettazioni) in esito alle modifiche:

1. **Nell'archivio digitale** istituito dall'art. 269, comma 1, c.p.p., **tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica**, sono custoditi i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono.

2. L'archivio è gestito con modalità tali da assicurare la segretezza della documentazione relativa alle intercettazioni non necessarie per il procedimento, ed a quelle irrilevanti o di cui è vietata l'utilizzazione ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali come definiti dalla

legge o dal regolamento in materia. Il Procuratore della Repubblica impartisce, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito.

3. All'archivio possono accedere, secondo quanto stabilito dal codice, il giudice che procede e i suoi ausiliari, il pubblico ministero e i suoi ausiliari, ivi compresi gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto, i difensori delle parti, assistiti, se necessario, da un interprete. Ogni accesso è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data, ora iniziale e finale, e gli atti specificamente consultati.

4. I difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell'archivio e possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti quando acquisiti a norma degli articoli 268 e 415 bis del codice. Ogni rilascio di copia è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data e ora di rilascio e gli atti consegnati in copia**.**

L'indicazione generica "ufficio del pubblico ministero" è stata precisata con l'espressa indicazione del Procuratore della Repubblica- già prevista dall'art. 89 bis c.p.p. e ora entrata nel testo del codice di procedura, tenuto non solo a una preventiva efficiente attività di "**organizzazione**" dell'archivio ma - e questo è il punto più delicato a una- si deve immaginare costante - "**sorveglianza**".

Il registro, poi, non è più gestito, "anche con modalità informatiche", in quanto direttamente definito come "**digitale**", essendo allo stato inverosimile e anacronistica una tenuta di un archivio su base "tradizionale". Trattandosi di archivio digitale, lo stesso deve rispondere alle regole del D.lvo 7 marzo 2005 n. 82 .

Non solo: la stessa definizione di "archivio riservato" è stata "depurata" dell'aggettivo, risultando logicamente inverosimile un archivio di tale natura "disponibile" alla parti. In questo senso, anche nell''articolo 92, comma 1 bis, il d.l. 161/2019 ha previsto che dopo le parole *«conservazione nell'archivio»* è soppressa la parola *«riservato»*.

Uno delle disposizioni del d.lgs. 216/2017 che aveva determinato significative perplessità era costituita proprio dall'ultimo comma del menzionato art. 89 bis, che prevedeva la facoltà per i difensori delle parti di ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell'archivio, ma non di "*ottenere copia delle registrazioni e degli atti ivi custoditi*".

Sul punto, il d.l. 161/2019, ha previsto la possibilità di "*ottenere copia delle registrazioni e degli atti quando acquisiti a norma degli articoli 268 e 415 bis del codice. Ogni rilascio di copia è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data e ora di rilascio e gli atti consegnati in copia*."

A fronte del diniego totale previgente, la facoltà riconosciuta alla difesa è stata inserita nel nuovo testo, *rectius*, nel sostanziale recupero del pregresso meccanismo di cui all'art. 268 ss c.p.p., in questo modo mediando tra le esigenze difensive e il diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti nella captazione.

Per contro, la documentazione custodita nell'archivio delle intercettazioni con riferimento alle captazioni non rilevanti o inutilizzabili è suscettiva di esame, consultazione e ascolto, ma di essa **non può essere estratta copia.** Conseguentemente, il conferimento dei relativi dati nell'archivio deve avvenire distinguendo nelle apposite partizioni digitali del relativo programma di gestione le intercettazioni rilevanti da quelle irrilevanti o comunque non utilizzabili.

5- I profili tecnico-organizzativi dell'archivio

L'archivio, anche se il "dettaglio tecnico" non era specificato direttamente dal d.lgs. 216/2017, è stato ipotizzato per garantire la riservatezza della documentazione custodita e, come tale deve, essere non solo adeguato sul piano tecnico-organizzativo, quanto costantemente aggiornato sul piano dell'efficacia della sicurezza. Valutazioni e investimenti che ben difficilmente potranno essere assicurati senza un impegno di spesa – nonostante l'indicazione per le amministrazioni interessate di provvedere «con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente» (art. 8, d.lgs. 216/2017) – e dalla cui esecuzione, peraltro, potranno derivare, in termini tanto indiretti quanto inequivoci, possibili responsabilità per il procuratore della Repubblica, che l'attività dell'archivio dovrà gestire, oltre che dirigere e sorvegliare.

Non a caso l'ultima versione della norma contenuta nel d.lgs. 216/2017 ha aggiunto il verbo *gestire* alle indicazioni sulla direzione e sulla sorveglianza, di fatto ampliando significativamente i compiti (e le potenziali responsabilità) del procuratore della Repubblica; compiti e responsabilità il cui adempimento può verosimilmente essere assicurato non solo a mezzo di strumenti e sistemi informatici, quanto anche con mezzi tradizionali (es. sorveglianza "fisica") desumibili dalla presenza della particella aggiuntiva *anche*.

Sul tema si deve rilevare - doverosamente anche se non senza perplessità - come l'art. 3 del decreto 161/2019 (Clausola di invarianza finanziaria) abbia stabilito- analogamente a quanto già previsto dal d.lgs. 216/2017 che "*Dall'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*" completata dal richiamo – anch'esso ribadito a provvedere "*agli adempimenti connessi mediante l'utilizzazione delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente*."

Il legislatore si era reso conto della delicatezza delle disposizioni al riguardo e – evidentemente – della necessità di una formulazione su base unitaria e omogenea della stesse, rinviando a un successivo decreto l'indicazione dei criteri per la regolamentazione dell'accesso all'archivio in oggetto.

E' stato emanato, al riguardo, il D.M. 20 aprile 2018 – Disposizioni di attuazione per le intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico e per l'accesso all'archivio informatico a norma dell'articolo 7, commi 1 e 3, del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216. Un decreto destinato verosimilmente a essere sostituito e integrato, da uno dei decreti previsti dall'art. 2 comma 3 d.l. 161/2019; in questo senso, tale decreto deve stabilire le modalità di accesso all'archivio di cui all'articolo 89-bis, già indicate dal d.lgs. 216/2017, nonché della "*consultazione e richiesta di copie, a tutela della riservatezza*" degli atti custoditi nell'archivio.

In relazione al D.M. 30 aprile 2018, in base all'art. 1 *(Funzione dell'archivio riservato),* è stabilito che presso l'archivio *"is*tituito presso l'ufficio del pubblico ministero ai sensi dell'articolo 89-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale sono custoditi e conservati, sino al termine indicato dall'articolo 269, comma 2, primo periodo, del codice di procedura penale, gli originali dei verbali, delle annotazioni e degli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono, ivi inclusi quelli relativi alle comunicazioni o conversazioni inutilizzabili o non rilevanti ai sensi dell'articolo 268, comma 2-bis, del codice di procedura penale.

Inoltre "*Fino alla attuazione del processo penale telematico presso gli uffici interessati, il pubblico ministero provvederà a formare copia informatica della documentazione analogica di cui al comma 1, al fine di consentirne la conservazione e la consultazione in formato digitale, attraverso gli applicativi messi a disposizione dal Ministero della giustizia. Con l'attuazione del processo penale telematico, la formazione dei verbali, delle annotazioni e degli atti avrà luogo con modalità telematiche, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici."* Gli art. 2 e 3 disciplinano

poi rispettivamente la “gestione e sicurezza dei sistemi” e “l’accesso per la consultazione all’archivio riservato”.

Adriana Blasco

La nuova fisionomia dell'ergastolo ostativo: un dialogo tra Corti. Fine pena mai?

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 13-6-2019, resa, a seguito di ricorso nr. 77633/16, nel caso Viola c. Italia - 2.1 (segue) Inquadramento sistematico del cosiddetto <ergastolo ostativo>. - 2.2 (segue) La struttura dell'art. 4 bis O.P. - 2.2.1 (segue). La prima versione - 2.2.2 (segue). La seconda versione - 2.2.3 (segue). La terza versione - 2.2.4 (segue). L'espansione dei confini dell'art. 4 bis O.P. - 2.2.5 (segue). Le originarie posizioni della Corte Costituzionale sull'art. 4 bis O.P. - 2.3 (segue) Il fatto da cui è scaturito il ricorso Viola c. Italia. - 2.4 (segue) Le motivazioni della sentenza resa dalla Corte di Strasburgo. - 2.5 (segue) Le reazioni all'indomani della sentenza. - 2.6 (segue) Gli effetti che potranno conseguire alla sentenza. - 2.7 (segue) Gli echi della decisione della Corte. - 3. La sentenza nr. 253/2019 della Corte Costituzionale del 23-10-2019 - 3.1 (segue) Premessa - 3.2 (segue) Il fatto da cui è scaturita la questione di costituzionalità - 3.3 (segue) Le motivazioni della sentenza - 3.3.1 (segue) Premessa - 3.3.2 (segue) Il percorso motivazionale seguito dalla Corte - 3.4 (segue) Gli effetti che potranno conseguire alla sentenza - 4. La sentenza nr. 149/2018 della Corte Costituzionale del 21-6-2018 - 4.1 (segue) Le disposizioni normative coinvolte nella censura di costituzionalità - 4.2 (segue) Il fatto da cui è scaturita la questione di costituzionalità - 4.3 (segue). Il percorso motivazionale seguito dalla Corte - 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Gli esiti dei più recenti interventi giurisprudenziali - banalmente etichettati, non senza approssimazione, come quelli che avrebbero significativamente eroso l'istituto del cosiddetto ergastolo ostativo - ci consegnano una realtà giudiziaria significativamente modificata sotto il profilo del regime delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari nei casi di condanna per reati ostativi e un panorama normativo che vede la sostanziale erosione dell'istituto della collaborazione con la giustizia, che, sin dall'entrata in vigore del decreto legge 19 maggio 1991, nr. 152, ha assunto un ruolo centrale nell'economia dell'istituto dell'art. 4 *bis* della legge 26 luglio 1975, nr. 354 [recante *Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* (di seguito denominato O.P.)].

Oggetto del presente contributo intende essere essenzialmente il commento a tre tra le più discusse pronunzie giurisprudenziali che, di recente, hanno scrutinato, ancorché a vario titolo, la compatibilità di alcune norme del complesso sistema delle preclusioni all'accesso ai benefici

penitenziari nei casi di condanna per reati ostativi con taluni principi sia della Costituzione della Repubblica Italiana, che della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Le pronunzie in questione sono le seguenti:

- la sentenza nr. 149/2018 della Corte Costituzionale del 21-6-2018, resa a seguito dell'udienza pubblica del 20-6-2018, depositata il 11-7-2018 e pubblicata sulla G.U. del 18-7-2018 nr. 29, che ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale dell'art. 58 *quater* c. 4 O.P.,[1] nella parte in cui si applica ai condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 del codice penale (di seguito c.p.) e per il delitto di cui all'art. 289 *bis* c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato;
- la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 13-6-2019, resa, a seguito di ricorso nr. 77633/16, nel caso *Viola c. Italia*, che ha affermato che la pena dell'ergastolo ostativo, applicata al condannato per taluno dei delitti indicati nell'art. 4 *bis* c. 1 O.P.[2] contrasta con l'art. 3

[1] L'art. 58 *quater* O.P., rubricato <*Divieto di concessione di benefici*>, nella formulazione antecedente la declaratoria di costituzionalità, così recitava:

1. [L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale.]

2. [La disposizione del comma 1 si applica anche al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell'articolo 47, comma 11, dell'articolo 47 ter, comma 6, o dell'articolo 51, primo comma.]

3. [Il divieto di concessione dei benefici opera per un periodo di tre anni dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena o è stato emesso il provvedimento di revoca indicato nel comma 2.]

4. [I condannati per i delitti di cui agli articoli 289 bis e 630 del codice penale che abbiano cagionato la morte del sequestrato non sono ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'articolo 4 *bis* se non abbiano effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni.]

5. Oltre a quanto previsto dai commi 1 e 3, l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI non possono essere concessi, o se già concessi sono revocati, ai condannati per taluni dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1quater dell'articolo 4 bis, nei cui confronti si procede o è pronunciata condanna per un delitto doloso punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, commesso da chi ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale ovvero durante il lavoro all'esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alternativa alla detenzione.

6. Ai fini dell'applicazione della disposizione di cui al comma 5, l'autorità che procede per il nuovo delitto ne dà comunicazione al magistrato di sorveglianza del luogo di ultima detenzione dell'imputato.

7. Il divieto di concessione dei benefici di cui al comma 5 opera per un periodo di cinque anni dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena o è stato emesso il provvedimento di revoca della misura.

7-bis. L'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale.

[2] L'art. 4 *bis* O.P., rubricato <*Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati di taluni delitti*> così recita:

1. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58 ter della presente legge o a norma dell'articolo 323 bis, secondo comma, del codice penale: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater, primo comma, 320, 321, 322, 322 bis, 416 bis e 416 ter del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di

della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, poiché la presunzione assoluta di incompatibilità dell'ergastolano rispetto ai benefici penitenziari, salva la collaborazione di quest'ultimo con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* del medesimo ordinamento penitenziario,[3] limita eccessivamente la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità di un riesame della sua pena;

- la sentenza nr. 253/2019 della Corte Costituzionale del 23-10-2019, resa a seguito dell'udienza pubblica del 22-10-2019, depositata il 4-12-2019 e pubblicata sulla G.U. del 11-12-2019 nr. 50, che ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale dell'art. 4 *bis* c. 1 O.P., nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416 *bis* c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste nonché ai detenuti per i delitti ivi contemplati, diversi da quelli di cui all'art. 416 *bis* c.p. e da quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58 *ter* del medesimo ordinamento penitenziario, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti.

---

agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600 bis, primo comma, 600 ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609 octies e 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, nr. 286, e successive modificazioni, all'articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, nr. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, nr. 309. Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16-nonies e 17-bis del decreto-legge 15 gennaio 1991, nr. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, nr. 82, e successive modificazioni.

1 *bis.* I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale.

[3] L'art. 58 *ter* O.P., rubricato <*Persone che collaborano con la giustizia*> così recita:

1. I limiti di pena previsti dalle disposizioni del comma 1 dell'articolo 21, del comma 4 dell'articolo 30 ter e del comma 2 dell'articolo 50, concernenti le persone condannate per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4 bis, non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati.

2. Le condotte indicate nel comma 1 sono accertate dal tribunale di sorveglianza, assunte le necessarie informazioni e sentito il pubblico ministero presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione.

2. La sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 13-6-2019, resa, a seguito di ricorso nr. 77633/16, nel *caso Viola c. Italia.*

Si ritiene opportuno avviare la presente riflessione - non fosse altro che per il clamore da cui è stata accompagnata - con il commento alla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 13-6-2019, resa, a seguito di ricorso nr. 77633/16, nel *caso Viola c. Italia.*

Si tratta della pronunzia giurisprudenziale che è nota per aver affermato l'incompatibilità dell'ergastolo ostativo con le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo (di seguito CEDU), e segnatamente con l'art. 3.[4]

2.1 (*segue*) Inquadramento sistematico del cosiddetto <ergastolo ostativo>.

Appare utile, in apertura del presente contributo, chiarire che l'*ergastolo ostativo* è una tipologia di pena non prevista dal codice penale, dal momento che si tratta, piuttosto, di una figura che nasce dal connubio applicativo che salda la disposizione del codice penale ove è contemplato l'ergastolo comune [art. 22 c.p.][5] alla norma dell'art. 4 *bis* c. 1 e c. 1 *bis* O.P., introdotta nel corpo dell'ordinamento penitenziario varato nel 1975 dall'art. 1 del decreto legge 19 maggio 1991, nr. 152 [recante *provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività* amministrativa] convertito con modifiche nella legge 12 luglio 1991, nr. 203 e successivamente modificata dall'art. 15 del decreto legge 8 giugno 1992, nr. 306 [recante le note *modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa* varate all'indomani della strage di *Capaci*] convertito con modifiche nella legge 7 agosto 1992 nr. 356, per effetto del quale ha assunto un ruolo centrale nell'economia dell'istituto la collaborazione con la giustizia disciplinata dall'art. 58 *ter* del medesimo ordinamento penitenziario.

Per i delitti ostativi indicati nella norma penitenziaria, la condanna [all'ergastolo come anche a pena detentiva temporanea] non consente, in assenza di collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* O.P., l'accesso ai benefici penitenziari ivi richiamati [quindi l'assegnazione al lavoro

[4] L'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo così recita: <Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti>.

[5] L'art. 22 del codice penale rubricato <*Ergastolo*>, così recita: <La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli istituti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno.
Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto>.

all'esterno, i permessi premio, le misure alternative alla detenzione e, ai sensi della legge nr. 203/1991, la liberazione condizionale], fatta eccezione per il beneficio della liberazione anticipata che, tuttavia, nel caso in cui venga comminata condanna alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti ostativi previsti dall'art. 4 *bis* O.P., non ha alcun effetto pratico su una pena che è condanna perpetua e immutabile: una pena (efficacemente definita) fino alla morte.

2.2 (*segue*) La struttura dell'art. 4 *bis* O.P.

Se la figura dell'ergastolo ostativo nasce dal connubio applicativo che salda l'art. 22 c.p. alla norma dell'art. 4 *bis* c. 1 e c. 1 *bis* O.P., non ci si può esimere dunque dal fare richiamo, all'interno del presente contributo, alla struttura del medesimo art. 4 *bis*.

Per richiamare le parole della Corte Costituzionale [il riferimento è alla sentenza nr. 253/2019], sono «fin troppo note le ragioni di politica criminale che indussero il legislatore dapprima a introdurre e poi a modificare, secondo una linea di progressivo inasprimento, l'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, nr. 354» [così testualmente la sentenza nr. 68 del 1995 della medesima Corte], riversando così tali ragioni all'interno dell'ordinamento penitenziario e dell'esecuzione della pena: l'obiettivo dichiarato del legislatore con il decreto legge nr. 152/1991 fu quello di rafforzare il contrasto alla criminalità organizzata, attraverso una serie di modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, rispetto all'impianto di favore su cui aveva inciso in profondità, soltanto qualche anno prima, la legge 10 ottobre 1986, nr. 663 [recante *Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*], più nota come legge *Gozzini*, introducendo - appunto per effetto dell'art. 4 *bis* - un sistema di preclusioni all'accesso a determinati benefici, applicabile ai condannati per particolari delitti.

2.2.1 (*segue*). La prima versione.

Nella prima versione – quella introdotta dall'art. 1 del decreto legge nr. 152/1991, come convertito – l'art. 4 *bis* O.P. prevedeva due distinte "fasce" di condannati, a seconda della riconducibilità, più o meno diretta, dei titoli di reato a fatti di criminalità organizzata o eversiva.

Per i reati "di prima fascia" – comprendenti l'associazione di tipo mafioso, i relativi "delitti-satellite", il sequestro di persona a scopo di estorsione e l'associazione finalizzata al narcotraffico – l'accesso a taluni benefici previsti dall'ordinamento penitenziario era possibile, alla stregua di un

parametro probatorio particolarmente elevato, solo se fossero stati acquisiti «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva». Per i reati "di seconda fascia" - quelli per i quali [per richiamare ancora una volta le parole della Corte Costituzionale (sentenza nr. 149 del 2018)] «le connessioni con la criminalità organizzata erano, nella valutazione del legislatore, meramente eventuali» (omicidio, rapina ed estorsione aggravate, nonché produzione e traffico di ingenti quantità di stupefacenti) - si richiedeva, in termini inversi dal punto di vista probatorio, l'insussistenza di elementi tali da far ritenere attuali detti collegamenti.

Accanto a questa distinzione di fondo, rispetto poi a tutti i condannati per tutti i delitti menzionati nell'art. 4 *bis* O.P. [indipendentemente dal loro inserimento nella prima o nella seconda fascia], il legislatore del 1991 introdusse una serie di soglie temporali rigide per l'accesso ai benefici ivi richiamati, a meno che non si trattasse di persone che avevano collaborato con la giustizia, secondo la nuova previsione dell'art. 58 *ter* O.P. che lo stesso decreto legge nr. 152/1991, come convertito, aveva introdotto nella legge penitenziaria del 1975.

In questa prima fase, dunque, il trattamento di maggior rigore per i condannati per reati di criminalità organizzata veniva realizzato su due piani, fra loro complementari. Come spiega efficacemente la stessa Corte Costituzionale [il riferimento è alla sentenza nr. 68 del 1995] da un lato «si stabiliva, quale presupposto generale per l'applicabilità di alcuni istituti di favore, la necessità di accertare (alla stregua di una graduazione probatoria differenziata a seconda delle "fasce" di condannati) l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva; dall'altro, si postulava, attraverso l'introduzione o l'innalzamento dei livelli minimi di pena già espiata, un requisito specifico per l'ammissione ai singoli benefici, fondato sulla necessità di verificare per un tempo più adeguato l'effettivo percorso di risocializzazione di quanti si fossero macchiati di delitti iscrivibili nell'area della criminalità organizzata o eversiva. Requisito, a sua volta, dal quale il legislatore riteneva di poter prescindere in tutti i casi in cui fosse lo stesso condannato a offrire prova dell'intervenuto distacco dal circuito criminale attraverso la propria condotta collaborativa».

2.2.2 (*segue*). La seconda versione.

Subito dopo la strage di Capaci del 23 maggio 1992, si produce un evidente mutamento di prospettiva, nettamente ispirato a finalità di prevenzione generale e di tutela della sicurezza collettiva.

L'art. 15 del decreto legge nr. 306/1992, apporta decisive modifiche all'art. 4 *bis* O.P.: per quel che più direttamente interessa, nei confronti dei condannati per i reati appartenenti alla prima "fascia", venne stabilito che l'accesso ai benefici ivi previsti, a eccezione della liberazione anticipata, potessero essere concessi solo nei casi di collaborazione con la giustizia.

Divengono, dunque, marginali i diversi parametri probatori alla cui stregua condurre l'accertamento circa la permanenza, nel condannato che aspira ai benefici penitenziari, di legami con la criminalità organizzata e acquisisce invece risalto esclusivo una condotta - quella della collaborazione con la giustizia - assunta come la sola idonea a dimostrare, per *facta concludentia*, l'intervenuta rescissione di quei collegamenti. Per richiamare ancora una volta le osservazioni della Corte Costituzionale [il riferimento è alla sentenza nr. 68 del 1995] si passa «da un sistema fondato su di un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata), a un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata (la collaborazione)».

Come mette in luce nuovamente la Corte Costituzionale [sentenza nr. 239 del 2014], la nuova disciplina poggia insomma sulla presunzione legislativa che la commissione di determinati delitti dimostri l'appartenenza dell'autore alla criminalità organizzata, o il suo collegamento con la stessa, e costituisca, quindi, un indice di pericolosità sociale incompatibile con l'ammissione del condannato a benefici penitenziari di natura extramuraria. La scelta di collaborare con la giustizia viene correlativamente assunta come la sola idonea a rimuovere l'ostacolo alla concessione dei benefici indicati, in ragione della sua valenza "rescissoria" del legame con il sodalizio criminale.

Si coniuga a ciò l'obiettivo di incentivare, per evidenti ragioni investigative e di politica criminale, la collaborazione con la giustizia dei soggetti appartenenti o "contigui" ad associazioni criminose, tanto che parallelamente il nuovo art. 58 *ter* O.P. stabilì, in chiave premiale, che - in caso di collaborazione con la giustizia da parte del detenuto - le soglie temporali originariamente previste dall'art. 4 *bis* non dovessero più trovare applicazione, con conseguente ri-espansione della disciplina generale relativa a ciascun beneficio.

Per converso, la mancata collaborazione con la giustizia fonda la presunzione assoluta che i collegamenti con l'organizzazione criminale siano mantenuti e attuali, ricavandosene la permanente

pericolosità del condannato, con conseguente inaccessibilità ai benefici penitenziari normalmente disponibili agli altri detenuti.

2.2.3 (*segue*). La terza versione.

Da ultimo, recependo le indicazioni della Corte Costituzionale [espresse nelle sentenze nr. 68 del 1995, nr. 357 del 1994 e nr. 306 del 1993], il comma 1 *bis* dell'art. 4 *bis* O.P. ha esteso la possibilità di accesso ai benefici ai casi in cui un'*utile* collaborazione con la giustizia risulti *inesigibile*, per la limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso accertata nella sentenza di condanna, ovvero *impossibile*, per l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con la sentenza irrevocabile, nonché ai casi in cui la collaborazione offerta dal condannato si riveli «*oggettivamente irrilevante*», sempre che, in questa evenienza, sia stata applicata al condannato taluna delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62, numero 6), 114 o 116 c.p. e a condizione che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

2.2.4 (*segue*). L'espansione dei confini dell'art. 4 *bis* O.P.

Orbene, se per un verso l'assetto dell'art. 4 *bis* O.P. delineato dai provvedimenti dei primi anni novanta del secolo scorso è stato, anche per effetto di plurimi interventi della Corte Costituzionale, progressivamente modificato, nel tempo, da una serie di riforme e di pronunzie che ne hanno mutato l'architettura complessiva, va dato parimenti atto di successivi interventi legislativi che ne hanno ampliato progressivamente l'ambito di operatività con l'innesto di numerose altre fattispecie criminose ritenuti fondanti la presunzione legale di pericolosità sociale.

In virtù di varie scelte di politica criminale, non sempre tra loro coordinate, ma certamente accomunate da finalità di prevenzione generale e da una volontà di inasprimento del trattamento penitenziario in risposta ai diversi fenomeni criminali di volta in volta emergenti, l'art. 4 *bis* O.P. ha così progressivamente allargato i propri confini.

Senza pretesa di esaustività, va detto che si è proceduto a inserire progressivamente nella complessa architettura della disposizione i reati associativi finalizzati alla commissione di delitti contro libertà individuale e alla commissione di reati di violenza sessuale, le associazioni finalizzate al contrabbando, le associazioni finalizzate alla immigrazione clandestina, le ipotesi di tratta, riduzione in schiavitù, acquisto o alienazione di schiavi, le ulteriori ipotesi di prostituzione minorile

e pornografia minorile, di violenza sessuale di gruppo, i reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e, da ultimo, anche i reati contro la pubblica amministrazione [per effetto della legge 9 gennaio 2019, nr. 3, recante «*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*», diversamente nota con il termine sventurato (ma sintomatico dell'approccio del legislatore) di <spazzacorrotti>].

Ciò che ha determinato, secondo autorevoli opinioni espresse in dottrina, la difficoltà di rintracciare nella sequenza accrescitiva dell'art. 4 *bis* O.P. un chiaro criterio selettivo capace di esprimere la ragionevolezza intrinseca della disposizione, aspetto di cui vi è traccia nella stessa espressione utilizzata dalla Corte Costituzionale nella decisione nr. 32 del 2016, ove l'elenco dei reati da cui deriva la presunzione legale di pericolosità viene definito <complesso, eterogeneo, stratificato>.

Quel che è certo è che la disposizione in esame si è clamorosamente allontanata dall'originario modello di tutela della collettività dalla drammatica aggressività del fenomeno mafioso degli anni '90 e - da strumento selettivo per la prevenzione della criminalità organizzata - ha assunto le funzioni di norma contenitore di fattispecie che di volta in volta sono state ritenute espressive di un consistente livello di pericolosità dell'autore, con prevalenza delle finalità di prevenzione generale rispetto alle esigenze di individualizzazione del trattamento esecutivo.[6]

A oggi la disciplina, articolata su più commi, prevede tre diverse fasce di reati i cui autori subiscono significative limitazioni nell'accesso ai diversi benefici penitenziari, dal momento che la fruizione di detti benefici è subordinata alla ricorrenza di rigorosi requisiti.

Il dibattito giuridico e dottrinario, fin dall'entrata in vigore della norma, si è concentrato soprattutto sulle fattispecie delittuose rientranti nella c.d. prima fascia: i soggetti condannati [a pena

[6] Va precisato come pure si dirà più diffusamente all'interno del presente contributo che, se pure il nucleo originario delle figure ostative è rimasto inalterato, esso ha dimostrato nel tempo una significativa tendenza espansiva: l'art. 4-*bis* O.P. si è così arricchito di una serie estremamente variegata ed eterogenea di ulteriori fattispecie delittuose, che hanno irrimediabilmente alterato la fisionomia della norma. Si pensi da ultimo, a titolo esemplificativo, alla disciplina introdotta con la legge nr. 3/2019 c.d. spazzacorrottti. Si è venuto così a creare una sorta di circolo vizioso: l'incremento delle fattispecie ostative ha determinato infatti una *vis atractiva*, stimolandone l'ulteriore proliferazione. Va peraltro rammentato, tuttavia, che la tendenza ampliativa del regime ostativo è dovuta non solo ad interventi espressi del Legislatore, ma altresì ad alcuni orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati. Secondo insegnamento costante della recente giurisprudenza di legittimità, per predicare l'applicabilità delle restrizioni all'accesso ai benefici penitenziari non è infatti necessario che la c.d. aggravante del metodo mafioso - oggi art. 416-*bis* c.p., già art. 7 l. 12 luglio 1991, nr. 203 - sia espressamente contestata nella sentenza di condanna. Al contrario, si consente al giudice della sorveglianza di ritenere la circostanza anche sulla sola base della lettura delle motivazioni della pronuncia di cognizione, che potranno così essere utilizzate *in malam partem* con effetti sostanzialmente retroattivi.

temporanea o perpetua] sulla base delle variegate norme incriminatrici ivi delineate si vedono infatti precluso, in via assoluta, l'accesso ai benefici ivi richiamati dall'art. 4 *bis* O.P., salvo qualora collaborino efficacemente con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* del medesimo ordinamento penitenziario.

Dalla struttura della norma consegue ulteriormente che, nel caso in cui venga irrogata condanna a pena perpetua per una delle fattispecie ricomprese nei c.d. reati di prima fascia,[7] l'ergastolo irrogato sulla base di queste figure delittuose, fatta salva l'ipotesi del pentitismo utile a norma dell'articolo 58 *ter* O.P., assume i tratti di una pena a vita, di una sanzione che dura davvero fino alla morte.[8]

2.2.5 (*segue*). Le originarie posizioni della Corte Costituzionale sull'art. 4 *bis* O.P.

Come è noto, fin dalla sua originaria introduzione, l'art. 4 *bis* O.P. ha suscitato significativi dubbi di compatibilità con i principi di ragionevolezza e di rieducazione discendenti dagli articoli 3 e 27 comma 3 della Costituzione.

Le preoccupazioni della dottrina non hanno tuttavia mai fatto breccia nelle aule parlamentari [con la sola eccezione per i tramontati progetti di legge di cui si dirà nel corso del presente contributo], né sui banchi della Consulta, la quale – pur avendo espresso incertezze sulla ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore[9] – ha respinto ogni censura, sul presupposto che la disciplina <subordinando l'ammissione alla liberazione condizionale alla collaborazione con la

[7] Trattasi dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater, primo comma, 320, 321, 322, 322 bis, 416 bis e 416 ter del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600 bis, primo comma, 600 ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609 octies e 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, nr. 286, e successive modificazioni, all'articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, nr. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, nr. 309.

[8] D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2017, 35, sostengono che l'art. 4-*bis* O.P. avrebbe così assunto il ruolo di una sorta di surrogato della pena capitale, scomparsa con la caduta del regime fascista. Alla pena "della" morte si sarebbe pertanto sostituita una pena "fino alla" morte, che comunque ottiene l'effetto di espellere definitivamente dalla società i soggetti non desiderati. Così anche C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali*, Napoli, 2016, 65; F. FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3/2018, 7.

[9] Il pensiero corre alla prima sentenza in materia, nr. 306/1993, laddove si esprimono incertezze circa la ragionevolezza dei criteri presuntivi introdotti dal Legislatore.

giustizia che è rimessa alla scelta del condannato>, <non preclude in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio e non si pone, quindi, in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art. 27 terzo comma Cost.> [così Corte Cost. sentenza nr. 306/1993] e ha, quindi, salvaguardato dalle prospettate censure di legittimità Costituzionale la disciplina dell'ergastolo, sia di quello comune che di quello ostativo.

E infatti, se in linea generale con riferimento alla disciplina dell'ergastolo comune con la sentenza 21 novembre 1974, nr. 264, la Corte ha rilasciato alla pena dell'ergastolo una patente di legittimità[10] che si sarebbe rivelata assai duratura, con la sentenza 9 aprile 2003, nr. 135, la Corte ha esteso la medesima patente di legittimità all'ergastolo 'ostativo', affermando, per un verso, che esso cristallizza una valutazione presuntiva di pericolosità sociale che può essere superata soltanto dalla collaborazione con la giustizia, e, dall'altro, che la natura perpetua di quella pena non risiede in un vizio strutturale della stessa, bensì nella scelta del condannato, sempre libera e reversibile, se collaborare o meno con la giustizia, provando in tal modo il distacco dall'organizzazione mafiosa di appartenenza. In definitiva, con la sentenza 9-24 aprile 2003, nr. 135, la Corte ha ribadito che l'art. 4 *bis* O.P. non contrasterebbe né con il principio di ragionevolezza né con quello di rieducazione, in quanto l'irrigidimento dei benefici penitenziari sarebbe interamente riconducibile a una libera scelta del condannato, che può decidere, senza alcun condizionamento, se assumere una condotta collaborativa e vedersi così riaprire le porte del carcere. Per la Corte Costituzionale, la collaborazione assurge quindi a indice legale e sintomatico <della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata, che a sua volta è condizione necessaria […], per valutare il venir meno della pericolosità sociale ed i risultati del percorso di rieducazione e di recupero del condannato, a cui la legge subordina […] l'ammissione alle misure alternative alla detenzione e agli altri benefici previsti dall'ordinamento penitenziario> [così Corte Costituzionale, sentenza 5-20 luglio 2001, nr. 273].[11]

[10] E. Dolcini, "*Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato): C. Cost., sent. 21 giugno 2018 (dep. 11 luglio 2018), nr. 149, pres. Lattanzi, est. Viganò*", in *Diritto Penale Contemporaneo*, contributo pubblicato nel Fascicolo 7-8/2018

[11] A contorno di tali sentenze, peraltro, si registrano alcune pronunce di accoglimento, relative a specifici aspetti della disciplina dell'ergastolo: precisamente, ai rapporti dell'ergastolo con la liberazione anticipata[7], con la minore età del condannato[8] e con la revoca della liberazione condizionale[9].

In definitiva, può dirsi, conclusivamente, che la Corte Costituzionale non ha mai <contrastato frontalmente l'ergastolo, ma ha cercato di ampliare a più riprese gli spazi di quegli istituti penitenziari idonei a offrire all'ergastolano una prospettiva di reinserimento sociale>.[12]

2.3 (*segue*) Il fatto da cui è scaturito il ricorso *Viola c. Italia*.

Nel sopra descritto contesto normativo e giurisprudenziale è intervenuta la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 13-6-2019, resa a seguito di ricorso nr. 77633/16 nel c.d. *caso Viola c. Italia*.[13]

Qual è il fatto da cui è scaturito il ricorso?

Il ricorrente, Marcello Viola - capo e promotore della cosca *Taurianova* - sin dal 2004 era stato condannato in via definitiva all'ergastolo con isolamento diurno per due anni e due mesi e risultava ininterrottamente detenuto dal 1992. Tra i capi d'imputazione figurava [tra gli altri] anche la partecipazione a un'organizzazione di stampo mafioso *ex* art. 416 *bis* c.p., aggravata dal ruolo apicale che il reo aveva assunto all'interno del clan; essa si aggiungeva, oltre alla commissione di quattro omicidi avvenuti il 3-5-1991 [nel c.d. <venerdì nero> di Taurianova], anche la consumazione di una serie di ulteriori reati aggravati dal cosiddetto metodo mafioso: tutte ipotesi di delitto che - rientrando appieno tra i delitti della prima fascia come delineati dall'art. 4 *bis* O.P. - rendevano tale pena ostativa alla concessione di qualunque beneficio penitenziario. Un ergastolano ostativo, dunque, che rifiutandosi di collaborare con la giustizia – per essersi da sempre professato innocente e per avere sottolineato il rischio che la macchia di "infamia" avrebbe provocato per l'incolumità dei propri familiari – sin dall'inizio della sua carcerazione aveva subito la totale preclusione di ogni beneficio penitenziario. Le domande di permesso premio e di liberazione condizionale, avanzate nel corso degli anni, erano state tutte immancabilmente rigettate dalla competente magistratura di sorveglianza, come pure dalla Corte di Cassazione, nonostante il venir meno del regime del cosiddetto "carcere duro" di cui all'art. 41 *bis* O.P., a cui il Viola era stato sottoposto tra il 2000 e il 2006. Il percorso rieducativo intrapreso - e che aveva fruttato al condannato la maturazione di oltre cinque anni di liberazione anticipata - risultava totalmente

[12] E. Dolcini, *cit.*

[13] Se si guarda alla giurisprudenza della Corte EDU, sin dal 2008 la Corte ha affermato che <la pena perpetua non riducibile> in assenza di una procedura che consenta una realistica possibilità di rilascio del detenuto, trascorso un determinato periodo di detenzione, è contraria alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Le principali pronunzie sono state rese nel caso *Kafkaric c. Cipro* del 2008, nel caso *Vinter c. Regno Unito* del 2013, nel caso *Murray c. Olanda* del 2016, nel caso *Petukhov c. Ucraina* del 2019.

irrilevante in assenza di una condotta collaborativa o delle fattispecie a essa equiparate, non potendo il ricorrente aspirare a nessuna prospettiva di accesso a misure penitenziarie esterne, tanto che era stata rigettata sia la sua domanda di permesso premio sia quella tesa all'ottenimento della liberazione condizionale. Il Viola aveva, quindi, presentato ricorso ai Giudici di Strasburgo lamentando, tra le altre doglianze, di essere stato sottoposto a trattamento inumano e degradante nelle forme di una pena perpetua e irriducibile, che non valorizzava in alcun modo le esigenze di rieducazione e di reinserimento sociale.

2.4 (*segue*) Le motivazioni della sentenza resa dalla Corte di Strasburgo.

Questa è la fattispecie in relazione alla quale la Corte di Strasburgo - dopo avere richiamato le sentenze *Garagin* e *Scoppola contro Italia* con le quali era stata ritenuta la compatibilità convenzionale dell'ergastolo in considerazione della possibilità per l'ergastolano di essere ammesso al regime di semi-libertà e di liberazione dopo 27 anni di detenzione - ha accolto il ricorso a maggioranza di sei contro uno, pronunciando una severa condanna ai danni del nostro Paese, sul rilievo che l'ergastolo ostativo - risultante dal combinato disposto della fattispecie di diritto sostanziale con la norma dell'ordinamento penitenziario - darebbe vita a una pena perpetua sostanzialmente irriducibile, e, in quanto tale, contrastante con i princìpi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo come interpretati da una giurisprudenza ormai consolidata: se il principio della tutela della dignità umana consacrato dall'art. 3 CEDU - che irradia l'intero sistema di protezione dei diritti creato dalla Convenzione - impone che ogni detenuto debba essere messo nella condizione di sapere come, quando e a quali condizioni potrà ottenere la propria liberazione, al contrario la disciplina italiana rendendo la pena perpetua irriducibile andrebbe a frustrare il principio secondo cui la pena dovrebbe puntare al reinserimento sociale del condannato, e ciò sebbene la norma dell'ordinamento penitenziario conferisca al condannato la scelta [appartenente libera secondo l'impostazione sostenuta dal Governo italiano] di superare l'ostatività del regime offrendo la sua collaborazione con la giustizia.

Perché?

L'iter argomentativo seguito dalla Corte di Strasburgo parte dal presupposto che la collaborazione con la giustizia integra innegabilmente una manifestazione significativa di dissociazione con il sodalizio criminale di appartenenza.

Nondimeno, lo snodo fondamentale della questione a giudizio della Corte non verte sul significato (indubbio) che la collaborazione con la giustizia riveste, bensì sul se sia legittima o meno la scelta di elevare, nel sistema penitenziario italiano, la collaborazione con la giustizia a indice legale di avvenuto ravvedimento del condannato, cristallizzando sulla mancata collaborazione una presunzione assoluta di pericolosità del soggetto che verrebbe per questo privato di ogni ragionevole prospettiva di liberazione, a meno che quest'ultimo non dimostri il proprio distacco dalla cosca criminale di appartenenza per *facta concludentia*, e dunque attraverso appunto la collaborazione con la giustizia.

Così circoscritta la questione, la Corte dubita che la prestazione della collaborazione con la giustizia possa rappresentare una scelta individuale veramente libera e consapevole: se per un verso infatti la mancata collaborazione non è sempre indice di pericolosità sociale, dal momento che il silenzio del condannato può dipendere da motivazioni che nulla hanno a che vedere con la perdurante appartenenza mafiosa [come esemplificatamene dal rischio di ritorsioni che il collaborante affronta per sé e per la sua famiglia, oppure dall'intima convinzione della propria innocenza, ovvero dal rifiuto di accusare altri o dal ripudio morale di accusare persone spesso legate da stretti rapporti di amicizia o parentela], al contempo osserva la Corte l'avvenuta collaborazione non è sempre il frutto di assenza di pericolosità sociale, come nei casi di collaborazione meramente opportunistica e, quindi, scollegata da qualunque processo di revisione critica.

Ne consegue, a giudizio dei giudici di Strasburgo, che – come pure riconosciuto dalla Corte Costituzionale con la sentenza nr. 306 del 11-6-1993 [che, è bene rammentare, ha costituito la principale fonte di ispirazione della Corte europea] – la mancata collaborazione talvolta può essere collegata a una scelta tutt'altro che libera e volontaria, né giustificata unicamente dalla persistenza dell'adesione ai <valori criminali> e dal mantenimento dei collegamenti con l'organizzazione mafiosa.

Ne consegue, ulteriormente, che non può in alcun modo porsi l'equazione, che pure il sistema penitenziario italiano opera, tra il rifiuto della collaborazione e la diagnosi di persistente collegamento del condannato con i sodali, quantomeno nei termini di una presunzione assoluta e non superabile da parte della magistratura competente, neppure nei casi in cui il percorso penitenziario del condannato evidenzi chiare progressioni positive nel trattamento penitenziario e, addirittura, un'aperta dissociazione del soggetto dalla consorteria mafiosa.

Quindi, se per un verso il percorso rieducativo tratteggiato, nel nostro paese, dalla legge sull'ordinamento penitenziario è impostato su un sistema di progressione trattamentale che offre una serie di graduali occasioni di contatto con la società [si pensi esemplificatamene all'assegnazione al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alle misure alternative alla detenzione], nondimeno in caso di condanna alla pena dell'ergastolo per una delle fattispecie di delitto ostative all'accesso ai benefici penitenziari, tale sistema viene a essere frustrato da una "presunzione assoluta" di pericolosità del reo, perché - per l'appunto - l'assenza di collaborazione con la giustizia fa scattare una presunzione di pericolosità non altrimenti vincibile, che ha come effetto quello di privare il condannato di qualsiasi realistica prospettiva di reinserimento sociale e quindi di liberazione e che rende la sua pena irriducibile, non potendo essere riesaminata nel merito sulla base di altri elementi che possano provare il ravvedimento e la progressione trattamentale del condannato.

Sulla base di queste considerazioni, a giudizio della Corte di Strasburgo, l'ergastolo ostativo – integrando una presunzione assoluta di pericolosità – contrasta con l'art. 3 CEDU che non ammette eccezione alcuna al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, neppure nelle situazioni più gravi e neppure nel caso in cui in gioco vi sia la sopravvivenza stessa dello Stato.

A giudizio della Corte si finisce così, di fatto, per fondare un giudizio di perpetua pericolosità sul solo momento della commissione del fatto di reato e della successiva condanna, dal momento che qualunque mutamento della personalità del detenuto risulta irrilevante in presenza del mancato rispetto della condizione della collaborazione, che impone al magistrato competente di dichiarare *ex lege* inammissibile la domanda, impedendogli di valutare nel merito i progressi compiuti nel percorso individuale del detenuto, in termini di reinserimento e di revisione critica, e la sua evoluzione verso la risocializzazione.

Questo, in definitiva, il nucleo fondante della pronunzia resa dalla Corte EDU nel caso *Viola c. Italia*.

2.5 (*segue*) Le reazioni all'indomani della sentenza.

Quali reazioni all'indomani della sentenza?

Se taluni hanno ascritto la graduale erosione del regime del doppio binario alla perfidia di Strasburgo <che, secondo talune vestali, così agisce perché disconosce o addirittura misconosce la

piovra italica e i suoi velenosi tentacoli>,[14] altri, al contrario, hanno affermato come non possa ascriversi alla sentenza *Viola contro Italia* né la volontà di scardinare il sistema delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari e neppure di favorire la scarcerazione dei *boss*, ma hanno interpretato il *dictum* nel senso che si sarebbe inteso unicamente personalizzare il trattamento penitenziario, allo scopo di renderlo rispondente alle effettive esigenze di prevenzione che giustificano deroghe al principio di rieducazione e di proporzionalità della pena nel tempo.[15]

A giudizio di chi scrive, invece, non appare pertinente il richiamo a concetti esasperati come perfidia della Corte EDU o misconoscimento da parte della stessa della realtà italiana e neppure è realisticamente sostenibile che i giudici di Strasburgo non fossero perfettamente consapevoli delle caratteristiche del fenomeno mafioso e delle esigenze di contrasto alla criminalità organizzata in Italia, non fosse altro perché la Corte EDU, nelle stesse motivazioni della sentenza, pure prende atto del drammatico contesto emergenziale in cui la norma venne pensata.

Chi scrive ha ragione di ritenere, piuttosto, che ricondurre questa sentenza, come le altre che si collocano sullo stesso filone, a quel movimento che mira a identificare la certezza della pena unicamente nella sua effettiva finalità rieducatrice e salutare con incondizionato favore questo filone di pensiero, dimentica [come parrebbero dimenticare i giudici di Strasburgo] che quello che è prioritario nel bilanciamento degli interessi in gioco è quel valore supremo costituito, non già (semplicisticamente) dalla pretesa punitiva dello Stato, bensì dalla tutela della collettività e dei diritti inviolabili del singolo che la Repubblica riconosce e garantisce (articolo 2 della Costituzione), rispetto alla quale la pretesa punitiva dello Stato è un mero strumento di azione.

Detto in altri termini, affinché possa soggiungersi a una sintesi soddisfacente degli interessi in gioco, la contrapposizione non va posta tra la pretesa punitiva dello Stato [quale che sia lo strumento di cui lo Stato si avvale] e la rieducazione del condannato, bensì tra le esigenze di tutela del singolo e della collettività e i diritti fondamentali che devono essere riconosciuti alla popolazione carceraria, ivi compreso il diritto alla rieducazione.

Ma l'indiscussa prevalenza che - a giudizio di chi scrive - deve essere accordata alla tutela della collettività non può e non deve condurre alla automatica subvalenza di tutte le presunzioni

[14] Citazione da A. Cisterna, *Quel doppio binario di lotta alla mafia che va rimodulato,* in *Guida al Diritto,* nr. 44 del 26-10-2019, pag. 10.

[15] Così A. Cisterna, *cit.*, pag. 12-13.

fondate sulla oggettiva gravità di determinati delitti o sulla oggettiva gravità di determinate condotte.[16]

Motivo per cui, a giudizio di chi scrive, non appare pienamente convincente quel passaggio della sentenza della Corte di Strasburgo in cui - pur nella dichiarata consapevolezza della portata e, finanche, delle ragioni storiche sottese all'introduzione nel sistema penitenziario italiano dell'art. 4 *bis* O.P. e quindi del contesto emergenziale a cui l'istituto è stato chiamato a far fronte - la Corte afferma che l'art. 3 CEDU non ammette eccezione neppure nelle situazioni più gravi e neppure nel caso in cui in gioco vi sia la sopravvivenza stessa dello Stato, perché - e in questo, si, la Corte pare misconoscere la realtà italiana - la sopravvivenza dello Stato altro non è che la sopravvivenza di tutta la collettività: quella collettività baluardo dello Stato, a norma dell'art. 2 Cost., che il legislatore ha inteso garantire con la disposizione oggetto di censura.

E neppure appare pienamente convincente quell'ulteriore passaggio che si trae dalle motivazioni della sentenza della Corte di Strasburgo in cui si afferma chiaramente che nessun fenomeno criminale, praticamente neppure quello più efferato, può giustificare la deroga ai principi dell'art. 3 CEDU, non fosse altro per il fatto, afferma la Corte, che la funzione di risocializzazione mira, in ultima analisi, a impedire la recidiva e a proteggere la società. A chi scrive, pare significativo il richiamo che la Corte di Strasburgo ha fatto alla risocializzazione come strumento funzionale a proteggere la società mediante l'abbattimento della recidiva, perché il dibattito sui cosiddetti tassi di recidiva - se in linea generale nel nostro paese è particolarmente vivace tra i tecnici e gli esperti della materia - lo è stato vieppiù in epoca antecedente all'approvazione del testo definitivo dei decreti legislativi di riforma dell'ordinamento penitenziario, allorquando era ancora in corso il parere del Parlamento sull'originario schema di decreto: come si ricorderà, a quel tempo, si levò da più parti il grido di allarme secondo cui sarebbe stato davvero amaro se il destino di quella stagione riformatrice, iniziata nel 2015 con la felice intuizione degli Stati Generali dell'esecuzione penale, si fosse conclusa con la beffarda presa d'atto che solo il carcere - e non anche (e soprattutto) le misure alternative alla detenzione - può efficacemente svolgere la funzione di garantire la sicurezza dei cittadini e di ridurre il rischio di recidiva.

Epperò, tutte le volte che si discute dei tassi di recidiva, ci si permette di ricordare che il richiamo cosiddetti tassi di recidivanza - che, quantomeno nel nostro Paese, assegnerebbe ai

[16] Ci si permette di fare richiamo, al contributo a firma della scrivente, *L'ordinamento penitenziario all'indomani del d.Lgs. nr. 123 del 2018 e della legge nr. 3 del 2019: quali conseguenze sull'attività del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale?*, in questa *Rivista*, contributo pubblicato il 20-2-2019.

condannati in regime carcerario una percentuale pari all'incirca all'85% del tasso di recidiva e a quelli in regime alternativo una percentuale pari all'incirca al 15% - può essere fuorviante, perché non considera che le misure alternative, per definizione, vengono concesse ai condannati più meritevoli; sicché è logico ritenere che il tasso di recidivanza nei condannati in misura alternativa sia inferiore a quello dei condannati in regime carcerario. Ne consegue che non può aprioristicamente affermarsi che solo le misure alternative alla detenzione - e non il carcere - svolgono efficacemente la funzione di garantire la sicurezza dei cittadini e di ridurre il rischio di recidiva.[17]

Ma di tali obiezioni nelle motivazioni della sentenza della Corte non vi è traccia alcuna.

2.6 (*segue*) Gli effetti che potranno conseguire alla sentenza.

La decisione della Corte è indiscutibilmente dirompente, tanto che il Governo italiano aveva chiesto che a statuire in via definitiva sul ricorso fosse la *Grande Chambre.*

Ed invero, l'impatto sul sistema si coglie meglio sol se si consideri che l'ergastolo ostativo continua a interessare un gran numero di detenuti, destinati a restare tra le pareti di un istituto penitenziario fino al giorno della propria morte, dal momento che - statistiche alla mano, secondo i dati ufficiali del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (aggiornati all'ultimo trimestre dello scorso anno) - a oggi sono 1.255 gli ergastolani ostativi a fronte di 1.790 condannati alla pena perpetua: dunque tre ergastolani su quattro sono ergastolani ostativi, il 25% dei quali ha subito il regime detentivo speciale di cui all'art. 41 *bis* O.P.

Come è noto, l'istanza dello Stato italiano è stata dichiarata inammissibile con un laconico comunicato stampa pubblicato il 7 ottobre 2019 e la sentenza *Viola c. Italia* è passata in giudicato e, ai sensi dell'art. 46 della CEDU, è divenuta pienamente vincolante per lo Stato italiano.

Quali effetti potranno dunque derivare da questa pronuncia?

Va premesso come sia di assoluta evidenza l'impossibilità di riconoscere al deliberato della Corte di Strasburgo efficacia cogente al di fuori del singolo caso concreto affrontato, perché non si tratta né di una deliberazione resa dalla *Grand Chambre*, come pure lo Stato italiano aveva

[17] Ci si richiama nuovamente al contributo già citato a firma della scrivente.

richiesto, né di una sentenza-pilota, con la conseguenza che non potranno prodursi quegli effetti ermeneutici vincolanti imposti dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale.[18]

Tuttavia, è indiscutibile che la sentenza stessa - non fosse altro che in ragione dell'elevato numero di ricorsi assimilabili pendenti[19] - mette in luce un "problema strutturale" dell'ordinamento italiano, che imporrà al nostro paese di realizzare, nell'ambito della discrezionalità riconosciuta ai singoli paesi membri, quelle misure idonee a eliminare le conseguenze delle violazioni accertate.

Quali misure?

Secondo alcuni autori la prima misura è certamente quella che – attraverso la strada della riforma legislativa – sostituisca all'attuale modello [imperniato sulla presunzione di assoluta incompatibilità del condannato per taluni dei delitti indicati nell'art. 4 *bis* O.P. con l'accesso ai benefici penitenziari ivi richiamati, fatta salva la collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58 *ter* del medesimo ordinamento], un nuovo modello in cui, accanto alla collaborazione con la giustizia, si preveda la possibilità per il condannato di accedere a tutti o a parte dei benefici previsti dall'ordinamento penitenziario sulla base di una valutazione operata dal magistrato di sorveglianza e riferita <per un verso alla sussistenza nel caso concreto di indici, diversi dalla collaborazione con la giustizia, che possano far ritenere non più attiva l'affiliazione del soggetto alla consorteria mafiosa, e, per l'altro, dei requisiti di meritevolezza del detenuto in relazione al beneficio o alla misura richiesta>.[20]

Quindi, l'effetto immediato della pronunzia - detto in altri termini - dovrebbe passare per una riforma legislativa che, superando il carattere assoluto della preclusione, restituisca alla magistratura di sorveglianza il potere/dovere di scrutinare, sulla base di verifiche periodiche, se vi siano o meno elementi sufficienti per far ritenere che il soggetto abbia reciso ogni legame con la consorteria criminale, indipendentemente dalla mancata collaborazione.

Ovviamente, se per un verso questo è l'effetto principale che, sul piano delle riforme legislative, dovrebbe conseguire alla sentenza della Corte di Strasburgo, non può che residuare il legittimo dubbio sul vantaggio per il condannato alla pena dell'ergastolo per una fattispecie di reato

[18] Il riferimento è alla nota pronuncia 49/2015, che ha sostenuto la piena vincolatività sul piano interpretativo della "giurisprudenza consolidata" della Corte di Strasburgo.

[19] S. Santini, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, contributo pubblicato il 1 luglio 2019.

[20] Così F. Fiorentin, *Subito una riforma per adeguare l'ordinamento,* in *Guida al Diritto,* nr. 44 del 26-10-2019, pag. 26.

ostativo all'accesso ai benefici penitenziari di prestare una collaborazione rilevante ai sensi dell'art. 58 *ter* O.P., stante la (quasi sostanziale) parificazione della posizione dell'ergastolano ostativo "collaborante" all'ergastolano ostativo "non collaborante" <che abbia manifestato la sussistenza di indici, diversi dalla collaborazione con la giustizia, che possano far ritenere non più attiva l'affiliazione del soggetto alla consorteria mafiosa ovvero dei requisiti di meritevolezza del detenuto in relazione al beneficio o alla misura richiesta>.

In definitiva, la prima delle misure, pure ragionevolmente proposte, tese all'adeguamento dell'ordinamento interno alla pronunzia di Strasburgo sembra passare dalla erosione del regime delle preclusioni alla erosione dell'istituto della collaborazione con la giustizia, che parificando la posizione dei <collaboratori> a quella degli <irriducibili>, a queste condizioni finisce con l'essere innegabilmente svuotato di qualsivoglia contenuto: perché il condannato all'ergastolo per delitti ostativi dovrebbe, infatti, prestare una collaborazione rilevante *ex* art. 58 *ter* O.P., incorrendo nel rischio di quelle ritorsioni che il collaborante affronta per sé e per la sua famiglia e accettando il ripudio morale di accusare persone spesso legate da stretti rapporti di amicizia o parentela, se la sua posizione, fatta eccezione per l'abbattimento delle soglie di pena per l'accesso a determinati benefici, viene equiparata a quella del condannato che, rifiutando motivatamente di collaborare, abbia manifestato la sussistenza di indici, diversi dalla collaborazione con la giustizia, che possano far ritenere non più attiva l'affiliazione del soggetto alla consorteria mafiosa o comunque di quei requisiti di meritevolezza in relazione al beneficio o alla misura richiesta?

Quindi, se per un verso - come qualcuno ha sostenuto - è stata gettata al vento quell'occasione preziosa iniziata nel 2015, con la felice intuizione degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale [allorquando – nell'ambito delle proposte di riforma elaborate dal Tavolo XVI – emerse una proposta tesa all'introduzione, accanto alle ipotesi di collaborazione *impossibile* o *irrilevante*, di una nuova ipotesi in cui <la mancata collaborazione "comunque motivata", si accompagni a concrete condotte riparative>], è pur vero che quel progetto di riforma avrebbe semplicemente posto il sistema italiano al riparo da quelle annunziate censure che sono arrivate da Strasburgo;[21] ma lo avrebbe fatto del tutto indipendentemente sia dalla coerenza complessiva del sistema [e il sistema, come dimostrato dall'esame della struttura dell'art. 4 *bis* O.P. è coerente, si vedrà se ragionevolmente o meno], che dall'esperienza giudiziaria della nostra storia nazionale, che proprio sulla collaborazione *utile* con la giustizia ha fondato centinaia di processi e il correlato accertamento

[21] Così F. Fiorentin, *ult. cit.*, pag. 27.

giudiziario dei crimini commessi [e delle relative responsabilità] ascrivibili alle più efferate realtà criminali associate che hanno segnato con il sangue la nostra storia, essendosi la collaborazione *utile* con la giustizia rivelata uno strumento insostituibile della ricerca della prova e del perseguimento dei responsabili.

Quindi, sostenere che il principale obiettivo perseguito dal legislatore attraverso l'istituto dell'ergastolo ostativo è - più che premiare la collaborazione - punirne in maniera feroce la sua mancanza, allo scopo di perseguire unicamente finalità investigative in violazione di ogni insopprimibile esigenza rieducativa e di recupero,[22] appare francamente del tutto riduttivo.

Ma, nell'ambito del dibattito scientifico teso all'individuazione delle misure idonee a eliminare le conseguenze delle violazioni accertate, è stato pure sostenuto che la riforma dell'ergastolo ostativo, che deve necessariamente far seguito alla pronunzia della Corte di Strasburgo, dovrebbe altresì passare attraverso la <fissazione di una quota di pena ragionevole al cui raggiungimento non possano seguire ulteriori preclusioni assolute al vaglio di merito sulla concessione della misura alternativa>.[23]

E però, la tesi non convince.

Se per un verso il sistema sembra muoversi lungo una scia che mira alla sostanziale erosione di tutte le preclusioni - ivi comprese quelle che fondano su una quota minima di pena solo raggiunta la quale il condannato può auspicare il conseguimento di determinati benefici [24] - come si può solo pensare di introdurre una previsione inversa, vale a dire quella che al raggiungimento di una quota di pena ragionevole fissi una presunzione di non pericolosità che renda non più operativa alcuna presunzione assoluta?

Resta il fatto, in ultima analisi, che - a oggi - ogni progetto di riforma teso a mitigare l'asprezza del trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 4 *bis* O.P. è tramontato: sia quello del 2013, allorquando la Commissione ministeriale istituita con d.m. 13 giugno 2013 dal Ministro della Giustizia Anna Maria Cancellieri e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo [cosiddetta Commissione *Palazzo*] propose di sostituire la presunzione assoluta di pericolosità che sussiste nelle ipotesi di non collaborazione con una presunzione relativa che consentisse di valorizzare i progressi trattamentali compiuti dal detenuto, inserendo nel comma 1 *bis* dell'art. 4 *bis* O.P. il

[22] N. Greco, *La fine del "fine pena mai"?*, in questa *Rivista*, contributo pubblicato il 14 novembre 2019.

[23] Così F. Fiorentin, *Subito una riforma per adeguare l'ordinamento,* in *Guida al Diritto,* nr. 44 del 26-10-2019, pag. 26.

[24] Si pensi alla

seguente inciso: <*e altresì nei casi in cui risulti che la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici summenzionati*>; sia quello elaborato nel 2015 dagli Stati generali dell'esecuzione penale, che evidenziarono la necessità di introdurre un'alternativa, alla collaborazione con la giustizia, per garantire l'accesso alla liberazione condizionale, proponendo di consentire il superamento della preclusione all'accesso ai benefici anche in presenza di <*concrete condotte riparative in favore delle vittime del reato, dei loro familiari o della comunità civile, generando significativi risultati in termini di ricomposizione dei conflitti, di mediazione sociale e di positivi cambiamenti di vita*>; e infine quello originariamente elaborato nel 2017 nello schema di decreto legislativo recante la riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della legge delega nr. 103 del 23-6-2017, che è stato lungamente sottoposto al parere del Parlamento, e che la stessa Corte di Strasburgo menzionava come espressione della recente tendenza sviluppatasi, a livello interno, tesa a rimettere in discussione la presunzione assoluta di pericolosità.

Ed effettivamente, sia l'articolo 5 dell'originario schema di decreto legislativo *recante modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione*, che si accingeva a modificare l'articolo 656 c.p.p., che l'articolo 7 del medesimo originario schema di decreto menzionato dalla Corte di Strasburgo, che come è noto si accingeva a modificare l'articolo 4 *bis* O.P., avevano inteso prevedere una complessiva <rivisitazione del sistema e dei presupposti di accesso alle misure alternative, anche alla luce di una decisa rimodulazione, in chiave ablativa, degli automatismi preclusivi alla loro fruizione>; in tal senso essendosi espressa sia la relazione illustrativa che la relazione tecnica allo schema di decreto legislativo all'epoca sottoposto al parere del Parlamento.

Orbene, se si ha riguardo al testo dell'originario schema di decreto legislativo, significative - a riguardo - erano sembrate a chi scrive due modifiche, ambedue apportate al testo dell'articolo 656 del codice di procedura penale:

- la modifica al comma 5 dell'art. 656 c.p.p., attraverso l'innalzamento del limite massimo di pena (elevato da tre a quattro anni di reclusione) entro il quale il Pubblico Ministero ha l'obbligo di sospendere l'ordine di carcerazione, per consentire al condannato di chiedere l'ammissione a misure alternative e per garantirgli un migliore programma rieducativo ai fini del suo reinserimento sociale;

- la modifica dell'articolo 4 *bis* O.P., così come richiamato dall'articolo 656 comma 9 lett. a) c.p.p. Sotto questo profilo, ove la modifica fosse entrata in vigore, secondo le originarie intenzioni del legislatore, il divieto della sospensione dell'esecuzione avrebbe operato unicamente:
  - nei confronti degli autori di poche fattispecie di delitti monosoggettivi previsti dal codice penale [e segnatamente la Riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), la Prostituzione minorile (art. 600 *bis* c. 1 c.p.), la Tratta di persone (art. 601 c.p.), la Violenza sessuale di gruppo (art. 609 *octies* c.p.)];
  - nei confronti dei condannati per delitti di mafia e terrorismo nonché nei confronti di coloro che abbiano rivestito ruoli chiave all'interno di altre tipologie di organizzazioni criminali operanti nei soli settori specificati dalla legge.

Tuttavia, per effetto della riforma dell'ordinamento penitenziario entrata in vigore il 10 novembre del 2018 e compendiata nell'attuale testo di ambedue i decreti legislativi emanati dal Governo il 2 ottobre 2018, a seguito del Consiglio dei Ministri del 27 settembre 2018 tutta la parte relativa alle misure alternative e alle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari - non senza rammarico, sia da parte di alcuni operatori del settore che da parte di quel movimento culturale e giuridico che aspirava a un ripensamento complessivo dell'ordinamento penitenziario - è stata integralmente espunta da tutti gli schemi di decreto legislativo comparsi negli ultimi mesi, fino alla conferma dell'ultimo Consiglio dei ministri del 27 settembre 2018.

E in effetti, confrontando il testo del previgente schema di decreto legislativo nelle parti di interesse per l'attività del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione penale con il testo invece scaturito dal Consiglio dei ministri dello scorso 27 settembre, non può non constatarsi la siderale differenza rispetto all'impatto che la riforma, secondo l'impostazione originaria, si proponeva di conseguire.

La circostanza che la modifica legislativa non abbia in alcun modo toccato la previsione del comma 5 dell'art. 656 c.p.p. e che, quindi, il legislatore delegato **non ha ritenuto** – pur avendone la facoltà, ai sensi dell'art. 1 comma 85 lett. *c*) della legge-delega – di elevare a **quattro anni** il limite di pena per la sospensione dell'ordine di esecuzione, in modo da **assorbire** nel tessuto normativo il *dictum* della **sentenza della Corte Costituzionale nr. 41 del 2018**, è innegabilmente una scelta non casuale alla luce delle linee di politica criminale dell'esecutivo del tempo – antitetiche rispetto all'ampliamento di operatività della sospensione *ex* art. 656 c. 5

c.p.p. operato della Consulta – ma è altrettanto innegabilmente una scelta priva di alcuna **conseguenza** sul piano pratico.

Al contrario la circostanza che, invece, alcuna modifica sia intervenuta sul testo dell'art. 4 *bis* O.P. - e che quindi il catalogo dei delitti ostativi non solo sia rimasto sostanzialmente invariato ma sia stato anzi significativamente ampliato in epoca successiva con la legge nr. 3/2019 [la cosiddetta legge spazza-corrotti] - a giudizio di chi scrive conferma, quanto meno allo stato della vigente legislazione, la razionalità del sistema ivi delineato, che oggi come allora non può e non deve dimenticare che l'art. 4 *bis* O.P. - inserito nel corpo dell'ordinamento penitenziario e poi modificato con la pretesa di una condotta collaborativa quale requisito essenziale per l'accesso ai benefici penitenziari da parte dei condannati per taluni delitti - non fu espressione dell'isteria momentanea di un legislatore ferito dall'eccezionale aggravamento del fenomeno mafioso degli anni '90, ma ha rappresentato lo snodo fondamentale per l'attuazione del regime penitenziario del doppio binario, individuando un nuovo circuito penitenziario per i condannati per quei gravissimi delitti espressamente individuati dalla stessa norma e che ha retto alle censure di costituzionalità, nella misura in cui si è preso atto che il doppio binario non è stato creato dal legislatore sul fondamento del <mero allarme sociale>, bensì su ragioni giustificative chiaramente riconoscibili.[25]

Sicché, chi scrive ritiene che – nel panorama legislativo teso alla individuazione delle misure più idonee per adeguare l'ordinamento interno alle prescrizioni della Corte EDU – questo sia un dato storico che potrebbe avere il suo peso, nel senso che, a oggi, una revisione integrale dell'art. 4 *bis* O.P., quantomeno nel senso che si proponeva il legislatore con il testo originario della riforma dell'ordinamento penitenziario, pare difficilmente realizzabile.

2.7 (*segue*) Gli echi della decisione della Corte.

In disparte per il momento gli ulteriori sviluppi che la decisione della Corte potrà avere sul piano nazionale sotto il profilo delle riforme legislative, è innegabile tuttavia che <gli echi della decisione *Viola contro Italia* hanno dato prova di un'assordante persistenza. Le acque attorno all'ergastolo ostativo, immobili ormai da anni attorno ai resti calcificati di una giurisprudenza granitica, sono state smosse: l'intera struttura del "fine pena mai" mostra debolezze evidenti. Di

[25] Vds. a riguardo la copiosa giurisprudenza Costituzionale elaborata in sede cautelare che ha imposto al legislatore di non creare doppi binari fondati sul mero allarme sociale, bensì su ragioni giustificanti chiaramente riconoscibili.

questi primi segni di cedimento si è fatta portavoce, in tempi recentissimi, la Corte Costituzionale>.[26]

Il riferimento – come si accennava in apertura del presente contributo – è alle seguenti sentenze:

- la sentenza nr. 149/2018 della Corte Costituzionale del 21-6-2018;
- la sentenza nr. 253/2019 della Corte Costituzionale del 23-10-2019.
-

3. La sentenza nr. 253/2019 della Corte Costituzionale del 23-10-2019.

La sentenza nr. 253/2019 della Corte Costituzionale del 23-10-2019, resa a seguito dell'udienza pubblica del 22-10-2019, depositata il 4-12-2019 e pubblicata sulla G.U. del 11-12-2019 nr. 50, ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale dell'art. 4 *bis* c. 1 O.P. *nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-bis c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste nonché ai detenuti per i delitti ivi contemplati, diversi da quelli di cui all'art. 416-bis c.p. e da quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58 ter del medesimo ordinamento penitenziario, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti*.

3.1 (*segue*) Premessa.

Benché la sentenza della Corte Costituzionale nr. 253/2019 sia stata salutata come tra quelle che si collocano sullo stesso filone di quello inaugurato dalla Corte di Strasburgo con la sentenza *Viola contro Italia*, in realtà è stata la stessa Corte a precisare che la questione sottoposta la suo vaglio non è quella sull'ergastolo ostativo, non essendo stata in alcun modo oggetto di censura la mancata previsione per i soggetti condannati all'ergastolo per i reati ostativi della possibilità di accesso alla liberazione condizionale. Questo sarebbe stato l'oggetto della questione se le ordinanze di rimessione avessero censurato – oltre che l'art. 4 *bis* c. 1 O.P. – anche la previsione contenuta nell'art. 2 c. 2 decreto legge nr. 152/1991, che, richiamando l'art. 176 c.p., non consente di concedere la liberazione condizionale al condannato all'ergastolano che non collabora con la

[26] N. Greco, *La fine del "fine pena mai"?*, in questa *Rivista*, contributo pubblicato il 14 novembre 2019.

giustizia e che abbia già scontato ventisei anni effettivi di carcere, così trasformando la pena perpetua *de iure* in una pena perpetua anche *de facto*.

La questione sottoposta al vaglio della Corte, invece, ha riguardato tutti i condannati per i reati c.d. ostativi che – quale che fosse la pena oggetto della condanna (condanna a pena perpetua oppure a pena temporanea) – non possono accedere ai permessi premio, anche dopo la condanna, ove non abbiano prestato un'*utile* collaborazione ovvero nei casi in cui la collaborazione risulti *inesigibile*, *impossibile* o oggettivamente *irrilevante*, e ciò benché i giudici *a quibus*, per parte loro, abbiano "costruito" le questioni di legittimità Costituzionale modellandole sulle fattispecie portate alla loro attenzione, nelle quali la richiesta di accesso al permesso premio riguardava due condannati alla pena dell'ergastolo, per i delitti prima specificati.

Presupposto della censura – prospettata alla luce degli artt. 3 e 27 c. 3 Cost. – è che l'art. 4 *bis* O.P. radica in capo ai condannati per i delitti ivi previsti una presunzione assoluta circa il permanente collegamento con l'organizzazione criminale e che la scelta di collaborare con la giustizia viene correlativamente assunta come la sola idonea a rimuovere l'ostacolo alla concessione del beneficio in ragione della sua valenza rescissoria del legame con il sodalizio criminale.

Proprio in virtù di tale presunzione, assoluta in quanto non superabile se non dalla collaborazione stessa, la disposizione oggetto del giudizio fa sì che le richieste di un tale detenuto di accedere allo specifico beneficio del permesso premio debbano dichiararsi inammissibili, senza poter essere in alcun modo oggetto di un vaglio in concreto da parte del magistrato di sorveglianza.

Se tutto ciò sia conforme ai parametri costituzionali evocati, questo è, in definitiva, il *thema decidendum* sottoposto alla valutazione della Corte.

3.2 (*segue*) Il fatto da cui è scaturita la questione di costituzionalità.

La questione di legittimità Costituzionale è stata sollevata da due distinte autorità giudiziarie: la Corte di Cassazione prima e il Tribunale di sorveglianza di Perugia dopo.

La Corte di Cassazione, a sua volta, era stata investita del ricorso avente a oggetto il provvedimento con cui il Tribunale di sorveglianza dell'Aquila aveva rigettato il reclamo proposto dal ricorrente avverso il decreto con il quale il competente magistrato di sorveglianza aveva dichiarato inammissibile la richiesta di permesso premio avanzata dal medesimo condannato. Il condannato ricorrente infatti - che risultava ininterrottamente detenuto dal 27 giugno 1998 in espiazione della pena dell'ergastolo con isolamento diurno per la durata di un anno, irrogatagli «per

i delitti di associazione mafiosa, omicidio, soppressione di cadavere, porto e detenzione illegale di armi», eseguiti tra il 1996 e il 1998 «per agevolare l'attività» di un'associazione mafiosa e per i quali gli era stata applicata l'aggravante dei motivi abietti «individuati nel fine di affermare l'egemonia e il prestigio della consorteria alla quale l'imputato era affiliato» - aveva avanzato al competente Tribunale di sorveglianza la richiesta di concessione del beneficio del permesso premio, valorizzando il suo comportamento carcerario da sempre rispettoso del programma rieducativo attivato nei suoi confronti. Il Tribunale, conformemente al dettato normativo, aveva ritenuto non concedibile il beneficio richiesto in quanto precluso dai titoli di reato, trattandosi di delitti tutti ricompresi – pur in assenza di una contestazione formale dell'aggravante speciale di cui all'art. 7 del decreto legge nr. 152/1991 – nell'elenco dei reati ostativi ai sensi dell'art. 4 *bis* c. 1 O.P. e non sussistendo condotte di collaborazione con la giustizia rilevanti ai sensi dell'art. 58 *ter* O.P.

La lagnanza del condannato - posta dalla Corte di Cassazione a fondamento delle motivazioni tese a comprovare la <rilevanza> della questione - muoveva dalla circostanza che l'art. 30 O.P., nel disciplinare la concessione dei permessi premio, considera decisivo l'apprezzamento della pericolosità sociale, laddove invece tale profilo non era stato oggetto di specifica valutazione a opera del Tribunale di sorveglianza, che aveva ritenuto impeditivo di un concreto esame il disposto normativo dell'art. 4 *bis* c. 1 O.P. che si fonda sulla sussistenza di una preclusione assoluta che - «non distinguendo tra gli affiliati di un'organizzazione mafiosa» e gli autori di delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dalla stessa norma - appare confliggente con «l'incompatibilità Costituzionale» delle presunzioni assolute di pericolosità sociale sia quando applicate alle condotte illecite che non presuppongono l'affiliazione a un'associazione mafiosa secondo principi già affermati dalla Corte Costituzionale [così come statuito con le sentenze nr. 57/2013 e nr. 48/2015], sia laddove riferite a fattispecie e a misure alternative che, pur accumunate nel regime detentivo prefigurato dall'art. 4 *bis* c. 1 O.P., sarebbero tra loro talmente eterogenee da ledere i parametri costituzionali già evocati nella giurisprudenza Costituzionale [segnatamente con le sentenze nr. 239 del 2014,[27] nr. 76 del 2017,[28] e infine nr. 149 del 2018[29]].

[27] Con la sentenza nr. 239 del 2014 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., nella parte «in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies della medesima legge» nonché nella parte in cui «non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lettere a) e b), della medesima legge, ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti». Per la Corte Costituzionale, la

Analoga questione, sia pur offerta in valutazione sotto angoli prospettici differenti, era stata posta dal Tribunale di sorveglianza di Perugia.

Va dato atto, tuttavia, di una significativa differenza tra le due fattispecie concrete da cui è scaturita la questione di legittimità Costituzionale.

E infatti, mentre il caso sottoposto in valutazione della Corte di Cassazione atteneva a un condannato in espiazione della pena dell'ergastolo irrogatagli «per i delitti di associazione mafiosa, omicidio, soppressione di cadavere, porto e detenzione illegale di armi» eseguiti «per agevolare l'attività» di un'associazione mafiosa alla quale l'imputato era affiliato», quello invece sottoposto in valutazione del Tribunale di sorveglianza di Perugia atteneva a un condannato per delitti commessi al fine di agevolare il gruppo criminale organizzato *ex* art. 416 *bis* c.p. del quale è stato riconosciuto partecipe, con ruolo sviluppatosi nel corso del tempo: dunque un «intraneo ad un gruppo criminale organizzato ex art. 416-bis cod. pen.», autore di omicidi volti a consentirne la sopravvivenza e agevolarne gli scopi illeciti, e, dunque, un soggetto per il quale, a giudizio dell'autorità giudiziaria rimettente, era «particolarmente rilevante l'eventuale collaborazione con la giustizia».

Nondimeno, pur nella consapevolezza di trovarsi al cospetto di un condannato, oltre che per reati di "contesto mafioso" [come nel caso oggetto dell'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione] anche per il delitto di associazione mafiosa *ex* art. 416 *bis* c.p., il Tribunale di sorveglianza aveva ritenuto che, anche in tal caso e nella peculiare fase dell'esecuzione penale, la preclusione assoluta alla concessione di un beneficio penitenziario in assenza di una condotta collaborativa si ponesse in contrasto con gli artt. 3 e 27 c. 3 Cost., impedendo in ultima analisi «il

scelta legislativa di accomunare nel regime detentivo prefigurato dall'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. fattispecie e misure alternative tra loro eterogenee sarebbe lesiva dei parametri costituzionali evocati (si trattava degli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost.), in quanto illogica rispetto all'obiettivo di incentivare la collaborazione processuale quale strategia di contrasto alla criminalità organizzata: la subordinazione dell'accesso ai benefici penitenziari a un effettivo ravvedimento del condannato sarebbe giustificata solo quando si discuta di misure alternative che mirano alla rieducazione del condannato e non quando «al centro della tutela si collochi un interesse "esterno" ed eterogeneo».

[28] Con la sentenza nr. 76 del 2017 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale dell'art. 47-quinquies, comma 1-bis, ordin. penit., limitatamente all'inciso «salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-bis», evidenziando, con riferimento alla detenzione domiciliare speciale di cui alla disposizione allora censurata, l'inammissibilità di presunzioni assolute che neghino l'accesso della madre alle modalità agevolate di espiazione della pena, impedendo al giudice di valutare in concreto la pericolosità sociale e facendo ricorso a indici presuntivi che comportano «il totale sacrificio dell'interesse del minore».

[29] Con la sentenza nr. 149 del 2018 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale dell'art. 58-quater, comma 4, ordin. penit., nella parte in cui si applica ai condannati all'ergastolo per i delitti di cui agli artt. 289-bis e 630 cod. pen. che abbiano cagionato la morte del sequestrato, ribadendo i principi della progressività trattamentale e della flessibilità della pena «radicati nell'art. 27, comma terzo, Cost., che garantisce il graduale inserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale».

vaglio di altri elementi che…. potrebbero condurre ugualmente ad un giudizio di cessata pericolosità sociale e di meritevolezza dell'invocato beneficio».

3.3 (*segue*) Le motivazioni della sentenza.

Dunque preso atto della censura della stessa disposizione alla luce dei medesimi parametri costituzionali evocati – pur nella parziale differenziazione nei percorsi argomentativi esposti dalla due autorità giudiziarie rimettenti – la Corte Costituzionale ha riunito i giudizi.

3.3.1 (*segue*) Premessa.

Prima di entrare nel vivo delle motivazioni poste dalla Corte a fondamento della censura di illegittimità Costituzionale, si impone una premessa di carattere generale.

È innegabile che il nodo sottostante al tema che è stato sottoposto all'esame della Consulta non sia stato facile da sciogliere, non fosse altro perché della questione della compatibilità del sistema delineato dall'art. 4 *bis* O.P. con i parametri costituzionali evocati la Corte, nel corso del tempo, ha avuto modo ripetutamente di occuparsi con tutta una serie di pronunzie che, innegabilmente, hanno contribuito a confermare il giudizio storico di "salvaguardia" sull'art. 4 *bis* O.P., avvalorando la tesi lungamente sostenuta secondo cui la norma in questione di certo non fu espressione dell'isteria momentanea di un legislatore ferito dall'eccezionale aggravamento del fenomeno mafioso degli anni '90, ma ha rappresentato lo snodo fondamentale per l'attuazione del regime penitenziario del doppio binario, individuando un nuovo circuito penitenziario per i condannati per quei gravissimi delitti espressamente individuati dalla stessa norma e che ha retto alle censure di costituzionalità, nella misura in cui si è preso atto che il doppio binario non è stato creato dal legislatore sul fondamento del <mero allarme sociale>, bensì su ragioni giustificative chiaramente riconoscibili.[30]

Sotto questo profilo, non può non farsi richiamo alla sentenza nr. 306 del 1993, che la Corte Costituzionale pronunciò a breve distanza dall'entrata in vigore della disciplina introdotta dal decreto legge nr. 306 del 1992, come convertito, con cui si riconobbe che il requisito della collaborazione, quale condizione per l'accesso ai benefici penitenziari, doveva ritenersi «essenzialmente espressione di una scelta di politica criminale», adottata per finalità di prevenzione

[30] Vds. a riguardo la copiosa giurisprudenza Costituzionale elaborata in sede cautelare che ha imposto al legislatore di non creare doppi binari fondati sul mero allarme sociale, bensì su ragioni giustificanti chiaramente riconoscibili.

generale e di sicurezza collettiva e con cui, parimenti, si sottolineò che la scelta legislativa costituiva risposta alla necessità di contrastare una criminalità organizzata «aggressiva e diffusa». Con quella medesima sentenza la Corte affermò di non condividere la tesi, sostenuta nella relazione alla legge di conversione del decreto legge nr. 306 del 1992, secondo cui la decisione di collaborare è la sola a esprimere con certezza la «volontà di emenda» del condannato, sicché essa assumerebbe una valenza anche "penitenziaria", non estranea al principio della funzione rieducativa della pena [«è solo la scelta collaborativa ad esprimere con certezza quella volontà di emenda che l'intero ordinamento penale deve tendere a realizzare»: così la relazione presentata in Senato in sede di conversione del decreto legge nr. 306 del 1992 – atto nr. 328], giacché a giudizio della Corte la collaborazione con la giustizia non necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento ben potendo essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, così come il suo contrario (la mancata collaborazione) non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento o "emenda".

Quel che più conta è che con la sentenza nr. 306 del 1993 – pur dichiarando, tra l'altro, non fondate le questioni allora sollevate sull'art. 4 *bis* c. 1 O.P. in relazione all'art. 27 c. 3 Cost. – la Corte osservò che inibire l'accesso ai benefici penitenziari ai condannati per determinati gravi reati, i quali non collaborino con la giustizia, comporta una «rilevante compressione» della finalità rieducativa della pena: «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi d'autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita» in caso di mancata collaborazione.

3.3.2 (*segue*) Il percorso motivazionale seguito dalla Corte.

Proprio sul fondamento delle conclusive valutazioni compiute con questo (granitico) precedente, la Corte - con la sentenza oggetto di commento - ha accolto le questioni sollevate, nei termini che ora si chiariranno.

La presunzione dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, così introdotta nell'art. 4 *bis* c. 1 O.P., è assoluta nel senso che non può essere superata da altro se non dalla collaborazione stessa. Quest'ultima, per i condannati per i delitti ivi menzionati, è l'unico elemento

che può consentire l'accesso ai benefici previsti dall'ordinamento penitenziario. È così introdotto un trattamento distinto rispetto a quello che vale per tutti gli altri detenuti.

Orbene, a giudizio della Corte non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima: non è infatti irragionevole presumere che la commissione di determinati delitti dimostri l'appartenenza dell'autore alla criminalità organizzata, o il suo collegamento con la stessa; così come - parimenti - non è irragionevole presumere che la scelta di collaborare con la giustizia venga correlativamente assunta come la sola idonea a rimuovere l'ostacolo alla concessione dei benefici indicati, in ragione della sua valenza "rescissoria" del legame con il sodalizio criminale e che – per converso – la mancata collaborazione con la giustizia fondi la presunzione che i collegamenti con l'organizzazione criminale siano mantenuti e attuali, con conseguente inaccessibilità ai benefici penitenziari normalmente disponibili agli altri detenuti, purché si preveda che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e quindi possa essere vinta da prova contraria.

Mentre una disciplina improntata al carattere relativo della presunzione[31] si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obbiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena, non regge, invece, il confronto con gli artt. 3 e 27 c. 3 Cost. una disciplina che assegni carattere assoluto alla presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, sotto tre profili, distinti ma complementari:

- sotto un primo profilo, perché all'assolutezza della presunzione sono sottese esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva che incidono sull'ordinario svolgersi dell'esecuzione della pena, con conseguenze afflittive ulteriori a carico del detenuto non collaborante. È innegabile infatti che il congegno normativo inserito nell'art. 4 *bis* c. 1 O.P. dal decreto legge nr. 306 del 1992, come convertito, è espressione di una trasparente opzione di politica investigativa e criminale. In quanto tale, essa immette nel percorso carcerario del condannato – attraverso il decisivo rilievo attribuito alla collaborazione con la giustizia anche dopo la condanna – elementi estranei ai caratteri tipici dell'esecuzione della pena, prefigurando una sorta di scambio tra

[31] A ben guardare - precisa la Corte - l'inaccessibilità ai benefici penitenziari, per il detenuto che non collabora, non è un vero automatismo, poiché è lo stesso detenuto, scegliendo di collaborare, a poter spezzare la consequenzialità della disposizione censurata. L'inaccessibilità ai benefici penitenziari è insomma una preclusione che non discende automaticamente dall'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. «ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni di farlo» (sentenza nr. 135 del 2003).

Pur tuttavia, ciò che al contrario riveste carattere assoluto è la presunzione della mancata rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata, che incombe sul detenuto non collaborante, perché non può essere superata da altro, se non dalla collaborazione stessa. Ed è proprio questo carattere assoluto a risultare in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.

informazioni utili a fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso di trattamento penitenziario. Per i condannati per i reati elencati nella disposizione censurata, infatti, è costruita una disciplina significativamente diversa da quella prevista per la generalità degli altri detenuti: essi possono accedere ai benefici previsti dall'ordinamento penitenziario solo qualora collaborino con la giustizia, ai sensi dell'art. 58 *ter* O.P., ma se tale collaborazione non assicurino, ai benefici in questione non potranno accedere mai, neppure dopo aver scontato le frazioni di pena richieste quale ordinario presupposto per l'ammissione a ciascun singolo beneficio.[32] Viceversa, se invece collaborino secondo le modalità contemplate dal citato art. 58 *ter* O.P., a tali benefici potranno accedere senza dover previamente scontare la frazione di pena ordinariamente prevista, in forza della soluzione interpretativa già individuata, sia dalla Corte Costituzionale [il richiamo è alle nr. 174 del 2018 e nr. 504 del 1995], sia dalla giurisprudenza di legittimità [così Corte di Cassazione, sezione prima penale, sentenze 3 febbraio 2016, nr. 37578 e 12 luglio 2006, nr. 30434]. Il congegno normativo inserito nell'art. 4 *bis* c. 1 O.P. dal decreto legge nr. 306 del 1992, come convertito, quindi, a seconda della scelta compiuta dal soggetto, aggrava il trattamento carcerario del condannato non collaborante rispetto a quello previsto per i detenuti per reati non ostativi, oppure, al contrario, lo agevola significativamente, giacché, in presenza di una scelta di collaborazione, introduce a favore del detenuto elementi premiali rispetto al regime previsto per i condannati per delitti non ostativi. Ma, alla stregua dei principi di ragionevolezza, di proporzionalità della pena e della sua tendenziale funzione rieducativa, un conto - osserva la Corte - è l'attribuzione di valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presti una collaborazione utile ed efficace, ben altro è l'inflizione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante, presunto *iuris et de iure* quale persona radicata nel crimine organizzato e perciò socialmente pericolosa. Dunque, a giudizio della Corte, l'attuale formulazione dell'art. 4 *bis* c. 1 O.P. opera - anche in nome di prevalenti esigenze di carattere investigativo e di politica criminale - <una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-ter ordin. penit., che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto>. Ne

[32] La concessione dei permessi è ammessa:

1.a) nei confronti dei condannati all'arresto o alla reclusione non superiore a quattro anni anche se congiunta all'arresto;

2.b) nei confronti dei condannati alla reclusione superiore a quattro anni, salvo quanto previsto dalla lettera c), dopo l'espiazione di almeno un quarto della pena;

3.c) nei confronti dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4 bis, dopo l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni;

4.d) nei confronti dei condannati all'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni.

consegue, sempre a giudizio della Corte, che la libertà di non collaborare - garantita nel processo nella forma di vero e proprio diritto espressione del principio *nemo tenetur se detegere* - in fase d'esecuzione si trasforma in un gravoso onere di collaborazione che non solo richiede la denuncia a carico di terzi, ma rischia altresì di determinare autoincriminazioni, anche per fatti non ancora giudicati; ciò che non risulta conforme agli artt. 3 e 27 c. 3 Cost.;

- sotto un secondo profilo, perché tale assolutezza impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27 c. 3 Cost., dal momento che – in definitiva – la mancata collaborazione rende la richiesta di ottenere il permesso premio inammissibile, senza che al magistrato di sorveglianza sia consentita una valutazione in concreto della condizione del detenuto. Il permesso premio, almeno per le pene medio-lunghe, rappresenta un peculiare istituto del complessivo programma di trattamento: esso consente «al detenuto, a fini rieducativi, i primi spazi di libertà» [così la Corte Cost. nella sentenza nr. 188 del 1990], mostrando perciò una «funzione "pedagogico-propulsiva"» [così la Corte Cost. nella sentenza nr. 504 del 1995 e poi nelle sentenze nr. 445 del 1997 e nr. 257 del 2006], e permette l'osservazione da parte degli operatori penitenziari degli effetti sul condannato del temporaneo ritorno in libertà [così la Corte Cost. nella sentenza nr. 227 del 1995], tanto che la stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale ha ripetutamente indicato [tra le altre la sentenza nr. 149 del 2018] come criterio costituzionalmente vincolante quello che richiede una valutazione individualizzata nella materia dei benefici penitenziari. Ne consegue che la presunzione assoluta in esame impedisce proprio tale verifica secondo criteri individualizzanti, non consentendo nemmeno di valutare le ragioni che hanno indotto il detenuto a mantenere il silenzio, così arrestando sul nascere il percorso risocializzante e frustrando la stessa volontà del detenuto di progredire su quella strada; ciò che, a giudizio della Corte, non è consentito dall'art. 27 c. 3 Cost.;

- sotto un terzo profilo, perché l'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione, che può essere invece contraddetta, a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza. Nel caso sottoposto in valutazione della Corte, la generalizzazione che fonda la presunzione assoluta consiste in ciò: se il condannato per il delitto di associazione mafiosa e/o per delitti di "contesto mafioso" non collabora con la giustizia, la mancata collaborazione è indice (non superabile se non

dalla collaborazione stessa) della circostanza per cui egli non ha spezzato i legami che lo tengono avvinto all'organizzazione criminale di riferimento. Orbene, per quanto siano ben note le ragioni di una tale generalizzazione e se quindi è certo possibile che il vincolo associativo permanga inalterato anche a distanza di tempo anche per le caratteristiche del sodalizio criminale in questione finché il soggetto non compia una scelta di radicale distacco, nondimeno il decorso del tempo, nella fase dell'esecuzione della pena, esige una valutazione in concreto, che consideri l'evoluzione della personalità del detenuto anche rispetto al contesto esterno al carcere, nel quale si prospetti la possibilità di un (sia pur breve e momentaneo) reinserimento dello stesso detenuto, potendosi ipotizzare, peraltro, che l'associazione criminale di originario riferimento, a esempio, non esista più, perché interamente sgominata o per naturale estinzione. Ne deriva, perciò, in lesione dell'art. 3 Cost., l'irragionevolezza – nonché, anche sotto questo profilo, il contrasto con la funzione rieducativa della pena – di una presunzione assoluta di pericolosità sociale che, a prescindere da qualsiasi valutazione in concreto, presupponga l'immutabilità sia della personalità del condannato che del contesto esterno di riferimento.

3.4 (*segue*) Gli effetti che potranno conseguire alla sentenza.

Quali gli effetti che potranno conseguire dalla sentenza?

La vicenda giudiziaria che ha portato alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 *bis* c. 1 O.P., soprattutto alla luce della precedente censura registratasi all'indomani della sentenza della Corte EDU nel caso *Viola c. Italia*, non può non indurre innanzi tutto ad alcune riflessioni di sistema sulle ricadute che tale impostazione avrà inevitabilmente in un settore delicatissimo come quello del contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso e, secondariamente, a uno scrutinio sugli effetti che potranno scaturiranno da questa pronunzia nella gestione delle richieste di permessi premio da parte di tutte le autorità coinvolte.

Sotto il primo profilo, tali riflessioni, pur nel doveroso rispetto dell'autorevolezza degli Organi Giurisdizionali che si sono pronunciati, devono partire dall'incontestabile presa d'atto della significativa erosione di uno strumento - la collaborazione con la giustizia - che, fino a oggi, è stato ritenuto fondamentale sia per tentare di recidere i legami criminali tra il detenuto e il territorio di riferimento, sia per incentivare le collaborazioni con la giustizia che, allo stato dell'esperienza giudiziaria, costituiscono prova di un reale percorso rieducativo dell'affiliato.

Epperò, a giudizio di chi scrive, quali che siano gli echi che potranno scaturire dalla sentenza oggetto di commento, gli effetti neppure in tale caso potranno essere dirompenti, sol che si consideri la peculiarità del permesso premio previsto dall'art. 30 *ter* O.P., che - non modificando in alcun modo le condizioni restrittive del condannato - possiede «una connotazione di contingenza che non ne consente l'assimilazione integrale alle misure alternative alla detenzione», per quanto - in prospettiva repressiva - non fossero del tutto peregrine le considerazioni formulate in sede di intervento dall'Avvocatura dello Stato, che aveva osservato che la *ratio* della norma è quella «di evitare l'uscita dal carcere – anche solo per poche ore – di condannati verosimilmente ancora pericolosi, in particolare in ragione dei loro persistenti legami con la criminalità organizzata».[33]

Dunque, non si può che convenire sul fatto che il dibattito politico-mediatico, non certo quello tecnico-giuridico, ha avuto troppa e impropria rilevanza,[34] atteso che la sentenza in questione non ha evidentemente sancito *tout court* l'illegittimità della previsione dell'obbligo di collaborazione da sempre previsto dall'art. 4 *bis* c. 1 O.P. ma ha caducato, unicamente con riferimento alla materia del permesso premio *ex* art. 30 *ter* O.P., l'equazione secondo cui "non collaborazione = permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata" e quindi permanenza di pericolosità, trasformando la presunzione assoluta di pericolosità in presunzione relativa.

È evidente, infatti, come la decisione limiti la propria portata oggettiva unicamente al beneficio oggetto della pronunzia, offrendo una "prospettiva di salvezza" per coloro i quali hanno già percorso un giudizio di *impossibilità* o *inesigibilità-irrilevanza* di *utile* collaborazione con la giustizia conclusosi con una decisione negativa ormai definitiva, nonché per coloro che, in una prospettiva prognostica, non siano nelle condizioni di ottenere un giudizio positivo.

Viceversa, dalla portata del *dictum* rimangono esclusi tutti gli altri benefici pure richiamati dall'art. 4 *bis* O.P. che, quantomeno allo stato della vigente legislazione come interpretata dalla Corte Costituzionale, se richiesti da un detenuto per delitto ostativo non collaborante, soggiacciono alle stesse regole previgenti la decisione Costituzionale; sicché l'ammissibilità della domanda per tutti gli altri benefici ivi richiamati dall'art. 4 *bis* O.P., diversi dal permesso premio, allo stato

[33] Il riferimento è alla sentenza nr. 149 del 2018

[34] A. Ricci, *Riflessioni sull'interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante, all'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4 bis comma 1 bis o.p., a seguito della sentenza della Corte Costituzionale nr. 253 del 2019*, in *Giurisprudenza penale*, contributo pubblicato il 27 Gennaio 2020.

continuerà a essere sempre subordinata alla preliminare verifica di una condotta collaborativa *utile* o per equipollente nelle forme dell'*impossibilità* o *inesigibilità*.[35]

Sotto il secondo dei profili accennati in premessa, lo scrutinio degli effetti che potranno scaturiranno da questa pronunzia nella gestione delle richieste di permessi premio da parte di tutte le autorità coinvolte, a giudizio di chi scrive, passa sia per una valutazione più stringente che può essere già fatta allo stato dell'arte, che per una valutazione *de iure condendo* che tenga conto del possibile eco che, a livello legislativo, potrà avere la sentenza.

Allo stato dell'arte, lo scrutinio degli effetti può evincersi già da un passaggio significativo che si legge nelle motivazioni della sentenza della Corte: il caso sottoposto alla valutazione della Corte riguardava fattispecie delittuose afferenti all'affiliazione a una associazione mafiosa (e dei reati a questa collegati): ne consegue, a giudizio della medesima Corte, che la valutazione in concreto di accadimenti idonei a superare la presunzione dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata – da parte di tutte le autorità coinvolte, e in primo luogo a opera del magistrato di sorveglianza – dovrà rispondere a criteri di particolare rigore, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si esige l'abbandono definitivo.

Ciò giustifica che la presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora, pur non più assoluta, sia superabile non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi.

Quali siano questi elementi, afferma la Corte, lo evidenzia la stessa evoluzione del medesimo art. 4 *bis* O.P., come richiamata in apertura del presente contributo, dal momento che prima dell'introduzione del requisito della collaborazione con la giustizia già si stabiliva per i reati della "prima fascia" che l'accesso a taluni benefici previsti dall'ordinamento penitenziario fosse possibile alla stregua di un parametro probatorio particolarmente elevato, vale a dire solo se fossero stati acquisiti «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva». Per riprendere le parole della Corte Costituzionale [il riferimento è alla sentenza nr. 68

[35] Il riferimento è alla sentenza nr. 149 del 2018

del 1995], era quindi disegnato, per questi reati, un sistema fondato su di «un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa».[36]

L'acquisizione di tali elementi consente alla magistratura di sorveglianza, attraverso un efficace coordinamento con tutte le autorità competenti in materia, di svolgere d'ufficio una seria verifica non solo sulla condotta carceraria del condannato nel corso dell'espiazione della pena, ma altresì sul contesto sociale esterno in cui, sia pure temporaneamente ed episodicamente, il detenuto sarebbe autorizzato a rientrare per effetto della fruizione del permesso premio; coordinamento, quello con le altre autorità coinvolte nella concessione del permesso premio, che non è meramente interlocutorio ma che entra a pieno titolo nel complesso meccanismo funzionale alla concessione del permesso, per due ordini di ragioni, ambedue inferibili dal sistema normativo; e infatti:

- a norma dell'art. 4 *bis* c. 2 O.P., ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1 (perciò, anche del permesso premio) la magistratura di sorveglianza decide non solo sulla base delle relazioni della pertinente autorità penitenziaria ma, altresì, delle dettagliate informazioni acquisite per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente;

- ai sensi dell'art. 4 *bis* c. 3 *bis* O.P., tutti i benefici ivi richiamati, compreso il permesso premio, «non possono essere concessi» [ferma restando l'autonomia valutativa del magistrato di sorveglianza (in tal senso Corte di Cassazione, sezione prima penale, sentenza 5 dicembre 2016, nr. 51878)] quando il Procuratore nazionale antimafia (oggi anche antiterrorismo) o il Procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del competente comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

- In tale contesto, scatta un meccanismo di *probatio* quasi *diabolica* che grava interamente sul detenuto, rendendo - a giudizio di taluni[37] - praticamente impossibile la concessione del permesso premio; perché se per un verso il percorso del detenuto [prima del tutto neutrale in base alla disciplina dichiarata inCostituzionale] non potrà più essere dichiarato irrilevante, tuttavia «quando il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o il Procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del competente comitato

[36] Di un tale regime, anche la versione attualmente vigente dell'art. 4-bis, ordin. penit. mantiene traccia testuale, al comma 1-bis. Infatti, tale comma estende la possibilità di accesso ai benefici penitenziari ai casi in cui un'utile collaborazione con la giustizia risulti inesigibile, impossibile od «oggettivamente irrilevante», sempre che, in questa evenienza, sia stata applicata al condannato taluna delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62, numero 6), 114 o 116 cod. pen. Ma, ancora, per tutte le ipotesi appena indicate occorre che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

[37] Così M. Ruotolo, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenza della sentenza nr. 253 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 12 dicembre 2019.

provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata» l'onere della prova che si incardina sul detenuto assume un significativo rilievo, con tratti di maggiore o minore gravosità, a seconda che la valutazione ostativa alla concessione del beneficio sia puntuale ovvero genericamente limitata cioè all'affermazione della mera mancanza di elementi positivi, dal momento che se le informazioni pervenute depongono in senso negativo, incomberà sullo stesso detenuto non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno.[38]

- È indubbio infatti che il regime probatorio rafforzato - così come scaturisce dal *dictum* della Corte - debba <estendersi all'acquisizione di elementi che escludono non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali……al fine di evitare che il già richiamato interesse alla prevenzione della commissione di nuovi reati, tutelato dallo stesso art. 4-bis ordin. penit., finisca per essere vanificato>.

- Di entrambi tali elementi – esclusione sia dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata che del pericolo di un loro rispristino – grava sullo stesso condannato che richiede il beneficio l'onere di fare specifica allegazione.

- Tanto premesso in ordine agli effetti immediati che scaturiranno dalla sentenza della Corte, non possono escludersi tuttavia, in una prospettiva *de iure condendo*, eventuali ulteriori effetti che potranno scaturire dal possibile eco che, a livello legislativo, potrà avere la sentenza in questione in un settore delicatissimo come quello del contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

- È innegabile infatti che le plurime vicende giudiziarie che ha portato alla doppia censura dell'art. 4 *bis* c. 1 O.P., dapprima da parte della sentenza della Corte EDU nel caso *Viola c. Italia* e poi da parte della Corte Costituzionale, come si diceva poc'anzi non possono non indurre a una riflessione di sistema sulle ricadute che tale impostazione avrà inevitabilmente in un settore delicatissimo come quello del contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

Sicché, dall'incontestabile presa d'atto di un percorso giurisprudenziale che tende alla sostanziale erosione della collaborazione con la giustizia, fino a oggi strumento formidabile per tentare di recidere i legami criminali tra il detenuto e il territorio di riferimento, potrebbe conseguire da parte del legislatore un sistema di riforme tese sia a implementare le misure di rigore contro le

[38] In tal senso, già Corte di Cassazione, sezione prima penale, sentenza 12 maggio 1992, nr. 1639

organizzazioni mafiose, preservando gli istituti già esistenti grazie ai quali, nel corso degli anni, sono stati inferti i colpi più duri alla criminalità [si pensi esemplificatamente al regime carcerario previsto dall'art. 41 *bis* O.P.], sia a inasprire l'onere probatorio che già grava sul condannato per effetto della pronunzia della Corte, introducendo tra gli elementi che il condannato medesimo deve fornire per far venir meno la presunzione di pericolosità anche l'assenza di elementi di collegamenti con organizzazioni criminali diverse dal contesto originario, ipotesi da non escludere specie ove la richiesta di concessione del beneficio sia lontana dal tempo del commesso delitto.

4. La sentenza nr. 149/2018 della Corte Costituzionale del 21-6-2018.

La sentenza nr. 149/2018 della Corte Costituzionale del 21-6-2018, resa a seguito dell'udienza pubblica del 20-6-2018, depositata il 11-7-2018 e pubblicata sulla G.U. del 18-7-2018 nr. 29, ha dichiarato l'illegittimità Costituzionale dell'art. 58 *quater* c. 4 O.P.[39] nella parte in cui si applica ai condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato nonché ai condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 289 *bis* c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato.

[39] L'art. 58 *quater* O.P., rubricato <*Divieto di concessione di benefici*>, nella formulazione antecedente la declaratoria di costituzionalità, così recita:

1. [L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale.]

2. [La disposizione del comma 1 si applica anche al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell'articolo 47, comma 11, dell'articolo 47 ter, comma 6, o dell'articolo 51, primo comma.]

3. [Il divieto di concessione dei benefici opera per un periodo di tre anni dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena o è stato emesso il provvedimento di revoca indicato nel comma 2.]

4. [I condannati per i delitti di cui agli articoli 289 bis e 630 del codice penale che abbiano cagionato la morte del sequestrato non sono ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'articolo 4 *bis* se non abbiano effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni.]

5. Oltre a quanto previsto dai commi 1 e 3, l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI non possono essere concessi, o se già concessi sono revocati, ai condannati per taluni dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1quater dell'articolo 4 bis, nei cui confronti si procede o è pronunciata condanna per un delitto doloso punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, commesso da chi ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale ovvero durante il lavoro all'esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alternativa alla detenzione.

6. Ai fini dell'applicazione della disposizione di cui al comma 5, l'autorità che procede per il nuovo delitto ne dà comunicazione al magistrato di sorveglianza del luogo di ultima detenzione dell'imputato.

7. Il divieto di concessione dei benefici di cui al comma 5 opera per un periodo di cinque anni dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena o è stato emesso il provvedimento di revoca della misura.

7-bis. L'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale.

4.1 (*segue*) Le disposizioni normative coinvolte nella censura di costituzionalità.

La comprensione dell'esatta portata dell'ultima sentenza oggetto di commento nel presente contributo, passa per un richiamo necessitato alla norma oggetto della censura di costituzionalità.

Nelle ipotesi in cui la condanna sia pronunciata per *sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione* (art. 289 *bis* c.p.) o per *sequestro di persona a scopo di estorsione* (art. 630 c.p.) - delitti ambedue ricompresi nella c.d. "prima fascia" dell'art. 4 *bis* O.P. - e il colpevole abbia cagionato la *morte della vittima* l'ergastolo irrogato per tali fattispecie criminali assume, a norma dell'art. 58 *quater* c. 4 O.P. nella versione originariamente introdotta con il decreto legge nr. 152/1991, una connotazione particolare: i condannati non possono essere ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4 *bis* [quindi il lavoro all'esterno, i permessi-premio e la semilibertà, con esclusione della liberazione anticipata e della liberazione condizionale] se non abbiano *effettivamente* espiato…, nel caso dell'ergastolo, *almeno ventisei anni di pena*". Quindi, ferma restando che colui che abbia riportato una condanna all'ergastolo per i delitti di cui all'art. 289 *bis* c. 3 c.p. e all'art. 630 c. 3 c.p. si vedrà sbarrato l'accesso a detti benefici qualora *non collabori con la giustizia ex* art. 58 *ter* O.P. ovvero non si trovi in una delle condizioni equiparate *ex lege* all'*utile* collaborazione [collaborazione *impossibile* o *irrilevante ex* art. 4 *bis* c. 1 *bis* O.P.] e neppure sia in grado di vincere, fornendo prova contraria, la presunzione di pericolosità insita nel dichiarato rifiuto di collaborare [alla luce del *dictum* della Corte Costituzionale reso con la sentenza nr. 253/2019 valevole ovviamente solo nel caso in cui l'ergastolano ostativo richieda un permesso premio], nel caso, invece, di *collaborazione utile, o impossibile, o irrilevante, ovvero di idoneità delle prove offerte in valutazione a vincere la presunzione di pericolosità insita nel rifiuto di prestare utile collaborazione* [alla luce del *dictum* della Corte Costituzionale reso con la sentenza nr. 253/2019 con riferimento unicamente alla richiesta di permesso premio] il condannato, per effetto dell'art. 58 *quater* c. 4 O.P., potrà accedere a uno dei benefici ivi previsti dall'art. 4 *bis* c. 1 O.P. unicamente al termine di ventisei anni di effettiva espiazione.

Lo specifico contesto normativo in cui la disposizione oggetto della censura di costituzionalità si inserisce, lo rammenta la stessa Corte Costituzionale con la sentenza oggetto di commento: correva l'anno 1991 quando, per un verso, vennero introdotte incisive misure volte a contrastare l'odioso, e all'epoca ancora assai diffuso, fenomeno criminoso dei sequestri di

persona a scopo di estorsione, per l'altro il legislatore – comprensibilmente allarmato dalle crescenti minacce provenienti dalla criminalità mafiosa, che l'anno seguente sarebbero culminate nelle stragi di Capaci e di via D'Amelio – attuò una prima parziale correzione di rotta rispetto alla filosofia di fondo degli interventi realizzati sull'ordinamento penitenziario prima nel 1975 e poi nel 1986, introducendo un sistema di preclusioni all'accesso ai benefici, applicabile ai condannati per particolari delitti. Dunque, dapprima con il decreto-legge 15 gennaio 1991, nr. 8 [recante *Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia*], convertito, con modificazioni, nella legge 15 marzo 1991, nr. 82, venne introdotto il cosiddetto "blocco dei beni" dei sequestrati e dei loro familiari; mentre, a poca distanza da tale intervento legislativo, con il decreto-legge nr. 152 del 1991, il legislatore, come si è ripetutamente detto all'interno del presente contributo, intese rafforzare il contrasto alla criminalità organizzata rispetto all'impianto di favore su cui aveva inciso in profondità, soltanto qualche anno prima, la legge 10 ottobre 1986, nr. 663 [recante *Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*], più nota come "legge Gozzini", anche attraverso una serie di modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, introducendo - appunto per effetto dell'art. 4 *bis* - un sistema di preclusioni all'accesso a taluni benefici previsti dall'ordinamento penitenziario applicabile ai condannati per particolari delitti nonché una serie di soglie temporali rigide per l'accesso ai benefici del lavoro all'esterno, dei permessi premio e della semilibertà, disponendo in particolare che per questi condannati una quota parte (pari a due terzi o, nel caso dei permessi premio, alla metà) della pena dovesse essere espiata necessariamente in carcere. Parallelamente, il nuovo art. 58 *ter* O.P. stabilì, in chiave premiale, che, in caso di collaborazione con la giustizia da parte del detenuto, tali soglie temporali non dovessero più trovare applicazione, con conseguente ri-espansione della disciplina generale relativa a ciascun beneficio. Ma con specifico riguardo ai soli condannati per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione ovvero di terrorismo o di eversione, l'originario decreto legge nr. 152/1991, come convertito, introdusse altresì la disposizione di cui all'art. 58 *quater* c. 4 O.P., mai modificata in seguito (e, per l'appunto oggetto della censura di costituzionalità), a tenore della quale, nell'ipotesi in cui tali condannati avessero cagionato la morte del sequestrato, nessuno dei benefici indicati nell'art. 4 *bis* c. 1 O.P. potesse essere loro concesso, sino a che non avessero effettivamente espiato

almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni. Il richiamo testuale all'avverbio «effettivamente» contenuto nell'art. 58 *quater* evidenzia l'inequivoca volontà del legislatore di subordinare l'accesso concreto a ciascun beneficio all'integrale espiazione dei due terzi della pena o, nel caso di ergastolo, di ventisei anni; con conseguente inoperatività relativamente ai benefici richiamati, per queste tipologie di condannati, della cosiddetta presunzione di espiazione sancita, in via generale, dall'art. 54 c. 4 O.P. Mentre, dunque, per la generalità dei condannati le soglie temporali di accesso ai singoli benefici possono essere anticipate per effetto delle detrazioni conseguenti alla liberazione anticipata, in proporzione al numero di semestri nei quali la loro partecipazione all'opera di rieducazione sia stata valutata in termini positivi, la soglia dei due terzi di pena o dei ventisei anni nel caso di ergastolo, per le speciali categorie di condannati cui si riferisce l'art. 58 *quater* non è suscettibile di alcuna riduzione per effetto della liberazione anticipata, pure eventualmente maturata dal condannato per effetto della sua partecipazione all'opera rieducativa durante l'intero corso della sua permanenza in carcere: con la conseguenza che, rispetto al caso specifico dei condannati all'ergastolo, le detrazioni di pena virtualmente accumulate a titolo di liberazione anticipata (già inidonee a incidere sul termine finale della pena, che è inflitta a titolo perpetuo) divengono del tutto inutili ai fini pratici, dal momento che – una volta espiati ventisei anni effettivi di pena – le ordinarie soglie temporali per la concessione di tutti gli altri benefici previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario sono già ampiamente scadute.

Tale regime - a tutta evidenza derogatorio rispetto alla disciplina ordinaria - è insensibile all'eventuale collaborazione processuale del detenuto o alle situazioni a esse equiparate ai sensi dell'art. 4 *bis* O.P. e quindi alla collaborazione *impossibile* o *irrilevante*, che -pur restando condizioni per l'accesso a qualsiasi beneficio (eccezion fatta per la liberazione anticipata) da parte dei condannati per i reati indicati dall'art. 58 *quater* (che rientrano, come si è più volte sottolineato, tra quelli di prima fascia ai sensi dell'art. 4 *bis*) - non comporta il venir meno delle soglie di due terzi della pena o di ventisei anni stabilite dall'art. 58 *quater*; e ciò a differenza di quanto accade per tutti gli altri condannati per i delitti indicati dall'art. 4 *bis*, per i quali la collaborazione con la giustizia rende invece inoperanti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 58 *ter*, le più gravose soglie per l'accesso a ciascun beneficio introdotte con la medesima novella del 1991, con conseguente ri-espansione delle ordinarie soglie applicabili alla generalità dei condannati.

4.2 (*segue*) Il fatto da cui è scaturita la questione di costituzionalità.

Il caso da cui trae origine la pronuncia della Corte riguardava un condannato all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 c. 3 c.p., il quale aveva presentato istanza di ammissione alla semilibertà dopo aver espiato in carcere un periodo di pena pari a ventidue anni, undici mesi e ventidue giorni di detenzione, tenendo conto delle detrazioni di pena conseguite a titolo di liberazione anticipata, e quindi ampiamente superiore al limite di venti anni di pena espiata cui è normalmente subordinata, ai sensi dell'art. 50 c. 5 O.P., la concessione della semilibertà nei confronti dei condannati all'ergastolo. Nella specie, inoltre, non sussistevano le condizioni ostative alla concessione dei benefici penitenziari stabilite dall'art. 4 *bis* O.P., dal momento che il detenuto in questione si era trovato sin dall'inizio nell'impossibilità di prestare un'utile collaborazione a norma dell'art. 58 *ter* O.P., essendo le autorità da subito pervenute all'integrale accertamento dei fatti e delle relative responsabilità. Al condannato il Tribunale di sorveglianza aveva dato atto, infine di aver compiuto una seria "rivalutazione critica del reato commesso", documentata da un "eccezionale impegno negli studi universitari", dal lavoro svolto presso un *call center* all'interno dell'istituto penitenziario e da un'offerta di lavoro all'esterno proveniente da una cooperativa. Esistevano, dunque, tutte le condizioni che normalmente consentono l'accesso alla misura alternativa, precluso nel caso di specie soltanto dalla disposizione dell'art. 58 *quater* c. 4 O.P.

4.3 (*segue*). Il percorso motivazionale seguito dalla Corte.

La sentenza in questione ha dunque affrontato nuovamente il tema dell'ergastolo ma sotto un profilo differente rispetto a quello oggetto della sentenza della Corte EDU nel citato ricorso *Viola c. Italia*.

Le censure di illegittimità Costituzionale mosse dal Tribunale di sorveglianza di Venezia nei confronti dell'art. 58 *quater* c. 4 O.P. si sono appuntate su due principi: quello di *eguaglianza ex* art. 3 Cost. e quello della rieducazione del condannato *ex* art. 27 c. 3 Cost.

Sotto il primo profilo, il giudice *a quo* aveva denunciato un'irragionevole disparità di trattamento dei condannati all'ergastolo per sequestro di persona a scopo di estorsione rispetto ai condannati per i restanti delitti di prima fascia di cui all'art. 4 *bis* O.P., che implicano spesso la causazione della morte di una o più persone; ciò che - di per sé - sarebbe sufficiente, ad avviso del giudice a quo, «per dimostrare che la presunzione di maggiore gravità/disvalore attribuita

oggettivamente al delitto di cui all'art. 630, comma 3, c.p., o soggettivamente al condannato per tale fatto – tanto da meritarsi un trattamento penitenziario deteriore – è una presunzione irragionevole in quanto contrastante con l'art. 3 Cost., non rispondendo a dati di esperienza generalizzati riassunti nella formula dell'*id quod plermque accidit*».

La disparità di trattamento è resa oltremodo evidente sol che si consideri che la generalità degli ergastolani non sottoposti al regime di cui all'art. 58 *quater* O.P. può di regola essere ammessa:

a) al lavoro all'esterno, dopo l'espiazione di almeno dieci anni (art. 21 c. 1 ultima proposizione O.P.), riducibili sino a un minimo di otto anni in conseguenza dell'integrale riconoscimento delle detrazioni di pena conseguenti alla liberazione anticipata;

b) ai permessi premio, dopo l'espiazione, parimenti, di dieci anni (art. 30 *ter* c. 2, lettera d, O.P.), anch'essi riducibili sino a un mimino di otto anni grazie alla liberazione anticipata;

c) alla semilibertà, dopo l'espiazione di venti anni (art. 50 c. 5 O.P.), riducibili sino a un minimo di sedici anni grazie alla liberazione anticipata;

d) alla liberazione condizionale, dopo l'espiazione di ventisei anni (art. 176 c. 3 c.p.), anch'essi riducibili a un minimo di circa ventun anni grazie, ancora, alla liberazione anticipata.

Tutti questi benefici – sempre, naturalmente, subordinati nel caso concreto al positivo riscontro, compiuto dai competenti organi giurisdizionali di sorveglianza, della meritevolezza del condannato in relazione ai requisiti previsti per la concessione di ciascun beneficio – possono essere concessi ai condannati per i delitti previsti dall'art. 4 *bis* O.P. soltanto in presenza delle condizioni stabilite da tale disposizione, finalizzate a impedire l'uscita dal carcere di detenuti ancora socialmente pericolosi: in particolare, per ciò che concerne gli ergastolani condannati (anche o esclusivamente) per delitti di prima fascia, in presenza di una loro collaborazione con la giustizia, o delle situazioni a essa normativamente equiparate.

Rispetto invece ai soli condannati all'ergastolo per sequestro di persona a scopo di estorsione, terrorismo o eversione, pur in presenza di una loro collaborazione con la giustizia o delle condizioni equiparate, le soglie di pena poc'anzi indicate non sono operative, e vengono in blocco sostituite dall'unica soglia temporale di ventisei anni (non riducibile, come si è sottolineato, per effetto della liberazione anticipata), che vale per l'ammissione sia al lavoro all'esterno, sia ai permessi premio, sia – infine – alla semilibertà, sia rispetto alla liberazione condizionale, in forza della disciplina generale di cui all'art. 176 c. 3 c.p. In definitiva, il quadro

normativo di riferimento consegna una disciplina penitenziaria nel suo complesso pesantemente deteriore per i condannati all'ergastolo o a pena temporanea per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione, terrorismo o eversione che abbiano cagionato la morte della vittima, non solo rispetto alla generalità dei condannati, ma anche rispetto ai condannati per gli altri delitti di cui all'art. 4 *bis* O.P., compresi quelli di prima fascia, per i quali la concessione dei benefici è subordinata alla loro collaborazione con la giustizia o alle situazioni equiparate.

Sotto il secondo profilo, il giudice *a quo* aveva denunziato l'intrinseca incompatibilità della disciplina in questione con il *principio della rieducazione del condannato*, dal momento che la disciplina censurata rende la pena dell'ergastolo comunque sorda, per un rilevantissimo arco temporale, a qualsiasi progresso compiuto dal condannato nella direzione di un progressivo reinserimento sociale,[40] in violazione, anche sotto tale aspetto, dell'assetto Costituzionale dal momento che sarebbe «del tutto irrazionale […] prevedere che l'ergastolano per il delitto *ex* art. 630, comma 3, c.p. possa accedere a un permesso premio, magari solo di poche ore, dopo l'espiazione di 26 anni di pena "effettiva", mentre già alla medesima soglia di pena – anzi, quella risultante anche dal computo della liberazione anticipata – il condannato ergastolano per un diverso "reato 4-bis" (di pari o maggiore gravità), possa accedere addirittura alla liberazione condizionale».

A fronte delle censure ravvisate dal giudice *a quo*, la Corte ha ravvisato la prima censura sull'<appiattimento all'unica e indifferenziata soglia di ventisei anni per l'accesso a tutti i benefici penitenziari indicati nel primo comma dell'art. 4 *bis* ord. penit.>, sulla base del rilievo secondo cui <il principio della progressività trattamentale e flessibilità della pena> non solo è <sotteso all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario>, ma è diretto alla <attuazione del canone Costituzionale della finalità rieducativa della pena>, con la conseguente illegittimità Costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 27 c. 3 Cost., di una disciplina – quella dettata dall'art. 58 *quater* c. 4 O.P. – <che sovverte irragionevolmente la logica gradualistica che ispira la legislazione penitenziaria>, escludendo per almeno ventisei anni dai 'benefici penitenziari' i condannati all'ergastolo a norma degli artt. 289 *bis* c. 3 c.p. e 630 c. 3 c.p., salvo ammetterli dopo circa vent'anni alla liberazione condizionale, <approdo finale di un processo che potrebbe non essersi mai avviato>.

A tale profilo di irragionevolezza intrinseca della disciplina può, a giudizio della Corte, aggiungersi l'ulteriore considerazione secondo cui la disposizione censurata, annullando ogni

[40] E. Dolcini, *cit.*

effetto pratico delle detrazioni di pena a titolo di liberazione anticipata sino al termine di ventisei anni, riduce fortemente per il condannato all'ergastolo [per usare le considerazioni già espresse nelle sentenze nr. 186 del 1995 e nr. 276 del 1990] l'incentivo a partecipare all'opera di rieducazione, in cui si sostanzia la *ratio* dello stesso istituto della liberazione anticipata.

Così ricostruito il percorso motivazionale della sentenza, è indubbio che la sentenza in questione - se per un verso ha fornito alla Consulta l'occasione per affermare nuovamente la centralità del finalismo rieducativo della pena - segni una svolta nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, dal momento che, qui si per la prima volta, una dichiarazione di illegittimità Costituzionale ha investito frontalmente una forma di ergastolo, che tuttavia, rivolgendosi a una ristretta gamma di destinatari si colloca, almeno dal punto di vista statistico, ai margini del sistema sanzionatorio.[41]

Rimane però - pur a fronte della marginalità dell'istituto oggetto della censura rispetto al sistema sanzionatorio - la estrema significatività del tema affrontato dalla Corte, che riafferma nuovamente la centralità del finalismo rieducativo della pena nella forma del reinserimento sociale del condannato che dimostri di partecipare al percorso rieducativo: in definitiva – rammenta la Corte – anche l'autore dei crimini più efferati può intraprendere un cammino di profonda revisione critica del suo passato, ma a questo <gesto di responsabilità individuale, deve poter corrispondere un gesto di responsabilità collettiva da parte della società nel suo complesso, funzionale a consentire e a stimolare il percorso di cambiamento intrapreso dal detenuto, anche attraverso la previsione di graduali incentivi, che – nell'attenuare il rigore della pena inflitta – favoriscano il reinserimento sociale del reo>.[42]

A questo riguardo, appaiono molto interessanti le considerazioni che alcuni Autori[43] hanno elaborato in ordine ai significativi elementi di novità che questa sentenza presenta rispetto alla prima pronunzia in ordine temporale con cui la Corte Costituzionale, per l'appunto sin dal lontano 1974, ebbe ad affermare la compatibilità della pena dell'ergastolo con il principio di rieducazione della pena sancito dall'art. 27 c. 3 Cost.

Il richiamo è alla già citata sentenza nr. 264/1974, allorquando la Corte affermò che non vi è dubbio <che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda,

[41] E. Dolcini, *cit.*

[42] A. Galluccio, *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte Costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena,* in *Questione Giustizia*, nr. 2/2018

[43] E. Dolcini, *cit.*

alla radice della pena. E ciò basta per concludere che l'art. 27 della Costituzione… non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole>, così proponendo una lettura antitetica del principio della rieducazione del condannato rispetto alla lettura formulata nella sentenza in commento.

All'epoca, quindi, la Corte ebbe a proporre una lettura del principio Costituzionale della funzione della pena così da sbriciolarne, in definitiva, la portata: <l'affermazione che "le pene… devono tendere alla rieducazione del condannato" veniva tradotta in termini di "*sperata emenda*": il dovere diventava speranza; la rieducazione diventava emenda, cioè rigenerazione morale, avulsa da ogni rapporto con la società>.[44]

È di assoluta, evidenza, quindi la differenza siderale rispetto alla lettura che - del medesimo principio - restituisce la Corte nella sentenza oggetto di commento, dove si sottolinea invece che la funzione rieducativa della pena risponde a un *imperativo Costituzionale* e che rieducazione deve intendersi come *fondamentale orientamento della pena all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società*.[45]

Il medesimo autore osserva che mentre nella visione della sentenza nr. 264/1974, la finalità rieducativa della pena poteva essere sacrificata, in base a insindacabili decisioni legislative, sull'altare di imponderabili valutazioni di prevenzione generale o di prevenzione speciale, nella sentenza nr. 149/2018 la Corte Costituzionale afferma l'opposto "principio della *non sacrificabilità della funzione rieducativa* sull'altare di ogni altra… funzione della pena".

Affermazione, quest'ultima, che l'Autore da ultimo citato saluta con incondizionato favore sul rilievo che – se per un verso oggi le <forze politiche di maggioranza, sotto lo slogan, grossolanamente manipolato, della certezza della pena, invocano l'esigenza di pene immodificabili *in itinere*> proponendosi <di realizzare controriforme dell'ordinamento penitenziario che facciano piazza pulita di ogni misura premiale, così da assicurare, come si è sentito dire in campagna elettorale, che "chi deve fare vent'anni di galera ci resti vent'anni"> - per altro verso, il segnale trasmesso, in questo contesto, dalla Corte Costituzionale <acquista una

[44] E. Dolcini, *cit.*
[45] E. Dolcini, *cit.*

rilevanza diversa rispetto a quella che avrebbe avuto in passato: suona come un monito a difesa, per l'oggi e per il domani, di un diritto penale che faccia salvi fondamentali principi di civiltà>.

Epperò, la lettura - di evidente incondizionato favore - della sentenza della Corte che sposa l'Autore non convince, perché - come si è ricordato all'interno del presente contributo - relegare la certezza della pena unicamente a uno slogan, grossolanamente manipolato, dalle forze politiche di maggioranza [quand'anche allo scopo di dare ragionevoli risposte a una opinione pubblica impaurita da un generalizzato clima di insicurezza] dimentica, ancora una volta, che quello che è prioritario nel bilanciamento degli interessi in gioco è quel valore supremo costituito, non già (semplicisticamente) dalla pretesa punitiva dello Stato, bensì dalla tutela della collettività e dei diritti inviolabili del singolo che la Repubblica riconosce e garantisce (articolo 2 della Costituzione), rispetto alla quale la pretesa punitiva dello Stato è un mero strumento di azione.

5. Conclusioni.

Questo in definitiva il cuore della pronunzia della sentenza della Corte.

Sembra, in definitiva, che si confermi il presupposto da cui si era partiti in apertura del presente contributo.

Ricondurre le tre sentenze oggetto di commento a quell'unico filone giurisprudenziale che tende alla erosione dell'ergastolo ostativo sembra, a chi scrive, riduttivo, proprio in ragione dei differenti tratti di complessità di ciascuna di esse.

Quel che è certo però è che ci si avvia verso un tentativo di sostanziale erosione dell'istituito della collaborazione con la giustizia.

Sicché, per concludere, chi scrive ritiene che la prospettiva che deve essere costruita per il futuro debba tendere inevitabilmente a implementare le misure di contrasto contro le organizzazioni criminali di stampo mafioso o terroristico, da un lato preservando gli istituti già esistenti grazie ai quali sono stati inferti i colpi più duri alla criminalità [come, esemplificatamente, il regime carcerario dell'art. 41 *bis* previsto dall'ordinamento penitenziario], dall'altro intervenendo più incisivamente sia sul meccanismo sanzionatorio che sul sistema processuale, per rispondere all'esigenza di colpire le organizzazioni criminali nei suoi multiformi aspetti.

Ma, affinché questa prospettiva non rimanga un mero auspicio, appare indispensabile che venga avviata, anche all'interno dei cultori del diritto, dei tecnici e anche delle diverse anime della magistratura anche associata, una riflessione culturale profonda sul significato della giurisdizione

nella specificità del contrasto alle mafie, che - ferma restando l'insopprimibile priorità che deve essere garantita alla tutela della collettività nel suo complesso, così come impone l'art. 2 Cost., rispetto alle garanzie del reo - dia assoluta e preminente centralità alla problematica geografia criminale del nostro Paese, in cui in definitiva nessuna articolazione territoriale può, ragionevolmente, considerarsi esente dal pericolo di infiltrazioni mafiose nel tessuto sociale ed economico.

Cesare Parodi

Tecnologia blockchain, monete virtuali e riciclaggio

SOMMARIO: 1- Premessa. 2- La tecnologia blockchain. 3- Le cripto valute 4-Cripto valute: natura giuridica e ruolo nel mercato. 5- Monete virtuali e riciclaggio: premessa 6- Valute virtuali e disciplina antiriciclaggio il d.lgs 90/2017 7- Il recepimento della Direttiva 2018/843/UE: il D. Lvo. n. 125/2019 8- Monete virtuali ed evoluzioni di mercato

1- Premessa.

Non ha più molto senso affrontare il tema delle criptovalute come se si trattasse di una novità assoluta, alla quale guardare con stupore e sorpresa. In realtà, da tempo la diffusione della crittografia e la sempre maggiore velocità di fruizione di Internet ha consentito un cambiamento radicale nell'economia globale, con particolare riferimento al settore finanziario, in relazione alle modalità di scambio di beni, servizi e ogni attività finanziaria.

Termini come **blockchain** e **bitcoin** erano, sino a pochissimi anni orsono, patrimonio espressivo e cognitivo di pochi "iniziati". Oggi progressivamente e inesorabilmente molto è già cambiato: leggiamo delle numerose possibilità di applicazione del "sistema" blockchain e le cripto valute - bitcoin, ma non solo - sono oggetto di attenzione sotto vari profili: non solo, ovviamente, nel mondo economico-finanziario, ma anche in chiave giuridica in relazione alla loro possibile "definizione", all'inquadramento nei sistemi normativi, nazionali come internazionali, alle possibili ricadute sul piano fiscale della "movimentazione" di valori che esse determinano e alla diffusione delle tipologia di transazioni commerciali che attraverso di esse possono trovare luogo.

La tecnologia blockchain e le sue principali applicazioni - prima tra tutte le monete virtuali e i bitcoin in particolare - rappresentano un terreno di approfondimento e confronto di grande rilievo per gli operatori del settore economico-finanziario, anche sotto il profilo della potenziale rilevanza penale delle condotte tenute.. Se effettivamente le monete virtuali possono essere considerate in prospettiva uno dei principali strumenti per porre in essere attività di riciclaggio o autoriciclaggio, non è pensabile che l'attività di contrasto a tali condotte illecite non debba prendere le mosse da una specifica conoscenza della "architettura" del settore, così da poter calibrare l'applicazione delle disposizioni sanzionatorie in termini di tempestività e ed efficacia.

In questo quadro, magmatico e dinamico, è proprio il diritto penale ad apparire, almeno per ora, "l'anello debole" della catena. L'approccio sul piano "patologico" alle nuove tecnologie e ai nuovi modelli comportamentali non può che essere problematico: si tratta non solo di acquisire una specifica dimestichezza con le modalità di manifestazione del "genus" blockchain e della species

"monete virtuali", quanto anche di confrontarsi - tra l'altro, sul piano ontologicamente transazionale tipico del mondo "*online*" - con le finalizzazioni criminali di manifestazioni nate in termini di assoluta liceità. Manifestazioni, nondimeno (come vedremo) che seppure fisiologicamente lecite si prestano splendidamente per dare corpo a una variegata serie di patologie.

2- La tecnologia blockchain.

Come abbiamo già scritto, il rapporto tra blockchain e monete virtuali (tra le quali, ovviamente, rientrano i bitcoin) è di genus a species. Il primo è un paradigma tecnologico potenzialmente applicabile ai settori più disparati, uno dei quali è proprio la regolazione delle transazioni in cripto-valute, tra le quali i bitcoin sono la "espressione" più nota e diffusa.

Si tratta di fenomeni che coniugano modelli organizzativi - per certi aspetti - innovativi con una filosofia di base sintonica rispetto a ideologie correnti; forse un caso, forse no. Basti riflettere su alcune delle caratteristiche di base del blockchain - ossia utilizzo della tecnologia peer-to-peer (in assenza, pertanto, di "autorità centrali") basata su software open source, pubblicamente sviluppato e condiviso. Non esiste un "gestore" delle transazioni e non esistono livelli gerarchici nell'ambito del sistema.

Il successo delle blockchain non può, nondimeno, essere posto in relazione solo a tali aspetti. Fondamentale, in questo senso è la connotazione di **affidabilità, immodificabilità, irrevocabilità, trasparenza** nonchè **convenienza** che caratterizza una blockchain.

Ogni soggetto che entra nel "sistema" blockchain" sa di poter contare sul fatto che, anche in caso di attacco esterno o di danneggiamento (a differenza di quanto può accadere in generale nell'ambito digitale), le "informazioni" contenute nello stesso non andranno perdute. Ogni transazione sarà visibile per tutti i partecipanti, non revocabile e non modificabile. Ognuno "vede" e controlla tutto ciò che accade nel sistema. E, grazie alla decentralizzazione, il "costo globale dell'attività, depurato da quello degli intermediari, non può che presentarsi come vantaggioso."

Blockchain è un libro mastro (ledger) decentralizzato e crittograficamente sicuro per la gestione di transazioni su reti peer-to-peer. Si tratta di un *"**protocollo di comunicazione**, che identifica una tecnologia basata sulla logica del database distribuito (un database in cui i dati non sono memorizzati su un solo computer ma su più macchine collegate tra loro, chiamate nodi). La Blockchain è un **grande database per la gestione di transazioni crittografate** su una rete decentralizzata di tipo peer-to-peer decentralizzato che dà il nome a una nuova piattaforma*

tecnologica, che permette di ridefinire e reimpostare il modo in cui creiamo, otteniamo e scambiamo valore."

In particolare è *"registro pubblico per la gestione di dati correlati alle transazioni presenti nei blocchi e gestite tramite crittografia dai partecipanti alla rete che verificano, approvano e successivamente registrano tutti i blocchi con tutti i dati di ciascuna transazione su tutti i nodi. La stessa "informazione" è dunque presente su tutti i nodi e pertanto diventa immodificabile se non attraverso un'operazione che richiede l'approvazione della maggioranza dei nodi della rete e che in ogni caso non modificherà lo storia di quella stessa informazione"…… "La blockchain è organizzata per aggiornarsi automaticamente su ciascuno dei client che partecipano al network. Ogni operazione effettuata deve essere confermata automaticamente da tutti i singoli nodi attraverso software di crittografia, che verificano un pacchetto di dati definiti a chiave privata o seme, che viene utilizzato per firmare le transazioni. Garantendo l'identità digitale di chi le ha autorizzate."*[1]

In concreto, pertanto, una "catena di blocchi" collegati in rete tra loro, di modo che ogni transazione che avviene attraverso l'algoritmo di base viene validata dalla rete stessa nell'analisi di ciascun singolo blocco. Ogni blocco costituisce un archivio per tutte le transazioni e per tutto lo storico di ciascuna transazione che possono essere modificate solo con l'approvazione dei nodi della rete. Solo con il "teorico" consenso di tutti i nodi della rete le transazioni potrebbero essere modificate, così che le stesse sono di fatto non modificabili.

Tale forma di "organizzazione" (e, di fatto, gestione, delle informazioni) assume la forma del cd. **distributed ledger**, ossia del libro mastro "condiviso" - la cui piena funzionalità si basa non solo sull'efficacia dell'algoritmo di sistema ma anche sulla fiducia reciproca e sul ruolo necessariamente paritario tra tutti i soggetti che agiscono sulla rete - che si oppone alla logica verticistica del centralized ledger, ossia di un sistema centralizzato di gestione delle informazioni. Rispetto al sistema centralizzato, dove tutte le informazioni sono "ricevute", garantite e gestite da un'autorità terza (si pensi alla p.a., ma anche alle banche o alle assicurazioni) con il distibuited ledger sono gli stessi utenti a "consociarsi" ed a gestire direttamente le proprie transizioni, inserendole nel sistema attraverso un meccanismo che se correttamente utilizzato ne garantisce l'assoluta autenticità e immodificabilità.

[1] Così M. BELLINI, "Blockchain: cos'è, come funziona e gli ambiti applicativi in Italia", in www.blockchain4innovation.it .

Le singole transazioni sono validate e correlate da un marcatore temporale, attraverso l'applicazione di funzione algoritmica informatica non invertibile (denominata hash) ogni blocco (contenente le transazioni) viene identificato in modo univoco e collegato con il blocco precedente tramite una procedura di identificazione. In particolare la marca temporale - applicata alla singola transazione attraverso il cd *timestamping* e consistente in una sequenza di caratteri che identificano in modo univoco, indelebile e immutabile una data e/o un orario - consente di associare una data e un'ora certe e legalmente valide a un documento informatico, rendendo tale dato "opponibile" a terzi.

Ogni transazione contiene:

- le informazioni relative all'indirizzo pubblico del ricevente;
- le caratteristiche e l'oggetto dell'operazione;
- la firma crittografica che garantisce della sicurezza e dell'autenticità dell'operazione.

Una volta inserita in rete, nell'ambito di un "blocco", la singola transazione può essere conosciuta e verificata da tutti gli utenti del sistema; la transazione è così autorizzata e validata, divenendo "immutabile".

L'autenticazione e validazione non possono essere - ovviamente - effettuate da chiunque; l'inserimento di un blocco di transazioni in una blockchain "passa" attraverso un processo di validazione e crittografazione ("impegnativo" sul piano informatico e computazionale, in quanto richiede una particolare capacità elaborativa) che viene effettuato (a fronte di una remunerazione) a mezzo di apposito algoritmi dai cd **"miner".** Risolvendo un complesso problema matematico, il miner aggiunge un nuovo blocco alla catena, così che tutti i partecipanti sanno che è stata verificata la validità di tutte le sue transazioni. Solo se tale processo è completato senza errori o anomalie il blocco entra a tutti gli effetti nella blockchain, divenendo conoscibile (e accettato) da tutti i "membri" del sistema. Sono i "miner" che "creano" ad. es. i bitcoin.

In particolare *"i distributed ledger vengono aggiornati solo dopo aver ottenuto il consenso e ogni nodo viene aggiornato con l'ultima versione di ogni singola operazione di ciascun partecipante. Ogni operazione rimane poi in modo indelebile e immutabile su ogni singolo nodo. In altre parole ciascun partecipante dispone di una copia - immutabile - di ciascuna operazione…… Questo modello di architettura permette di interpretare il database in senso molto più ampio*

rispetto al passato. Non possiamo più semplicemente parlare di Ledger come archivi, ma dobbiamo parlare di Distributed Ledger Technology come di un nuovo rapporto tra persone e informazioni."[2]

3- Le cripto valute

I concetti generali sopra sintetizzati in ordine alle blockchain, possono essere trasposti alla realtà dei bitcoin o delle altre ormai numerose - anche se meno note - monete virtuali.

Una criptovaluta, ossia una valuta 'nascosta', è fruibile solo conoscendo un determinato codice informatico; non esiste in forma fisica, ma si genera e si scambia esclusivamente per via telematica. Non è pertanto possibile trovare in circolazione dei bitcoin in formato cartaceo o metallico; le cripto valute non hanno corso legale e possono essere accettate come mezzo di pagamento solo su base volontaria; non sono regolate da enti centrali governativi, ma sono generalmente emesse e controllate dall'ente emittente secondo regole proprie, a cui i membri della comunità di riferimento accettano di aderire.

La rilevanza delle stesse può essere desunta- anche – dal fatto che il sito di CONSOB (www.consob.it) ha dedicato una sezione per specificare alcune delle caratteristiche della monete virtuali, in particolare per chiarire se alle stesse possono essere riconosciute le funzioni di **unità di conto**, di **mezzo di pagamento** comunemente accettato e di **deposito di valore**.

Precisa CONSOB " *L'elevata volatilità delle criptovalute non consente sicuramente il corretto svolgimento della funzione 'unità di conto': i prezzi delle principali criptovalute sono soggetti a fluttuazioni molto ampie, anche all'interno delle stesse giornate……Per quanto riguarda la funzione di riserva di valore bisogna considerare che, per come sono state progettate, quanto più saranno utilizzate per il pagamento di beni e servizi, tanto più aumenteranno di valore. Questo perchè il numero di unità di criptovaluta che possono essere prodotte è limitato (la creazione di nuova criptovaluta è contenuta e si riduce nel tempo); ne consegue che più transazioni vengono regolate in criptovalute, maggiore sarà il loro valore. Infine, esse non sono una moneta merce, ovvero non hanno anche una funzione d'uso, come ad esempio l'oro. Potrebbero invece assolvere sempre di più, in un futuro prossimo, ad una funzione di scambio."*

In assenza di una struttura "centrale" i blocchi contenenti transazioni di cripto valuta possono essere validati e inseriti in forma digitale e in termini di autenticità e immodificabilità attraverso un algoritmo specifico del sistema (ad es., per i bitcoin creato nel 2009). Una volta inserita e

[2] Così BELLINI, op.cit., in www.blockchain4innovation.it .

riconosciuta, la transazione "acquista" uno specifico - e variabile – valore e come tale può essere utilizzata quale corrispettivo per operazioni o anche solo (o forse soprattutto) quale strumento di trasferimento di ricchezza.

Le monete virtuali assumono un valore per il solo fatto di essere accettate come corrispettivo di beni o servizi, sulla base di una "fiducia" non basata su un rapporto "personale" o sul riconoscimento di un valore garantito da un ente centrale, ma sulla semplice "esistenza" virtuale garantita dalle stesse caratteristiche tecniche del sistema. Una moneta che consente trasmissione di valori in forma tendenzialmente riservata, senza (o quasi) intermediari e senza (o quasi) tracce.

In concreti, una **valuta virtuale, o criptovaluta**, è stata definita una rappresentazione digitale di valore decentralizzata basata sul peer-to-peer, su una blockchain condivisa il cui trasferimento è basato sulla crittografia e le cui regole di emissione sono basate su un algoritmo open source[3].

Nei termini sopra precisati per una blockchain, in generale, le criptovalute hanno caratteristiche peculiari che le contraddistinguono, identificabili:

- nell'insieme di regole (detto "**protocollo**"), cioè un codice informatico che specifica il modo in cui i partecipanti possono effettuare le transazioni;
- in un "**libro mastro**" (*distributed ledger* o *blockchain*) che conserva immodificabilmente la storia della transazioni; si tratta di un registro aperto e distribuito che può memorizzare le transazioni tra due parti in modo sicuro, verificabile e permanente. I partecipanti al sistema vengono definiti 'nodi' e sono connessi tra di loro in maniera distribuita.

- in una **rete decentralizzata di partecipanti** che aggiornano, conservano e consultano la distributed ledger delle transazioni, secondo le regole del protocollo;

Come precisato nel sito CONSOB *"La natura distribuita e il modello cooperativo rendono particolarmente sicuro e stabile il processo di validazione, pur dovendo ricorrere a tempi e costi non trascurabili, in gran parte riferibili al prezzo dell'energia elettrica necessaria per effettuare la validazione dei blocchi (questo nel caso della Blockchain del bitcoin) e alla capacità computazionale necessaria per risolvere complessi calcoli algoritmici (attività che viene comunemente definita come 'mining'). L'autenticazione avviene tramite la collaborazione di massa ed è alimentata da interessi della comunità. La Blockchain è un registro pubblico delle transazioni Bitcoin in ordine cronologico. È utilizzata per memorizzare in modo permanente le transazioni Bitcoin e per prevenire il fenomeno del cosiddetto "double spending" (per evitare che possa*

[3] Sul tema CAPACCIOLI "*Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica"*, Giuffré, 2015.

spendere i bitcoin più di una volta nello stesso momento). Come già osservato, la Blockchain è un insieme di blocchi fra loro concatenati: ogni blocco è identificato da un codice, contiene le informazioni di una serie di transazione, e contiene il codice del blocco precedente, così che sia possibile ripercorrere la catena all'indietro, fino al blocco originale (una sorta di DNA delle transazioni Bitcoin). Tutti i nodi della rete memorizzano tutti i blocchi e quindi tutta la Blockchain."

4- Cripto valute: natura giuridica e ruolo nel mercato.

Pure non potendo essere oggetto delle presenti riflessioni un'analisi nel dettaglio sull'effettiva natura delle cripto monete, è doveroso precisare come non esista, di fatto, un'interpretazione condivisa o almeno maggioritaria in tal senso. Si spazia così tra un'idea di moneta "atipica", stante l'assenza di un soggetto terzo emittente, o genericamente di un mezzo di pagamento, di beni immateriali, di una versione in chiave digitale dell'istituto del baratto, di una commodity piuttosto che della "manifestazione" di un'obbligazione naturale.

Verosimilmente, nessuna di tali categorie può essere ritenuta quella corretta. È un problema di metodo, più che di merito. Il giurista (e forse non solo il giurista) a fronte di espressioni derivanti dalla realtà fortemente innovative, se non addirittura tale da integrare una cesura tecnico-commerciale rispetto al quadro riferibile al proprio bagaglio di conoscenze, è portato a affrontare il problema con un'operazione di ortopedia normativa o quantomeno di inquadramento sistematico. Si cercano le similitudini e le sovrapposizioni con le categorie esistenti, anche a costo di "forzare" il dato a favore di una - confortante, ma imprecisa - riconducibilità a istituti e schemi generali "noti".

Molte volte, si tratta di una scelta corretta e di un approccio efficace: tuttavia ciò non è sempre esatto. Nel caso di specie, forse, occorre avere il coraggio intellettuale di prendere atto della "difformità" più che di ricercare la similitudine. Una nuova e specifica disciplina dei rapporti e delle transazioni in oggetto si presenta all'interprete almeno quanto la necessità di delineare nuove e specifiche definizioni. Siamo come Darwin alle Galapagos: non poniamoci il problema di attribuire nomi nuovi a animali mai visti prima.

Come abbiamo precisati, il fatto di non promanare da autorità centrale fa si che chiunque possa in teoria creare una valuta digitale; normalmente ciò accade a seguito di una cd. "**initial coin offering**" (ICO), finalizzata direttamente a raccogliere fondi per nuove criptovalute o – a volte- a

finanziare iniziative imprenditoriali, analogamente a quanto accade per le "Initial Public Offering" (IPO) e per l'*equity crowdfunding*. [4]

Dopo l'emissione la cripto valute possono essere acquistate o vendute su una piattaforma di scambio (c.d. *exchange platform*) utilizzando denaro a corso legale; attività per le quali- come vedremo – sussistono specifici obblighi in relazione alla disciplina antiriciclaggio. Nondimeno, osserva CONSOB "*l'assenza di un quadro giuridico preciso determina l'impossibilità di attuare un'efficace tutela legale e/o contrattuale degli interessi degli utenti, che possono, pertanto, trovarsi esposti a dover subire ingenti perdite economiche, ad esempio in caso di condotte fraudolente, fallimento o cessazione di attività delle piattaforme on-line di scambio presso cui vengono custoditi i portafogli digitali personali (i cosiddetti e-wallets). In un contesto di assenza di obblighi informativi e di regole di trasparenza, le piattaforme di scambio sono altresì esposte a elevati rischi operativi e di sicurezza: esse, infatti, a differenza degli intermediari autorizzati, non sono tenute ad alcuna garanzia di qualità del servizio, né devono rispettare requisiti patrimoniali o procedure di controllo interno e gestione dei rischi, con conseguente elevata probabilità di frodi ed esposizione al cybercrime.*"

Deve essere inoltre considerato il rischio sulla possibilità di un'immediata conversione dei bitcoin e delle altre criptovalute in moneta ufficiale a prezzi di mercato.

5- Monete virtuali e riciclaggio: premessa

L'interprete deve, specie in chiave penale, conoscere l'uso e le modalità di circolazione delle criptovalute, piuttosto che "inquadrarle" in specifici istituti. Il diritto penale prescinde in molti casi dal dato giuridico formale, privilegiando in funzione della tutela di specifici interessi le condotte nelle loro manifestazioni "sociologiche". È quanto, verosimilmente, accade nel caso di specie.

[4] Come precisato nel sito di CONSOB "*l'ICO implica l'emissione di c.d. coin o token digitali in luogo di strumenti finanziari tradizionali (es. azioni). I token vengono offerti agli investitori che li acquistano contro cash (USD, EUR…) oppure, più spesso, criptovalute (principalmente Bitcoin e Ether). La creazione, l'emissione ed il trasferimento di token avviene per mezzo della tecnologia "distributed ledger" (DLT).*
Il "ciclo di vita" di una ICO - nella forma più ricorrente riscontrata sul mercato - riproduce, con alcune spiccate peculiarità, le fasi del processo di finanziamento diretto di una realtà imprenditoriale innovativa di piccole dimensioni e (usualmente) in fase di lancio alla ricerca di investitori: creazione di un progetto 'innovativo' da sviluppare e finanziare; redazione e pubblicazione (sul web) di un documento informativo non standardizzato relativo a emittente, progetto e coin/token ("white paper"); utilizzo della blockchain per le fasi di coinvolgimento degli investitori (su mercato primario e, ove previsto, secondario)."

Partiamo proprio da questo aspetto: sappiamo che le valute virtuali possono essere trasferite, memorizzate o scambiate elettronicamente. Per fare ciò, l'utente deve avere a disposizione un **wallet**, ossia un portafoglio digitale indispensabile per depositare le criptovalute nella propria disponibilità. In particolare, l'installazione su un dispositivo informatico di una app specifica genera un indirizzo, in questo caso un indirizzo bitcoin, che può essere condiviso e che può consentire il trasferimento di monete virtuali. Tale trasferimento viene protetto da una **chiave privata**, così garantendo che la transazione sia effettivamente stata disposta dalla persona titolare dell'indirizzo, e la sua immodificabilità.

Se i trasferimenti di bitcoin possono avvenire direttamente tra due soggetti che hanno la disponibilità di un wallet, grande rilievo deve essere riconosciuto anche ad altre figure del settore, ossia i cd "**exchanger**". Si tratta di prestatori di servizi chiamati ad assicurare il "cambio" tra valute virtuali e valute legali. Soggetti che, dunque, assumono il ruolo di "traghettatori" tra gli scambi economico finanziari tradizionali e il mondo delle criptovalute.

È proprio, come vedremo al punto successivo, attraverso gli interventi apportati al D. Lvo. n. 231/2007 dal D. Lvo. n. 90/17 prima e dal D. Lvo. n. 125/2019 in seguito che l'attenzione del legislatore si è soffermata sui punti d'ingresso e d'uscita dal circuito virtuale, attraverso il processo di conversione di valuta a corso legale in criptovaluta e viceversa.

Vale la pena ricordare due fattispecie penali che potranno essere applicate ai fenomeni oggetto della presente analisi: il riciclaggio (art. 648 bis c.p.) e l'autoriciclaggio (art. 648 ter co. 1 c.p.).

L'acquisto e il trasferimento di bitcoin può indubbiamente costituire condotta funzionale a garantire un "ostacolo" all'identificazione della provenienza delittuosa di denaro o altre utilità di provenienza illecita: sia nei casi un cui le monete rappresentino strumenti di pagamento, sia ove assumano una valenza puramente "speculativa". In questa prospettiva, i bitcoin assumono almeno di fatto il ruolo di moneta (o di "rappresentazione" di un valore), anche se non ufficialmente riconosciuta; una "moneta" - non considerata di per sé illegale - la cui circolazione può essere tracciata e ricostruita con difficoltà non comparabili a quelle delle moneta tradizionale. In questo senso le caratteristiche del sistema negli scambi di bitcoin limitano fortemente il potere coattivo dello Stato, ad oggi non dotato di strumenti adeguati di intervento. Uno strumento, dunque paradossalmente lecito, che si presta per attività del tutto illecite, quali il riciclaggio e/o l'autoriciclaggio, considerato che le criptovalute possono essere trasferite e conservate in modo

anonimo e che sussistono numerose difficoltà di controllo delle fasi di trasferimento delle stesse dal mondo reale a quello virtuale.

Inutile dire come la criminalità organizzata, in Italia come all'estero, abbia tempestivamente colto le peculiarità del settore e si stia, verosimilmente con profitto e dedizione, dedicando all'utilizzo di questo sistema di riciclaggio.

Sul piano normativo proprio le indicazioni in tema di riciclaggio rappresentano uno dei pochi aspetti sul quale il legislatore ha ritenuto di intervenire. Le «valute virtuali», in effetti, non possono qualificarsi come valute dal punto di vista dell'Unione; in questo senso, per il Regolamento (CE) n. 974/98 del Consiglio, l'Euro è la moneta unica dell'unione economica e monetaria europea. Manca una forte e globale presa di posizione sul fenomeno in generale, che non è stato ancora disciplinato in molti paesi, sebbene il fenomeno nel suo insieme abbia assunto dimensioni di tutto rispetto; lo stesso è stato indirettamente trattato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea; in questo senso, secondo la sentenza CGUE C-264/14, la valuta virtuale bitcoin non avrebbe altre finalità se non quella di essere un mezzo di pagamento accettato da alcuni operatori.

6- Valute virtuali e disciplina antiriciclaggio il d.lgs 90/2017

Il sistema nazionale aveva preso in considerazione il fenomeno delle valute virtuali, indirettamente, anche prima del D. Lvo. n. 90/2017. L'UIF - con comunicazione del 30.01.2015 (in tema di "utilizzo anomalo di valute virtuali") aveva raccomandato particolare attenzione a tutte le *"operazioni connesse all'acquisto e/o vendita di valute virtuali, realizzate in un arco temporale circoscritto, per importi elevati"*. D'altro canto, per le attività di emissione di valuta virtuale, conversione di moneta legale in valute virtuali e viceversa e gestione dei relativi schemi operativi era stata ipotizzata la violazione di disposizioni normative, penalmente sanzionate, che riservano l'esercizio della relativa attività ai soli soggetti legittimati.[5]

Il legislatore nazionale ha anticipato, con il D. Lvo. n. 90/2017 (rubricato "Prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e finanziamento al terrorismo" in vigore dal

[5] In particolare artt. 130, 131 TUB per l'attività bancaria e l'attività di raccolta del risparmio; art. 131 ter TUB per la prestazione di servizi di pagamento; art. 166 TUF, per la prestazione di servizi di investimento; sul tema PINTO, *"Bitcoin e provvedimenti cautelari: profili giuridici e criticità"* ; *BIXIO "Normativa antiriciclaggio e bitcoin"* in Atti convegno "Profili finanziari, giuridici, investigativi e sommersi delle criptovalute" Gdf – Genova, 18 aprile 2018.

4.7.2017) le proposte di modifica della IV Direttiva (2015/849 UE) confluite poi nella bozza della V direttiva, in tema di valute virtuali.

In generale, con il D. Lvo. n. 90/2017 i soggetti obbligati:

- adottano misure di adeguata verifica della clientela proporzionali all'entità dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo;

- devono dimostrare alle autorità competenti che le misure adottate sono adeguate al rischio rilevato;

- devono provvedere all'obbligo di identificazione dei soggetti interessati.

A tale fine è consentito ai soggetti obbligati di ricorrere a terzi, per assolvere gli obblighi di adeguata verifica e identificazione della clientela; tali obblighi si considerano assolti, *"previo rilascio di idonea attestazione da parte del terzo che abbia provveduto ad adempiervi direttamente, nell'ambito di un rapporto continuativo o dell'esecuzione di una prestazione professionale ovvero in occasione del compimento di un'operazione occasionale"*.

Molto opportunamente, il legislatore si è reso conto delle criticità, rispetto a una piena efficacia del decreto, derivanti dal sostanziale anonimato delle cripto valute e dalla conseguente inadeguatezza delle verifiche della clientela e dell'individuazione del titolare effettivo del conto wallet (art. 18 D. Lvo. n. 231/2007). L'assenza di intermediari finanziari nelle cripto valute può inoltre favorire operazioni di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo, non essendo strutturalmente coinvolti quegli organismi che, nell'economia tradizionale, svolgono le funzioni di controllo e segnalazione di attività sospette alle autorità competenti.

Imporre stringenti obblighi sulle modalità di pagamento impiegati in generale nell'esecuzione di transazioni finanziarie finalizzate al riciclaggio senza considerare espressamente l'attività dei "cambiavalute di monete virtuali" poteva essere un controsenso; grazie al decreto, però, gli "exchanger" sono considerati soggetti destinatari delle normative antiriciclaggio di cui alla direttiva antiriciclaggio. Peraltro, si deve rilevare che allo stato le disposizioni emanate dal legislatore italiano non trovano analoga generalizzata applicazione in molti altri paesi, circostanza che riduce drasticamente, stante la facilità di operare online su altre aree geografiche, l'efficacia delle nuove disposizioni.

Inoltre, non rientrano nella nuova regolamentazione tutte le transazioni che avvengono senza l'intermediazione degli *exchanger* e quelle derivanti da attività di *mining*, nonché quelle relative a *exchanger* non sottoposti alla normativa antiriciclaggio. Tali ontologici limiti all'efficacia delle

nuove disposizioni non possono essere così pressanti da ridimensionare la portata innovativa delle stesse; si può verosimilmente ritenere che si tratti di un "punto" di partenza del contrasto ad attività illecite, che potrà essere oggetto di ulteriori interventi, sul piano qualitativo come su quello dell'estensione applicativa.

In particolare, il D. Lvo. n. 90/2017 ha introdotto due definizioni di grande rilievo per il settore:

Valuta Virtuale (art.1 cm 2 lett qq): *"la rappresentazione digitale di valore, non emessa da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente."*

Prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale (art.1 cm 2 lett ff): *"ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, servizi funzionali, all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione in valute aventi corso legale"*; tali soggetti, ex art. 3 cm 5 lett. i, sono inseriti tra quelli obbligati agli adempimenti antiriciclaggio.

Per questi ultimi sono stati previsti obblighi di:

- adeguata verifica del cliente e del titolare effettivo (art. 17)

- conservazione (artt. 31-32) e di segnalazione per operazioni sospette all'UIF (art.35), laddove compiano attività di conversione di valute virtuali da ovvero in valute aventi corso forzoso.

Il D. Lvo. n. 90/2017 ha introdotto, altresì, nell'articolo 17-bis (che disciplina l'attività dei cambia-valute) l'obbligo per i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale di: a) iscriversi «in una sezione speciale del registro di cui al comma 1 (i.e. Registro dell'OAM)» (cfr. nuovo co. 8-bis); b) «comunicare al Ministero dell'economia e delle finanze la propria operatività sul territorio nazionale». Ai sensi della norma, «la comunicazione costituisce condizione essenziale per l'esercizio legale dell'attività da parte dei suddetti prestatori».

In particolare, l'art.35 prevede che i soggetti obbligati - prima di compiere l'operazione - inviano una segnalazione all'UIF - senza ritardo - quando *"sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento al terrorismo o che comunque i fondi provengano da attività criminosa. Il sospetto è desunto dalle caratteristiche, dall'entità, dalla natura delle operazioni, dal*

loro collegamento o frazionamento…in ragione delle funzioni esercitate, tenuto anche conto della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto a cui è riferita".

Anche soggetti quali professionisti, intermediari finanziari, gli altri operatori non finanziari e i prestatori di servizi di gioco sono attratti agli obblighi antiriciclaggio relativi a valute virtuali; si tratta di valutazioni che si ispirano al principio dell'approccio basato sul rischio (artt. 15-16 D. Lvo. n. 90/2017) e quindi di collaborazione responsabile; il sistema richiede a tali soggetti un'attenta analisi degli eventuali fattori di rischio legati al cliente, all'area geografica e al tipo di operazione, rapporto continuativo o prestazione professionale, ai canali e ai prodotti e servizi offerti.

Ancora in termini generali, l'art. 8 D. Lvo. n. 90/2017 ha modificato l'art 1, 1° co., 1 D.L. 167/90 (in tema di monitoraggio fiscale), prevedendo per gli intermediari finanziari e altri operatori, nonché quelli non finanziari - che intervengono anche attraverso movimentazione di conti nei trasferimenti da e verso l'estero di mezzi di pagamento - la trasmissione all'Ag. Entrate dei dati oggetto di conservazione, effettuati anche in valuta virtuale, di importo pari o > di 15.000 euro *"indipendentemente dal fatto che si tratti di un'operazione unica o di più operazioni che appaiono collegate per realizzare un'operazione frazionata e limitatamente a quelle eseguite per conto o a favore di persone fisiche, enti non commerciali e di società semplici e associazioni equiparate"*.

Ancora il menzionato decreto ha previsto all'art. 15 che le autorità di vigilanza e gli organismi di autoregolamentazione dettino criteri e metodologie per l'analisi e la valutazione del rischio riciclaggio e di finanziamento al terrorismo, cui sono esposti nell'esercizio della loro attività.[6]

Indicazioni tanto indirette quanto equivoche potenzialmente applicabili ai trasferimenti di bitcoin sono poi rilevabili dall'art. 24 del decreto (obblighi di adeguata verifica rafforzata della clientela), ove è previsto che "*i soggetti obbligati tengono conto almeno dei seguenti fattori:….b) di rischio relativamente a prodotti, servizi, operazioni o canali di distribuzione quali*:

2) prodotti o servizi che potrebbero favorire l'anonimato;

5) prodotti e pratiche commerciali di nuova generazione, compresi i meccanismi innovativi di distribuzione e l'uso di tecnologie innovative o in evoluzione per prodotti nuovi o preesistenti".

La Banca d'Italia, con documento per consultazione del 13 aprile 2018, relativo a "disposizioni in materia di adeguata verifica della clientela" ha indicato nei fattori di rischio elevato, relativi a prodotti, servizi, operazioni o canali di distribuzione - tra gli altri - *"prodotti od*

[6] Così *F.I. Bixio, op.cit.;* al momento sarebbero in corso di emanazione le specifiche disposizioni da parte degli Organi di riferimento (Ordini, Banca d'Italia).

operazioni che potrebbero favorire l'anonimato ovvero favorire l'occultamento dell'identità del cliente e/o del titolare effettivo. Rilevano, ad esempio… le operazioni riconducibili a servizi connessi alla conversione di valuta legale in valuta virtuale e viceversa".(All.2 lett.a)

7- Il recepimento della Direttiva 2018/843/UE: il D. Lvo. n. 125/2019

Con il recepimento della Direttiva (UE) 2018/843 - c.d. V Direttiva - il legislatore è intervenuto sul testo del D. Lvo. n. 231/2007 (già modificato dal D. Lvo. n. 90/2017) delineando una nuova disciplina - tra l'altro - delle operazioni aventi ad oggetto le monete virtuali e degli obblighi dei soggetti che operano in tale settore. Un intervento che giunge nel momento in cui si affacciano, sul panorama mondiale, prospettive di sviluppo del settore - in ambito pubblico come privato - di straordinario potenziale impatto, come vedremo al punto successivo. Nell'ambito di un provvedimento generale diretto a rafforzare e adeguare gli strumenti di contrasto al riciclaggio, evidentemente il tema delle monete virtuali non poteva che risultare prioritario, nel momento in cui, tra l'altro organismi privati e pubblici di rilievo mondiali si apprestano a intervenire in termini significativi nel settore.

In particolare la Quinta Direttiva europea antiriciclaggio (approvata dal Parlamento europeo il 19 aprile 2018), aggiorna la Direttiva (UE) 2015/849, aggiunge (cfr. articolo 2, paragrafo 1, punto 3) le nozioni di «prestatore di servizi di cambio tra valute virtuali e valute legali» e «prestatore di servizi di portafogli digitali», ed estende a tali categorie gli obblighi antiriciclaggio previsti per gli altri soggetti obbligati. L'articolo 47, paragrafo 1, impegna poi gli Stati membri ad assicurare che i prestatori di servizi di cambio tra valute virtuali e valute legali, e i prestatori di servizi di portafoglio digitale siano registrati. Dalla lettura del testo del D. Lvo. n. 125/2019 emerge una rinnovata attenzione per i rischi intrinsechi alle carte prepagate e alle criptovalute.

Il D. Lvo. n. 231/2007, all'art. 1, prevedeva già la figura dei prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale: "ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale".

Il D. Lvo. n. 125/2019 ha modificato la definizione di cui all'articolo 1, comma 2, lettera ff), inserendo, dopo le parole «a titolo professionale,» l'indicazione: «anche online,» e aggiungendo in calce la dizione che si riporta: *"ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, anche online, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di*

valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale o in rappresentazioni digitali di valore, ivi comprese quelle convertibili in altre valute virtuali nonché i servizi di emissione, offerta, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, alla negoziazione o all'intermediazione nello scambio delle medesime valute".

Il decreto ha considerato la conversione della moneta digitale in valuta come solo una delle possibilità di "trasferimento" dei valori. Nell'ottica del "controllo" per la prevenzione del riciclaggio, ben più potenzialmente inquietanti devono essere ritenute le conversioni di una moneta digitale in rappresentazioni digitali di valore, comprese quelle convertibili in altre di tipo virtuale nonché i servizi di emissione, offerta, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, alla negoziazione o all'intermediazione nello scambio delle medesime valute.

Il D. Lvo. n. 125/2019 ha in parte modificato l'articolo 1, comma 2, dopo la lettera ff) D. Lvo. n. 231/2007 - lett ff bis - definendo **i prestatori di servizi di portafoglio digitale**: ogni persona fisica o giuridica che fornisce, a terzi, a titolo professionale, anche online, servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali.

Anche per questi ultimi sono previsti obblighi di adeguata verifica del cliente e del titolare effettivo (art. 17), di conservazione (artt. 31-32) e di segnalazione per operazioni sospette all'UIF (art.35), laddove compiano attività di conversione da ovvero in valute aventi corso forzoso.

La disciplina delle verifiche è stata modificata dall'art. 2 D. Lvo. n. 125/2019: da un lato l'esercizio degli obblighi dovrà essere effettuato nei confronti di coloro che sono già clienti degli obbligati, non soltanto nell'ipotesi in cui si verifichi un cambiamento nel livello del rischio attribuito al cliente, ma anche nell'ipotesi di ampliamento degli obblighi sopravvenuti, posti da norme emanate successivamente al tempo in cui è stato acquisito il cliente. Inoltre, il nuovo testo dell'art. 19 D. Lvo. n. 231/2007 stabilisce che le identità digitali ed i certificati per la generazione di firma digitale rilasciati in conformità al Regolamento (UE) 910/2014 possono essere accettati unicamente se caratterizzati da un massimo livello di sicurezza.

Cesare Parodi

La tutela della persona nella realtà telematica: revenge porn e cyberstalking[7]

SOMMARIO: 1. La nuova fattispecie in tema di revenge porn - 1.1. Premessa - 1.2. Il rapporto con altre fattispecie - 1.3. L'elemento oggettivo della fattispecie - 1.4. Il problema del consenso - 1.5. Le ipotesi aggravate. - 2. La tutela penale in tema di cyberstalking - 2.1. Premessa - 2.2. Lo stalker - 2.3. Il delitto di atti persecutori. - 2.4. La descrizione della condotta: le minacce. - 2.5. Il delitto di violenza privata. - 2.6. Il concetto di molestie: premessa - 2.7 Le molestie "sostanziali" 2.8 L'evento del reato. - 2.9. L'elemento soggettivo del reato. - 2.10. I rapporti con altre fattispecie. - 2.11. Le ipotesi aggravate. - 3. Revenge porn e cyber stalking: problematiche comuni. - 3.1. La procedibilità. - 3.2. La facoltà di arresto - 3.3. I nuovi obblighi di cui alla l. 68/2019.

1. La nuova fattispecie in tema di revenge porn

1.1. Premessa

Come più volte accaduto anche in un recente passato, la realtà socio-criminale impone al legislatore di completare il sistema di tutela penale con nuove fattispecie, funzionali a "coprire" ambiti evidentemente riconosciuti come privi di strumenti effettivamente idonei a garantire specifici diritti e interessi. In questa prospettiva, tra le non poche novità contenute nella l. 19 luglio 2019, n. 69, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere* (pubblicata in G.U. n. 173 del 25 luglio 2019, in vigore dal 9 agosto 2019) un significativo rilevo assumono le nuove fattispecie prevista dall'art. 10, che ha introdotto l'articolo 612-*ter*c.p. in materia di *Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*. Reato per il quale si è già affermata, quantomeno nei media, la definizione di *revenge porn*.[8]

Con tale espressione si intende in senso lato «la creazione consensuale di immagini intime o sessuali all'interno di un contesto di coppia e la non consensuale pubblicazione delle stesse da parte di uno dei membri - generalmente, l'uomo - finalizzata a vendicarsi della rottura spesso burrascosa

[7] Stralcio dalla relazione per la SSM- corso P19090 – Roma 28-30 ottobre 2019."La protezione dei dati personali e della persona al tempo di internet"

[8] Su questo tema S. RECCHIONE, *Codice Rosso. Come cambia la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere con la legge 69/2019*; R. A. MANCUSO, Revenge porn*: la nuova fattispecie di reato*, in *altalex.it.*

della relazione intima»(*revenge porn* in senso stretto). Tale espressione è utilizzata, nel linguaggio comune, soprattutto giornalistico, in senso più ampio anche per indicare ogni forma di diffusione non consensuale di immagini pornografiche o comunque aventi un contenuto sessuale (*revenge porn* in senso estensivo), a prescindere quindi dalla pregressa esistenza di una relazione sentimentale ovvero dalla finalità ritorsiva di colui che pubblica le immagini. Rientra nella nozione estensiva di *revenge porn*, ad esempio, la pubblicazione in rete delle immagini e dei video sessualmente espliciti di celebrità in conseguenza dell'hackeraggio dei loro account *icloud*».[9]

Un reato indubbiamente plurioffensivo - diretto a tutelare non solo la libertà di autodeterminazione dell'individuo, quanto anche il decoro, la reputazione e il diritto alla riservatezza, in relazione alla vita sessuale - introdotto nel sistema nell'ambito di un intervento organico diretto a fronteggiare, nelle sue varie forme, la violenza di genere.

Una domanda preliminare che l'interprete deve porsi è se, prima di tale norma, vi fossero comunque strumenti adeguati per la tutela degli interessi in oggetto. Verosimilmente sì, ma il problema non è tanto - e solo - dato dalla possibilità di fornire una risposta penale al problema, quanto di calibrare la stessa sull'effettiva "portata", anche sul piano socio-culturale, del fenomeno. Al riguardo, si pensi a quanto avvenuto nel 2009, con l'entrata in vigore della nuova fattispecie di cui all'art. 612-*bis* c.p., in tema di atti persecutori. Non erano mancate le critiche rispetto a delitto reputato "sovrabbondante" rispetto all'apparato sanzionatorio già disponibile – a fronte di reati quali i reati di molestie e/o violenza privata di cui agli artt. 660 c.p. o il 610 c.p. già avrebbero consentito di stigmatizzare negativamente determinati comportamenti. Al contrario, purtroppo, il "successo" delle disposizioni in tema di stalking ha dimostrato che si è trattato trattava di una nuova ipotesi di reato di grande rilievo statistico e di straordinario impatto sul piano sociologico. Norma che non ha certamente risolto tutti i problemi del settore, ma che li ha correttamente inquadrati e che ha tentato di fornire una risposta adeguata alla gravità del fenomeno.

A conclusioni analoghe è verosimile si potrà giungere con il c.d. *revenge porn*. Una tipologia di reato impensabile venti anni orsono, astrattamente ipotizzabile dieci anni fa ma che negli ultimi anni ha assunto una dimensione rilevante; dimensione la cui "contrazione" non è allo stato ipotizzabile, se non a fronte di una si spera- di una generalizzata e diffusa percezione del disvalore delineato dal testo dell'art.612-*ter* c.p.Si deve tuttavia notare che - sebbene inserito nella legge che ha creato una corsia preferenziale riservata ad alcuni reati in materia di violenza domestica e di

[9] Così *Misure per il contrasto del c.d.* revenge porn- nota breve 57- marzo 2019 Servizio Studi del Senato

genere, con l'obiettivo di dare priorità e velocità alle indagini con la previsione di imporre al p.m. di sentire le persone offese e chi ha presentato denuncia, querela o istanza entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato– il *revenge porn* non rientra tra le ipotesi per le quali tale corsia referenziata è stata prevista. Una scelta singolare e, considerato l'impianto generale e le finalità della legge, per certi aspetti non facilmente comprensibile.

1.2. Il rapporto con altre fattispecie

La disposizione dell'art. 612-*ter* c.p. si apre con la clausola *Salvo che il fatto costituisca più grave reato*; indicazione assolutamente doverosa, considerato che la condotta descritte nella due ipotesi "base" contenute nell'articolo (come per altro quelle aggravate susseguenti) si sovrappongo in vario modo ad altre fattispecie, per le quali le condotte riconducibili al *revenge porn* sono state o potrebbero essere sanzionate. In prima battuta, anzi, il problema di comprendere gli esatti confini del nuovo reato potrebbe essere tra quelli più delicati. Ciò sotto un triplice profilo: per comprendere quando si debba applicare la citata clausola di riserva, ma anche quando si debba ipotizzare un concorso con altri reati o quando la contestazione della fattispecie di cui all'art. 612-*ter* c.p. possa escludere la sussistenza di ipotesi di minore gravità, esaurendone il disvalore.

Prima dell'entrata in vigore della l.n. 69/2019 la condotta descritta è stata qualificata ai sensi dell'art. 595, comma 3, c.p., ossia diffamazione aggravata in quanto arrecata *con qualsiasi altro mezzo di pubblicità*. In particolare, per la S.C. la condanna per diffamazione aggravata commessa attraverso la diffusione telematica, su un sito di condivisione, di un filmato amatoriale a contenuto erotico che vedeva protagonista la persona offesa unitamente all'imputato, può legittimamente trovare fondamento sulle sole dichiarazioni della vittima, ritenute intrinsecamente coerenti e precise, nonché riscontrate nelle dichiarazioni rese dai testi escussi, che non solo affermi di aver girato siffatti filmati esclusivamente con l'imputato, ma che riveli di aver ricevuto la confidenza di questi circa l'avvenuta diffusione del video (Cass., Sez. V, 15 ottobre 2013, n. 45966).

La contestazione di diffamazione può essere considerata una risposta solo in parte soddisfacente, ove si consideri che la condotta di *revenge porn* risulta lesiva non solo della reputazione della persona offesa (interesse tutelato dall'art. 595 c.p.) quanto anche della riservatezza e della capacità di autodeterminazione in ambito sessuale.

In questa prospettiva s'impone un richiamo alla disciplina dell'art. 167 del d.lgs. n. 196/2003 in tema illecito trattamento di dati personali, modificata recentemente

dal d.lgs. n. 101/2018, sulla base delle indicazioni del Regolamento (UE) 2016/679. Un adeguamento che ha portato a sanzionare condotte non solo dirette a trarre un profitto, ma anche finalizzate ad arrecare un danno ad altri, come accade sostanzialmente nel fenomeno del *revenge porn*.

L'attuale formulazione dell'art. 167, comma 2, d.lgs. n. 196/2013 stigmatizza negativamente la condotta di chi «salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno all'interessato, procedendo al trattamento dei dati personali di cui agli articoli 9 e 10 del Regolamento in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 2-*sexies* e 2-*octies*, o delle misure di garanzia di cui all'articolo 2-*septies* ovvero operando in violazione delle misure adottate ai sensi dell'articolo 2-*quinquiesdecies* arreca nocumento all'interessato»*;* in particolare, rientrano nell'art. 9- Regolamento (UE)2016/679 i dati personali relativi all'orientamento sessuale della persona.

Indubbiamente la fattispecie più "sociologicamente" prossima alle nuove fattispecie è quella di atti persecutori *ex* art. 612-*bis* c.p., che per molti aspetti (ferma restando la necessità di reiterazione della condotta) ben poteva consentire una tutela penale a fronte di situazioni di *revenge porn*. A proposito della necessità di reiterazione, ben si può ritenere che non debba essere la condotta "tipica" dell'art. 612-*ter* c.p. a essere reiterata, laddove la stessa, anche se posta in essere in un'unica occasione, sia corredata da una degli altri comportamenti che possono determinare gli eventi descritti dalla fattispecie di cui all'art. 612-*bis* c.p. Per la S.C. integra l'elemento materiale del delitto di atti persecutori il reiterato invio alla persona offesa di "sms" e di messaggi di posta elettronica o postati sui cosiddetti *social network* nonché la divulgazione attraverso questi ultimi di filmati ritraenti rapporti sessuali intrattenuti dall'autore del reato con la medesima (Cass. pen., Sez. VI, 6 luglio 2010, n. 32404 CED 248285).

Il differente oggetto di tutela consente, verosimilmente, di ravvisare il concorso tra le due ipotesi. Concorso che potrebbe al contrario essere più difficilmente ravvisabile rispetto alla diffamazione e al delitto di cui all'art.615-*bis* c.p. - interferenze illecite nella vita privata – limitatamente a condotte avvenute e "documentate" nell'ambito domiciliare.

Un altro reato che deve essere confrontato con le nuove fattispecie è quello introdotto dall'art. 1d.lgs. n. 216/2017 all'art.617-*septies* c.p. (*Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente*) che sanziona con la reclusione sino a quattro anni la condotta di chi, al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine, diffonde con qualsiasi mezzo riprese audio o video, compiute

fraudolentemente, di incontri privati o registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione.

Com'è stato precisato nella menzionata nota breve dell'ufficio studi del Senato, «*tale fattispecie, sebbene sia stata introdotta nell'ordinamento per punire le operazioni captative illecite, tuttavia, nella parte in cui fa riferimento a "incontri privati" sembrerebbe idonea a trovare applicazione, anche con riguardo ad alcune forme di diffusione di video intimi, anche se solo limitatamente ai casi in cui la ripresa è "compiuta fraudolentemente". Ne consegue che il reato potrebbe considerarsi integrato soltanto nei casi di pubblicazione di immagini create senza il consenso della persona ritratta*».

Si deve rilevare che tutti i reati sopra menzionati non costituiscono fatti più gravi rispetto a quelli sanzionati dall'art. 612-*ter* c.p.; ne consegue che gli stessi potranno concorrere o ritenersi "assorbiti", ma non escludere la rilevanza penale diretta delle condotte di cui all'art. 612-*ter* c.p.

Per altro, un reato ravvisabile nelle situazioni in oggetto che certamente risulta punito con pena più grave è quello di cui pornografia minorile all'art. 600-*ter* c.p., che sanziona con la pena detentiva fino a 12 anni la produzione e divulgazione di immagini pedopornografiche. Reato che dovrebbe "assorbire" l'ipotesi di cui all'art. 612-*ter* c.p.

La S.C. ha per altro precisato - in tema di pornografia minorile, ai fini della configurabilità del delitto previsto dall'art. 600-ter, comma terzo, c.p., la necessario che il produttore del materiale pornografico sia persona diversa dal minore raffigurato. (Cass., sez III, n. 34357, 11/4/2017, CED 270719).

1.3. L'elemento oggettivo della fattispecie

Le fattispecie "base" dell'art. 612-*ter* c.p. – per le quali è prevista la pena della reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 5.000 a euro 15.000 - sono accumunate dall'oggetto, indicato dal legislatore come *immagini o video a contenuto sessualmente esplicito*; importante è pertanto chiarire cosa debba intendersi per *sessualmente esplicito*.

Una formula che il legislatore ha correttamente indicato in termini indeterminati, dovendo la stessa essere condizionata da mutamenti socio-culturali dei quali il giudice deve farsi interprete. Utili indicazioni possono, nondimeno, essere tratte da decisioni della S.C. in tema di pedopornografia minorile, laddove si è precisato che tale delitto è configurabile esclusivamente nel caso in cui il *materiale pornografico*, oggetto materiale della condotta criminosa ritragga o

rappresenti visivamente un minore degli anni diciotto implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, quale può essere anche la semplice esibizione lasciva dei genitali o della regione pubica. (Cass. pen., Sez. III, 4 marzo 2010, n. 10981, CED 246351); è stato altresì ritenuto materiale pornografico rilevante per l'integrazione del delitto *de quo* quello di contenuto lascivo, idoneo a eccitare le pulsioni erotiche del fruitore, sicché in esso vanno ricomprese non solo le immagini raffiguranti amplessi ma anche corpi nudi con i genitali in mostra (Cass. pen., Sez. III, 9 dicembre 2009, n. 8285, CED 246231).

Pare evidente la volontà del legislatore di anticipare la soglia di punibilità, delineando un reato di pericolo, in quanto non è richiesta che l'effettiva conoscenza da parte di una pluralità di utenti del materiale illecitamente diffuso, né il verificarsi- per la vittima, a differenza di quanto indicato nell'art. 612 bis c.p. – di un grave stato d'ansia o di timore.

L'autore del reato non s'identifica necessariamente con l'autore delle riprese; nella prima ipotesi al soggetto che ha realizzato i video o le immagini, è accomunato quelli che li ha sottratti - ossia a colui che se ne è impossessato con violenza o con modalità fraudolente.

Laddove video o immagini siano ceduti volontariamente dal soggetto passivo del reato, ricorrerebbe la seconda ipotesi dell'art.612-*ter* c.p., nella quale l'autore della condotta è indicato in colui che ha *ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video*.

Differente anche la "destinazione" di video e immagini; nella prima ipotesi è sanzionato il semplice invio, la consegna, la cessione, la pubblicazione o la diffusione di video o immagini destinati a rimanere privati: condotte tutte caratterizzate da un dolo generico.

Nella seconda, al contrario, le stesse condotte sono sanzionate laddove poste in essere al fine di recare nocumento alle persone rappresentate nei video e nei filmati destinati a rimanere privati, con previsione pertanto, di un dolo specifico. Nocumento che si identifica in un pregiudizio giuridicamente rilevante di qualsiasi natura, patrimoniale e non, conseguenza della condotta illecita (Cass., Sez. III, 23 novembre 2016, n. 15221, CED 270056). Una differenziazione condivisibile, ove si consideri che in questo modo una disponibilità di video e immagini *ab origine* non "qualificata" da un rapporto diretto con la persona offesa o da una condotta di per sé criminosa è sanzionata solo laddove finalizzata a nuocere a quest'ultima.

1.4. Il problema del consenso

Le immagini e i video indicati delle fattispecie devono essere *destinati a rimanere privati*. Destinazione nella disponibilità del soggetto che compare nelle immagini, il cui consenso diviene, pertanto, fondamentale. Entrambe le fattispecie prevedono che i fatti debbano essere commessi *senza il consenso delle persone rappresentate*: si deve pertanto ritenere che il consenso dell'avente diritto non possa essere considerato scriminante, quanto elemento della fattispecie. Consenso che per altro potrebbe essere valutato in chiave putativa, laddove la condotta avvenga sull'erroneo presupposto della sussistenza di un consenso in realtà non ravvisabile, con conseguente non punibilità *ex* art. 59, comma IV, c.p. Una situazione che potrebbe essere meno infrequente del previsto, ove si consideri il caso di un consenso espresso poi "revocato", in termini equivoci o indiretti.

1.5. Le ipotesi aggravate.

La norma prevede tre aggravanti "ordinarie" e due a effetto speciale. Nel primo caso il comma terzo stabilisce che «la pena è aumentata se i fatti sono commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici».

La prima ipotesi non pone ovviamente particolari problemi interpretativi, anche se stupisce per certi aspetti la mancata espressa equiparazione ai rapporti di coniugio delle unioni civili; unioni che, per altro, devono essere certamente ricomprese nel richiamo alle relazioni affettivi. Per quest'ultimo concetto è stata utilizzata una formula che consente margini interpretativi particolarmente ampi. In realtà il legislatore ha rimesso all'autorità giudiziaria l'individuazione di un inquadramento sociale condiviso della nozione di relazione affettiva. Una nozione che non richiama il dato della convivenza – che può presentare connotazioni di formalizzazioni e stabilità non perfettamente sovrapponibili rispetto al vincolo matrimoniale, anche se comunque storicamente verificabili – e che per altro, con il riferimento agli "affetti" piuttosto che ai profili strettamente sessuali o di vita in comune risulta meno "determinabile" e quindi ricostruibile anche in tale prospettiva. Di rilievo, poi, il fatto che la S.C., in tema di atti persecutori, ai fini della configurabilità della circostanza aggravante di cui all'art. 612-*bis*, comma 2, c.p. abbia precisato che per "relazione affettiva" non s'intende necessariamente la sola stabile condivisione della vita comune, ma anche il legame connotato da un reciproco rapporto di fiducia, tale da ingenerare nella vittima aspettative di tutela e protezione. (Cass., Sez. III, 9 gennaio 2018, n. 11920, CED 272383)

Per certi aspetti singolare la terza ipotesi (*fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici*) in quanto, almeno sul piano statistico-sociologico, si tratta della situazione che potrà verificarsi con maggiore frequenza e che - indubbiamente - presenta la maggiore oggettiva gravità.

Il comma quarto dell'art.612-*ter* c.p. prevede aggravanti di natura speciale - con aumento di pena da un terzo alla metà laddove il fatto sia commesso in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza.

Si tratta di aggravanti di natura oggettiva, ai sensi dell'art. 70 c.p., riguardando condizioni e qualità personali dell'offeso; le stesse non pongono un problema particolare di accertamento del presupposto in fatto, quanto di conoscenza dei medesimi da parte dell'autore del reato. In tema di delitti a sfondo sessuale l'art. 609-*sexies* c.p. specificamente prevede che «il colpevole non può invocare, a propria scusa, l'ignoranza dell'età della persona offesa». La sussistenza nel sistema di un'eccezione quale quella richiamata porterebbe a pensare che, in via generale- e quindi nel caso di specie, in relazione alla condizione della donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità - l'autore della condotta sia ammesso a provare di aver ignorato tali dato di fatto. Per la gravidanza si tratta di condizione che, specie nei primi mesi, può essere conosciuta e/o conoscibile solo sulla base di una comunicazione diretta ovvero della visione degli esiti di accertamenti medici. Problematica in molti casi la condizione di inferiorità fisica o psichica; non è stata ripresa la formula usate nell'art. 612-*bis* c.p.p. (*persona con disabilità di cui all'art. 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 10436*) il che porta a ritenere che debba essere ricompresa anche una condizione di inferiorità psichica generica non rigorosamente riconducibile alla disciplina della menzionata legge.

Indubbiamente, se alcune forme delle condizioni descritte dalla legge possono risultare di non immediata percezione in occasione di incontri o contatti sporadici e superficiali o nel caso in cui le immagini siano state acquisite nell'ambito di un contatto diretto con la persona offesa.

2. La tutela penale in tema di cyberstalking

2.1. Premessa

Sono passati 10 anni dalla l. 38/2009, " *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*" che ha introdotto nel sistema italiano la fattispecie di "atti persecutori". Una legge con la quale le condotte di stalking vengono espressamente e specificamente prese in considerazione, sulla base di un'osservazione di un fenomeno evidenziato e studiato in primo luogo in chiave socio-criminologica e conosciuto (anche

della letteratura) da tempo immemorabile. Lo stalking non è una manifestazione ossessiva tipica dei nostri tempi, amara conseguenza di uno snaturamento delle relazioni affettive, dell'affermarsi di un virulenza psicotica dei rapporti interpersonali. I promessi sposi sono una storia di stalking: Don Rodrigo è uno stalker. L'Odissea, la vicenda di Penelope e dei Proci è una storia di stalking. Può bastare per rendere l'idea della "vetustà" del fenomeno.

Cosa è cambiato quindi? Nulla. E tutto, allo stesso tempo.

Non è cambiata l'ossessione persecutoria, anche se sono radicalmente mutati i meccanismi di controllo sociale, prima ancora che giuridico, che erano portati a incanalare e contenere la stessa e a impedirne- almeno nella maggioranza dei casi- le forme estreme, incontrollabili e come tali inaccettabili per il civile consesso. Ed è cambiata l'idea che la vittima di stalking debba passivamente subire le altrui aggressioni e vessazioni. E, in questo dieci anni, dal 2009 a oggi, certamente il mondo "virtuale" informatico e telematico hanno acquisito una sempre maggiore rilevanza – statistica e qualitativa- in relazione al fenomeno globale stalking. Una rilevanza, ormai " centrale". con la quale è indispensabile fare i conti.[10]

Sul piano strettamente lessicale il termine anglosassone il termine *stalk* può essere tradotto come "caccia in appostamento" "caccia furtiva", "avvicinarsi furtivamente", "avvicinarsi di soppiatto" (a selvaggina o a nemici). Lo *stalker* sarebbe quindi il cacciatore in agguato, che studia ed attende la preda in maniera occulta. In realtà già in questo senso la definizione si presta ad un equivoco. Il cacciatore agisce con la precisa, necessaria intenzione di non essere visto o percepito dall'oggetto delle sue attenzioni, se non nel momento in cui decide di passare all'azione, per ucciderla o catturarla.

Al contrario, lo stalker- nell'accezione socio-psicologica che qui interessa - in molti casi si apposta ed insegue la propria vittima anche in maniera palese, lasciando "pesare" la propria ingombrante presenza. Una presenza che certamente è destinata a divenire, nell'intenzione dello stalker- vera e propria intromissione nella vita privata della vittima- ma che può manifestarsi

[10] La relazione al decreto che ha introdotto il delitto di cui all'art 612 bis c..p.p. è molto chiara: *" Al fine di fornire una risposta ancora più concreta nella lotta contro la violenza, perpetrata specialmente sulle donne, anche sotto forma del cosiddetto «stalking», con il presente decreto viene introdotta nell'ordinamento, tra i delitti contro la libertà morale, la nuova figura delittuosa relativa agli atti persecutori. Lo scopo che il provvedimento si prefigge è in primo luogo quello di dare un segnale di forza e di intransigenza nei confronti di coloro che si rendono colpevoli di delitti così infamanti e nello stesso tempo di costituire un segnale di riconoscimento e di attenzione, tangibile ed evidente, per le persone offese dal reato e per le vittime dei reati stessi, meritevoli di una tutela da parte dello Stato più incisiva rispetto a quella attualmente apprestata dall'ordinamento giuridico. "*

esteriormente- e come tale divenire fonte di afflizione- anche prima di forma dirette di contatto tra "cacciatore" e "cacciato". Nondimeno, lo stalker telematico ha, per forza di cose, caratteristiche sociologiche e caratteriali differenti: tende a palesarsi mano, ma è verosimilmente più costante e maniacale nelle sue condotte. L'anonimato telematico, in questo senso, può fare miracoli. Purtroppo.

Difficile trovare un minimo denominatore a una serie di condotte e di soggetti che "coprono" un variegato *range* comportamentale. Condotte, tra l'altro, che sono state e possono essere oggetto di approfondimento su un piano multidisciplinare, che varia dal contesto criminologico a quello psichiatrico, da quello giurisdizionale a quello psicologico. Molte, ovviamente, moltissime le definizioni che sono state proposte a fronte di un fenomeno globalmente riconducibile a forme di intrusioni relazionale ripetute e assillanti. Verosimilmente, un punto fermo nella faticosa individuazione di una matrice comune al fenomeno in oggetto può essere reperito non tanto e non solo nella elencazione sistematica delle condotte riferibili allo stalker- quali in genere reiterati tentativi di comunicazione verbale e scritta, appostamenti ed intrusioni nella vita privata- e non tanto e non solo nella finalità che sono alla base dell'"attivazione" dello stalker- ossia iniziare un rapporto privilegiato con un soggetto, modificare strutturalmente un rapporto pregresso o recuperare "coattivamente" un rapporto esaurito o in esaurimento.

Il vero dato caratterizzante e unificatore si identifica negli effetti che tali condotte possono determinare sulla vittima: l'insorgere di stati di ansia e paura, tali da compromettere o addirittura stravolgere il normale svolgimento della quotidianità. Azioni quindi che esprimono un ripetuto e persistente tentativo di imporre ad un'altra persona comunicazioni non desiderate o contatti tali da incutere ansia o timore.

Certamente le molestie assillanti prese in considerazione dal nostro legislatore presuppongono altresì una reiterazione di episodi, non potendosi identificare - in termini di penale rilevanza come per altro in chiave di valutazione sociologica del fenomeno- con contatti ed episodi isolati ed occasionali. Un insieme, quindi, di comportamenti molesti e continui, quali reiterati appostamenti o pedinamenti nei pressi del domicilio o degli ambienti comunemente frequentati dalla vittima o l'invio di comunicazioni di varia natura (telefonate, messaggi sms, lettere anche anonime , scritte sui muri nonché certamente anche contatti orali , in luoghi pubblici come privati.).

In tale prospettiva generale, diffuso e allarmante era - ed è ancor più attualmente - il fenomeno del cyber stalking, che si manifesta quando le attenzioni ossessive dello stalker trovano

luogo per via telematica nella forme più disparate. Dal banale reiterato invio di e-mail alla pubblicazioni su siti internet o su aree condivise da altri soggetti di dati ed informazioni- vero o false- sulla vittima, a forme di accesso informatico abusivo nel computer dell"aggredito", sino alla fraudolenta appropriazione dell'account e dei dati identificativi di quest'ultimo.

2.2. Lo stalker

Una tentativo di comprensione del fenomeno stalking non può che prendere le mosse da una rapida disamina della fenomenologia dell'autore della condotta. E' ipotizzabile una tripartizione di base, fermo restando che le categoria evidenziate ben possono coincidere o sovrapporsi almeno in parte.

Indubbiamente lo stalker può identificarsi con un soggetto affetto da disturbi mentali, per il quale l'atteggiamento persecutorio ha origine dalla convinzione di avere una relazione con l'altra persona. Lo stalking rappresenta in tali situazione la manifestazione di una patologia predefinita e trova nella stessa la propria fonte. Una seconda prospettiva riguarda soggetti che vivono in termini di disagio personale all'interno di una stato "fisiologico": soggetti con problemi di interazione sociale, per i quali l'attività persecutoria ossessiva diviene il modo – atipico ed anomalo- di stabilire una relazione interpersonale e/o sentimentale a terzi, imponendo la propria presenza ed insistendo anche a fronte di risposte inequivocamente negative. In tali due prime situazione lo stalker è in linea di massima- per forze di cose- un estraneo rispetto all'oggetto delle molestie, o quantomeno il "titolare" di un rapporto non particolarmente qualificato.

Nel terzo caso, verosimilmente, il molestatore può essere l'ex coniuge, o l'ex partner o comunque un conoscente o collega della vittima. Si può ritenere statisticamente corretta la comune percezione dello stalking, quale forma di "aggressione" psicologica di un individuo di sesso maschile nei confronti di una vittima di sesso femminile con la quale è altamente probabile l'esistenza di una relazione sentimentale pregressa.

Lo stalker - in moltissimi casi - non è un malato. Non è una psicopatico più o meno pericoloso, ma come tale riconoscibile, analizzabile e come tale curabile o perlomeno prevenibile. Molti, moltissimi molestatori sono soggetti "abitualmente" normali o che quantomeno limitano la propria anomalia a fasi – spaziali e temporali- definite della propria esistenza. Come tali soggetti che – spesso- possono essere individuati solo dopo che hanno abbondantemente avviato e magari portato sino a gravi conseguenze l'attività di molestia. Non a caso la dottrina ha evidenziato la

peculiarità- sotto questo aspetto- dello "stalker"; allo stato non è dato comprendere se in questa fattispecie siamo in presenza di un comportamento grave e cosciente da sanzionare duramente ovvero di una patologia di tipo psichiatrico che incide sulla punibilità di chi pone in essere i comportamento tipici ad essa ascrivibili; di fatto non sarebbe oggi configurabile un concreto e valido profilo psicopatologico dello stalker perché spesso in questi non vi è nulla di psicopatologico secondo l'accezione psichiatrico –forense e medico - legale del termine. [11]

Se è così, quale diviene allora il nocciolo della questione, " *the heart of the matter*" ? Quando, come e perchè un soggetto normale- o almeno non anormale - spinge le proprie azioni oltre ai margini di quella normalità entro la quale, alle volte per una intera vita- si era mosso ? E si può ritenere che la causa –o almeno la "concausa" - dell'insorgenza di tali fenomeni possa essere individuata piuttosto sulla caratteristiche della vittima dello stalking ? Indubbiamente, la diffusione delle comunicazione elettroniche, la possibilità di essere "presenti" nella vita altrui in forma tanto costante quanto anonima, anche nonostante grandi distanze a distanza ha favorito la crescita esponenziale (e dunque gli esponenziali " danni") derivanti dal fenomeno.

Sia chiaro: quanto sopra riportato non significa che non esistano patologie mentali tali da determinare manifestazione di attenzione ossessiva e di morboso interesse verso altri soggetti. Significa solo che, in ottica psichiatrica, non pare verosimilmente configurabile un concreto e valido profilo psicopatologico della personalità dello stalker, tale da consentire di delineare aprioristicamente le caratteristiche patognomoniche di quest'ultimo nonché le motivazioni psicopatologiche del comportamento di questi.[12]

Si può, nondimeno, in generale ritenere che l'autore delle condotte di stalking presenti un disagio relazione ed esistenziale, nonché evidentemente un problema di empatia. Quest'ultima è stata definita la capacità di discriminare e riconoscere le emozioni espresse dall'altro nonché di assumere la prospettiva dell'altro, di mettersi nei suoi panni: immedesimazione emotiva , ossia sapere condividere le emozioni altrui e sapere rispettare le emozioni dell'altro. In questo senso quindi il persecutore non riuscirebbe a provare empatia verso le altre persone e non saprebbe decodificare correttamente i messaggi che gli altri gli inviano.

[11] Così MARASCO M. - ZENOBI S., *Stalking : riflessioni psichiatrico-forensi e medico*-legali, in *Difesa sociale*, vol. LXXXII, n. 4 -5, 2003, 45 ed in www.iims.it

[12] Su questo tema MARASCO M., ZENOBI S., op. cit., in Difesa Sociale, vol. LXXXII, n. 4-5 (2003), pp. 37-46

2.3. Il delitto di atti persecutori.

Il delitto di "Atti persecutori" contemplato dall'art. 612 *bis* c.p. è stato introdotto, se non per colmare un vuoto, quantomeno per evitare delicate, complesse e certamente non sempre efficaci operazioni di ortopedia giuridica, finalizzate ad adattare disposizioni penali nate per differenti finalità e per fronteggiare fenomeni solo parzialmente analoghi a condotte che per numero e qualità si sono manifestate (o forse , come già spiegato nel capitolo primo, sono state percepite in tempi recenti) con particolare evidenza. Condotte tali da sollecitare una domanda di giustizia alla quale era difficile non cercare di fornire una specifica risposta: " *... le norme previste dal nostro ordinamento penale ... non erano in grado di fronteggiare questo fenomeno. Le fattispecie applicabili erano di poco conto, quantomeno nei casi in cui lo stalker non aveva ancora trasmodato verso le sequenze più violente della sua condotta…"*[13]

Il reato in oggetto - inserito nel capo III del titolo XII, parte II del codice penale, nella sezione relativa ai delitti contro la libertà morale – è diretto a sanzionare specificamente comportamenti molesti o minacciosi che, turbando le normali condizioni di vita, pongono la vittima in un grave stato di disagio fisico e psichico, di vera e propria soggezione; comportamenti tali da determinare un giustificato timore per la sicurezza della vittima ovvero per la sicurezza di persona particolarmente vicina a quest'ultima e che possono anche essere prodromici a gravi atti di aggressione.

Se – anche alla luce delle collocazione nel codice – la tutela della libertà morale, intesa come facoltà del soggetto di autodeterminarsi, risulta l'obiettivo primario della norma, deve ritenersi che con la stessa "*venga tutelato l'ulteriore bene giuridico dell'incolumità individuale, quantomeno allorquando le minacce o le molestie provochino il perdurante e grave stato di ansia o di paura, che, se inteso quale patologia medicalmente accertabile, comporta la lesione del bene salute."*[14] Non solo: si è sostenuto che il nuovo reato sarebbe altresì destinato a tutelare la "serenità psicologica" nonché la riservatezza dell'individuo.[15]

2.4. La descrizione della condotta: le minacce.

La fattispecie di cui all'art. 612 bis c.p. prevede tre eventi e la condotta di chi sanziona con minaccia o molesta:

[13] Così CADOPPI A., *Atti persecutori: una normativa necessaria*, in Guida al diritto, 19/2009, 49 ss.
[14] Così BARBAZZA A.- GAZZETTA E. "*Il nuovo reato di atti persecutori*" in www.altalex.it
[15] Cfr. CADOPPI A., *Efficace la misura dell'ammonimento del questore*, in Guida al Diritto, 10/2009, 52

- cagiona un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero

- ingenera un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero

- costringe ad alterare le proprie abitudini di vita.

Disposizione applicabile previa verifica della clausola di esclusione "*salvo che il fatto costituisca più grave reato*".

Il legislatore ha descritto la condotta in termini intenzionalmente molto ampi, usando concetti generali- quali appunto "minaccia" e "molestia" - che costituiscono patrimonio comune del sistema penale. Si tratta di una "tipizzazione" delle condotte più apparente che reale, in quanto sia le molestie che le minacce possono presentarsi nella forme più disparate; forme che in concreto non potevano essere previste e descritte del legislatore, che ha così concentrato la propria attenzione sulle conseguenze di tali condotte.

Un delitto, pertanto, a forma sostanzialmente a forma libera, caratterizzato in particolare dalla necessaria reiterazione delle condotte e soprattutto dall'essere strutturato come reato di evento. Proprio la descrizione di tali possibili eventi alternativi pone i profili di maggiore problematicità per l'interpretazione della norma.

Il delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p. non deriva *sic et simpliciter* dalla "somma" dei reati di cui all'art.612 c.p. (Minacce) e di cui all'art. 660 c.p. (Molestie). Caratteristica peculiare del reato di atti persecutori risulta in effetti la previsione della necessaria reiterazione delle singole condotte. La norma non precisa quanto volte la reiterazione debba avvenire, né l'arco temporale all'interno del quale la condotta deve essere "replicata". Tale caratteristica risulta solo apparentemente suggestiva sul piano della indeterminatezza, atteso che proprio la natura del reato di evento, per la consumazione del quale il legislatore richiede la realizzazione alternativa di (almeno) una delle tre situazioni sopra esposte, impone di rapportare in chiave funzionale sia sotto il profilo numerico che temporale la rilevanza penale della condotta rispetto agli eventi descritti.

Si può escludere che il delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p. rientri nel novero dei reati complessi. È nondimeno necessario analizzare, rispetto ai reati di cui agli artt. 612 c.p. e 660 c.p., le indicazioni della giurisprudenza di merito che potrebbero ritenersi utilizzabili in relazione alla nuova fattispecie. Inutile dire che tutti gli strumenti di comunicazione telematica, nelle più svariate forme, possono veicolare- con particolare efficacia, entrambe le tipologie di condotte, consentendo anzi con estrema facilità forme di reiterazione.

In generale minaccia è ogni mezzo valevole a limitare la libertà psichica di alcuno; una manifestazione esterna che, a fine intimidatorio, rappresenta in qualsiasi forma al soggetto passivo il pericolo di un male ingiusto, cioè "*contra ius*", che in un futuro più o meno prossimo potrà essergli cagionato dal colpevole o da altri per lui nella persona o nel patrimonio.[16] Al fine della sussistenza del delitto di cui all'art. 612 c.p., la minaccia, valutata con un criterio medio ed in relazione alle concrete circostanze del fatto, oggettive e soggettive, deve essere idonea a cagionare effetti intimidatori sul soggetto passivo, anche se il turbamento psichico non si verifica in concreto. Si tratta di un reato di pericolo, che si consuma nel momento in cui l'azione intimidatoria è portata a conoscenza del soggetto passivo.[17] Al concetto di gravità della minaccia va attribuito un carattere relativo, riferibile non soltanto all'entità del male minacciato, ma anche all'insieme delle modalità dell'azione ed alle condizioni in cui si trovano i soggetti del delitto.[18]

Che la minaccia non possa essere considerata solo quella verbale o quella posta in essere a mezzo di oggetto atto ad offendere lo chiarisce la S.C., laddove afferma che la fattispecie di cui all'art. 612 c.p.è integrata anche quando, in assenza di parole intimidatorie o di gesti espliciti, sia adottato un comportamento univocamente idoneo ad ingenerare timore, sicché possa essere turbata o diminuita la libertà psichica del soggetto passivo.[19] Una situazione che si attaglia perfettamente alla tipologia di condotta che potrebbe ricorrere nel caso di stalking. Si pensi alla trasmissione di mail o messaggi telematici contenenti immagini inquietanti o riferimenti alla vita privata dei destinatari: difficile pensare a forme più efficaci di minaccia.

Di particolare rilievo ed attualità rispetto alla fattispecie di cui all'art. 612 *bis* c.p., risulta l'indicazione in base alla quale sussisterebbe il reato di cui all'art. 612 c.p. anche se le minacce non sono rivolte direttamente al soggetto passivo, ma a persona a lui legata da relazioni di parentela, di amicizia e di lavoro, con la certezza che di esse egli venga a conoscenza. [20]

Merita una riflessione anche il principio per il quale ai fini dell'art.612 c.p., il pregiudizio minacciato deve essere idoneo a produrre l'effetto di turbare o diminuire la liberta psichica e morale del soggetto passivo. Non sarebbe tuttavia necessaria l'effettiva intimidazione della vittima,

[16] Cfr. Cass. Sez. V, 23 aprile 1986 (dep. 12 agosto 1986) n.8275, CED 173578
[17] Cfr. Cass. Sez. IV, 2 settembre 1985 (dep. 25 settembre 1985) n. 8264, CED 170482
[18] Cfr. Cass. Sez. V, 28 aprile 1982, (dep. 21 settembre 1982) n.8107, CED 155140
[19] Cfr. Cass. Sez. V, 26 novembre 1984 (dep. 19 dicembre 1984) n.11256, CED 167163
[20] Cfr. Cass. Sez. V, 16 aprile 1985 (dep. 24 giugno 1985) n.6289, CED 169902; fattispecie relativa a ritenuta sussistenza del reato, ritenuta inaccoglibile la tesi difensiva fondata sul rilievo che, non essendo state percepite le frasi minacciose direttamente dalla persona offesa, bensì dalle sue impiegate e per via telefonica, sarebbe venuta meno ogni loro carica intimidatrice.

trattandosi di un reato formale di pericolo la cui esecuzione si attua con la semplice esposizione a pericolo dell'interesse protetto[21], essendo quindi semplicemente sufficiente che la condotta posta in essere dall'agente sia potenzialmente idonea ad incidere sulla libertà morale del soggetto passivo.[22] Analogamente anche una minaccia espressa in forma condizionata potrebbe costituire il reato di cui all'art. 612 c.p., purché risulti idonea a restringere la libertà psichica della persona offesa. Solo quando il male annunciato appaia assolutamente impossibile e non sia nel contempo tale da ingenerare comunque timore la minaccia potrà considerarsi giuridicamente irrilevante. [23] Inoltre- ovviamente - l'efficacia intimidatrice di una frase è direttamente proporzionale all'attuabilità del danno che ne formi oggetto, così che se il male minacciato si presenta "*ex se*" non concretamente realizzabile, non sarebbe configurabile alcuna aggressione, penalmente rilevante, alla sfera psichica del soggetto passivo.[24]

Tali tesi possono assumere un rilievo in relazione al delitto di atti persecutori in generale e al cyber stalking in particolare, ben potendo la condotta - non percepita come effettiva minaccia - rilevare ai fini della molestia, così da contribuire al verificarsi di uno degli eventi previsti dalla fattispecie.

Proprio in relazione al delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p. deve ritenersi utilizzabile il principio per il quale l'ingiustizia del male minacciato - e, quindi, l'illegittimità del fatto costituente il delitto di cui all'art. 612 c.p. - non viene meno anche se non risulti ingiusto il motivo che è alla base della azione criminosa, a meno che non appaiano legittimi tanto il male minacciato quanto il mezzo usato per l'intimidazione.[25] In questo senso, ai fini della configurabilità del reato di minaccia, si richiede la prospettazione di un male futuro ed ingiusto - la cui verificazione dipende dalla volontà dell'agente - che può derivare anche dall'esercizio di una facoltà legittima la quale, tuttavia, sia utilizzata per scopi diversi da quelli per cui è tipicamente preordinata dalla legge.[26]

Se anche il "motivo" dell'azione criminosa risulta quello di iniziare o approfondire un rapporto interpersonale con altro soggetto- finalità evidentemente non illecita- il semplice dissenso del destinatario delle attenzioni impone una rivalutazione di tale condotta.

[21] Cfr. Cass. Sez. V, 17 luglio 1980 (dep. 24 ottobre 1980) n.10899, CED 146333
[22] Cfr. Cass. Sez. V, 2 dicembre 2008 (dep. 17 dicembre 2008) n. 46528, CED 242604
[23] Cfr. Cass. Sez. V, 23 marzo 1981 (dep. 8 giugno 1981) n.5734, CED 149294
[24] Cfr. Cass. Sez. VI, 10 giugno 1993, (dep. 24 agosto 1993) n. 8008, CED 194919
[25] Cfr. Cass. Sez. V, 27 gennaio 1982 (dep. 8 aprile 1982) n. 3718, CED 153137
[26] Cfr. Cass. Sez. V, 18 dicembre 2003 (dep. 6 febbraio 2004) n. 4633, CED 228064

In ordine alla valutazione della gravità della minaccia - prevista dall'art.612, 2° co., c.p.- la stessa deve essere accertata con riferimento all'entità del turbamento psichico causato al soggetto passivo dall'atto intimidatorio; turbamento che si desume sia dalla gravità del male minacciato, sia dalle circostanze nelle quali la minaccia è fatta, oltreché dalle condizioni particolari in cui si trovino il soggetto attivo e la persona offesa.[27]

2.5. Il delitto di violenza privata.

Le ipotesi di reato che logicamente potevano essere considerate prima della riforma quali strumenti di tutela per le vittime di stalking risultavano principalmente la contravvenzione di cui all'art. 660 c.p. ed il delitto di violenza privata di cui all'art. 610 c.p.; ovviamente numerosi delitti "collaterali" potevano- e possono -accompagnare la condotte di molestia o minaccia: dall'ingiuria *ex* art. 594 c.,p, al danneggiamento *ex* art. 635 c.p, dalla violazione di domicilio *ex* art.614 c.p ai delitti in tema di tutela della riservatezza di cui all'art.167 d.lgs. 196/2003 sino, infine, ai delitti in tema di violenza sessuale (art.609 *bis* ss c.p.) e di tutela delle comunicazioni (art. 616 ss c.p.).

Una disposizione facilmente- o almeno non troppo difficilmente - trasponibile alla realtà dello stalking poteva essere individuata nel delitto di cui all'art. 610 c.p. (Violenza privata) – compreso tra i reati " contro la libertà morale"; norma che sanziona con la reclusione fino a quattro [28] anni la condotta di chi "*con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare, od omettere qualche cosa*". Un reato caratterizzato da un dolo specifico che si differenzia da quello di all'art.612 c.p. (Minaccia) [29] punibile a titolo di dolo generico, proprio per il contenuto della minaccia e la sua strumentalizzazione; la minaccia, cioè, deve raggiungere una intensità di contenuto tale da apparire idonea al fine propostosi dall'agente e deve essere usata per costringere il soggetto passivo a tenere il comportamento alternativamente richiesto nel primo comma di detto articolo: ondotta che ben può essere posta in essere anche a mezzo di strumenti telematici. Un principio affermato dalla S.C. in una vicenda che certamente presenta analogia con i casi di stalking: in particolare l'autore del reato aveva minacciato la vittima costringendola a non uscire di casa al fine sia di farla restare nella abitazione che di tollerare le sue intemperanze.[30]

[27] Cfr. Cass. Sez. V, 13 gennaio 1984 (dep. 7 febbraio 1984) n. 1105, CED 162530

[28] Tale pena *"è aumentata se concorrono le condizioni prevedute dall'articolo 339."*

[29] La norma stabilisce che "*Chiunque minaccia ad altri un ingiusto danno è punito, a querela della persona offesa, con la multa fino a euro 51. Se la minaccia è grave o è fatta in uno dei modi indicati nell'articolo 339, la pena è della reclusione fino a un anno e si procede d'ufficio."*

[30] Cfr. Cass. Sez. I, 28 maggio 1987, (dep. 12 novembre 1987) n.11525, CED 176995

Secondo la S.C. integra gli estremi del delitto di violenza privata la minaccia, ancorché non esplicita, che si concreti in un qualsiasi comportamento o atteggiamento idoneo ad incutere timore ed a suscitare la preoccupazione di un danno ingiusto al fine di ottenere che, mediante la detta intimidazione, il soggetto passivo sia indotto a fare, tollerare o ad omettere qualcosa.[31] In particolare nella previsione dell'art. 610 c.p. deve ritenersi compreso anche il semplice atteggiamento del soggetto attivo soprattutto quando assuma carattere d'intimidazione in rapporto all'ambiente in cui la vicenda si svolge e la minaccia stessa, percepita come tale dalla persona offesa, risulti quindi idonea ad eliminare o ridurre sensibilmente la sua capacità di determinarsi e di agire secondo la propria indipendente volontà.[32]

L'evento costituito dall'alterazione delle abitudini di vita deve ritenersi un'ipotesi di violenza privata, così che l'applicabilità del delitto di atti persecutori risulta ipotesi speciale rispetto al delitto "generale" di cui all'art. 610 c.p. A sua volta il reato di minaccia "semplici" di cui all'art. 612, 1° co., c.p., deve ritenersi assorbito in quello di cui all'art.612 *bis* c.p., descrivendo la fattispecie una delle condotte specificamente richiamate da quest'ultimo delitto.

2.6. Il concetto di molestie: premessa

In base alla dizione formale, la fattispecie più "prossima" a quella poi descritta nella norma di cui all'art 612 bis c.p. era la contravvenzione di cui all'art.660 c.p. (Molestia o disturbo alle persone), che pareva adattarsi in termini di maggiore linearità alla tutela delle vittime di stalking: "*Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo…".* [33]

In realtà, e proprio alla luce della prospettiva dello stalking telematico, una serie di differenti fattispecie- alcune delle quali tali da mantenere una autonoma valenza penale- possono integrare il concetto di molestia in senso lato, richiesto dalla fattispecie in oggetto.

Si deve premettere che la "molestia" a mezzo mail non è stata riconosciuta dalla S.C. come tale da integrare il reato, alla luce, sostanzialmente, del riferimento letterale al "mezzo del telefono"; nondimeno deve ritenersi che mail e comunicazioni elettroniche, se viste in un contesto

[31] Così Cass. Sez. V, 26 gennaio 2006 (dep. 27 febbraio 2006) n. 7214 in CED 233606

[32] Così Cass. Sez. VI, 26 gennaio 2005 (dep. 28 aprile 2005) n. 15805, in CED 231351

[33] Un reato punito con la pena dell'arresto sino a 6 mesi o dell'ammenda fino a 516 euro: pena alternativa che pertanto consente l'estinzione del reato per oblazione ai sensi dell'art. 162 *bis* c.p.

di atti persecutori, debbano ritenersi perfettamente idonee in funzione della valutazione del determinismo dei tre eventi descritti della fattispecie.

In generale la norma dell'art. 660 c.p. mira a prevenire il turbamento della pubblica tranquillità attuato mediante l'offesa alla quiete privata; come contravvenzione trattasi di reato procedibile d'ufficio.[34] La fattispecie risulta integrata sul piano oggettivo da qualsiasi condotta oggettivamente idonea a molestare e disturbare terze persone; su quello soggettivo è richiesto il fine specifico di interferire inopportunamente nell'altrui sfera di libertà.[35]

Proprio forme di pedinamento, appostamento o *a fortiori di* "attenzioni" sentimentali reiterate e non ricambiate (lettere, fiori, donativi in genere, oltre ovviamente a telefonate), avrebbero potuto integrare la molestia indicata nella fattispecie , definita quale "*un'azione pressante, ripetitiva, indiscreta, impertinente, tale da interferire sgradevolmente nella sfera della quiete e della libertà delle persone*".[36] In particolare, la S.C. ha riconosciuto il reato di cui all'art. 660 c.p. nell'uso di espressioni volgari a sfondo sessuale ovvero in atti di corteggiamento invasivo ed insistito diversi dall'abuso sessuale.[37]

Secondo la S.C. in particolare per petulanza si intende un atteggiamento di arrogante invadenza e di intromissione continua e inopportuna nella altrui sfera di libertà. Ne consegue che la pluralità delle azioni petulanti costituisce elemento costitutivo del reato e non è, quindi, riconducibile all'ipotesi del reato continuato.[38]

Evidenti e immediatamente percepibili tuttavia risultano i "limiti" di tale disposizione: è proprio lo modesta entità della pena che determina la modestissima portata dissuasoria che la contestazione del reato in oggetto può comportare; un reato inoltre che, laddove le molestie siano cessate, può essere estinto con il pagamento di una somma laddove l'autore del fatto presenti domanda di oblazione. Possibilità quest'ultima che influisce di fatto sulla scarsa produzione giurisprudenziale al proposito, atteso che l'ammissione all'oblazione esime l'organo giudicante da

[34] Cfr. Cass. Sez. I, 9 maggio 2002, (dep. 1 luglio 2002) n. 25045, CED 222705

[35] La S.C. ha riconosciuto il reato di cui all'art. 660 c.p. nell'uso di espressioni volgari a sfondo sessuale ovvero in atti di corteggiamento invasivo e insistito diversi dall'abuso sessuale. (Cass., Cass., Sez. III, 6/6/2008, n. 27762, CED 240829) ponendo un principio che ben può essere trasposto in relazione al cyberstalking.

[36] *Così PITTARO P.*, Brevi osservazioni in tema di stalking e di maltrattamenti in famiglia, *in www.personaedanno.it*

[37] Così Cass., Sez.III, 6 giugno 2008, (dep. 8 luglio 2008) n. 27762, CED 240829; nell'affermare tale principio è stata ritenuta la configurabilità del delitto di tentata violenza sessuale- a non di quello di cui all'art 660 c.p.- nel toccamento non casuale di una parte del corpo non considerata come zona erogena ma suscettibile di eccitare la concupiscenza sessuale

[38] Cfr. Cass., Sez.I, 13 marzo 2008 (dep. 24 aprile 2008) n. 17308 , CED 239615; analogamente Cass., Sez.I, 3 febbraio 2004, (dep. 24 marzo 2004) n. 14512, CED 228828

qualsiasi ricostruzione storica o valutazione dettagliata sulla problematica giuridica del caso di specie.

La casistica al riguardo verte sostanzialmente sulle molestie telefoniche, che possono presentarsi come telefonate ingiustificate poste in essere in varie ore del giorno e della notte , ovvero da telefonate "mute" o da squillo ripetuti a vuoto.

Di grande interesse una decisione della S.C.[39], in base alla quale si ritiene che la fattispecie penale di cui all'articolo 660 c.p. possa essere integrata anche quando la condotta ivi descritta si sostanzia nell'invio di sms (*short messages system*).
Al ricorrente era stata contestata la condotta consistita nell'inviare numerosi messaggi sms per motivi di rancore e gelosia; messaggi definiti dal Tribunale di "*carattere sgradevole e derisorio*" così che " *nel fatto, caratterizzato da insistenza eccessiva e fastidiosa e connotato da indebita, ripetuta e ingiustificata invadenza della sfera privata altrui, doveva ravvisarsi la fattispecie prevista e punita dall'articolo 660 c.p."*

Per la S.C. " …*è sufficiente osservare che il reato di cui all'art. 660 c.p. consiste in qualsiasi condotta oggettivamente idonea a molestare e disturbare terze persone e richiede, sotto il profilo soggettivo, la volontà della condotta e la direzione della volontà verso il fine specifico di interferire inopportunamente nell'altrui sfera di libertà.* In tale decisione la S.C. che "*l'interpretazione letterale dell'art. 660 c.p. porta a ricomprendere tra i mezzi della molestia punibile anche gli sms trasmessi per via telefonica*."[40]

La S.C. (Cass., Sez. I., 28/6/ 2016, n.26776) ha chiarito che il reato di molestia ex art. 660 c.p. realizzato con telefonate e SMS si configura laddove il comportamento sia connotato dalla caratteristica della petulanza, ossia da quel modo di agire pressante, ripetitivo, insistente, indiscreto e impertinente che finisce, per il modo stesso in cui si manifesta, per interferire sgradevolmente nella sfera della quiete e della libertà delle persone "o per altro biasimevole motivo", ovvero qualsiasi altra motivazione che sia da considerare riprovevole per se stessa o in relazione alla persona molestata, e che è considerata dalla norma come avente gli stessi effetti della petulanza. [41]

[39] Così Cass. Sez.I, 26 aprile 2006 (dep. 11 maggio 2006) , n. 16215, con commento di BELLINA M., *Lo stalker del 2000 usa il telefonino*, in www.personaedanno.it

[40] In tal senso, Cass. Sez. III., 26 marzo 2004 (dep. 1 luglio 2004) n. 28680, in CED 229464

[41] In senso conforme (Cass., Sez. I, 24/6/2011, n. 30294, CED 250912) ha ravvisato la contravvenzione di cui all'art. 660 c.p. a fronte dell'invio di trasmessi attraverso sistemi telefonici mobili o fissi.

Solo apparentemente semplice risulta la lettura del rapporto tra l'art. 612 *bis* c.p. e la contravvenzione di cui all'art. 660 c.p.; quest'ultima potrà ritenersi integrata solo laddove la molestia non abbia determinato uno degli eventi alternativi indicati dal reato di atti persecutori. Il problema sta nel fatto che nel reato di cui all'art. 660 le molestie costituiscono l'elemento "oggettivo"- l'evento, in concreto- del reato, laddove nel delitto di cui all'art.612 *bis* c.p. costituiscono una delle condotte (insieme alla minaccia). Se è quindi facile ritenere che la minaccia "reiterata" possa determinare il delitto di atti persecutori, ove si verifichino uno o più degli eventi richiesti da quest'ultima fattispecie, il discorso è diverso rispetto al reato di cui all'art.660 c.p.

La molestia è di per sé integrata da una attività "plurima"; difficile ipotizzare logicamente una molestia derivante da una singola azione. E allora la reiterazione è già insita nella condotta del reato di cui all'art. 660 c.p.; quella stessa reiterazione di condotte potrebbe tuttavia porsi in rapporto causale con gli eventi descritti dal delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p.. In tale caso non c'è dubbio che la violazione del reato di cui all'art.660 c.p. debba ritenersi assorbita in quella del delitto di atti persecutori. Resterebbe al contrario contestabile in via autonoma ogni qual volta la molestia- delineata quale evento nella contravvenzione in oggetto- non sia tale da determinare gli eventi descritti dal delitto ex art 612 bis c.p.

2.7 Le molestie "sostanziali"

Come ormai emerso in termini inequivoci dall'osservazione della realtà giudiziaria, è' certamente errato ritenere che a mezzo della "rete " sia possibile porre in essere soprattutto ipotesi di reati "informatici"- intendendosi in questa accezione le fattispecie introdotte nel codice penale dalla l.n. 547/1993; al contrario, considerando numero, qualità e quantità della comunicazioni per via telematica è indispensabile un ripensamento di tutte quelle fattispecie previste dal codice penale o dal leggi speciali "ordinarie" tra i cui elementi costitutivi risultino forme di dichiarazione o comunque di comunicazione. Fattispecie che come tali possono rappresentare una delle manifestazioni più "tipiche" della condotta di cyberstalking.

E' necessario superare l'equivoco lessicale che potrebbe derivare dalla formula utilizzata dal legislatore nella fattispecie di cui all'art. 612 bis c.p. (colui che ….con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno). Si può molestare taluno anche (o meglio soprattutto) senza porre in essere le molestie descritte nella fattispecie sopra esaminata di cui all'art. 660 c.p.

E allora, nulla di più facile che recare "molestia a taluno" ponendo in essere- per quanto ci riguarda, nella presente sede, una serie di reati informatici/telematici o condotte criminose "ordinarie" con mezzi telematici.

La piena comprensione dei fenomeni criminali in oggetto presuppone quindi in primo luogo un'attenta rivalutazione in termini giuridici e tecnici della modalità di comunicazioni interpersonali tradizionali - attraverso le quali si manifestano numerose tipologie di reato previste dal codice penale, alcune della quali molto diffuse, quali i delitti di minacce (art.612 c.p.), ingiurie (art.594 c.p.- oggi depenalizzata e come prevista come illecito civile, dopo il d.lgs.7/2016) e diffamazione (art.595 c.p.).

Ogni fattispecie penale al cui interno venga descritto un comportamento consistente in una comunicazione - in qualsiasi forma- deve essere esaminato in relazione alle nuove espressione tecnologiche del settore così come ai " luoghi" telematici delle comunicazioni (chat, blog, bacheche elettroniche, pagine web). Tali forme devono essere verificate- in tutte le loro componenti fondamentali- rispetto alle modalità espressive che in parte riflettono l'aggiornamento tecnologico di quelle tradizionali, e in parte costituiscono al contrario fenomeni del tutto peculiari; fenomeni tutti che, tuttavia, impongono specifiche riflessioni sull'elemento soggettivo e oggettivo dell'illecito e su tempo e luogo di consumazione dello stesso.

In questo senso, ad es. la pubblicazione su una pagina WEB di una notizia rappresenta la forma più moderna ed efficace – e potenzialmente insidiosa- di "diffusione" della stessa o di dati o informazioni, in quanto non soltanto tale "luogo" virtuale può essere visitato da un utente specificamente rivolto a tale forma di apprendimento, ma altresì occasionalmente da utenti "ignari" e soprattutto da soggetti che inserendo uno o più termini in un motore di ricerca vengono indirizzati al sito in oggetto.

I motori di ricerca (che rappresentano a loro volta dei siti WEB funzionalmente diretti a consentire l'individuazione di altri siti, sia ponendo a disposizione degli utenti liste predeterminate, organizzate per settori , che ricercando secondo criteri logici e lessicali una serie di siti ove possono essere reperiti riferimenti indicati dall'utente) devono ritenersi dei potenti moltiplicatori della diffusione di ogni forma di dato o informazione- e quindi di ogni comunicazione o valutazione- espressa sulla rete; ciò a maggior ragione vale per le cd LAN- Local Area Network- ossia per le reti interne a strutture giuridiche o comunque localizzate, che possono o meno a loro volta essere

collegate con la "rete" esterna - nell'ambito delle quali singoli messaggi, informazioni o dati possono essere condivisi dai singoli utenti e in tal modo quindi comunicati a terzi.[42]

Le potenzialità persecutorie della telematica sono sterminate.

Un caso "classico" è quello in cui numerosi "pretendenti" decidano di porsi in contatto con una "signorina" indicata in una bacheca elettronica come particolarmente versata in particolari pratiche sessuali nonché sensibile alle profferte amorose, dopo che un precedente "spasimante" abbandonato ovvero mai preso in considerazione aveva provveduto alla "pubblicazione " in rete dell'annuncio.

Allo stesso modo, laddove su un sito a contenuto pornografico compaia l'indicazione che un determinato soggetto- individuato con nome o altri elementi identificativi- abbia particolari inclinazioni sessuali e/o sia disponibile a praticare le stesse con eventuali nuovi compagni, è altamente probabile che una ricerca effettuata – anche su scala mondiale- indicando quelle specifiche caratteristiche possa portare ignari utenti della rete a "abbinare" tali caratteristiche con lo sfortunato oggetto dell'originaria informativa; informativa che ben può essere corredata da fotografie- o meglio da fotomontaggi- eloquenti, ritraenti la persona offesa del reato, con le conseguenze in termini di immagine – e di eventuali indirette molestie- che è facile immaginare.

In relazione a reati a sfondo " comunicativo" anche la condotta di ingiuria telematica - di cui già all'art. 594 c.p. (oggi sanzionata solo più in sede civile) è certamente idonea, specie se corredata da altre, a determinare degli eventi descritti dall'art 612 bis c.p..

In relazione all'ipotesi di cyber stalking la condotta di ingiuria, apparentemente di non particolare afflittività per la vittima, può assumere una valenza devastante se reiterata nel tempo, con particolare frequenza, o se posta in essere in modo contestuale e coordinato da un elevato numero di soggetti. Un'attività di erosione "capillare" delle resistenze psicologiche del destinatario delle comunicazione potenzialmente di grande efficacia.

L'elemento centrale del reato di diffamazione è costituito dalla "comunicazione con più persone "; una fattispecie che ha acquistato una dimensione nuova proprio se letta nel contesto delle

[42] Ad es., la comparsa del nominativo di un soggetto individuato o individuabile su di una bacheca elettronica, accompagnata dalla diffusione di dati o informazioni non veritiere può determinare- oltre al reato sopra descritto di diffamazione- terzi ignari a contattare quest'ultimo soggetto per ragioni proprio "legate" ai dati e alle informazioni su questi fornite. Indicazioni che – frequentemente- possono essere accompagnate da un invito a prendere contatti con il soggetto passivo del reato, ovviamente non proveniente dall'interessato. Inutile precisare quanto tale forme di comunicazione possano essere "utilizzate" nell'ambito di una condotta riconducibile agli schemi di cyberstalking.

comunicazioni telematiche: ogni affermazione contenuta su una e-mail inviata a più destinatari ovvero trasmessa a un gruppo di discussione può integrare l'elemento oggettivo del reato di cui all'art.595 c.p.; assume poi una potenzialità lesiva ancora maggiore la pubblicazione di una affermazione su un sito ovvero su una singola pagina WEB, tale da costituire "mezzo di pubblicità" previsto dal comma secondo della fattispecie.

L'art.595 comma terzo c.p. prevede in effetti un'ipotesi aggravata laddove l'offesa sia recata "*con il mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico*"; ne consegue che l'inserimento in un sito WEB di una informazione su un soggetto- ossia della correlazione tra un soggetto e una valutazione- deve ritenersi "mezzo di pubblicità", in quanto può far si che qualunque forma di utilizzo di motori di ricerca svolta avvalendosi di uno dei dati inseriti all'atto della diffamazione determini ulteriori e non previamente quantificabili "contatti" di utenti della rete con l'affermazione di natura diffamatoria, ingenerando una capillare, generalizzata, incontrollabile e soprattutto nella maggior parte inarrestabile diffusione di quest'ultima.

Con riguardo alla realtà telematica la S.C. ha stabilito (Cass., Sez. I, 26/4/201, n. 16307, CED 249974) rispetto all'offesa della reputazione altrui realizzata via internet, che ai fini dell'individuazione della competenza, sono inutilizzabili, in quanto di difficilissima, se non impossibile individuazione, criteri oggettivi unici, quali, ad esempio, quelli di prima pubblicazione, di immissione della notizia nella rete, di accesso del primo visitatore.; inoltre "per entrambe le ragioni esposte non è neppure utilizzabile quello del luogo in cui è situato il server (che può trovarsi n qualsiasi parte del mondo), in cui il provider alloca la notizia. Ne consegue che non possono trovare applicazione né la regola stabilita dell'art'8 c.p.p. né quella fissata dall'art.9, comma 1, c.p.p., con la conseguenza che è necessario fare ricorso ai criteri suppletivi fissati dal secondo comma del predetto art. 9 c.p.p. , ossia al luogo di domicilio dell'imputato.

Il cd "furto d'identità" può costituire elemento non secondario nel determinismo degli eventi descritti dall'art 612 bis c.p. In realtà, il reato di "furto d'identità" non è contemplato – con questa accezione, quantomeno - dal sistema, anche se il fenomeno è particolarmente diffuso e altrettanto particolarmente percepito a livello generale; [43] il fenomeno del furto di identità si verifica in

[43] il concetto di " identità digitale" è stato già introdotto nel sistema penale con il d.l. n. 93/2014 (convertito dalla l. n. 119/2014), il cui art. 9 rubricato "Frode informatica commessa con sostituzione di identità digitale" ha modificato l'art. 640-ter c.p., con l'inserimento di un terzo comma, ove il legislatore ha previsto la pena della reclusione da due e sei anni e la multa da 600,00 euro a 3.000,00 euro nel caso in cui il fatto sia commesso mediante furto o indebito utilizzo

particolare nell'ambito dei social network, in conseguenza tuttavia di differenti fattori; da un lato indubbiamente per le inadeguate modalità di custodia delle credenziali di autenticazione degli utenti, sia a fronte di una autonoma volontà di creare degli account falsi da parte di terzi. Proprio questa seconda ipotesi potrebbe essere spesso valutata in relazione al cyberstalking. Non, quindi, furto di identità come strumento di ricerca di un profitto economica, quanto per attribuire alla vittima della condotta comunicazioni e messaggi che possono gettarla in "cattiva luce" sul web o per attribuire fittiziamente "attacchi" personali a terzi a soggetti in realtà estranei ai fatti.

Proprio la percezione di disvalore correlata – anche non in ambito economico- alle condotte descritte ha portato da tempo la S.C. a ricondurre le stesse nell'ambito del delitto di cui all'art. 494 c.p.(rubricato "Sostituzione di persona");[44] per la S.C. il bene giuridico tutelato da tale norma è quello della pubblica fede, poiché la norma non è rivolta esclusivamente alla fede privata ovvero alla tutela civilistica del diritto al nome, in quanto la tutela offerta dall'art. 494 c.p., interverrebbe in presenza di inganni relativi "alla vera essenza di una persona o alla sua identità o ai suoi attributi reali". Conseguentemente, laddove questi siano collocati in rete, tale tutela può ben oltrepassare la ristretta cerchia di un destinatario specifico, estendendosi agli utenti dei rapporti telematici (Cass., Cass., Sez. V, 8/11/2007, n. 46674, CED 238504).

La S.C. ha poi specificamente previsto che la condotta di chi crea e utilizzi account o caselle di posta elettronica servendosi dei dati anagrafici di un terzo soggetto, inconsapevole, è in grado di indurre in errore, non il fornitore del servizio, bensì l'intera platea di utenti, i quali, convinti di interloquire con un soggetto, si troveranno a interagire, invece, con una persona diversa da quella che a loro viene fatta credere, integrando così la fattispecie di reato prevista dalla norma (Cass., Cass., Sez. 5, n. 46674, CED 238504)

La S.C. ha confermato la qualificazione sopra indicato proprio in relazione ai due situazioni diffuse e potenzialmente " calzanti" rispetto a un contesto di cyber stalking; da un lato ha riconosciuto l'applicabilità dell'art. 494 c.p. in una fattispecie in cui è stata ravvisata la sostituzione di persona mediante chat line (Cass., Cass., Sez. V, 28/11/2012, n. 18826, CED 255086). Inoltre, è stato ravvisato il delitto in oggetto nella condotta del soggetto che realizzi e si avvalga di un

dell'identità digitale in danno di uno o più soggetti; trattasi di un delitto per il quale è prevista la querela della persona offesa salvo che ricorra l'ipotesi di cui al 2° o 3° comma dell'art. 640-ter ovvero altra circostanza aggravante.

[44] Per il quale "chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, induce taluno in errore sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé o ad altri un falso nome o un falso stato ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici, è punito se il fatto non costituisce un altro delitto contro la fede pubblica, con la reclusione fino a un anno".

determinato profilo su un social network che riproduca la foto della vittima (persona offesa) ascrivendo alla stessa una descrizione degradante e, attraverso tale identità, utilizzi il sito comunicando con gli altri iscritti e condividendone i contenuti (Cass., Sez. V, 23./4/2014, n. 25774, CED 259303).

In relazione al fenomeno del cyber bullismo il legislatore ha stigmatizzato negativamente la condotta genericamente definita di " ricatto" – sconosciuta al codice penale- laddove in senso tecnico una condotta di natura estorsiva- di cui all'art 629 c.p.- posta in essere con strumenti telematici ben può iscriversi in un contesto di atti persecutori. La minaccia può in effetti avvenire con le stesse modalità di comunicazione- ovvero diffusione- sopra descritte, indirizzando scritti o disegni a contenuto intimidatorio per via telematica. In generale, approfittando delle difficoltà oggettive, in termini probatori, di ricondurre il contenuto di una e-mail a un soggetto individuabile- laddove l'autore del fatto abbia avuto l'accortezza di non operare direttamente tramite un elaboratore nella propria disponibilità - specifiche minacce potranno essere poste in essere per via telematica anche per finalità illecite ben più gravi: per obbligare taluno a "fare, tollerare o omettere qualche cosa" (Violenza privata: art.610 c.p.), per costringere altri a "commettere un fatto costituente reato" (art.611 c.p.), per ottenere un ingiusto profitto (Estorsione: art.629 c.p.). Condotte tutte che dovrebbero essere verificare anche in relazione al delitto di " revenge porn".

Anche il reato di danneggiamento informatico può essere, nel contesto esaminato, strumentale a condotte inserite nell'ambito della definizione di cyberstalking (oltre che condotta autonoma e specifica). Si pensi al caso del furto di identità preceduta da una modifica della password di accesso a una casella di posta o un account, al fine di prendere "possesso" in via esclusiva della stessa. Un reato che può essere comunque ravvisabile ogni qual volta un intervento per via telematica su dati e informazioni riferibili alla persona offesa possa essere strumentale al raggiungimento delle finalità descritte dalla nuova legge. Con la riforma costituita dalla l. 48/2008 la norma sanziona la condotta di chi "*distrugge, deteriora, cancella, altera o sopprime informazioni, dati o programmi informatici altrui"*.

Una condotta ricorrente dei cyber stalker è quella di "entrare" abusivamente in un account altrui, al fine di prendere conoscenza delle comunicazione dirette a tale soggetto- condotta sanzionata dagli artt. 616, 623 bis c.p. - e – in alcuni casi - impedirne di ulteriori, modificando la password di accesso.

La fattispecie di accesso abusivo di cui all'art. 615 ter rappresenta l'effettiva " chiave di volta" della maggior parte delle condotte globalmente illecite che vengono poste in essere in via telematica, funzionale a porre in essere, frequentemente, altre fattispecie. Accesso che corrisponde al momento in cui l'agente si trova nella condizione, avendo superato qualsiasi barriera prevista per il sistema protetto da misure di sicurezza, di conoscere direttamente dati, informazioni o programmi in esso contenuti; ciò non esclude ovviamente, stante la natura di delitto del reato di cui all'art.615 ter c.p.- la configurabilità dell'ipotesi del tentativo, realizzato anche semplicemente con il contatto tra "l'intruso" e il sistema stesso (a prescindere dall'esito di tale contatto) ferma restando la difficoltà di provare, anche sotto il profilo della condotta materiale, tale comportamento.

La stessa definizione del concetto di "domicilio" ha portato alla collocazione sistematica delle norma nell'ambito del titolo del codice penale per il quale è possibile formulare un riferimento diretto all'art.14 C..

Con riguardo all'analisi della condotta prevista della fattispecie di cui all'art.615 ter comma I c.p., l'articolo prevede la semplice introduzione o- in alternativa- il trattenimento contro la volontà espressa o tacita del titolare del diritto di esclusione. Nulla più- e nulla meno quindi- del mero superamento della barriera del sistema a prescindere da qualsivoglia ulteriore attività sul sistema, utilizzando il sistema o "contro" il sistema; a riprova di ciò comportamenti tali da cagionare distruzioni o danneggiamenti del sistema stesso, di dati, informazioni o programmi sono previsti e sanzionati autonomamente nell'ipotesi aggravata prevista dall'art.615 ter , comma II n. 3 c.p.. In concreto, si può ritenere che l'accesso per prendere visione del " contesto" personale della vittima di una condotta di cyberstalking possa essere considerare, se non abituale, circostanza che si può presentare con una certa frequenza.

Sono indispensabili, in tema di accesso, due precisazioni; da un lato è stata prevista la penale rilevanza anche degli accessi eseguiti da soggetti autorizzati (Cass., S.U., 7/2/2012, n. 4649, CED 251269) *"Integra il delitto previsto dall'art. 615 ter c.p. colui che, pur essendo abilitato, acceda o si mantenga in un sistema informatico o telematico protetto, violando le condizioni e i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema per delimitarne oggettivamente l'accesso, rimanendo invece irrilevanti, ai fini della sussistenza del reato, gli scopi e le finalità che abbiano soggettivamente motivato l'ingresso nel sistema".*

Inoltre, particolare attenzione deve essere infine prestata all'individuazione del luogo di consumazione del reato: ciò in quanto nella maggior parte dei casi il soggetto che pone in essere

l'accesso opera a distanza- alle volte anche notevole- rispetto al sistema violato. Circostanza questa che non può essere affatto esclusa nelle vicende di cyberstalking; sul punto sono intervenute le S.U. (Cass., S.U., 26/3/2015, n. 17325, CED 263020) affermando che "*Il luogo di consumazione del delitto di accesso abusivo a un sistema informatico o telematico, di cui all'art. 615-ter cod. pen., è quello nel quale si trova il soggetto che effettua l'introduzione abusiva o vi si mantiene abusivamente*".

2.8 L'evento del reato.

L'analisi dell'elemento oggettivo del reato impone di qualificare il delitto previsto dall'art. 612 *bis* c.p. quale reato di danno. Sul tema la S.C. ha chiarito che nel delitto in oggetto, che ha natura abituale, l'evento deve essere il risultato della condotta persecutoria nel suo complesso e la reiterazione degli atti considerati tipici costituisce elemento unificante ed essenziale della fattispecie, facendo assumere a tali atti un'autonoma e unitaria offensività, in quanto è proprio dalla loro reiterazione che deriva nella vittima un progressivo accumulo di disagio che infine degenera in uno stato di prostrazione psicologica in grado di manifestarsi in una delle forme descritte dalla norma incriminatrice (Cass., Cass., Sez. V, 27/12/2016, n. 54920, CED 269081).

Tre gli eventi- articolati- descritti dalla fattispecie; eventi che presentano, in differente misura, delle oggettive criticità ermeneutiche. In termini di estrema sintesi, le norma ha voluto dare conto dei tre differenti ambiti di possibile "aggressione" alla persona offesa: sul piano strettamente psicologico (un "perdurante e grave stato di ansia o di paura"), sul piano fisico/biologico ("un fondato timore per la propria incolumità o per quella di persone a lei vicine") e in funzione del potenziale danno esistenziale ("costringerla ad alterare le proprie abitudini di vita"). Perché il reato risulti integrato occorre almeno uno di tali eventi, anche se nulla vieta- e nulla porta ad escludere- che si possano verificare anche tutti e tre, in conseguenza della medesima condotta. Ai fini della configurabilità del reato di atti persecutori è, tuttavia, sufficiente la consumazione anche di uno solo degli eventi alternativamente previsti dall'art. 612 bis c.p. (Cass., Sez. V, 24/9/2015, n. 43085, CED 265231)

In chiave eziologica, la prova del nesso causale tra la condotta e l'insorgenza degli eventi di danno alternativamente contemplati dall'art. 612 bis c.p. non può limitarsi alla dimostrazione dell'esistenza dell'evento, né collocarsi sul piano dell'astratta idoneità della condotta a cagionare l'evento, ma deve essere concreta e specifica, dovendosi tener conto della condotta posta in essere

dalla vittima e dei mutamenti che sono derivati a quest'ultima nelle abitudini e negli stili di vita (Cass., Sez. III, 23/10/2013, n. 46179, CED 257632). L'evento deve essere il risultato della condotta persecutoria nel suo complesso, anche se può manifestarsi solo a seguito della consumazione dell'ennesimo atto persecutorio, in quanto dalla reiterazione degli atti deriva nella vittima un progressivo accumulo di disagio che, solo alla fine della sequenza, degenera in uno stato di prostrazione psicologica in grado di manifestarsi in una delle forme previste dalla norma incriminatrice (Cass., Sez. V, 5711/2014 n. 51718, CED 262636).

E' indispensabile analizzare nello specifico i tre aspetti delineati dalla norma. In relazione alla costrizione del soggetto passivo all'"*alterazione delle proprie abitudini di vita"* si può rilevare che un'abitudine si manifesta per forza di cosa in comportamenti esteriori, che possono essere direttamente oggetto di testimonianza o che possono essere documentati. Il dubbio che l'interprete deve porsi riguarda il rapporto tra gli eventi in oggetto e la innumerevoli forme di condotta che possono porsi in rapporto causale con tali eventi (quale ad es. la decisione di non frequentare più un luogo ove la vittima sa di poter incontrare fisicamente" gli autori di atti di cyberstalking). Su questo particolare evento, la S.C. ha chiarito, ai fini della individuazione del cambiamento delle abitudini di vita, quale elemento integrativo del delitto di cui all'art. 612 bis c.p., che occorre considerare il significato e le conseguenze emotive della costrizione sulle abitudini di vita cui la vittima sente di essere costretta e non la valutazione, puramente quantitativa, delle variazioni apportate (Cass., Sez. V, 29/4/2014, n. 24021, CED 260580).

Un serio- anche se superabile- dubbio di determinatezza può essere posto in relazione alle altre due forme di evento previste dalla norma, il "*fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva"* ed il *"perdurante e grave stato di ansia e di paura*".

L'indicazione del "fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva" si caratterizza per certi aspetti più per una connotazione letteraria che per il rigore descrittivo che una fattispecie penale dovrebbe presentare. E nondimeno anche in tal caso paiono superabili i dubbi di indeterminatezza che pure possono legittimamente essere posti.

Il riferimento alla fondatezza del timore, per come risulta inserito nel contesto della fattispecie, è del tutto compatibile con una verifica in concreto ed "*ex post"* , non risultando in termini inequivocabili che la stessa debba essere raffrontata a parametri oggettivi e predeterminati.

La comprensione del "*perdurante e grave stato di ansia e di paura*" impone, infine, un approccio completamente differente al problema della sufficiente tipizzazione. Ogni timore deve ritenersi infondato nel momento in cui si prende atto che la tecnica legislativa utilizzata opera un tacito quanto inequivoco rinvio alla medicina legale o comunque, in generale, alla scienza medica, con riferimento a forme patologiche caratterizzate dallo stress e specificamente riconoscibili proprio come conseguenza del tipo di comportamenti incriminati. In sostanza, il legislatore ha scelto di "rimettere" ad una specifica disciplina tecnica, in base allo stato dell'arte della medesima, la precisazione di un elemento della fattispecie, che sia- ovviamente- "inquadrato" ed indicato in termini generali. Si rende, così, necessario, rapportare l'impatto della condotta sulla persona offesa in base ai parametri indicati dalla medicina legale in tema di stalking, con particolare riguardo ai possibili danni riportati dalla vittima.[45]

2.9. L'elemento soggettivo del reato.

La fattispecie di cui all'art. 612 *bis* c.p. non è caratterizzata da un dolo specifico; non occorre che le condotte di minaccia o molestia siano intenzionalmente finalizzate a determinare uno degli eventi previsti dalla norma.

Per come in concreto delineata, la fattispecie risulta del tutto compatibile anche con l'ipotesi del delitto tentato, di cui all'art.56 c.p.: nondimeno, l'idoneità degli atti dovrà essere commisurata alla necessaria reiterazione delle condotte. In pratica una singola condotta di molestia o minaccia non potrà integrare di per sé comunque il tentativo; l'azione isolata può costituire al più tentativo "inidoneo", non previsto dalla legge come reato.

L'analisi dell'elemento soggettivo impone di considerare la compatibilità con il delitto in oggetto del dolo eventuale, ravvisabile laddove l'agente non abbia il proposito di cagionare l'evento delittuoso, ma si rappresenti solo la probabilità, od anche la semplice possibilità, che esso si verifichi e ne accetti il rischio.

Dati tali presupposti, possono condividersi le perplessità espresse in dottrina in ordine alla possibilità di configurare gli atti persecutori in presenza di dolo eventuale : *" in tal caso, il soggetto, pur ammettendo che si rappresenti ed accetti la concreta possibilità di realizzare la condotta tipica, pare ostico si configuri altresì il rischio di verificazione di uno degli eventi descritti dalla norma*

[45] Su questi temi BENEDETTO G. , ZAMPI M., RICCI MESSORI M., CINGOLATI M., *Stalking: aspetti giuridici e medico-legali*, in Riv. it. medicina legale, 2008, 1, 127.

incriminatrice; in altri termini, l'introduzione della locuzione "in modo da cagionare", pare restringa l'operatività del momento soggettivo alla situazione corrispondente ad un'assoluta omogeneità tra il momento rappresentativo e quello volitivo in capo al soggetto" .[46]

2.10. I rapporti con altre fattispecie.

Il rapporto tra la fattispecie di cui all'art. 612 *bis* c.p. e altre ipotesi di reato può essere analizzato sotto due differenti aspetti, che, per altro, si integrano significativamente.

La norma si apre con la clausola di sussidiarietà*"salvo che il fatto costituisca più grave reato",* così che l'interprete dovrà verificare se le condotte storicamente accertate siano in effetti riconducibili ad altre disposizione penali, escludendo l'applicazione in concreto di quelle da reputarsi meno gravi il cui disvalore risulti assorbito dalla nuova fattispecie.

Il fatto che il delitto in oggetto delinei una tutela composita di vari profili della personalità- dalla libertà di autodeterminarsi sessualmente, di scegliere i partner delle relazioni non solo affettive ma interpersonali, di non essere controllati e condizionati nella comunicazioni come nella circolazione- impone un'attenta analisi del rapporto con altre fattispecie, dirette in via prioritaria - anche se non necessariamente esclusiva - alla tutela di tali interessi. Nessun dubbio sul fatto che possano concorrere con il delitto di cui all'art. 612 bis c.p. delitti in materia di abusi sessuale o di tutela della riservatezza delle comunicazioni. [47]

Certamente delicato si presenta il rapporto tra il delitto di atti persecutori e il reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p., ipotesi più grave rispetto a quello disciplinato dall'art. 612 *bis* c.p. Un reato, tra l'altro, costruito con uno schema del tutto analogo a quello del delitto di atti persecutori, ossia sul presupposto di una abitualità o quantomeno di una reiterazione di condotte, che vengono "unificate" non in funzione, tuttavia, della realizzazione di uno specifico evento (quali quelli descritti dall'art. 612 *bis* c.p.) ma direttamente in ragione del "maltrattamento" che le condotte stesse direttamente esprimono. Non a caso, per il delitto di cui all'art. 572 c.p., è il comma secondo- che prevede le ipotesi aggravate-a considerare il verificarsi dell'evento lesione o morte; evento al contrario non previsto per l'ipotesi del comma primo.

[46] Così BARBAZZA A.- GAZZETTA E., *op.cit*, in www.altalex.it

[47] In questo senso, non c'è dubbio che il delitto di cui all'art. 609 *bis* c.p.(Violenza sessuale) - che pure può rappresentare una condotta riconducibile allo stalking - costituisca ipotesi più grave rispetto al delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p.; delitto quindi che sarà autonomamente applicato e con il quale il reato di atti persecutori potrà concorrere, ogni qual volta il reato più grave venga a punire soltanto una parte della condotta dell'agente oppure non esaurisca comunque l'intero disvalore penale del fatto.

Il confronto tra le due fattispecie consente inoltre di rilevare il differente ambito di inquadramento soggettivo dei due reati.

In relazione al delitto di cui all'art. 572 c.p., l'intenzionale genericità dell'indicazione del comportamento sanzionato - "maltratta" - è evidentemente diretta a ricomprendere tutte le forme di aggressione, vessazione o persecuzione fisica o morale, diretta o indiretta, alla quale la persona offesa può essere sottoposta. Forme tra le quali certamente possono essere inclusi i comportamenti di stalking. Quanto la fattispecie in oggetto possa adattarsi alla realtà stalking è deducibile da una puntuale definizione del delitto in oggetto fornita dalla S.C.: una serie di atti lesivi dell'integrità fisica, della libertà o del decoro del soggetto passivo, nei confronti del quale è posta in essere una condotta di condizionamento e/o vessazione sistematica e programmata tale da rendere la stessa convivenza particolarmente dolorosa: atti sorretti dal dolo generico integrato dalla volontà cosciente di ledere l'integrità fisica o morale della vittima .[48]

Ancora sul piano oggettivo la Corte ha chiarito che il delitto in oggetto integra un'ipotesi di reato necessariamente abituale che si caratterizza per la sussistenza di una serie di fatti, per lo più commissivi, ma anche omissivi, i quali isolatamente considerati potrebbero anche essere non punibili (atti di infedeltà, di umiliazione generica ecc.) ovvero non perseguibili (ingiurie, percosse o minacce lievi, procedibili solo a querela), che acquistano rilevanza penale per effetto della loro reiterazione nel tempo; esso si perfeziona allorché si realizza un minimo di tali condotte (delittuose o meno) collegate da un nesso di abitualità e può formare oggetto anche di continuazione ex art. 81 cpv. c.p., come nel caso in cui la serie reiterativa sia interrotta da una sentenza di condanna ovvero da un notevole intervallo tra una serie di episodi e l'altra .[49]

Dati tali presupposti, si deve rilevare che se può essere facilmente rilevabile una sostanziale sovrapponibilità tra le condotte sanzionate dal delitti di maltrattamenti e quello di cu all'art. 612 *bis* c.p., il raffronto tra le fattispecie impone di sottolineare le difformità in relazione alla descrizione degli eventi da quest'ultimo contemplati; difformità che quindi impone di considerare – quantomeno aprioristicamente- come possibile un concorso tra reati.

2.11. Le ipotesi aggravate.

[48] Cfr. Cass. sez. III, 9 marzo 1998 (dep. 22 aprile 1998) n. 4752, CED 210707.
[49] Cfr. Cass., sez. VI, 28 febbraio 1995(dep. 27 aprile 1995) n. 4636, CED 201148

Il secondo e terzo comma dell'art. 612 *bis* c.p. prevedono aggravanti ordinarie del reato; in particolare ai sensi del secondo comma, la pena è aumentata se il fatto è commesso:

- dal coniuge legalmente separato o divorziato

- da persona che sia stata legata da relazione affettiva con la persona offesa.

Mentre la prima ipotesi non pone ovviamente particolari problemi interpretativi, [50] differente la valutazione sulla seconda; in relazione al concetto di "relazione affettiva", si rinvia al punto 3. Il terzo comma dell'art. 612 *bis* c.p., prevede aggravanti di natura speciale- con aumento di pena sino alla metà- laddove il fatto sia commesso, tra l'altro a danno di un minore, - a danno di una donna in stato di gravidanza o a danno di una persona con disabilità di cui all'art. 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 10436.

3. Revenge porn e cyber stalking: problematiche comuni.

3.1. La procedibilità.

Sul tema della procedibilità, pare utile un confronto tra quanto previsto dall'art. 612 ter e dall'art.612 bis.

Il quarto comma dell'art. 612-*ter* c.p. subordina la procedibilità del delitto alla querela della persona offesa, al fine di non obbligare la vittima a "subire" il coinvolgimento in un procedimento penale se non lo desidera. In questo senso, a differenza di quanto previsto in tema di violenza sessuale dall'art. 609-*septies* c.p., non è stata prevista l'irrevocabilità della querela proposta; scelta questa certamente condivisibile nella prospettiva di sostanziale conciliazione tra aggressore e vittima, ma che espone inevitabilmente quest'ultima a ulteriori potenziali vessazioni e minacce finalizzata a ottenere la remissione stessa. Analogamente a quanto disposto dal menzionato art. 609-*septies* c.p., il termine ordinario di mesi tre per la proposizione della querela è stato individuato in mesi sei. Come previsto dall'art.612-*bis* c.p., la remissione della querela può essere soltanto processuale.

Anche il quarto comma dell'art. 612 *bis* c.p. subordina la procedibilità del delitto alla querela della persona offesa

Analogamente a quanto disposto dal menzionato art. 609 *septies* c.p., il termine ordinario di mesi tre per la proposizione della querela è stato individuato in mesi sei per l'art. 612 bis che per il 612 ter c.p.

[50] Dubbi sul fatto di non aver indicato nell'aggravante anche il coniuge separato solo di fatto vengono espressi da BRICHETTI R.- PISTORELLI L., *Sanzioni più pesanti se il reato è contro i minori*, in Guida al diritto, 10/2009, 66

Per l'art 612 ter c.p. è comunque prevista la procedibilità d'ufficio:

- se i fatti sono commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza; sul punto, occorre comprendere se tali condizioni debbano sussistere al momento della diffusione del materiale o nel momento di realizzazione delle foto o dei video, atteso che in entrambi i casi emergono esigenze di una tutela rafforzata.
- nei casi in cui il fatto è connesso con altro delitto per il quale è prevista la procedibilità d'ufficio. Si tratta di una disposizione chiaramente mutuata dall'art.609-*septies* c.p., nel quale viene disciplinata analoga aggravante in tema di violenza sessuale. Un'estensione desumibile dalla *ratio*- sostanzialmente identica - che accomuna sotto questo profilo il delitto di cui all'art.609-*bis* c.p. e quello di cui all'art. 612-*bis* e-*ter* c.p., ossia il fatto che la sussistenza dell'ipotesi di connessione risulta idonea a fare venire meno le esigenze di riservatezza connaturate a tale tipologia di reato.

Per l'art. 612 bis c.p., è comunque prevista la procedibilità d'ufficio:

- se il reato viene commesso contro un minore o persona diversamente abile;
- nei casi in cui il fatto è connesso con altro delitto per il quale è prevista la procedibilità d'ufficio;
- nel caso di fatto commesso da soggetto ammonito dal questore ai sensi del successivo art. 8, comma 4, del decreto-legge in esame [51]

Di rilievo sono inoltre le decisioni della S.C. sull'interpretazione dell'art. 124, comma 1, c.p. Lo stato di conoscenza dal quale tale disposizione fa decorrere il termine per proporre la querela è stato reiteratamente oggetto dell'attenzione della S.C.; deve così considerarsi che «[…]il termine per proporre querela comincia a decorrere dal momento in cui il titolare del relativo diritto si sia reso conto di tutte le connotazioni oggettive e soggettive necessarie per l'integrazione del reato. Invero, per notizia del fatto che costituisce reato, indicata dal primo comma dell'art. 124c.p., è da intendere la conoscenza certa che del fatto delittuoso si siano verificati i requisiti costitutivi, in modo che l'offeso abbia avuto nozione di tutti gli elementi necessari per proporre fondatamente istanza di punizione» (Cass., Sez IV, 8 aprile 1998, n. 5007, 8/41998, CED 210621). Il diritto di querela è così dilatato nella sua effettiva portata temporale, all'evidente fine di consentire al soggetto titolare del medesimo di esercitare la propria facoltà dopo aver raggiunto una globale ed esauriente informazione.

[51] Analogamente a quanto attualmente previsto dall'art. 609 septies c.p. per la violenza sessuale e gli atti sessuali con minorenne, il termine per la proposizione della querela è di sei mesi (invece che di tre mesi, come stabilito, in via generale, dall'art. 124 c.p.).

La questione potrà porsi in concreto in relazione ad entrambi i reati: nel caso, prima di tutto – del tutto verosimile – nel quale la persona offesa non sia a conoscenza delle effettive generalità dell'autore della condotta. Se quindi nella prospettiva di favorire il sopravvenire di una conciliazione tra le parti l'indicazione della procedibilità a querela deve ritenersi una scelta del tutto condivisibile, è altrettanto indiscutibile che la struttura della fattispecie nella sua varie componenti è logicamente incompatibile con un'individuazione certa, almeno in molti casi, del momento consumativo funzionale al computo del termini di cui all'art.124, comma 1, c.p.

In relazione, infine- e soprattutto- allo stalking, l'indicazione delle tre tipologie alternative di evento apre scenari amplissimi di conflittualità al riguardo: quando si concretizza e si percepisce un " un perdurante e grave stato di ansia o di paura" tale da determinare la conoscenza prevista dall'art.124 c.p. ? E quando possono ritenersi alterate – in termini penalmente significativi- le proprie abitudini di vita ?

Se quindi nella prospettiva di favorire il sopravvenire di una conciliazione tra le parti l'indicazione della procedibilità a querela deve ritenersi una scelta del tutto condivisibile, è altrettanto indiscutibile che la struttura della fattispecie nella sua varie componenti è logicamente difficilmente compatibile con una individuazione certa, almeno in molti casi, del momento consumativo funzionale al computo del termini di cui all'art.124, 1° co., c.p.

Certamente più complessa, se confrontata con le aggravanti sopra descritte, risulta l'individuazione dell'ipotesi di procedibilità sottratta alla disponibilità della persona offesa, ravvisabile "*quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio*".

Si tratta di una disposizione chiaramente mutuata dall'art.609 *septies* c.p., nel quale viene disciplinata analoga aggravante in tema di violenza sessuale. Un'estensione desumibile dalla *ratio*- sostanzialmente identica - che accomuna sotto questo profilo il delitto di cui all'art.609 b*is* c.p. e quello di cui all'art. 612 *bis* c.p., ossia il fatto che la sussistenza dell'ipotesi di connessione risulta idonea a fare venire meno le esigenze di riservatezza connaturate a tale tipologia di reato.[52] In particolare la logica di tale disposizione deve individuarsi nel venir meno dei motivi posti a base della perseguibilità a querela di questi reati ed in particolare dell'esigenza della riservatezza, in

[52] Cfr. Cass. Sez. III, 30 novembre 2005 (dep. 29 dicembre 2005) n. 47247, CED 233016

quanto l'indagine investigativa su un delitto perseguibile di ufficio comporta necessariamente l'accertamento degli altri e, quindi, la diffusione della notizia.[53] C

Si tratta di una connessione - fra due o più fatti costituenti reato – che si produce in ogni caso in cui l'indagine concernente il reato perseguito di ufficio comporti la pubblicità di quello perseguibile a querela: sia nel caso quindi della connessione teleologica o materiale, sia in qualsiasi altra ipotesi di connessione idonea a determinare comunque il venire meno dell'esigenza di riservatezza che è alla base dell'attribuzione del diritto di querela alla persona offesa. [54]

E' stata riconosciuta la procedibilità di ufficio per ragioni di connessione anche nel caso in cui il reato connesso non sia stato contestato all'autore della violenza, operando il criterio di cui all'art. 609 *septies*, 4° co., n. 4 c.p. tutte le volte in cui il pubblico ministero, indagando comunque su altri fatti perseguibili d'ufficio, debba esaminare anche quello sessuale procedibile a querela.[55] In senso contrario tuttavia la S.C. ha affermato che ai fini della perseguibilità senza querela dei delitti di violenza sessuale, in ragione della connessione con un reato procedibile d'ufficio, occorre che per quest'ultimo sia stata concretamente esercitata l'azione penale.[56]

La connessione rilevante ai fini della procedibilità, inoltre, non verrebbe meno a seguito del ritenuto assorbimento del reato connesso con il delitto di violenza sessuale, ma solo all'esito di intervenuta assoluzione dal medesimo per insussistenza del fatto. [57]

Ovviamente, la regola generale della procedibilità a querela prevista dall'art. 609 s*epties*,1° co., c.p. non viene meno nel caso di connessione "apparente" tra il fatto ed un altro delitto procedibile d'ufficio, ovvero quando non sussiste il fatto contestato con il delitto connesso.[58] La S.C. ha distinto l'insussistenza del fatto storico dall'esito processuale "assoluzione"; l'operatività della connessione tra il reato sessuale e due o più fatti costituenti reato che siano procedibili d'ufficio non potrebbe essere esclusa solo in base al fatto che l'imputato venga assolto da uno di tali delitti, ma occorrerebbe verificare se il fatto stesso, sotto il profilo materiale, sia tale da presentare

[53] Cfr. Cass. Sez.III, 9 luglio 1996 (dep. 8 agosto 1996) n. 3014, CED 206061
[54] Cfr. Cass. Sez.III, 8 marzo 2001 (dep. 20 aprile 2001) n. 16060, CED 219507
[55] Cfr. Cass. Sez. III, 20 maggio 2008, (dep. 4 luglio 2008) n. 27068, CED 240260
[56] Cfr. Cass. Sez.III, 22 novembre 2005 (dep. 23 marzo 2006) n. 10196, CED 234044
[57] Cfr. Cass. Sez.III, 29 gennaio 2008 (dep. 13 marzo 2008) n. 11263, CED 238523
[58] Cfr. Cass. Sez.III, 6 luglio 2007 (dep. 4 ottobre 2007) n. 36390, CED 237563; sull'esclusione della procedibilità quando la sussistenza del reato connesso venga esclusa all'esito del giudizio Cass. Sez.III, 6 giugno 2007 (dep. 17 settembre 2007) n. 34898, CED 237197

comunque i profili dell'illiceità penale e sia perciò in grado di rimuovere l'ostacolo (mancanza di querela) all'esercizio dell'azione penale in ordine al reato sessuale. [59]

In particolare la procedibilità d'ufficio determinata dalla ipotesi di connessione prevista dall'art. 609 *septies*, 4° co., n. 4 c.p. si verificherebbe non solo quando vi è connessione in senso processuale (art. 12 c.p.p.), ma anche quando v'è connessione in senso materiale, cioè ogni qualvolta l'indagine sul reato perseguibile di ufficio comporti necessariamente l'accertamento di quello punibile a querela, in quanto siano investigati fatti commessi l'uno in occasione dell'altro, oppure l'uno per occultare l'altro oppure ancora in uno degli altri collegamenti investigativi indicati nell'art. 371 c.p.p.. La ricorrenza di una tale forma di connessione "investigativa" dovrebbe considerarsi l'avvio effettivo delle indagini in ordine al reato perseguibile di ufficio. [60] Non sarebbe per altro sufficiente una mera prospettazione della connessione tra i diversi fatti, quanto che quest'ultima risulti suffragata da elementi indizianti rilevanti quantomeno sotto il profilo investigativo.[61]

3.2. La facoltà di arresto

L'accertamento del momento di consumazione del reato pone problemi interpretativi in relazione alla possibilità- prevista dalla legge- di procedere all'arresto in flagranza di reato. Sarà quindi possibile procedere all'arresto solo in presenza delle situazioni giuridicamente rilevanti sopra descritte; situazione non facilmente ravvisabile laddove le condotte siano poste in essere per via telematica. Nel procedere all'arresto in flagranza la polizia giudiziaria è tenuta ad accertare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni legittimanti la misura e, preliminarmente, sulla base dei criteri indicati dagli artt. 380 e 381 c.p.p., a verificare se trattasi di arresto obbligatorio o facoltativo. Nel caso di specie ci troviamo tra l'altro a fronte di un arresto facoltativo, per l'esecuzione del quale non è sufficiente un semplice riscontro della situazione di fatto descritta dalla fattispecie, quanto- come previsto dall'art.380 , 4° co., c.p.p.- una valutazione sulla " *gravità del*

[59] Cfr. Cass. Sez.III, 18 ottobre 2005 (dep. 14 dicembre 2005) n. 45283, CED 232902

[60] Cfr. Cass. Sez.III, 21 dicembre 2006 (dep. 25 gennaio 2007) n. 2876, CED 236098; analogamente Cass. Sez.III, 8 luglio 2005 (dep. 7 settembre 2005) n. 32971, CED 232185; Cass. Sez. IV, 25 ottobre 2000 (dep. 10 gennaio 2001) n.2371, CED 218475; inoltre Cass. Sez. III, 7 luglio 2003 (dep. 12 novembre 2003) n. 43139, CED 227477 ha ravvisato la connessione tra il delitto di maltrattamenti in famiglia ed un fatto di violenza sessuale in danno del coniuge commesso in costanza del matrimonio, sul presupposto che l'indagine sul primo coinvolgesse necessariamente tutti gli aspetti del rapporto di coniugio

[61] Cfr. Cass. Sez.III, 17 novembre 2005 (dep. 10 gennaio 2006) n. 307, CED 233284;

fatto" ovvero sulla *" pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto*."

Una valutazione non semplice, considerando che per forza di cose la flagranza o quasi flagranza non potrà che avere per oggetto in termini immediati la realizzazione di un condotta – non necessariamente tipica- funzionale alla realizzazione dell'evento.

Il problema si può analizzare sotto vario profili; l'accertamento è relativamente semplice a fronte di una minaccia o comunque di una condotta assimilabile ad una minaccia; lo è meno per le molestie, indicate in termini ontologicamente generici ed atipici, interpretabili più in funzione delle conseguenze che possono determinare piuttosto che del loro intrinseco contenuto. La consegna di un mazzo di fiori è certamente condotta apparentemente atipica e apparentemente non espressiva della flagranza. E nondimeno come valutare una consegna che rappresenta, poniamo, il trentesimo episodio quotidiano di consegna o che avviene, poniamo ancora, in piena notte ? Inoltre. E soprattutto- esiste una flagranza del reato telematico di atti persecutori o di revenge porn? E, in caso positivo, come si accerta ?

Quando il fatto può essere ritenuto grave o comunque espressivo della pericolosità del soggetto? Se è vero in effetti che la personalità del soggetto può essere valutata anche attraverso una lettura complessiva- per quanto approssimativa, stante l'urgenza di decidere- degli elementi storici o clinici a disposizione della polizia giudiziaria, quando una condotta quale quella sopra descritta assume una natura inequivocamente indicativa della pericolosità ?

Anche ammesso che si sia giunti- sulla strada o negli uffici ove la persona è stata condotta per accertamenti- ad un valutazione corretta e completa sulla condotta, come potrà l'ufficiale di polizia giudiziaria verificare la sussistenza- almeno in termini di elevata verosimiglianza- per il delitto di cui all'art 612 bi c.p., di uno dei tre eventi "tipici" indicati dalla fattispecie? Il timore o il mutamento di abitudini di vita possono anche essere valutati- come spesso accade- attraverso una ricostruzione di fatti storici, ma come si può in termini immediati valutare uno stato di ansia o stress? Occorrerà procedere a una valutazione quantomeno minimale presso un Pronto Soccorso? Interpellare il medico curante della vittima?

Ancora: il singolo atto che potrebbe consentire l'arresto determina "flagranza" su una situazione ove uno di tali eventi si è già compiutamente verificato? Possiamo, almeno in quest'ottica, considerare il delitto in oggetto un reato permanente, con conseguente permanente

flagranza, quantomeno ogni qual volta la vittima sia negativamente "stimolata" dalla condotta dell'aggressore? L'ennesima mail/messaggio è sufficiente a fare "scattare" la flagranza ?

Tale opzione ermeneutica risolverebbe, di certo, il problema della flagranza, ma potrebbe scontrarsi con una linea interpretativa portata ad individuare la permanenza penalmente rilevante non nella "permanenza" delle conseguenze del reato (anche laddove tali conseguenze possano essere reiteratamente rideterminate), quanto in uno stato di fatto la cui cessazione dipende in tutto e per tutto dalla volontà dell'agente (ad es. la liberazione del sequestrato in un sequestro di persona o la cessazione di uno scarico di acque reflue industriali non autorizzato). Nel caso di specie, al contrario, la permanenza parrebbe riguardare più l'evento in sé- ossia il manifestarsi ed il perdurare ad esempio della condizione di ansia o stress- rispetto all'incidenza di un ulteriore atto rispetto al manifestarsi o al permanere di tali condizioni.

Per altro, dalla prassi giudiziaria è possibile trarre un'indicazione che può contribuire a chiarire il quadro delineato. Nel delitto di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p. l'arresto avviene in conseguenza di una singola condotta- generalmente del reato di lesioni volontarie- che determina l'intervento della polizia giudiziaria e la valutazione di un contesto storico nel quale l'ultimo episodio di violenza risulta collegato con fatti precedenti; nondimeno, si tratta di un reato per il quale il legislatore non ha specificamente inserito nella fattispecie eventi quelli che caratterizzano il delitto di cui all'art.612 *bis* c.p., e che quindi resta, sotto questo aspetto, di più semplice accertamento.

Dalla tematica delle lesioni da malattia professionale possiamo, al contrario trarre, un'altra specifica indicazione: anche se riteniamo che l'evento si sia già realizzato (così che , sotto tale aspetto, potrebbe porsi in termini problematici l'individuazione della flagranza) una successiva "esposizione" agli atti persecutori (così come una ulteriore "esposizione " ad una sostanza nociva) consente di ravvisare un'ulteriore flagranza, quantomeno in tutti in casi in cui la condotta ulteriore sia autonomamente idonea a determinare un aggravamento oggettivamente percepibile dell'evento verificatosi.

Questi- almeno in parte- i non semplici quesiti ai quali la polizia giudiziaria deve dare una risposta e conseguente contezza all'atto dell'arresto; in particolare dovrà esporre gli elementi dai quali i predetti parametri sono stati desunti, così da consentire al giudice, in sede di convalida, di effettuare la verifica di legittimità. Il tutto secondo quanto si desume dal disposto degli artt. 389, 2° co., (che prevede la liberazione dell'arrestato quando risulta evidente che l'arresto è stato eseguito

fuori dei casi previsti dalla legge), e 385 c.p.p. (che impone il divieto di arresto in presenza di determinate circostanze di non punibilità accertabili dalla stessa polizia giudiziaria). [62]

La verifica e la valutazione sull'operato della polizia giudiziaria da parte del giudice deve essere effettuato con riferimento all'uso ragionevole dei poteri discrezionali utilizzati all'atto dell'arresto; solamente quando, in detta chiave di lettura, venga rilevato un eccesso di tale discrezionalità, il giudice non potrà convalidare l'arresto, fornendo in proposito adeguata motivazione. [63]

3.3. I nuovi obblighi di cui alla l. 68/2019.

Il reato di atti persecutori (così come quello di maltrattamenti in famiglia) e il cd revenge porn sono stati considerati dal legislatore, con la l 68/2019, per imporre precisi nuovi obblighi alla p.g. e al p.m. (escluso, per quest'ultimo, per il reato di cui all'art 612 ter c.p.)

La riforma ha in effetti modificato:

-l'art. 347 c.p.p., prevedendo un obbligo di immediata comunicazione orale

3. Se si tratta di taluno dei delitti indicati nell'art. 407, comma 2, lettera a), numeri da 1) a 6) , del presente codice, o di uno dei delitti previsti dagli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 612-bis e 612-ter del codice penale, ovvero dagli articoli 582 e 583-quinquies del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del medesimo codice penale, e, in ogni caso, quando sussistono ragioni di urgenza, la comunicazione della notizia di reato e' data immediatamente anche in forma orale. Alla comunicazione orale deve seguire senza ritardo quella scritta con le indicazioni e la documentazione previste dai commi 1 e 2.

-l'obbligo (salvo eccezioni) per il p.m. di disporre assumere la p.o. o il denunciante entro 3 giorni dall'iscrizione (art 362 c.p.p.)

[62] Cfr. Cass. Sez. VI, 4 giugno 1993, (dep. 7 settembre 1993) n. 1680, CED 195517

[63] Nel caso dell'ipotesi di cui al comma primo dell'art. 612 *bis* c.p.- ossia di un delitto perseguibile a querela - l'arresto in flagranza può essere eseguito se la querela viene proposta, anche con dichiarazione resa oralmente all'ufficiale o all'agente di polizia giudiziaria presente nel luogo. Se l'avente diritto dichiara di rimettere la querela, l'arrestato è posto immediatamente in libertà.

«1-ter. Quando si procede per i delitti previsti dagli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 612-bis del codice penale, ovvero dagli articoli 582 e 583-quinquies del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del medesimo codice, il pubblico ministero assume informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa».

-l'obbligo per la p.g di compiere gli atti delegati senza ritardo (art 370 c.p.p.)

«2-bis. Se si tratta di uno dei delitti previsti dagli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 612-bis e 612-ter del codice penale, ovvero dagli articoli 582 e 583-quinquies del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5, 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del medesimo codice, la polizia giudiziaria procede senza ritardo al compimento degli atti delegati dal pubblico ministero.

2-ter. Nei casi di cui al comma 2-bis, la polizia giudiziaria pone senza ritardo a disposizione del pubblico ministero la documentazione dell'attivita' nelle forme e con le modalita' previste dall'articolo 357».

Come già precisato per l'arresto, anche tutte le ipotesi di stalking in ambiente (anche telematico) nonché lo stesso revenge porn pongono seri problemi in tutti i casi in cui la singola specifica condotta non sia di per sé in equivocamente espressiva del delitto di cui all'art. 612 bis c.p.

La singola ulteriore mail se valutata come indicative di atti persecutori e non come ad es. minaccia o ingiuria determina l'insorgenza di tutti gli obblighi sopra descritti. Insorgenza legata a elementi in fatto di non univoca valutazione. Se per il terzo obbligo (esecuzione delle delega senza ritardo) ci troviamo di fronte a una scelta del p.m., nel primo caso (obbligo di immediata comunicazione anche orale) si tratta di valutazione rimessa alla p.g., destinata a condizionare poi di fatto anche la data dell'iscrizione e il conseguente computo di tre giorni entro i quali disporre l'audizione della p.o. e del denunciante.