

Numero 3 – 2019

# 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*) – 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*) – 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 (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – STEFANO GUIZZI (*consigliere della Corte di cassazione*) – ANTONIO LEPRE (*sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Paola*) – 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 3°**

(settembre-dicembre 2019)

Gli Autori.....	4
STEFANO ROMOLI, <i>Engel criteria e ne bis in idem CEDU: riflessioni sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 709 ter, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ. (nota a Trib. Treviso, ord. 30 aprile - 16 luglio 2019)</i> .....	5
ALESSANDRO CENTONZE, <i>La finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico e le esperienze giurisdizionali relative al terrorismo interno</i> .....	16
CESARE PARODI, <i>L'acquisizione della prova digitale</i> .....	35
LORENZO DELLI PRISCOLI, <i>Diritto penale tributario ed evasione fiscale</i> .....	77
NICCOLÒ GRECO, <i>La fine del "fine pena mai"?</i> .....	85
GENNARO MASTRANGELO, <i>Processo penale e prelievo coattivo di campioni biologici: garanzie e concrete modalità di effettuazione con particolare riguardo ai minorenni</i> .....	105
PAOLO BRUNO, <i>Abolizione dell'exequatur e armonizzazione minima del procedimento di esecuzione nella revisione del Regolamento Bruxelles II-bis</i> .....	120

***Gli Autori***

Paolo BRUNO, *Consigliere per la giustizia e gli affari interni alla Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'Unione Europea*

Alessandro CENTONZE, *Consigliere della Corte di cassazione*

Lorenzo DELLI PRISCOLI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Niccolò GRECO, *Tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013 presso il Tribunale di Rimini*

Gennaro MASTRANGELO, *Giudice presso il Tribunale di Salerno*

Cesare PARODI, *Procuratore aggiunto presso la procura della Repubblica di Torino*

Stefano ROMOLI, *Tirocinante art. 73 d.l. 69/2013 presso il Tribunale di Treviso*

STEFANO ROMOLI

***Engel criteria e ne bis in idem CEDU: riflessioni sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 709 ter, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ. (nota a Trib. Treviso, ord. 30 aprile - 16 luglio 2019)***

SOMMARIO: 1. La fattispecie concreta. - 2. L'applicabilità dei provvedimenti ex art. 709 ter, comma secondo, cod. proc. civ. all'inadempimento degli obblighi di mantenimento del figlio - 3. Formalmente amministrativa, sostanzialmente penale: la natura della sanzione ex art. 709 ter, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ. e l'impatto della Corte EDU - 4. L'illegittimità costituzionale della norma per violazione del *ne bis in idem* CEDU. - 5. Gli ulteriori profili di illegittimità costituzionale: tassatività-determinatezza e ragionevolezza nel trattamento sanzionatorio. Cenni.

**1. La fattispecie concreta**

Nei prossimi mesi, la Corte Costituzionale sarà chiamata a valutare l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 709 ter, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ. sollevata dal Tribunale di Treviso il 30 aprile 2019, depositata il 16 luglio 2019..

La controversia al vaglio del Tribunale di Treviso sorgeva dalla proposizione di un ricorso per la cessazione degli effetti civili del matrimonio che faceva seguito alla pronuncia di separazione personale dei coniugi. Con la sentenza di separazione la figlia minore era stata affidata in via esclusiva alla madre ed era stato posto a carico del padre un assegno mensile di mantenimento in favore della figlia.

Con l'instaurazione del procedimento di divorzio, la ricorrente evidenziava che il padre era rimasto inadempiente agli obblighi posti a suo carico dalla sentenza di separazione, non avendo versato con regolarità l'assegno di mantenimento, e domandava, per tale ragione, la condanna dello stesso al pagamento di una sanzione pecuniaria in favore della Cassa delle ammende ex art. 709 ter, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ.

A sostegno della propria richiesta, la ricorrente evidenziava, peraltro, che il Tribunale di Treviso in sede penale aveva già accertato la responsabilità del resistente ex art. 570 cod. pen. per aver omesso di versare il contributo al mantenimento della figlia nella misura di cui alla sentenza di separazione.

Il resistente, tuttavia, si opponeva all'accoglimento della domanda art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ. evidenziando che con la condanna ex art. 570 cod. pen. il Tribunale si era già pronunciato sui medesimi fatti.

Il Tribunale sollevava pertanto questione di legittimità costituzionale per contrasto dell'art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ. con riferimento agli artt. 3, 25, comma secondo, e 117, comma primo, della Costituzione.

In attesa della decisione della Consulta, l'ordinanza che si annota appare meritevole di approfondimento in considerazione della complessità delle questioni di diritto dalla stessa affrontate e, in particolare, del delicato intrecciarsi fra profili di natura civilistica, penalistica e amministrativistica.

Il nucleo stesso della questione di legittimità costituzionale, come si avrà modo di dimostrare, risiede nella tensione fra approccio formale e sostanziale nella determinazione della natura giuridica di una sanzione, ed è in questo contesto che risultano decisivi gli approdi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo più volte richiamati dal Giudice *a quo* a fondamento del proprio convincimento.

Con il presente articolo, si intende approfondire la rilevanza e l'impatto della giurisprudenza della Corte EDU ai fini della prospettata questione di legittimità costituzionale e, in particolare, della allegata violazione del principio del *ne bis in idem*, mentre solo brevi cenni saranno dedicati agli ulteriori profili di incostituzionalità individuati dal Giudice rimettente.

## **2. L'applicabilità dei provvedimenti ex art. 709 *ter*, comma secondo, cod. proc. civ. all'inadempimento degli obblighi di mantenimento del figlio ex art. 147 cod. civ.**

Preliminarmente, appare opportuno rilevare che l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Treviso dipende, in primo luogo, dall'ampiezza dell'ambito di applicazione dell'art. 709 *ter*, comma secondo, cod. proc. civ.

Infatti, la rilevanza della questione di legittimità costituzionale costituisce un presupposto fondamentale per l'ammissibilità della stessa, secondo il disposto di cui all'art. 23, comma secondo, l. 11 marzo 1953, n. 87 (il quale richiede, in particolare, che "*il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione*<sup>1</sup>").

---

<sup>1</sup> Sulla nozione e sulla portata del requisito della rilevanza, cfr., *ex multis*, Corte Costituzionale sentt. nn. 174/2016, 10/2015, 184/2016.

Pertanto, occorre innanzitutto verificare se il mancato adempimento agli obblighi di mantenimento del figlio ex art. 147 cod. civ. integri la fattispecie di cui all'art. 709 *ter*, comma secondo, cod. proc. civ. nella parte in cui sanziona gli *“atti che comunque arrechino pregiudizio al minore”*.

La risposta al quesito di diritto così delineato è tutt'altro che pacifica in giurisprudenza<sup>2</sup>; tuttavia, appaiono condivisibili le argomentazioni addotte dal Tribunale di Treviso a sostegno della soluzione affermativa.

Infatti, la formula *“atti che comunque arrechino pregiudizio al minore”* si dimostra già nel dato letterale idonea a ricomprendere un *“pregiudizio obiettivamente riscontrabile e determinabile quale quello derivante dalla mancata contribuzione economica in favore del minore”*<sup>3</sup>.

Tale conclusione risulta rafforzata da un'interpretazione teleologica della norma, che tiene conto della preminenza dell'interesse del minore nei procedimenti di famiglia<sup>4</sup>, e trova infine conforto nei lavori preparatori della disposizione in esame<sup>5</sup>.

### **3. Formalmente amministrativa, sostanzialmente penale: la natura della sanzione ex art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ. e l'impatto della Corte EDU**

Maggiore spazio deve essere a questo punto dedicato alla questione di diritto che costituisce il cuore dell'ordinanza annotata, ossia la natura giuridica della sanzione testualmente *“amministrativa”* di cui all'art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ.

Il Giudice *a quo*, nel giungere alla conclusione che tale sanzione debba essere qualificata come sostanzialmente penale e, pertanto, assoggettata alle garanzie e ai principi penalistici, si pone infatti nel solco di una più ampia tendenza che ha visto l'influsso, sul diritto amministrativo e penale nazionale, di fonti di natura sovranazionale e internazionale.

In dottrina, è stato evidenziato come tali settori del diritto, un tempo ritenuti stretta prerogativa del legislatore nazionale in quanto diretta espressione del potere pubblicistico dello Stato, abbiano subito un costante processo di modificazione ad opera di fonti *“esterne”*, fra le quali

---

<sup>2</sup> Cfr., in senso favorevole, Trib. Modena, ord. 29 gennaio 2007 in Fam. e dir., 2007, 823; in senso contrario, Trib. Termini Imerese, ord. 12 luglio 2006 in Foro it., 2006, I, col. 3243.

<sup>3</sup> Cfr. ordinanza annotata.

<sup>4</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. 30 settembre 2016, n. 19599.

<sup>5</sup> *“Sono state individuate per la prima volta nel panorama normativo delle sanzioni di tipo economico nei confronti del genitore inadempiente e a favore del figlio, oltre che del coniuge eventualmente beneficiario dell'assegno consentendo, così, una protezione molto maggiore e più consolidata ai casi di inadempienza”* cfr. On. Paniz, seduta della Camera dei deputati del 10 marzo 2005.

spiccano, per impatto e per rilevanza, il diritto dell'Unione Europea e della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>6</sup>.

Soffermandosi sulla CEDU, la quale assume importanza centrale nell'ordinanza annotata, occorre innanzitutto premettere brevi cenni circa la natura della Convenzione e la sua collocazione nel panorama delle fonti del diritto.

Quanto alla prima questione, deve essere rilevato che, secondo l'impostazione tradizionale e di recente ribadita dalla Corte Costituzionale, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo costituisce una fonte di diritto internazionale pattizio, ancorché di natura peculiare<sup>7</sup>.

Infatti, nonostante la CEDU si occupi di una materia delicata quale è la protezione dei diritti umani e si caratterizzi, peraltro, rispetto ai tradizionali organismi di diritto internazionale per l'esistenza di una Corte in grado di vincolare in una certa misura gli Stati Membri del Consiglio d'Europa alla sua osservanza, il diritto convenzionale risulta pur sempre inidoneo ad attribuire diritti in capo agli individui e, quindi, ad essere direttamente applicato dal giudice nazionale<sup>8</sup>.

All'indomani del Trattato di Lisbona<sup>9</sup>, è stato talora sostenuto, in dottrina e in giurisprudenza, che la CEDU sia al contrario entrata a far parte del diritto dell'Unione Europea per il tramite dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea<sup>10</sup>.

La norma citata, nella sua versione attuale, sancisce infatti l'adesione dell'UE alla CEDU e specifica, peraltro, che *“I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”*.

Tale impostazione, tuttavia, secondo l'opinione largamente prevalente, è in realtà frutto di un equivoco. Il nuovo art. 6 del Trattato, infatti, non comporta l'equiparazione del diritto convenzionale al diritto eurounitario, bensì la mera adesione, da parte dell'Unione Europea, ai

---

<sup>6</sup> Cfr., *ex multis*, Garofoli, Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, ed. XII, 2018/2019.

<sup>7</sup> Cfr. Corte Cost. 7 giugno 2018, n. 120, intervenuta sullo *status* giuridico della Carta Sociale Europea.

<sup>8</sup> Cfr. Corte Cost. citata. In ciò distinguendosi dalle norme di diritto dell'Unione Europea aventi i caratteri della chiarezza, precisione e completezza (Garofoli, Ferrari, *supra* p. 11 ss.).

<sup>9</sup> Il Trattato di Lisbona, il quale ha apportato delle modifiche al Trattato sull'Unione Europea, è entrato in vigore in data 1 dicembre 2009 ed è stato ratificato dall'Italia con la legge 2 agosto 2008, n. 130.

<sup>10</sup> Cfr., ad es., Cons. St., Sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220.

principi generali della CEDU nelle materie di propria competenza<sup>11</sup>, sicché rimane invariato lo *status* della Convenzione quale fonte internazionale pattizia.

Corollario immediato di tale approdo interpretativo maggioritario riguarda il piano della tutela giurisdizionale nelle ipotesi di contrasto fra la legge ordinaria italiana e le disposizioni della Convenzione.

Il giudice italiano, infatti, non potrà disapplicare la normativa incompatibile con la CEDU (analogamente a quanto avviene con le disposizioni eurounitarie direttamente applicabili<sup>12</sup>), ma dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 117, comma primo della Legge Fondamentale<sup>13</sup>.

Il Giudice *a quo*, nell'ordinanza annotata, dimostra di aver fatto propri i rilievi fin qui accennati. Infatti, uno dei motivi di illegittimità costituzionale dell'art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ. viene sollevato proprio con riferimento all'art. 117 Cost. per il tramite del

---

<sup>11</sup> Cfr., *ex multis*, Luigi d'Angelo, "Comunitarizzazione" dei vincoli internazionali CEDU in virtù del Trattato di Lisbona? No senza una *expressio causae* (nota a Cons. St., Sez. IV, 2/3/2010, n. 1220 e TAR Lazio, Sez. II bis, 18/5/2010 n. 11984), citando Celotto, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>12</sup> Cfr. Corte Cost. 8 giugno 1984, n. 170 (cosiddetta sentenza "Granital").

La Corte, con la decisione citata, giungeva a un *revirement* parziale dell'orientamento precedentemente espresso in merito alla rilevabilità del contrasto fra disposizioni nazionali e comunitarie incompatibili.

Fino alla sentenza *Granital*, infatti, la Corte distingueva i casi in cui la normativa anti-comunitaria fosse precedente rispetto all'emanazione della normativa UE direttamente applicabile dai casi in cui la normativa nazionale contrastante fosse al contrario emanata successivamente alla stessa.

Nei primi casi, la norma interna avrebbe dovuto senz'altro ritenersi caducata per effetto della successiva e contraria statuizione del regolamento comunitario, e il Giudice ordinario avrebbe dunque potuto e dovuto applicare direttamente la normativa UE senza bisogno di sollevare questione di legittimità costituzionale.

Diversa, invece, era la soluzione data all'ipotesi di contrasto fra la nuova disposizione interna e la normativa comunitaria precedentemente emanata.

In tali casi, infatti, il Giudice non avrebbe potuto disapplicare direttamente la normativa interna contrastante, ma avrebbe dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 11 Cost. da parte della normativa nazionale contrastante con il diritto UE.

Con la sentenza *Granital*, la Corte Costituzionale, pur ribadendo la propria adesione alla teoria "dualista" dei rapporti fra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario (orientamento peraltro rivisto dalla Corte stessa in seguito alla riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione. Cfr. Corte Cost., ord. 15 aprile 2008, n. 103, la quale ha parlato di un "ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato"), adottava una soluzione diversa con riferimento alla seconda ipotesi prospettata.

Infatti, concludeva la Corte, il regolamento comunitario va sempre applicato dal Giudice, sia che esso segua, sia che esso preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili; e il Giudice nazionale, investito della relativa applicazione, può giovare dell'ausilio che gli offre lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE, non potendo altresì sollevare questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 11 Cost.

<sup>13</sup> Cfr. Corte Cost. 22 ottobre 2007, nn. 348, 349. Secondo la ricostruzione della Consulta, infatti, l'art. 117, comma primo, Cost. non fornisce alle disposizioni CEDU rango costituzionale, ma le interpone fra le disposizioni della Costituzione e della legge ordinaria, sicché l'eventuale incompatibilità tra norme interne di rango primario e norme della Convenzione dovrà essere oggetto di questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma primo, Cost.

parametro interposto di legittimità costituzionale di cui all'art. 4, prot. n. 7 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (cosiddetto principio del *ne bis in idem* CEDU).

Tuttavia, tale singolo motivo di illegittimità costituzionale non esaurisce l'impatto della CEDU nell'ordinanza annotata.

Anche gli ulteriori profili di illegittimità<sup>14</sup>, infatti, trovano fondamento su un comune presupposto, ossia la natura sostanzialmente penale della sanzione di cui all'art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ., che costituisce il diretto precipitato della giurisprudenza della Corte EDU a partire dalla nota decisione *Engel e altri c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976.

Con la citata sentenza, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo giungeva ad affermare la necessità di definire la natura di una sanzione e, di conseguenza, l'ambito spaziale della cosiddetta "*materia penale*" sulla base di un approccio di tipo sostanziale, indipendentemente dal *nomen iuris* adottato dal legislatore nazionale<sup>15</sup>.

Secondo la Corte EDU, dovrebbero essere oggetto di scrutinio, in particolare, la natura dell'illecito (indagata, a sua volta, attraverso i distinti profili della struttura dell'illecito e della significatività della trasgressione) unitamente alla natura e alla gravità della sanzione (tenendo conto, in particolare, del massimo edittale, del livello di stigma tendenzialmente associato alla violazione, dello scopo della sanzione e della pertinenza della stessa ad un fatto costituente reato<sup>16</sup>).

Applicando gli *Engel criteria*, il Giudice rimettente conclude per la natura sostanzialmente penale della sanzione formalmente amministrativa di cui all'art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ.

Utilizzando le parole del Tribunale di Treviso, la norma in esame infatti "*sanziona, nell'ambito di un procedimento giurisdizionale, fatti connotati da un disvalore di natura penale con una sanzione di importo e natura equiparabili a quelli delle sanzioni penali perseguendo finalità proprie delle norme penalistiche*<sup>17</sup>".

Dalla qualificazione della sanzione come sostanzialmente penale discende l'applicabilità dei principi stabiliti dall'ordinamento giuridico per la cosiddetta "*materia penale*" e, dunque, nella

---

<sup>14</sup> Fondati, come si vedrà, sugli articoli 3 e 25 della Costituzione.

<sup>15</sup> Cfr. Corte EDU 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int); cfr., altresì, Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1985, in Riv. it. dir. proc. pen., 1985, 894, con nota di Paliero, "*Materia penale*" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica e una svolta radicale.

<sup>16</sup> *Id.* Cfr. anche Corte EDU 9 ottobre 2003, *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, in *Legisl. Pen.*, 2004, p. 351; Corte EDU 30 maggio 2006, *Matyjec c. Polonia*; Corte EDU 24 settembre 1997, *Garyfallou AEBE c. Grecia*.

<sup>17</sup> Cfr. ordinanza annotata.

prospettazione del Tribunale di Treviso, l'illegittimità costituzionale della disposizione in esame sotto tre distinti profili, i quali andranno ora esaminati.

#### **4. L'illegittimità costituzionale della norma per violazione del *ne bis in idem***

Il primo profilo di incostituzionalità viene ravvisato, dal Giudice rimettente, nella violazione dell'art. 117, comma primo, della Costituzione per tramite dell'art. 4, comma primo, del Protocollo n. 7 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Ai sensi della citata disposizione, “*Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un’infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato*”.

Il *ne bis in idem* risulterebbe infatti violato, nel caso di specie, poiché il resistente sarebbe già stato condannato in sede penale per i medesimi fatti per i quali la ricorrente domanda la condanna ex art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ.

Il profilo di illegittimità costituzionale così delineato si inserisce nella più ampia questione della compatibilità del diritto nazionale con il *ne bis in idem* di derivazione CEDU qualora una medesima condotta venga punita con una sanzione formalmente penale unitamente ad una sanzione formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale alla luce degli *Engel criteria* (ipotesi che danno luogo al fenomeno del cosiddetto “*doppio binario sanzionatorio*”<sup>18</sup>).

Appare dunque opportuno premettere brevi cenni su due decisioni della Corte EDU non approfondite nell’ordinanza annotata ancorché rilevanti ai fini della fondatezza del presente profilo di incostituzionalità, ossia le sentenze *Grande Stevens c. Italia*<sup>19</sup> e *A e B c. Norvegia*<sup>20</sup>.

Nel caso *Grande Stevens*, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della normativa italiana in materia di abusi del mercato con gli artt. 6 della CEDU e 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione. Nel caso di specie, in particolare, i ricorrenti erano stati condannati dalla Consob per un illecito amministrativo e, successivamente, condannati in sede penale per i medesimi fatti<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, Nel Diritto Editore, ed. XV, 2018/2019, p. 39 ss.

<sup>19</sup> Cfr. Corte EDU 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*.

<sup>20</sup> Corte EDU 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*.

<sup>21</sup> Cfr. Corte EDU 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*. V. inoltre Tripodi, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in [penalecontemporaneo.it](http://penalecontemporaneo.it).

Riconosciuta la natura penale delle sanzioni irrogate dalla Consob alla luce degli *Engel criteria*, la Corte EDU rinveniva una violazione del principio del *ne bis in idem*, evidenziando l'identità fra i fatti contestati nel procedimento penale *Engel* e nel procedimento formalmente penale successivo cui i ricorrenti erano stati sottoposti<sup>22</sup>.

Con un parziale *revirement*, tuttavia, la Corte EDU concludeva, nel caso *A e B c. Norvegia*, che la condanna in sede penale per i medesimi fatti per i quali è già intervenuta condanna formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale non viola il principio del *ne bis in idem* purché fra i due procedimenti vi sia una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta<sup>23</sup>.

Nella sentenza citata, la Corte ha dunque introdotto un criterio aggiuntivo rispetto alla decisione *Grande Stevens*, precisando che il *ne bis in idem* non impedisce agli ordinamenti nazionali di delineare un sistema sanzionatorio integrato, articolato in procedimenti distinti<sup>24</sup>.

Tale criterio, ancorché enunciato dalla Corte in maniera unitaria, si sviluppa in realtà sotto un duplice profilo, dovendo il Giudice indagare l'esistenza di una connessione sostanziale oltre che di una connessione temporale sufficientemente stretta fra il procedimento penale *Engel* e il successivo procedimento formalmente penale.

Quanto al primo profilo, la valutazione della compatibilità fra diritto nazionale e diritto convenzionale dovrà essere effettuata tenendo conto, in particolare, dei seguenti fattori:

- a) se i procedimenti abbiano scopi differenti e abbiano ad oggetto profili diversi della medesima condotta antigiuridica;
- b) se la duplicità dei procedimenti sia una conseguenza prevedibile della condotta;
- c) se i due procedimenti siano condotti in modo da evitare, per quanto possibile, ogni duplicazione nella raccolta e valutazione della prova;
- d) se la sanzione imposta nel procedimento che si conclude per primo sia tenuta in considerazione nell'altro procedimento, in modo che venga in ogni caso rispettata l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> Cfr. Corte EDU 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*. V. inoltre Garofoli, *supra*; Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in [penalecontemporaneo.it](http://penalecontemporaneo.it).

<sup>24</sup> Cfr. Garofoli *supra*, p. 41.

<sup>25</sup> Cfr. Corte EDU 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*; Garofoli, *supra*; Viganò, *supra*.

Quanto al profilo temporale, invece, la Corte non richiede la stretta contestualità dei due procedimenti, ma ritiene sufficiente che sussista comunque un collegamento di natura cronologica fra gli stessi, sì da non sottoporre il soggetto sanzionato ad una “*perdurante situazione di incertezza sulla propria sorte*<sup>26</sup>”.

Applicando le coordinate interpretative della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo alla fattispecie concreta affrontata dal giudice rimettente, gli approdi raggiunti dal Giudice *a quo* appaiono condivisibili nel merito poiché la sanzione ex art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ. risulta difficilmente compatibile con il criterio della connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta elaborato dalla Corte EDU nel caso *A e B c. Norvegia*.

Infatti, deve innanzitutto rilevarsi, sotto il profilo sostanziale, che la sanzione di cui alla norma in esame non ha uno scopo differente rispetto all’art. 570 cod. pen. né ha ad oggetto profili diversi della medesima condotta antigiuridica.

In secondo luogo, la duplicità dei procedimenti non appare una conseguenza prevedibile della condotta, essendo la condanna ex art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ. del tutto eventuale e accessoria nei procedimenti di famiglia, né i due procedimenti sono in alcun modo coordinati in maniera tale da evitare duplicazioni nella raccolta e valutazione della prova.

In terzo luogo, non è normativamente previsto alcun meccanismo di coordinamento che consenta al giudice civile, in sede di condanna ex art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ., di tenere conto della sentenza penale di condanna ex art. 570 cod. pen. in relazione alla proporzionalità complessiva della pena.

Quanto, infine, al profilo temporale, va rilevato come l’irrogazione della sanzione ex art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ. sia incerta nell’*an*, essendo subordinata all’istanza di parte o comunque alla discrezionalità del giudice, oltre che nel *quando*, potendo essere irrogata nell’ambito di un procedimento di famiglia instaurato anche diversi anni dopo la singola violazione.

Pertanto, la sanzione in esame appare concretizzare il rischio, stigmatizzato dalla Corte EDU, che il soggetto si trovi in una “*perdurante situazione di incertezza sulla propria sorte*<sup>27</sup>”.

## **5. Gli ulteriori profili di illegittimità costituzionale: tassatività-determinatezza e ragionevolezza nel trattamento sanzionatorio. Cenni.**

---

<sup>26</sup> *Id.*

<sup>27</sup> *Id.*

Il secondo profilo di incostituzionalità viene ravvisato, dal Giudice rimettente, nel contrasto fra la sanzione ex art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ. e il principio di tassatività-determinatezza di cui all'art. 25, comma secondo, Cost.

Secondo la prospettazione del Giudice *a quo*, in particolare, l'espressione "*atti che comunque arrechino pregiudizio al minore*" risulterebbe vaga e indeterminata e, pertanto, *ex se* lesiva del principio costituzionale richiamato<sup>28</sup>.

La lettura sistematica della disposizione in esame, anche alla luce del comma primo dell'art. 709 *ter* cod. proc. civ. e dell'art. 570 cod. pen., peraltro, non aiuterebbe il Giudice nell'arduo compito di ricostruire il contenuto del precetto, ma renderebbe altresì tale compito ancora più difficoltoso<sup>29</sup>.

Il *vulnus* al principio di tassatività-determinatezza, infine, risulterebbe particolarmente accentuato con riguardo alla nozione di "*pregiudizio*", la quale sarebbe "*lasciata all'arbitrio del Giudice, la cui determinazione risulta fatalmente e inevitabilmente soggettiva e connotata da ampi margini di discrezionalità in considerazione dell'eccessiva apertura del dettato normativo*"<sup>30</sup>.

Tale profilo di illegittimità costituzionale, a parere dello scrivente, non solleva particolari problematiche con riferimento all'adempimento, da parte del Giudice rimettente, dell'obbligo di interpretazione costituzionalmente conforme.

Infatti, nel momento in cui vengono invocate l'imprecisione e l'indeterminatezza di una disposizione e, conseguentemente, l'impossibilità di attribuirle un significato chiaro, oggettivo e prevedibile, la contrarietà al principio di tassatività-determinatezza non appare per definizione superabile mediante l'utilizzo dell'attività ermeneutica.

Pertanto, purché e nei limiti in cui la Consulta riterrà la questione rilevante<sup>31</sup>, è ragionevole ritenere che il presente profilo di illegittimità costituzionale supererà il filtro di inammissibilità e non manifesta infondatezza e sarà dunque analizzato dal Giudice delle Leggi nel merito.

Infine, il Tribunale di Treviso ravvisa un terzo motivo di illegittimità costituzionale nel contrasto, della normativa in esame, con il principio di ragionevolezza nel trattamento sanzionatorio, di cui all'art. 3 della Legge Fondamentale<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. ordinanza annotata.

<sup>29</sup> *Id.*

<sup>30</sup> *Id.*

<sup>31</sup> Cfr., in particolare, par. 2 della presente nota a ordinanza.

<sup>32</sup> Cfr. ordinanza annotata.

La sanzione in esame, secondo il Giudice rimettente, punirebbe la medesima condotta sanzionata dall'art. 570 cod. pen., assunto come *tertium comparationis*, in misura ingiustificatamente superiore.

L'importo massimo della sanzione ex art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ., pari ad € 5.000,00, è infatti circa cinque volte superiore a quello della multa prevista dall'art. 570 cod. pen., quest'ultima pari ad € 1.032,00.

Le argomentazioni del Giudice rimettente appaiono assolutamente condivisibili sul piano sostanziale. Infatti, non si ravvisa alcuna ragione per la quale il medesimo profilo di una fattispecie concreta sanzionata da due diverse disposizioni di legge dovrebbe incontrare tale divario sul piano del trattamento sanzionatorio.

Maggiori perplessità, a parere dello scrivente, sorgono tuttavia con riferimento all'adempimento, da parte del Giudice rimettente, dell'obbligo di interpretazione costituzionalmente conforme<sup>33</sup>.

Il Giudice *a quo*, infatti, motiva l'impossibilità di interpretare la norma in maniera conforme al dettato costituzionale allegando che *“di fronte a una cornice edittale normativamente prevista, quale è quella di cui all'art. 709 *ter*, comma secondo, n. 4) cod. proc. civ., il Giudice dovrà necessariamente graduare l'importo della sanzione in relazione alla gravità della condotta, applicando importi tendenti al massimo a fronte di condotte reputate gravi e tendenti al minimo in relazione a violazioni di entità minore<sup>34</sup>”*.

Tale rilievo non risulta del tutto condivisibile. Infatti, seppur vincolato dalla forbice normativamente prevista, il Giudice potrebbe comunque adoperare un'interpretazione costituzionalmente orientata e, pertanto, applicare una sanzione il cui importo sia in linea con quello di cui alla multa ex art. 570 cod. pen., sì da eliminare in concreto, ancorché non in astratto, l'irragionevole disparità nel trattamento sanzionatorio.

---

<sup>33</sup> Il quale costituisce uno dei principali filtri per l'ammissibilità di una questione di legittimità costituzionale. Come chiarito dalla Consulta, infatti, *“di una disposizione legislativa non si pronuncia l'illegittimità costituzionale quando se ne potrebbe dare un'interpretazione in violazione della Costituzione, ma quando non se ne può dare un'interpretazione conforme a Costituzione”*, cfr. Corte Cost. 9 giugno 2015, n. 153.

<sup>34</sup> Cfr. ordinanza annotata.

ALESSANDRO CENTONZE

## **La finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico e le esperienze giurisdizionali relative al terrorismo interno<sup>1</sup>**

SOMMARIO: 1. Premessa: la finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico e l'individuazione delle macro-aree della presenza terroristica nel nostro Paese. – 2. La finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico e le associazioni terroristiche di matrice *brigatista*: la sentenza “Bortolato”. – 2.1. Le caratteristiche operative dell'associazione terroristica denominata “Partito comunista politico militare (PCPM)”. – 2.2. I problemi di inquadramento sistematico delle fattispecie contestate agli imputati. – 2.3. Il problema dell'applicazione dell'aggravante di terrorismo di cui all'art. 1 della legge 6 febbraio 1980, n. 15. – 3. La finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico e le associazioni terroristiche dell'*estrema destra stragista*: la sentenza “Maggi”. – 3.1. Le caratteristiche operative delle associazioni terroristiche denominate “Ordine Nuovo” e “Ordine Nero” nel contesto dell'eversione dell'*estrema destra italiana*. – 3.2 Il problema dell'accertamento dei fatti in contestazione a notevole distanza di tempo dagli accadimenti stragistici. – 4. La finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico e le associazioni terroristiche di matrice *secessionista*: la sentenza “Buson”. – 4.1. Le caratteristiche strutturali dell'associazione terroristica denominata “Veneto Serenissimo Governo”. – 4.2. I problemi di inquadramento sistematico delle fattispecie associative contestate agli imputati. – 5. La finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico e le associazioni terroristiche di matrice *No TAV*: la sentenza “Alberto”. – 5.1. Il problema della sussistenza delle finalità di terrorismo contestate agli imputati. – 5.2. L'accertamento del contesto nel quale l'attentato di Chiomonte si era verificato e delle finalità concretamente perseguite.

---

<sup>1</sup> Questo contributo riproduce, con alcune modifiche e integrazioni, soprattutto riguardanti le note bibliografiche, due relazioni che ho tenuto nell'ultimo anno: la prima svolta al seminario organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura - Struttura decentrata presso la Corte di cassazione, svoltosi a Roma il 24-26 ottobre 2018, intitolato “La lotta al terrorismo nella prospettiva europea: tra prevenzione e repressione” (Corso intitolato alla memoria di Vittorio Occorsio); la seconda svolta al corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura - Struttura Territoriale di Formazione del Distretto di Corte di appello di Caltanissetta l'11 giugno 2019, a Caltanissetta, intitolato “La lotta al terrorismo fra esperienze nazionali e prospettiva europea”.

*1. Premessa: la finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico e l'individuazione delle macro-aree della presenza terroristica nel nostro Paese.*

Il materiale giurisprudenziale su cui mi soffermerò nell'intervento che svolgerò l'ho scelto seguendo un criterio basato su una sorta di *summa divisio* dei fenomeni terroristici ed eversivi, ricostruita attraverso alcune sentenze di legittimità, selezionate per la loro esemplarità, contenutistica ed espositiva.

Ho, pertanto, optato, dopo un'accurata ricerca del materiale giurisprudenziale funzionale al percorso ricostruttivo che volevo compiere, per una soluzione espositiva "non frontale", incentrata sul percorso quarantennale compiuto dalla giurisprudenza di legittimità sui temi oggetto del mio intervento.

Tale soluzione se rende più complessa la valutazione del percorso espositivo seguito, mi ha consentito di recuperare alcune pronunce che, non essendo state massimate dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, sono state, a fronte della loro esemplarità, trascurate nel dibattito sui temi che si affronteranno. Ho anche ritenuto di limitare all'essenziale le citazioni dottrinarie, in conseguenza della scelta espositiva seguita, finalizzata a dare conto del dibattito giurisprudenziale sviluppatosi sulla materia, sul quale mi è stato chiesto di intervenire in questo seminario.

Vorrei, pertanto, parlare, mediante sintetici richiami di alcune sentenze particolarmente sintomatiche, sia per il contenuto sia per la risonanza mediatica dei fatti di reato giudicati, dei fenomeni terroristico-eversivi relativi al "terrorismo brigatista", al "terrorismo di estrema destra", al "terrorismo secessionista", al "terrorismo no-global".

Di questi fenomeni terroristici, ho ritenuto di parlare attraverso il richiamo dei passaggi salienti del percorso argomentativo seguito nei vari provvedimenti decisori, cercando, nei limiti del possibile, di effettuare una ricostruzione quanto più possibile fedele di ciascuna pronuncia. Devo anche aggiungere che, in alcuni casi, ho citato, laddove indispensabile ai fini della comprensione del percorso argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione, la giurisprudenza di legittimità nel cui solco si colloca la sentenza di volta in volta esaminata.

In questa cornice, innanzitutto, esaminerò la sentenza “Bortolato”<sup>2</sup>, pronunciata nella fase della cognizione dalla Corte di Cassazione, Quinta sezione penale, in cui si affronta il fenomeno del “terrorismo brigatista”, attraverso l’esame dell’operatività dell’associazione terroristica denominata “Partito Comunista Politico Militare” (PCPM), che veniva trattato nel giudizio di secondo grado dalla Corte di assise di appello di Milano.

Si esaminerà, inoltre, la sentenza “Maggi”<sup>3</sup>, pronunciata nella fase della cognizione dalla Corte di Cassazione, Prima sezione penale, proveniente dalla Corte di assise di appello di Milano, in cui si affronta il fenomeno del “terrorismo di estrema destra”, attraverso l’esame dell’operatività delle associazioni terroristiche denominate “Ordine Nuovo” e “Ordine Nero”, che risultano tra loro intimamente collegate, sia storicamente sia operativamente, in funzione del perseguimento di obiettivi eversivi attuati sul territorio italiano con una strategia stragista.

Si esaminerà, quindi, la sentenza “Buson”<sup>4</sup>, pronunciata nella fase della cognizione dalla Corte di Cassazione, Sesta sezione penale, proveniente dalla Corte di appello di Venezia, in cui si affronta il fenomeno del “terrorismo secessionista”, attraverso l’esame dell’operatività dell’associazione terroristica denominata “Veneto Serenissimo Governo”.

Si esaminerà, infine, la sentenza “Alberto”<sup>5</sup>, pronunciata nella fase cautelare dalla Corte di Cassazione, Sesta sezione penale, proveniente dal Tribunale del riesame di Torino, in cui si affronta il fenomeno del “terrorismo ambientalista”, collegato ai movimenti denominati *No-TAV* che si oppongono alla realizzazione delle opere infrastrutturali di collegamento tra l’Italia e la Francia nella Val di Susa.

## *2. La finalità di terrorismo e di eversione dell’ordine democratico e le associazioni terroristiche di matrice brigatista: la sentenza “Bortolato”.*

Come si è detto, in questo procedimento penale, trattato nella fase della cognizione dalla Corte di Cassazione, Quinta sezione penale, si esaminano questioni ermeneutiche riguardanti fenomeni terroristici riconducibili all’estrema sinistra di matrice brigatista, concernenti l’associazione denominata “Partito Comunista Politico Militare” (PCPM).

---

<sup>2</sup> Si veda Cass., Sez. V, n. 12252 del 23 febbraio 2012, Bortolato, Rv. 251923.

<sup>3</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 41585 del 20 giugno 2017, Maggi, Rv. 271252.

<sup>4</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 26151 del 16 marzo 2011, Buson, non mass.

<sup>5</sup> Si veda Cass., Sez. VI, n. 28009 del 15 maggio 2014, Alberto, Rv. 266076.

All'esito di tale procedimento penale veniva emessa una sentenza di annullamento con rinvio, finalizzata a consentire un vaglio giurisdizionale del giudizio di responsabilità, incentrato sulla finalità di terrorismo perseguita dalla consorteria in esame.

*2.1. Le caratteristiche operative dell'associazione terroristica denominata "Partito comunista politico militare (PCPM)".*

Secondo quanto esposto nella sentenza "Bortolato" l'associazione terroristica denominata "Partito Comunista Politico Militare" (PCPM) disponeva di una struttura operativa sufficientemente gerarchizzata al suo interno, con una ripartizione di ruoli direttivi ed esecutivi.

Si consideri che il PCPM risultava ispirato a un credo politico preciso di ispirazione marxista-leninista, che, secondo quanto accertato nel procedimento in questione, risultava attestato dalle notizie pubblicate sul periodico clandestino denominato "Aurora", curato dall'imputato Alfredo Davanzo.

Si consideri che il PCPM risultava fondato su un programma "rivoluzionario", che prevedeva l'uso sistematico della violenza, anche con l'impiego di armi micidiali, che dovevano essere reperite dagli esponenti della struttura associativa che si sta considerando.

Si consideri che il PCPM, secondo quanto affermato nella sentenza in esame, era governato da un quadrumvirato, che guidava la struttura associativa terroristica in modo verticistico, che risultava composto dagli imputati Alfredo Davanzo, Davide Bortolato, Vincenzo Sisi, Claudio Latino.

Si consideri che il PCPM possedeva una cassa comune, gestita da affiliati della struttura associativa, che rispondevano, sotto il profilo organizzativo, ai componenti del quadrumvirato sopra descritto.

Si consideri che il PCPM aveva una sede centrale a Milano e alcune sedi provinciali in Piemonte e in Veneto, che venivano coordinate tra loro dai vertici del gruppo.

Si consideri che il PCPM disponeva di un periodico propagandistico clandestino, denominato "Aurora", come detto curato da Alfredo Davanzo, scritto e diffuso dagli associati del sodalizio terroristico, che ne esprimeva l'ideologia rivoluzionaria e ne orientava le azioni criminali.

Si consideri che il PCPM era ispirato da un ideologo, l'imputato Alfredo D'Avanzo, la cui funzione propulsiva si riteneva dimostrata dal fatto che, su una *pen drive* nella sua disponibilità,

sequestrata nel corso delle indagini preliminari, veniva rinvenuto lo schema grafico per i numeri di “Aurora” non ancora diffusi.

Si consideri che il PCPM disponeva di materiale ideologico che veniva sequestrato nel corso delle indagini, tra cui quello già richiamato.

Si consideri, infine, che il PCPM, oltre alle attività delittuose finalizzate a consentire il sostentamento dei suoi affiliati e all’elaborazione delle sue strategie terroristiche, aveva pianificato alcuni attentati particolarmente eclatanti, come quello in danno del professor Pietro Ichino, che, difatti, risultava costituito in giudizio quale parte civile.

## *2.2. I problemi di inquadramento sistematico delle fattispecie contestate agli imputati.*

Il punto di riferimento principale per inquadrare le finalità di terrorismo sottese alle condotte delittuose contestate al PCPM ai capi A-N, secondo la Corte di cassazione, Quinta sezione penale, è rappresentato dalla formulazione dell’art. 270-*sexies* cod. pen., intitolato «Condotte con finalità di terrorismo» che, nella sua formulazione, ha recepito le indicazioni della Convenzione di New York, che consentono di ritenere «connotate da finalità di terrorismo quelle condotte: 1) che “per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno a un Paese o a una Organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici, o un’Organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere un qualsiasi atto”; 2) che possono “destabilizzare, o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un’Organizzazione internazionale; 3) che siano “definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l’Italia”»<sup>6</sup>.

Ne discendeva che, secondo quanto affermato nella sentenza “Bortolato” – attraverso un parallelismo tra l’art. 270 cod. pen. intitolato «Associazioni sovversive», l’art. 270-*bis* cod. pen. intitolato «Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell’ordine democratico», l’art. 270-*sexies* cod. pen., intitolato «Condotte con finalità di terrorismo» e l’art. 306 cod. pen. intitolato «Banda armata: formazione e partecipazione» – la condotta «terroristica ha rilevanza penale in sé; tuttavia, quando è tenuta allo scopo di raggiungere gli obiettivi sopra indicati al n. 2 [...], fa “corpo unico” con tale finalità. Ma tale opera di destabilizzazione/distruzione,

---

<sup>6</sup> Si veda Cass., Sez. V, n. 12252 del 23 febbraio 2012, Bortolato, cit.

ovviamente, altro non è che la sovversione o eversione violenta di cui all'[art. 270 c.p.](#) [...]. Invero, tale articolo descrive la condotta come diretta ad attentare agli ordinamenti economici o sociali del nostro Stato, ovvero a sopprimere il suo ordinamento politico e giuridico»<sup>7</sup>.

Occorre aggiungere, a proposito delle connotazioni penalmente rilevanti delle attività sovversive ispirate da finalità terroristiche prefigurate dagli artt. 270 cod. pen. e 270-*bis* cod. pen., alla seconda della quale si correla la fattispecie dell'[art. 270-sexies](#) cod. pen., che «posto che il mutamento di tali assetti non è – in sé – vietato, a tanto ostando il dettato dell'[art. 49 Cost.](#), ciò che fa “scivolare” la sovversione nel campo del penalmente rilevante è la violenza [...], vale a dire, per usare ancora le parole del Costituente, l'utilizzo di un metodo non democratico, connotandosi come violenza generica, nel primo caso (art. 270), violenza terroristica, nel secondo (art. 270-*bis*)»<sup>8</sup>.

In questa cornice ermeneutica, secondo quanto esposto nella sentenza in esame, il terrorismo anche «se qualificato come “finalità” (artt. 270-*bis* e 280) o come “scopo” (art. 289-*bis*) nel codice penale, non costituisce, in genere, un obiettivo in sé, ma, ovviamente, funge da strumento di pressione, da metodo di lotta, da *modus operandi* particolarmente efferato: si diffonde il panico, colpendo anche persone e beni non direttamente identificabili con l'avversario o riferibili allo stesso, per imporre a quest'ultimo una soluzione che, in condizioni normali, non avrebbe accettato»<sup>9</sup>.

Pertanto, le fattispecie associative connotate da finalità terroristiche, analoghe a quelle contestate agli imputati di questo procedimento penale, secondo quanto affermato nella pronuncia di legittimità in esame, si caratterizzano per la loro natura giuridica di reati di pericolo presunto, per cui i quali si richiede «in un caso, la inequivocità e la idoneità dei mezzi predisposti dalla associazione sovversiva ([art. 270 c.p.](#)), nell'altro, la serietà del proposito eversivo da perseguirsi con atti di terrorismo, in vista dei quali la *societas contra legem* è stata costituita»<sup>10</sup>.

Ne discende ulteriormente che, secondo il percorso argomentativo seguito nella pronuncia di legittimità in esame, ai fini della distinzione tra le fattispecie tipizzate dagli artt. 270 cod. pen., 270-*bis* cod. pen. e 270-*sexies* cod. pen., considerati, la «differenza [...] consiste, per questo Collegio, nella natura della violenza che si intende esercitare (terroristica o “comune”)»<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Si veda Cass., Sez. V, n. 12252 del 23 febbraio 2012, Bortolato, cit.

<sup>8</sup> Si veda Cass., Sez. V, n. 12252 del 23 febbraio 2012, Bortolato, cit.

<sup>9</sup> Si veda Cass., Sez. V, n. 12252 del 23 febbraio 2012, Bortolato, cit.

<sup>10</sup> Si veda Cass., Sez. V, n. 12252 del 23 febbraio 2012, Bortolato, cit.

<sup>11</sup> Si veda Cass., Sez. V, n. 12252 del 23 febbraio 2012, Bortolato, cit.

In questo contesto sistematico, si evidenziava criticamente, allo scopo di esplicitare le ragioni che imponevano l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata, che «sarebbe stato necessario accertare se la associazione [...], che certamente aveva l'intenzione e la capacità di esercitare la violenza, anche con uso di armi, aveva anche intenzione e possibilità di utilizzare metodi terroristici (nel senso dell'[art. 270-sexies c.p.](#)) per conseguire il suo programma di eversione dell'ordine costituzionale, vale a dire, doveva essere chiarito se, nei suoi programmi e nei suoi effettivi progetti, rientrava il proposito di intimidire indiscriminatamente la popolazione, l'intenzione di esercitare costrizione sui pubblici poteri, la volontà di distruggere (o quantomeno di destabilizzare) gli assetti istituzionali nel nostro Paese»<sup>12</sup>.

Si evidenziava, inoltre, nella stessa direzione finalizzata a esplicitare le ragioni che imponevano l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata, che non era «stato sufficientemente chiarito che cosa si dovesse intendere per “propaganda armata”, che figura nelle linee programmatiche del PCPM: se essa dovesse essere rivolta esclusivamente verso obiettivi “di elezione”, in modo da ottenere un effetto paradigmatico, innestando magari meccanismi di emulazione, oppure se si volesse, a tutti i costi, raggiungere determinati risultati di destabilizzazione, accettando anche il rischio di vittime collaterali, o se, addirittura, si volesse colpire indiscriminatamente la popolazione, per suscitare terrore, panico e insicurezza»<sup>13</sup>.

Tali incertezze probatorie, in conseguenza delle quali si imponeva l'annullamento con rinvio della decisione di appello, dovevano essere superate tenendo conto della struttura delle fattispecie associative terroristiche di cui agli artt. 270-bis e 306 cod. pen., così come contestate agli imputati, che, secondo la sentenza di legittimità in esame, si connotano per il dolo specifico «costituito dallo scopo di commettere delitti contro la personalità interna o internazionale dello Stato, nonché per la organizzazione in banda e la disponibilità di armi; non è però richiesto che la gerarchia interna sia di tipo militare e che ciascun partecipante sia effettivamente armato, essendo sufficiente la disponibilità e, quindi, la concreta possibilità di utilizzare le armi da parte degli associati»<sup>14</sup>.

*2.3. Il problema dell'applicazione dell'aggravante di terrorismo di cui all'art. 1 della legge 6 febbraio 1980, n. 15.*

---

<sup>12</sup> Si veda Cass., Sez. V, n. 12252 del 23 febbraio 2012, Bortolato, cit.

<sup>13</sup> Si veda Cass., Sez. V, n. 12252 del 23 febbraio 2012, Bortolato, cit.

<sup>14</sup> Si veda Cass., Sez. V, n. 12252 del 23 febbraio 2012, Bortolato, cit.

La sentenza di legittimità in esame, in ultimo, si soffermava sull'aggravante di terrorismo, così come prevista dall'art. 1 della legge 6 febbraio 1980, n. 15, evidenziando che «una volta modificato l'[art. 270-bis c.p.](#) (ad opera, come si è visto della [L. n. 438 del 2001](#)), una volta, vale a dire, che la violenza terroristica è entrata a far parte della struttura del reato [...] il medesimo elemento non può essere considerato come circostanza aggravante dello stesso»<sup>15</sup>.

Si affermava, pertanto, allo scopo di escluderne l'applicazione alle fattispecie oggetto di contestazione, che la circostanza aggravante in questione «è inapplicabile tanto alla figura incriminatrice ex [art. 270-bis c.p.](#), perché ne è elemento costitutivo, quanto al delitto ex [art. 270 c.p.](#), integrando quel *quid pluris* che costituisce la nota di specialità che distingue i due delitti»<sup>16</sup>.

*3. La finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico e le associazioni terroristiche dell'estrema destra stragista: la sentenza "Maggi".*

In questo procedimento penale, trattato nella fase della cognizione dalla Corte di Cassazione, Prima sezione penale, si esaminano questioni ermeneutiche riguardanti fenomeni terroristici di estrema destra, concernenti le associazioni terroristiche denominate "Ordine Nuovo" e "Ordine Nero", che risultano tra loro intimamente collegate, in funzione del perseguimento di obiettivi eversivi attuati sul territorio italiano con una strategia stragista.

In tale ambito, risultavano imputati Carlo Maria Maggi e Maurizio Tramonte, nei cui confronti veniva confermato il giudizio di responsabilità pronunciato dalla Corte di assise di Milano per i fatti di reato riconducibili alla "Strage di Piazza della Loggia".

*3.1. Le caratteristiche operative delle associazioni terroristiche denominate "Ordine nuovo" e "Ordine nero" nel contesto dell'eversione dell'estrema destra italiana.*

Nel procedimento penale in questione si evidenziava che tutti gli elementi probatori acquisiti imponevano di ritenere gli imputati Carlo Maria Maggi e Maurizio Tramonte due esponenti di spicco dell'area dell'estrema a destra eversiva di matrice stragista, alla quale la "Strage di Piazza della Loggia" era sicuramente riconducibile.

---

<sup>15</sup> Si veda Cass., Sez. V, n. 12252 del 23 febbraio 2012, Bortolato, cit.

<sup>16</sup> Si veda Cass., Sez. V, n. 12252 del 23 febbraio 2012, Bortolato, cit.

Occorre, però, precisare che in questo procedimento penale non si controverteva sull'esistenza di fattispecie associative terroristiche, che erano state giudicate in un procedimento separato, con la conseguenza che le finalità eversive, pur decisive per valutare i fatti delittuosi in contestazione, venivano in rilievo solo indirettamente, per comprendere le strategie sottese alle condotte illecite oggetto di vaglio, che potevano essere comprese solo attraverso le strategie stragiste di cui sono espressione.

In questo contesto, secondo la Corte di cassazione, Sezione Prima penale, il nucleo centrale del percorso argomentativo seguito per affermare la riconducibilità della “Strage di Piazza della Loggia” alla strategia eversiva di matrice stragista dell'estrema destra dell'epoca traeva origine dal dato processuale secondo cui l'imputato Carlo Maria Maggi «era uno degli ideologi della strategia stragista sul piano nazionale; era uno degli organizzatori del gruppo di “Ordine Nero”, nel quale erano confluiti i componenti del disciolto “Ordine Nuovo”, oltre ad alcuni nuovi aderenti all'area eversiva in questione; controllava una cellula eversiva, avente struttura militare e capacità di organizzare attentati, già operativa nel territorio veneto; disponeva di autonomi canali di approvvigionamento di armi ed esplosivi, tra cui la gelignite, che è la sostanza esplosiva utilizzata per il confezionamento dell'ordigno fatto detonare in Piazza della Loggia; disponeva di un armiere con elevate capacità tecniche, come Carlo Digilio, per confezionare ordigni di portata devastante; aveva maturato la consapevolezza, attraverso le molteplici riunioni preparatorie, di potere contare, a livello locale e nazionale, sulle coperture di appartenenti agli apparati dello Stato e ai servizi di sicurezza, italiani ed esteri»<sup>17</sup>.

Sulla base di tali elementi probatori e più in generale degli accertamenti processuali relativi alle condotte preparatorie dell'attentato bresciano, che venivano correlate alle attività di elaborazione ideologica, di organizzazione logistica e di proselitismo portate avanti dall'inizio degli anni Settanta dalle cellule eversive nella quale gravitavano gli imputati, secondo quanto affermato nella pronuncia in esame, risultava «indiscutibile, alla stregua di quanto emerso sull'attività preparatoria dell'attentato bresciano e sull'inserimento di questo in una precisa strategia eversiva, che la “Strage di Piazza della Loggia” rientrasse nel programma di destabilizzazione dell'assetto istituzionale perseguito dall'area dell'estrema destra italiana, del quale Maggi era un tenace

---

<sup>17</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 41585 del 20 giugno 2017, Maggi, cit.

assertore, ponendosi in tale contesto eversivo come uno dei responsabili [...] dell'ideologia stragistica che si sta considerando»<sup>18</sup>.

Sulla scorta di tali elementi probatori si ribadiva «l'assoluta supremazia di Maggi nell'ambito del gruppo eversivo operante nell'area veneta e, più in generale, il suo ruolo carismatico nell'ambiente dell'estrema destra dell'Italia settentrionale, che risulta confermato da una pluralità di soggetti escussi nel dibattimento davanti alla Corte di assise di Brescia, la maggior parte dei quali esaminati anche nel dibattimento celebrato davanti alla Corte di assise di Milano, nel processo per la “Strage di Piazza Fontana”»<sup>19</sup>.

Basti considerare, in proposito, alle «dichiarazioni acquisite nel presente procedimento dai testi Marco Affatigato, Pietro Battiston, Marzio Dedemo, Martino Siciliano e Vincenzo Vinciguerra, alle cui prodezze – ritenute indispensabili per inquadrare Maggi nel contesto dell'ideologia stragista affermatasi in seno all'area dell'estrema destra eversiva – si faceva espressamente riferimento nella sentenza impugnata, nella quale l'imputato veniva univocamente individuato come l'esponente di riferimento delle forze ordinoviste di matrice rautiana per l'Italia settentrionale»<sup>20</sup>.

L'inserimento del programma di “Ordine Nuovo” e di “Ordine Nero” in uno scenario eversivo di rilievo nazionale di matrice stragista, del resto, costituiva un dato processuale che la Corte di Cassazione riteneva incontrovertibile, discendendo dal fatto che Tramonte e Maggi erano stati designati per partecipare «all'incontro ristretto che si sarebbe dovuto tenere a Roma con Giuseppe Umberto (detto “Pino”) Rauti, ai primi di agosto del 1974, per programmare l'attività operativa dell'estrema destra extraparlamentare per l'autunno successivo e mettere a punto la futura strategia eversiva, con lo spostamento dell'attività terroristica nei centri urbani minori e il potenziamento di strutture di copertura delle attività illegali, quali i centri sportivi “Fiamma” [...]»<sup>21</sup>.

In questa cornice processuale, appare utile citare un altro passaggio motivazionale della sentenza di legittimità in esame, nel quale si richiamavano alcuni incontri svolti dall'imputato Maurizio Tramonte nel contesto dell'eversione stragistica dell'estrema destra dell'epoca, evidenziandosi: «La partecipazione di Tramonte a riunioni svoltesi nell'ambiente dell'eversione di estrema destra veneta, del resto, costituiva un dato processuale, oltre che ammesso dallo stesso

---

<sup>18</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 41585 del 20 giugno 2017, Maggi, cit.

<sup>19</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 41585 del 20 giugno 2017, Maggi, cit.

<sup>20</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 41585 del 20 giugno 2017, Maggi, cit.

<sup>21</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 41585 del 20 giugno 2017, Maggi, cit.

imputato, incontrovertito e dimostrato da ulteriori elementi probatori. Tra questi occorre richiamate le note informative [...] redatte dal mar. Felli nel corso del suo rapporto investigativo con Tramonte, dalle quali emergeva la partecipazione dell'imputato a un raduno svoltosi a Bellinzona e la programmazione di un incontro con Giuseppe (detto "Pino") Umberto Rauti, vertenti [...], su "temi di estrema rilevanza per l'assetto organizzativo ed operativo della nuova formazione terroristica, inglobante gli ex ordinovisti"»<sup>22</sup>.

*3.2. Il problema dell'accertamento dei fatti in contestazione a notevole distanza di tempo dagli accadimenti stragistici.*

La questione fondamentale del processo sulla "Strage di Piazza della Loggia", secondo quanto evidenziato dalla Corte di Cassazione, Prima sezione penale nella sentenza di legittimità in esame, riguarda la valutazione giurisdizionale del compendio probatorio acquisito nel corso di una pluralità di procedimenti penali, di matrice eminentemente indiziaria, a distanza di più di quarant'anni dai fatti delittuosi oggetto di vaglio. Nel compiere tale ricognizione, al contempo, non si può fare a meno di evidenziare che sulla "Strage di Piazza della Loggia", prima della sentenza di legittimità che si sta considerando, erano stati celebrati altri sette procedimenti penali, senza il raggiungimento di alcuna verità processuale.

In questa stratificata cornice, la Corte di Cassazione, Prima sezione penale, evidenziava che il compendio probatorio acquisito ed elaborato nel corso dei procedimenti penali relativi alla "Strage di Piazza della Loggia" aveva carattere indiziario e non poteva essere valutato alla stregua dei parametri applicabili per i processi fondati su fonti di prova esclusivamente dichiarative.

Tali affermazioni sulla valutazione del compendio probatorio acquisito nel rispetto dei principi sul processo indiziario venivano supportate dalla Corte di Cassazione mediante il rinvio all'orientamento ermeneutico consolidato in seno alla giurisprudenza di legittimità, secondo cui «nel processo penale indiziario, il giudice di merito deve compiere una duplice operazione, atteso che, dapprima, gli è fatto obbligo di procedere alla valutazione dell'elemento indiziario singolarmente considerato, per stabilire se presenti o meno il requisito della precisione e per vagliarne l'attitudine dimostrativa; successivamente, occorre procedere a un esame complessivo degli elementi indiziari acquisiti [...], allo scopo di appurare se i margini di ambiguità, correlati a

---

<sup>22</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 41585 del 20 giugno 2017, Maggi, cit.

ciascuno di essi, possano essere superati in una visione unitaria<sup>23</sup>, in modo da consentire l'attribuzione del fatto illecito all'imputato, pur in assenza di una prova diretta di reità, sulla base di un complesso di dati, che saldandosi logicamente, conducano necessariamente a un giudizio di colpevolezza come esito inevitabile[...] e, dunque, oltre "ogni ragionevole dubbio"<sup>24</sup>.

Nella pronuncia in esame, al contempo, si evidenziava, in linea con la giurisprudenza consolidata di questa Corte in tema di valutazione della prova indiziaria, il giudice di merito «non può limitarsi ad una valutazione atomistica e parcellizzata degli indizi, né procedere ad una mera sommatoria di questi ultimi, ma deve, preliminarmente, valutare i singoli elementi indiziari per verificarne la certezza [...] e l'intrinseca valenza dimostrativa [...] e, successivamente, procedere ad un esame globale degli elementi certi, per accertare se la relativa ambiguità di ciascuno di essi, isolatamente considerato, possa in una visione unitaria risolversi, consentendo di attribuire il reato all'imputato "al di là di ogni ragionevole dubbio"<sup>25</sup> e, cioè, con un alto grado di credibilità razionale, sussistente anche qualora le ipotesi alternative, pur astrattamente formulabili, siano prive di qualsiasi concreto riscontro nelle risultanze processuali ed estranee all'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana»<sup>26</sup>.

Queste conclusioni, secondo la Corte di legittimità si ponevano in linea con la giurisprudenza di legittimità consolidata, espressamente richiamata, secondo cui: «L'indizio è un fatto certo dal quale, per interferenza logica basata su regole di esperienza consolidate ed affidabili, si perviene alla dimostrazione del fatto incerto da provare secondo lo schema del cosiddetto sillogismo giudiziario. È possibile che da un fatto accertato sia logicamente desumibile una sola conseguenza, ma di norma il fatto indiziante è significativo di una pluralità di fatti non noti ed in tal caso può pervenirsi al superamento della relativa ambiguità indicativa dei singoli indizi applicando la regola metodologica fissata nell'art. 192, comma secondo, cod. proc. pen. [...]. Acquisita la valenza indicativa [...] di ciascun indizio deve allora passarsi al momento metodologico successivo dell'esame globale ed unitario, attraverso il quale la relativa ambiguità indicativa di ciascun elemento probatorio può risolversi, perché nella valutazione complessiva ciascun indizio si somma

---

<sup>23</sup> Si vedano soprattutto Cass., Sez. I, n. 26455 del 26 marzo 2013, Knox, Rv. 255677; Cass., Sez. I, n. 13671 del 26 novembre 1998, Buiono, Rv. 212026.

<sup>24</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 41585 del 20 giugno 2017, Maggi, cit.

<sup>25</sup> Si vedano soprattutto Cass., Sez. I, n. 20461 del 12 aprile 2016, Graziadei, Rv. 266941; Cass., Sez. II, n. 42482 del 19 settembre 2013, Kuzmanovic, Rv. 256967.

<sup>26</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 41585 del 20 giugno 2017, Maggi, cit.

e si integra con gli altri, di tal che l'insieme può assumere quel pregnante ed univoco significato dimostrativo che consente di ritenere conseguita la prova logica del fatto [...]»<sup>27</sup>.

L'inquadramento del compendio probatorio acquisito nell'ambito del procedimento indiziario, al contempo, consentiva di superare il problema della valutazione da parte del giudice di appello delle prove orali acquisite nei giudizi di merito, che erano state ritenute utili ai fini della decisione adottate, ma che non erano state rinnovate dalla Corte di assise di appello di Milano, con la possibile violazione dei principi affermati dalle Sezioni unite alla luce della sentenza emessa dalla Corte EDU nel caso Dan contro Moldavia<sup>28</sup>.

Nel caso di specie, secondo quanto affermato nella sentenza di legittimità in esame, tale «vaglio di utilizzabilità delle dichiarazioni acquisite nel processo di primo grado deve essere effettuato in relazione alle dichiarazioni rese dall'imputato Maurizio Tramonte e dai testi Pietro Battiston e Maurizio Zotto, cui si riferiva espressamente nei suoi atti di impugnazione la difesa di Carlo Maria Maggi, le cui provalazioni venivano rivalutate dalla Corte di assise di appello di Milano alla luce delle indicazioni ermeneutiche fornitegli dalla Corte di cassazione, Sezione penale quinta, con la sentenza di annullamento con rinvio [...]»<sup>29</sup>.

Com'è noto, nella sentenza emessa dalla Corte EDU nel caso Dan contro Moldavia, in uno dei passaggi centrali di tale decisione, espressamente richiamati nella sentenza di legittimità che si sta considerando, si affermava testualmente: «La Corte ritiene che coloro che hanno la responsabilità di decidere la colpevolezza o l'innocenza di un imputato dovrebbero, in linea di massima, poter udire i testimoni personalmente e valutare la loro attendibilità. La valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate [...]»<sup>30</sup>.

La decisione della Corte EDU che si sta considerando, pertanto, riguarda «un'ipotesi di *reformatio in pejus* di un procedimento penale celebrato nelle forme ordinarie, all'esito del quale il giudice di primo grado assolveva l'imputato perché non aveva creduto ai testimoni dopo averli esaminati; mentre, il giudice di secondo grado, senza procedere a un nuovo esame dei testi, ma

---

<sup>27</sup> Si veda Cass., Sez. un., n. 6682 del 4 febbraio 1992, Musumeci, Rv. 191230.

<sup>28</sup> Si veda Cass., Sez. un., n. 27620 del 28 aprile 2016, Dasgupta, Rv. 267486.

<sup>29</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 41585 del 20 giugno 2017, Maggi, cit.

<sup>30</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 41585 del 20 giugno 2017, Maggi, cit.

basandosi esclusivamente su una diversa valutazione delle loro dichiarazioni [...] era pervenuto a una differente decisione, sfavorevole all'imputato»<sup>31</sup>.

Tuttavia, secondo quanto affermato nella decisione di legittimità in esame, con specifico riferimento ai principi affermati dalla Corte EDU nella sentenza Dan contro Moldavia, queste «condizioni processuali non sono esportabili alla vicenda giurisdizionale in esame, essendo incontrovertibile che la riforma della decisione emessa nei confronti di Tramonte e di Maggi dalla Corte di assise di Brescia veniva pronunciata dalla Corte di assise di appello di Milano non già sulla base di un riesame delle fonti dichiarative ritenute determinanti a fini della riforma in senso peggiorativo della sentenza appellata, ma attraverso un'operazione di ermeneutica processuale fondata sulla rivalutazione complessiva del compendio indiziario acquisito nel giudizio di primo grado, imposta dalla Corte di cassazione, Quinta sezione penale, con la sentenza di annullamento con rinvio [...]»<sup>32</sup>.

Sulla scorta di una tale ricostruzione del percorso ermeneutico seguito nella sentenza in esame, con riferimento ai principi affermati dalla Corte EDU nella sentenza Dan contro Moldavia, si evidenziava conclusivamente che «nessuna violazione dei principi affermati dalla Corte EDU nel caso Dan contro Moldavia può essere ravvisata nel percorso argomentativo seguito dalla Corte di assise di appello di Milano, non potendosi ritenere [...] decisive, ai fini della formulazione del giudizio di colpevolezza nei confronti di Carlo Maria Maggi, le dichiarazioni rese dall'imputato Maurizio Tramonte e dai testi Pietro Battiston e Maurizio Zotto»<sup>33</sup>.

#### *4. La finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico e le associazioni terroristiche di matrice secessionista: la sentenza "Buson".*

In questo procedimento penale, trattato nella fase della cognizione dalla Corte di cassazione, Sesta sezione penale, si affrontano questioni ermeneutiche riguardanti fenomeni terroristici di matrice secessionista concernenti l'associazione denominata "Veneto Serenissimo Governo", in relazione ai quali si contestavano agli imputati le fattispecie di cui agli artt. 270-bis e 306 cod. pen.

---

<sup>31</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 41585 del 20 giugno 2017, Maggi, cit.

<sup>32</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 41585 del 20 giugno 2017, Maggi, cit.

<sup>33</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 41585 del 20 giugno 2017, Maggi, cit.

*4.1. Le caratteristiche strutturali dell'associazione terroristica denominata "Veneto Serenissimo Governo".*

Secondo quanto affermato dalla Corte di Cassazione, Sesta sezione penale, alla quale veniva richiesto il vaglio della sentenza di appello, che si era espressa in dissenso dalla prima sentenza, che aveva formulato un giudizio di colpevolezza nei confronti degli imputati, la struttura «organizzativa di cui facevano parte gli imputati aveva consapevolmente accettato, teorizzato e organizzato il compimento di atti violenti con finalità di eversione dell'ordine democratico. Tuttavia, la statuizione assolutoria doveva essere confermata, perché tale struttura organizzata doveva ritenersi inidonea al perseguimento dello scopo, data l'assoluta carenza di disponibilità strumentali (limitate a un mab e a due trattori (i cosiddetti "tanki") l'uno trasformato in un rudimentale veicolo lanciafiamme e l'altro utilizzabile in non meglio precisate azioni dimostrative con uso di esplosivo, con conseguente non configurabilità del delitto contestato, in accordo con la giurisprudenza della Corte di cassazione»<sup>34</sup>.

Il nucleo centrale della decisione in esame, pertanto, riguardava la possibilità che la struttura associativa di cui disponeva il gruppo denominato "Veneto Serenissimo Governo" possedesse delle caratteristiche idonee a fare ritenere configurabili le fattispecie associative contestate agli imputati, anche tenuto conto degli episodi sintomatici dell'operatività di tale consorteria, eminentemente costituito dallo sbarco nella Piazza San Marco di Venezia.

*4.2. I problemi di inquadramento sistematico delle fattispecie associative contestate agli imputati.*

Il problema ermeneutico centrale di questo procedimento penale, secondo quanto evidenziato dalla Corte di Cassazione, Sesta sezione penale, era quello, collegato all'impugnazione proposta dal Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di appello di Venezia, che sosteneva che la decisione di appello contro cui si ricorreva non aveva dato conto della «esistenza di un'associazione con finalità eversive riuscita a mantenere nel tempo un programma da un lato teso all'acquisizione di armi (quali i "tanki" teleguidati) e al reperimento di luoghi ove nasconderli, dall'altro a operare all'esterno con attività propagandistica, interferendo anche abusivamente nei canali televisivi nazionali. Questa condotta aveva ben superato il momento dell'adesione a un programma eversivo, estrinsecandosi in concrete realizzazioni di tali finalità, come dimostrato dall'assalto al campanile, operato attraverso l'abbordaggio e l'occupazione di un vaporetto, il sequestro del personale e lo

---

<sup>34</sup> Si veda Cass., Sez. VI, n. 26151 del 16 marzo 2011, Buson, cit.

sbarco in piazza San Marco, con la piena sorpresa delle forze di polizia; poco importando che l'azione sia stata poi neutralizzata, perché ciò che importa ai fini della valutazione della capacità eversiva non sono le attività realizzate in esecuzione del piano eversivo ma le potenzialità insite nell'associazione»<sup>35</sup>.

Tenuto conto delle censure proposte e del compendio probatorio esaminato, la Corte di Cassazione confermava l'impostazione della sentenza impugnata e ribadiva, in linea con alcuni precedenti interventi giurisprudenziali, che il sodalizio denominato "Veneto Serenissimo Governo", pur perseguendo «un programma eversivo dell'ordine democratico e pur proponendosi atti di violenza, era tuttavia strutturalmente inidoneo al perseguimento dello scopo eversivo, data l'assoluta carenza di disponibilità strumentali che tale programma potessero attuare»<sup>36</sup>.

Le conclusioni formulate nella pronuncia in esame, dunque, appaiono perfettamente in linea con la giurisprudenza di legittimità<sup>37</sup>, che ha reiteratamente avuto modo «di precisare come ai fini della configurabilità del delitto di associazione con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico ([art. 270-bis cod. pen.](#)), pur non essendo necessaria la realizzazione dei reati oggetto del programma criminoso, essendo sufficiente l'esistenza di un programma, attuale e concreto, diretto alla realizzazione di quelle finalità, occorre tuttavia che ricorra una struttura organizzativa stabile e permanente che, per quanto rudimentale, presenti un grado di effettività tale da rendere possibile l'attuazione del programma»<sup>38</sup>.

Nel caso di specie, l'idoneità dell'organismo associativo esaminato a perseguire gli scopi eversivi non poteva ritenersi dimostrata dalla concreta realizzazione del programma, attraverso l'assalto al campanile mediante l'abbordaggio a un vaporetto e allo sbarco in Piazza San Marco, realizzati dagli esponenti dell'associazione denominata "Veneto Serenissimo Governo", atteso che in questo modo «da un lato si confonde l'elemento della idoneità potenziale della struttura associativa a realizzare gli scopi presi in considerazione dalla norma con gli atti esecutivi di quel programma che siano stati (eventualmente) in concreto posti in essere, dall'altro si contrasta la valutazione in punto di fatto, circa la inidoneità dei mezzi strumentali a disposizione della

---

<sup>35</sup> Si veda Cass., Sez. VI, n. 26151 del 16 marzo 2011, Buson, cit.

<sup>36</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 26151 del 16 marzo 2011, Buson, cit.

<sup>37</sup> Si vedano soprattutto Cass., Sez. VI, n. 25863 dell'8 maggio 2009, Schedilo, Rv. 244367; Cass., Sez. I, n. 21686 del 22 aprile 2008, Fabiani, Rv. 240075.

<sup>38</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 26151 del 16 marzo 2011, Buson, cit.

organizzazione (in particolare, i cd. due “tanki”) a sostenere e rendere possibile l’attuazione di un disegno eversivo»<sup>39</sup>.

Sulla scorta di tali considerazioni, come detto, il ricorso proposto dal Procuratore generale presso la Corte di appello di Venezia veniva dichiarato inammissibile.

*5. La finalità di terrorismo e di eversione dell’ordine democratico e le associazioni terroristiche di matrice No-TAV: la sentenza “Alberto”.*

In questo procedimento, riguardante l’attentato di Chiomonte verificatosi il 14/05/2013, trattato nella fase cautelare dalla Corte di Cassazione, Sesta sezione penale, si esaminano questioni ermeneutiche riguardanti fenomeni di “terrorismo ambientale” collegati ai movimenti denominati *No-TAV* che si oppongono alla realizzazione delle opere infrastrutturali di collegamento tra l’Italia e la Francia nella Val di Susa. In questo contesto, si contestavano agli indagati i reati di cui agli artt. 280 cod. pen. intitolato «Attentato per finalità terroristiche e di eversione» e 280-*bis* cod. pen. intitolato «Atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi».

Tale pronuncia, per la sua eccelsa ricostruzione dei fenomeni terroristici affrontati merita di essere segnalata, costituendo un punto di riferimento insostituibile per la ricostruzione quarantennale compiuta dalla giurisprudenza di legittimità che si è occupata dei fenomeni di terrorismo e di eversione dell’ordine democratico.

*5.1. Il problema della sussistenza delle finalità di terrorismo contestate agli imputati.*

Nella sentenza di legittimità che stiamo considerando si evidenziava anzitutto che «per l’integrazione dei reati puniti agli artt. 280 e 280-*bis* cod. pen. è necessario il compimento, per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico (dunque costituzionale), di atti idonei diretti in modo non equivoco a provocare gli eventi posti sullo sfondo delle rispettive fattispecie, con un atteggiamento della volontà direttamente mirato alla produzione degli eventi medesimi. In particolare, il delitto di Attentato con finalità terroristiche o di eversione è segnato, sul piano soggettivo, da un doppio finalismo dell’agente. L’azione deve essere anzitutto ispirata dal fine di eversione dell’ordine democratico o da quello, qui rilevante, di terrorismo [...]. Al tempo stesso, l’azione deve mirare a provocare morte o lesioni in danno di una persona, quali avvenimenti

---

<sup>39</sup> Si veda Cass., Sez. I, n. 26151 del 16 marzo 2011, Buson, cit.

strumentali allo scopo. La morte o le lesioni sono dunque gli eventi naturalistici verso i quali si orienta la condotta tipica. È rispetto a tali esiti che va misurata l'idoneità e la univocità degli atti compiuti dall'agente. Ed è rispetto a tali esiti, per tutto quanto si è detto, che deve direttamente (e non eventualmente) dirigersi la volontà dello stesso agente»<sup>40</sup>.

Nella cornice ermeneutica descritta, la Corte di Cassazione evidenziava che il nucleo centrale della decisione che si trovava a valutare era costituito dal fatto che «nel provvedimento impugnato viene assunta una ricostruzione dei fatti non sufficientemente argomentata, per poi desumerne, comunque, conseguenze giuridicamente scorrette»<sup>41</sup>.

Si evidenziava, innanzitutto, che «la pressione illegalmente attuata sull'autorità pubblica deve presentare, in quanto tale, un connotato di idoneità alla produzione dell'evento "costrizione", e non semplicemente un finalismo soggettivamente orientato in tal senso. Tale connotato, al tempo stesso, deve essere oggetto di rappresentazione e volizione da parte dell'agente. È vero allora, come ha notato il Tribunale, che l'idoneità dell'azione deve essere misurata in base al "contesto" nel quale la stessa è calata»<sup>42</sup>.

Si evidenziava, tuttavia, che nel contesto ritenuto indispensabile per la configurazione dei fatti delittuosi che si stanno considerando «non può essere compresa la pressione legittimamente esercitata da movimenti politici e gruppi di cittadini: la "costrizione", come si ricorderà, deve essere indebita, ed anzi propriamente connessa alla natura "terroristica" dell'azione. È inutile ribadire che una dilatazione impropria [...] della nozione di terrorismo rischia di condizionare meccanismi pienamente legittimi, sul piano costituzionale, di concorso nell'orientamento delle scelte politiche. E ciò si nota, ad esempio, a proposito dei poco selettivi riferimenti del Tribunale, in punto di identificazione del "grave danno" per il Paese, ai ritardi nella realizzazione dell'opera od alle spese sostenute per l'ordine pubblico»<sup>43</sup>.

*5.2. L'accertamento del contesto nel quale l'attentato di Chiomonte si era verificato e delle finalità concretamente perseguite.*

Inoltre, secondo quanto evidenziato dalla Corte di legittimità, il riferimento al contesto nel quale l'azione illecita era stata eseguita doveva essere svolto sotto un ulteriore profilo, essendo

---

<sup>40</sup> Si veda Cass., Sez. VI, n. 28009 del 15 maggio 2014, Alberto, cit.

<sup>41</sup> Si veda Cass., Sez. VI, n. 28009 del 15 maggio 2014, Alberto, cit.

<sup>42</sup> Si veda Cass., Sez. VI, n. 28009 del 15 maggio 2014, Alberto, cit.

<sup>43</sup> Si veda Cass., Sez. VI, n. 28009 del 15 maggio 2014, Alberto, cit.

necessario che «l'idoneità sia misurata con riferimento al tempo in cui il fatto viene commesso, e con riguardo ad attività conosciute dall'agente, che può quindi rappresentarsele come fattori causali concorrenti nella produzione del rischio tipico»<sup>44</sup>.

Ne derivava che tale contestualizzazione andava attuata dal giudice del riesame tenuto conto che «la parte rilevante dei fatti indicati, per quantità e comunque per qualità, si trovi a valle dell'assalto di cui si discute nella sede presente, tanto che lo stesso si configura come una sorta di «salto di qualità», anche per il ricorso «massivo» alle armi [...]: ricorso che solo in seguito sarebbe stato progettato un'altra volta, ma non attuato [...]»<sup>45</sup>.

Quanto alla natura «dell'azione [...], la stessa non può essere valorizzata in astratto, ma nella sua specifica capacità di implementare l'effetto di “costrizione” verso il potere pubblico, tanto che il Tribunale l'ha sostanzialmente riferita ad un finalismo omicida del quale, però, vanno verificate le basi probatorie»<sup>46</sup>.

In questa cornice, la Corte di cassazione evidenziava che la matrice «“terroristica” dell'assalto di Chiomonte non può essere efficacemente contestata in base alla generica denuncia di una sproporzione di “scala” tra i modesti danni materiali provocati [...] ed il macroevento di rischio cui la legge condiziona la nozione di terrorismo. Tuttavia, affinché le esigenze dell'offensività e della tassatività restino assicurate anche sul piano concreto, occorre una valutazione stringente della effettiva potenzialità lesiva della condotta»<sup>47</sup>.

Si concludeva, pertanto, che il «Giudice del rinvio dovrà [...] verificare se, per gli effetti direttamente riferibili al fatto contestato, come tali rappresentati e voluti dagli autori nel “contesto” in cui calavano la propria azione, si sia creata una apprezzabile possibilità di rinuncia da parte dello Stato alla prosecuzione dell'opera TAV, e di un grave danno che sia effettivamente connesso a tale rinuncia o, comunque, all'azione indebitamente mirata a quel fine»<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Si veda Cass., Sez. VI, n. 28009 del 15 maggio 2014, Alberto, cit.

<sup>45</sup> Si veda Cass., Sez. VI, n. 28009 del 15 maggio 2014, Alberto, cit.

<sup>46</sup> Si veda Cass., Sez. VI, n. 28009 del 15 maggio 2014, Alberto, cit.

<sup>47</sup> Si veda Cass., Sez. VI, n. 28009 del 15 maggio 2014, Alberto, cit.

<sup>48</sup> Si veda Cass., Sez. VI, n. 28009 del 15 maggio 2014, Alberto, cit.

CESARE PARODI

## **L'acquisizione della prova digitale<sup>1</sup>**

Sommario: 1. Premessa - 1.1. Il concetto di prova digitale - 1.2. Documento informatico e sistema informatico - 2. L'acquisizione - 2.1 Le indicazioni operative: la perquisizione - 2.2 Il problema della "macchina accesa". - 2.3 Perquisizione e cloud - 2.4 L'accesso alle aree protette - 2.5 Le copie forensi - 2.6 L'oggetto dell'acquisizione - 2.7 In particolare, le "acquisizioni" nei confronti dei giornalisti - 2.8 L'acquisizione dei file di log - 2.9 L'acquisizione tramite captatore - 2.10 L'acquisizione della messaggistica istantanea - 2.11 Messaggistica e decrittazione.

### **1. - Premessa**

#### **1.1. - Il concetto di prova digitale**

Molto è stato detto, da alcuni anni a questa parte, sulla prova digitale: il fascino e la rilevanza del tema (e in sintesi, la pervasività, dell'informatica e degli strumenti informatici e telematici in ogni settore della società) non potevano non suscitare un dibattito, ricco e "polifonico", ben potendo su tale argomento svilupparsi un dialogo non solo tra portatori di differenti competenze, quanto - anche (o forse, in particolare) - tra differenti visioni giuridiche.

D'altro canto, la capillare e inarrestabile diffusione di dispositivi digitali destinati a un sempre maggiore numero di funzioni e di soggetti - in grado di memorizzare e conservare grandi quantità di dati, informazioni, rappresentazioni di fatti coinvolgenti la maggior parte degli aspetti della vita privata e professionale di ognuno di noi - non poteva che portare a una simile, per certi aspetti ossessiva, attenzione.

Anche per questo, prima di affrontare nel dettaglio profili strettamente pratico/operativi, paiono necessari alcuni brevissimi cenni di inquadramento di natura generale, per delineare i termini di alcuni problemi o per escluderne altri.

Secondo una nota definizione, è definita prova digitale il «*complesso delle informazioni digitali che sono in grado di stabilire se un crimine è stato commesso o che possono rappresentare un collegamento tra un crimine e i suoi esecutori*»<sup>2</sup>: in sostanza, qualsiasi dato o informazione di natura digitale in grado di assumere una valenza probatoria.

---

<sup>1</sup> Estratto dalla relazione tenuta al corso SSM - Progresso scientifico e giudizio di merito: nuove scienze, prove atipiche, perizia, Roma, Sede dell'Accademia Nazionale dei Lincei, Palazzo Corsini, 11-13 settembre 2019.

<sup>2</sup> Così E. Casey, Digital evidence and computer crime, in Academic Press, 2000, p. 196 ss.

Anacronistica, ormai, l'equazione prova digitale/reati informatici: la prova digitale in senso lato rileva per un numero straordinariamente elevato di ipotesi delittuose anche "tradizionali", considerando che un qualsiasi apparato digitale può:

- essere strumento necessario per la commissione di reati
- contenere le prove di reati di qualsiasi natura
- essere l'obiettivo di atti criminali.

In concreto, spesso accanto alla scena del crimine "tradizionale" si affianca quella del crimine "virtuale". Non solo: molti reati sono oramai commessi all'interno di contesti digitali, quali internet e sue specifiche applicazioni, come i social network.<sup>3</sup>

Conseguentemente, nell'ambito di un procedimento penale<sup>4</sup> devono essere con sempre maggiore frequenza impiegate conoscenze riconducibili alla categoria generale definita "computer forensics" o "informatica forense", ossia al settore di ricerca che studia le problematiche tecniche e giuridiche correlate alle investigazioni sui dati digitali, ossia su dati conservati e trasmessi con linguaggio binario, come tali caratterizzati da una non immediata percepibilità, la cui fruizione deve trovare luogo mediante specifiche operazioni tecniche, basate su principi informatici.<sup>5</sup>

La difficoltà per l'interprete è di conciliare la logica della scienza informatica, in costante evoluzione e ontologicamente "dinamica", con le esigenze di accertamento e di "certezze" logico argomentative tipiche del diritto penale, che devono a loro volta conciliare esigenze probatorie e garanzie difensive.

In realtà, il dato comune alla prova digitale non può che essere legato al linguaggio binario attraverso il quale la stessa entra nell'ambito dell'accertamento penale: sia essa direttamente legata

---

<sup>3</sup> Su questi temi, in generale L. Cuomo-R. Razzante, *La nuova disciplina dei reati informatici*, Torino, 2009; C. Parodi- A. Calice, *Internet e responsabilità penali*, Milano, 2001; F. Berghella-R. Blaiotta, *Diritto penale dell'informatica e beni giuridici*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2329; F. Bravo, *Crimini informatici e utilizzo dei mezzi di ricerca della prova nella conduzione delle indagini*, in *Riv. giur. polizia*, 1998, 3, p. 711; F. Buffa, *Internet e criminalità*, Milano, 2001; C. Serra-M. Strano, *Nuove frontiere della criminalità*, Milano, 1997; R. Flor, *Lotta alla "criminalità informatica" e tutela di tradizionali e nuovi diritti fondamentali nell'era di internet*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 settembre 2012.

<sup>4</sup> Senza dimenticare che la prova digitale ha assunto una rilevanza particolare anche rispetto alla valutazione della responsabilità amministrativa, contabile e tributaria e civile.

<sup>5</sup> In generale, su questi temi L. Luparia, *La disciplina processuale e le garanzie difensive*, in L. Luparia-G. Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Giuffrè, Milano, 2007; S. Aterno, *Digital Forensics (Investigazioni informatiche)*, in *Dig. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 217. L. Chirizzi, *Computer forensics: brevi cenni tecnici e procedurali sulla ricerca della fonte di prova informatica*, in *Cyberspazio e diritto*, 2006, 4, p. 463; S. Aterno, *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale*, in *Giur. merito*, 2013, 4, p. 955; L. Marafioti, *Digital evidence e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4509; G. Costabile, *Computer forensics e informatica investigativa alla luce della Legge n. 48 del 2008*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, 3, p. 465.

all'oggetto dell'attività illecita, sia alla documentazione di una qualsiasi forma di condotta (certamente, ma non solo, in relazione a tutte le forme di comunicazione- documentate attraverso i file di log- ma anche a fornire indirettamente ad es., la prova di attività illecite che si è cercato di occultare).

### **1.2.- Documento informatico e sistema informatico**

Il tema della prova digitale deve essere introdotto, inoltre, da una breve puntualizzazione su due concetti fondamentali in materia: documento informatico e sistema informatico.

Cosa si deve intendere per documento informatico? L'art. 234, 1° co, c.p.p., detta la disciplina generale dei documenti: *“È consentita l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo”*. Il documento informatico rientra tra il novero delle prove digitali, in qualsiasi forma si presenti e in relazione a qualsiasi contenuto. Per la S.C., i dati di carattere informatico contenuti nel computer, in quanto rappresentativi, alla stregua della previsione normativa, di cose, rientrano tra le prove documentali.<sup>6</sup>

Il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD-D.lgs. 82/2005) definisce il documento informatico come *“rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti”*, in contrapposizione al documento analogico (*“rappresentazione non informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti”*).

L'art. 1 lett. b. della Convenzione di Budapest definisce dato informatico *“qualunque presentazione di fatti, informazioni o concetti in forma suscettibile di essere utilizzata in un sistema computerizzato, incluso un programma in grado di consentire a un sistema computerizzato di svolgere una funzione”*.

Il Regolamento eIDAS n. 910/2014, a sua volta, definisce il documento elettronico come *“qualsiasi contenuto conservato in forma elettronica, in particolare testo o registrazione sonora, visiva o audiovisiva”*.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Cass., Sez. III, n. 37419, 5/7/2012, CED 253573 - 01

<sup>7</sup> Il Regolamento eIDAS (electronic IDentification Authentication and Signature) - Regolamento UE n. 910/2014 sull'identità digitale - ha l'obiettivo di fornire una base normativa a livello comunitario per i servizi fiduciari e i mezzi di identificazione elettronica degli stati membri. Il regolamento eIDAS fornisce una base normativa comune per interazioni elettroniche sicure fra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni e incrementa la sicurezza e l'efficacia dei servizi elettronici e delle transazioni di e-business e commercio elettronico nell'Unione Europea.

Ogni pubblica amministrazione è tenuta ad adeguare i propri sistemi di gestione informatica dei documenti in base alle regole tecniche per la formazione, l'archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici.

Devono essere classificati come “documenti” tutte le rappresentazioni di conoscenza, fatti, persone o cose comunque incorporate in qualsiasi base materiale, atteso che l’effettiva differenza fra un documento tradizionale e uno informatico deve essere ravvisata soltanto nelle modalità di incorporazione delle varie rappresentazioni.

In realtà ogni documento informatico può costituire prova digitale, ma esistono prove digitali che non necessariamente sono identificabili in documenti informatici: tra questi, certamente, i “flussi” di comunicazioni.

Di rilievo è anche il concetto di sistema informatico; la S.C. <sup>8</sup> ha precisato che deve ritenersi "sistema informatico" un complesso di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo, attraverso l'utilizzazione (anche parziale) di tecnologie informatiche, che sono caratterizzate - per mezzo di un'attività di "codificazione" e "decodificazione" -dalla "registrazione" o "memorizzazione", per mezzo di impulsi elettronici, su supporti adeguati, di "dati", cioè di rappresentazioni elementari di un fatto, effettuata attraverso simboli (bit), in combinazione diverse, e dall’elaborazione automatica di tali dati, in modo da generare "informazioni", costituite da un insieme più o meno vasto di dati organizzati secondo una logica che consenta loro di esprimere un particolare significato per l'utente “

La definizione, sebbene risalente, non è stata sostanzialmente modificata dalla S.C.; varie decisioni hanno ribadito che costituiscono un sistema informatico *«qualsiasi apparecchiature o gruppi di apparecchiature interconnesse o collegate, una o più delle quali, in base ad un programma, compiono l’elaborazione automatica dei dati»*.In particolare, un *«dispositivo elettronico assurge al rango di sistema informatico o telematico se si caratterizza per l’installazione di un software che ne sovrintende il funzionamento, per la capacità di utilizzare periferiche o dispositivi esterni, per l’interconnessione con altri apparecchi e per la molteplicità dei dati oggetto di trattamento»*.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Cass, sez VI, n. 3067, 14/12/1999, CED 214945

<sup>9</sup> Cass., S.U., n. 17325, 26/03/2015, CED 263020 - 01

Il concetto di sistema telematico deve per altro essere adeguato ai mutamenti tecnico/economici della realtà: l'art. 266 bis c.p.p. prevede con maggiore ampiezza rispetto all'art. 266 c.p.p. la possibilità di intercettazioni relative a flussi di comunicazioni tra sistemi informatici o telematici. Da tempo ormai l'intero sistema di telefonia, mobile e fissa, deve essere ritenuto un sistema telematico, fondato quindi su flussi di dati digitali, e ormai basato su protocollo IP (VoLTE) anche a livello utente, come riconosciuto anche dalla S.C.<sup>10</sup>; ciò non consente, tuttavia di ritenere automaticamente esteso l'ambito di operatività dell'art. 266 bis c.p.p. a tutte le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche ai sensi all'art. 266 c.p.p., solo in quanto aventi a oggetto captazioni di flussi informatici o telematici; in caso contrario avremmo una sostanziale sovrapposizione tra le indicazioni ( e i limiti) posti dal legislatore tra captazioni di conversazioni e quelle di flussi digitali.

## **2. - L'acquisizione**

Si tratta del punto – dei tre oggetto della presente relazione- indubbiamente più articolato e complesso (anche se non necessariamente di quello risolutivo). Un profilo strettamente correlato all'utilizzazione, laddove la “conservazione” assume una valenza fondamentale “in negativo”, nei casi in cui non siano assicurati, al riguardo, determinati standard. L'acquisizione deve essere esaminata partendo dalle differenti forme che la stessa può assumere nella realtà.

### **2.1 - Le indicazioni operative: la perquisizione**

Non pare concretamente praticabile la prospettiva che vede l'ispezione- atto con finalità meramente descrittive di persone, luoghi o cose, funzionale ad accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato- quale passaggio obbligato per il sequestro di documenti informatici, bypassando la perquisizione. Solo nel caso- statisticamente di non particolare rilievo- di ricerca di un singolo o di un numero limitato e specifico di file tale strada potrebbe assumere un significato. In effetti, nel sistema processualpenalistico, la perquisizione ex art 247 c.p.p. è il mezzo di ricerca della prova diretto a individuare e acquisire il corpo del reato o le cose pertinenti al reato e, nello specifico, funzionale a reperire, all'interno della memoria del pc/device/server i file di interesse.

Un atto sostanzialmente indispensabile, tenendo conto della natura “fragile” e facilmente modificabile del dato digitale, la cui acquisizione presuppone l'adozione di procedure idonee a

---

<sup>10</sup> Cass., sez. V, n 16556, 14/10/2009, CED 246954

garantire l'integrità e la genuinità della prova. La formazione, previo sequestro, di una copia per l'analisi destinata a tale ricerca (che può rivelarsi non facile e non breve), consente di ridurre - se non eliminare del tutto - gli inconvenienti che possono presentarsi in queste situazioni.

La l.n. 48/2008 è intervenuta sull'art. 247 c.p.p. introducendo il comma 1 bis c.p.p., che “tipizza” le “ricerche” in ambito informatico: *“Quando vi è fondato motivo di ritenere che dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato si trovino in un sistema informatico o telematico, ancorché protetto da misure di sicurezza, ne è disposta la perquisizione, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e a impedirne l'alterazione”*

In alternativa al decreto motivato disposto dal P.M. , ai sensi dell'art. 325 comma 1 bis c.p.p. *“nella flagranza del reato, ovvero nei casi in cui si deve procedere all'esecuzione di un'ordinanza che dispone la custodia cautelare, quando sussistono i presupposti e le altre condizioni previste dalla legge, gli ufficiali di polizia giudiziaria, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e a impedirne l'alterazione, procedono alla perquisizione di sistemi informatici o telematici, ancorché protetti da misure di sicurezza, se hanno fondato motivo di ritenere che in questi si trovino occultati dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato che possono essere cancellati o dispersi.”*

La perquisizione informatica non si presenta in termini univoci, in quanto le forme e le modalità delle stesse risultano fortemente condizionate non solo dall'oggetto della ricerca, ma anche dalla collocazione di tale oggetto e dalla tecnica utilizzata per l'acquisizione. Per altro, l'art 247 comma 1 bis c.p.p. indica la necessità di richiedere l'adozione di misure tecniche e di procedure idonee a garantire la conservazione dei dati informatici originali e la conformità e immutabilità delle copie estratte per evitare il rischio di alterazioni, senza tuttavia imporre misure e procedure tipizzate.<sup>11</sup>

In effetti, i dati digitali possono trovarsi nella disponibilità diretta dei soggetti fisici/giuridici oggetto dell'accertamento, ma anche in altro “luogo”, di non facile accessibilità.

È compito dell'interprete – in fase operativa prima e valutativa poi- individuare in base allo “stato dell'arte” le conoscenze e gli applicativi in grado di assicurare le esigenze generali indicate

---

<sup>11</sup> Cass., sez. III, n. 37644, 28/5/2015, CED 265180

dal legislatore. Conoscenze che - opportunamente - dovrebbero essere riversate e aggiornate in linee guida specifiche da parte dei singoli uffici e possibilmente concordate tra a.g. e p.g..<sup>12</sup>

La prima- e più semplice – ipotesi riguarda la perquisizione presso l’abitazione dell’indagato e/o i locali (studio professionale, azienda) dove s’ipotizza che i file siano reperibili. In questo secondo caso, si presenta la necessità- non infrequentemente- di dover “approcciare” realtà economicamente e tecnologicamente complesse.

In quest’ottica, una delle operazioni più importanti per la buona riuscita di una perquisizione informatica presso un’azienda è sicuramente quella di svolgere- per quanto possibile- un’accurata analisi della struttura della rete informatica dell’azienda stessa. Un’operazione tesa a identificare i locali maggiormente “significativi” nella disponibilità dei soggetti fisici o giuridici: medie e grandi imprese spesso hanno sedi operative e sedi amministrative separate, così che è fondamentale capire dove normalmente i direttori/responsabili dell’azienda e dei servizi di rete (C.E.O., IT Manager, amministratore di rete, responsabile sicurezza informatica, ecc.) svolgono il loro lavoro e “detengono” file potenzialmente rilevanti.

La presenza di tali soggetti, per la buona riuscita della perquisizione è fondamentale, trattandosi di figure aziendali che, oltre che conoscere perfettamente l’infrastruttura di rete dell’azienda per cui lavorano, hanno la possibilità di mettere a disposizione della P.G. operante quanto occorre, anche tramite la collaborazione di dipendenti che svolgono la propria attività lavorativa presso le altre sedi.

Dopo aver individuato la sede in cui lavora un responsabile si può procedere alla perquisizione seguendo alcuni accorgimenti:

1. identificazione del/dei responsabile/i dei servizi di rete (amministratore di rete, responsabile della sicurezza informatica, gestore locale della rete, sistemista) e, con l’ausilio dello stesso, ottenere ogni informazione utile al fine di comprendere quale sia la configurazione dell’infrastruttura di rete aziendale;

2. prima di una qualsiasi operazione, nominare il referente identificato quale ausiliario di P.G.; per evitare qualsiasi rischio di danneggiamento dei dati aziendali è consigliato, sotto la supervisione diretta e attenta della PG operante, far eseguire tutte le operazioni fisiche all’ausiliario di P.G. individuato

---

<sup>12</sup> A titolo esemplificativo, si vedano, le Linee guida per perquisizione Informatica- della Polizia Postale e comunicazioni di Torino del 24/10/2018.

3. sulla base della topologia di rete aziendale riscontrata, effettuare una valutazione sul tipo di intervento da eseguire, ad esempio:

a. Rete locale - uno o più server posizionati all'interno dell'azienda - referente individuato in possesso dei privilegi di amministratore di rete - i file dati sono salvati su server dati in cartelle condivise - esistono backup disponibili su supporto esterno presente in sede.

In situazioni di questo genere si può far eseguire una ricerca mirata del target sui server e, se positiva, far creare una directory appositamente sul server dove far eseguire una copia di tutti i file reperiti. Realizzare un file compresso della directory creata, se possibile in formato tar.gz, o altrimenti nel formato .7z, .rar o .zip, salvando il file generato su un supporto esterno idoneo. Inoltre, acquisire il supporto di Backup effettuandone una copia su di un supporto esterno idoneo, ma nel caso questa opportunità non fosse possibile, far creare una directory sul server, per inserire un restore dei dati di backup partendo dalla data interessata sino alla data della perquisizione. Anche qui, al termine del restore, si può realizzare un file compresso della directory creata, se possibile in formato tar.gz, o altrimenti nel formato .7z, .rar o .zip, salvando il file generato su un supporto esterno idoneo.

b. Rete locale con server posizionati all'esterno dell'azienda (ad esempio presso la sede centrale, in una Server Farm, ecc.):

- se l'ausiliario di P.G. possiede i privilegi completi di amministratore di rete - i dati target individuati sono presenti sui server dati all'interno di cartelle condivise – il backup è disponibile su supporto esterno presente in sede. Come al punto a.

- se l'ausiliario di P.G. possiede i privilegi di amministratore di rete solo a livello locale – i dati target individuati sono presenti sui server dati all'interno di cartelle – il backup è disponibile su server esterno o su cloud.

Se i dati sono accessibili senza dover intervenire sui privilegi di accesso, vanno eseguite le operazioni indicate al punto a.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Nel caso in cui, per accedere ai dati, si renda necessario modificare i privilegi di accesso, occorre prendere contatto con la persona esterna abilitata alla gestione degli stessi e farlo incaricare per eseguire la modifica delle policy di sicurezza. Una volta acquisiti i diritti di accesso necessari sui dati target per la perquisizione, si può procedere come per il punto a., eseguendo le operazioni di restore come indicate al punto a.

## **2.2 - Il problema della “macchina accesa”.**

Molto è stato scritto- dai tecnici come dai giuristi- su una specifica situazione che può verificarsi nell’ambito di un’indagine: un accertamento a sorpresa finalizzato a individuare file da analizzare eseguito mentre l’attività oggetto di indagine è in corso. In sostanza, il p.c. da porre sotto sequestro è “acceso”. Quale le modalità corrette per procedere in tali casi?

Si impone un’osservazione preliminare. Non sempre necessariamente si può/deve ipotizzare che le attività informatiche e telematiche “in corso” su una rete debbano essere considerate certamente o verosimilmente fondamentali per l’accertamento delle responsabilità. Ad es. la ricerca di comunicazioni telematiche risalenti nel tempo è del tutto compatibile con un sequestro che potrà avvenire previo spegnimento del sistema; a soluzioni opposte si deve giungere, al contrario, nel caso di attività di scambio/cessioni illecite- di qualsiasi natura, rispetto alle quali la “flagranza” della comunicazione può essere estremamente significativa.

In questa seconda ipotesi sussiste l’esigenza, prima ancora di porre in essere una ricerca, di predisporre un decreto di perquisizione e sequestro che abbia anche natura di ispezione; nell’ambito del verbale di ispezione la p.g. delegata potrà dare atto della tipologia e versione del sistema operativo, dello stato esteriore e, in particolare, di quanto compare sul monitor, data ed ora del sistema annotando, a fianco, data ed orario forniti dalla p.g. (tramite smartphone connesso alla rete telefonica) ciò al fine di poter calcolare la forbice temporale eventualmente necessaria per un ragionamento futuro circa la cronologia delle azioni compiute dal reo, programmi visibili in esecuzione e stato della rete (connesso/non connesso, periferiche collegate.

Al riguardo, l’art. 244 comma 2 c.p.p. precisa che l’a.g. può disporre rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ogni altra operazione tecnica, anche in relazione a sistemi informatici o telematici, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l’alterazione.

Nello specifico, la p.g. dovrà porre in essere tutte le azioni necessaria ad evitare la compromissione nonché l’occultamento di qualsivoglia dato su tutte le postazioni censibili al momento dell’ingresso nei luoghi perquisiti. Tale preliminare operazione di “congelamento” di dette aree è indispensabile in ragione della facile volabilità di taluni dati e della potenziale loro cancellazione ad opera di soggetti propriamente e tecnicamente istruiti nel farlo a seguito di eventuali problematiche giudiziarie. Fatto quest’ultimo probabilisticamente più prossimo alla

certezza nel momento in cui la PG abbia il sospetto che l'autore dei fatti agisca con tecniche foriere di risultati illeciti. Si pensi al caso in cui all'arrivo degli operanti vi sia un eseguibile che appositamente attivato da una postazione o da un device, cripti i contenuti digitali potenzialmente costituenti una prova.

A tal proposito valgono in linea generale gli accorgimenti delle perquisizioni classiche nella parte relativa l'isolamento fisico dei locali in esame e del controllo soggetti in esso presenti.

La pg, nell'acquisizione, deve rispettare l'ordine di volatilità delle memorie ed utilizzare strumenti il più possibile indipendenti dal sistema da perquisire: nello specifico per primi andranno acquisiti i volumi cifrati, i registri, la cache, la RAM, i processi attivi, i file system temporanei.

Estrema attenzione deve essere posta ai casi in cui ci si trovi davanti a macchine che eseguono distribuzioni LIVE (Sistemi Operativi che non necessitano di installazione e che vivono completamente nella RAM della macchina, con conseguente perdita di ogni dato nel momento dello spegnimento).

Ogni azione intrapresa, anche in caso di live forensics, deve essere scrupolosamente verbalizzata indicando altresì i riferimenti temporali dell'esecuzione.

Quanto estratto/copiato, generalmente su supporto esterno nella disponibilità della pg operante, deve essere sottoposto ad hash e, prima dell'analisi, sottoposto a copia.

Oltre a quanto è doveroso fare è altresì utile indicare cosa "non" è opportuno fare: in particolare si sconsiglia di tentare di indovinare PIN o PASSWORD poiché potrebbe essere impostato un numero massimo di tentativi, con numero residuo non visibile, e al termine dei tentativi il sistema potrebbe spegnersi, cancellarsi o comunque effettuare in automatico delle operazioni che impediranno alla PG l'acquisizione.

Il panorama forense, in particolare quello italiano, ha visto nel tempo la pubblicazione di numerose raccolte di programmi portabili indispensabili per la LIVE forensics, i quali, una volta lanciati, si preoccupano altresì di generare un report delle operazioni effettuate.

Il problema dell'intervento su un sistema in funzione non si porrà, evidentemente, laddove, come precisato dall'art. 248 comma 2 c.p.p.- l'acquisizione dei file dovrà trovare luogo presso banche; in tali casi la p.g. potrà richiedere la consegna di atti, documenti e corrispondenza nonché dati, informazioni e programmi informatici e, in caso di rifiuto, l'autorità giudiziaria può procedere a perquisizione. A conclusioni analoghe è possibile giungere anche alle situazioni contemplate

dall'art. 256 comma 1 c.p.p, come modificato dalla l 48/2008, laddove è stato disciplinato il dovere delle persone indicate dagli artt. 200 e 201 di consegnare immediatamente atti e documenti, *“nonché i dati, le informazioni e i programmi informatici, anche mediante copia di essi su adeguato supporto”*.

### **2.3 - Perquisizione e cloud**

Con il termine cloud computing si indica un insieme di risorse hardware e software, accessibili in remoto tramite internet; si tratta di un modello di organizzazione che ha progressivamente sostituito il tradizionale schema client/server, attraverso piattaforme distribuite sul network, messe a disposizione da ISP e accessibili da qualsiasi dispositivo dotato di una connessione a internet. Attraverso il cloud computing l'utente può utilizzare servizi di varia natura quali e-mail, database, storage on-line, desktop remoto e applicazioni web.

Una soluzione operativa particolarmente appetibile, in quanto la generale flessibilità del servizio consente di utilizzare spazio in maniera dinamica e immediata, così da ridurre gli investimenti sulle dimensioni e la manutenzione di server privati, atteso che un eventuale incremento di necessità può essere immediatamente e facilmente soddisfatto attraverso un'implementazione del servizio stesso.<sup>14</sup>

I vantaggi offerti dal cloud hanno suscitato inevitabilmente anche l'attenzione di organizzazioni criminali, che si sono attrezzate per fruire della delocalizzazione garantita dal cloud computing, funzionale non solo a un risparmio sulla gestione dei dati, quanto anche e soprattutto a ostacolare l'identificazione degli autori e la ricostruzione delle attività illecite da parte dell'a.g.

Rispetto alle acquisizioni sul cloud occorre comprendere se nel concetto di luogo di privata dimora debba essere automaticamente e globalmente ricompreso il domicilio informatico. Il dubbio non si pone, evidentemente, su apparati di uso personale (p.c., tablet, cellulari) quanto proprio con riguardo ai dati e alle informazioni detenuti in luoghi pacificamente differenti, quali appunto quelli “depositati” con le forme del cloud computing.

---

<sup>14</sup> Come era prevedibile, si parla già di tecnologie dirette a “superare” il cloud. In particolare con l'edge computing- in via di sviluppo – si punta all'elaborazione dei dati alla fonte, laddove con il cloud l'utente prima accede alla “nuvola” e quindi elabora i dati, con un doppio passaggio. Una soluzione che consentirebbe di risparmiare una frazione minima temporale sulle singole operazioni, ma un enorme risparmio sul complesso delle stesse; sul tema Guardare oltre il Cloud. Adesso la finanza punta all'Edge computing, La stampa, 15.7.2019

Nel caso in cui l'a.g. si trovi nella necessità di verificare se e quali file siano detenuti da un soggetto con le forme del cloud computing – e quindi in assenza di una disponibilità fisica dei supporti – è indispensabile verificare quali strumenti giuridici possano essere utilizzati, specie considerando la concreta possibilità che il server sul quale i file si trovano sia all'estero; in caso di server presenti sul territorio nazionale, evidentemente, il problema è indubbiamente di minore momento.

Quali valutazioni sono necessarie, se si tratta di dati e informazioni statiche – come tali indagabili con un decreto di ispezione o perquisizione (che in questo caso avverrebbe in territorio estero e per le quali quindi si dovrebbe fare ricorso come prescrive la Convenzione di Budapest del 2001 allo strumento della rogatoria internazionale) – piuttosto che di dati e informazioni a fruizione dinamica interna a un sistema, che come tali potrebbero essere oggetto di intercettazione direttamente disposta ed eseguita dall'autorità italiana (con le forme e i limiti, ovviamente, previsti dal d.lgs. 108/2017, laddove si tratti di Stati che hanno implementato la direttiva 41/2014/UE)?

Dati e informazioni che sono nella diretta ed esclusiva disponibilità del soggetto titolare dell'area ove gli stessi sono allocati e che, per essere visionati o caricati, devono concretizzarsi in un flusso telematico.

Di grande rilievo deve essere considerato un arresto della S.C. sul tema,<sup>15</sup> che fornisce risposta a una precisa domanda: il sequestro dei dati di un server allocato fisicamente nel territorio di uno Stato estero comporta una violazione della sovranità di quest'ultimo? Un problema di carattere generale che si pone a fronte dell'attività di cloud computing che si svolge, ovviamente, su server esteri (attività definita dalla S.C. «tecnologia che permette di elaborare, archiviare e memorizzare dati grazie all'utilizzo di risorse hardware e software distribuite nella rete»).

Per la S.C., il decreto di sequestro ex art. 254 e ss. c.p.p. avente a oggetto le e-mail parcheggiate di un account straniero non richiede, a pena di inutilizzabilità, il ricorso alla rogatoria attiva in quanto «*la detenzione consiste nell'aver la disponibilità di una cosa, ossia nell'aver la possibilità di utilizzarla tutte le volte che si desidera pur nella consapevolezza che essa appartiene ad altri*»; in particolare, i dati contenuti in uno spazio virtuale di memoria, anche se generato da un server allocato all'estero, risultano detenuti dal titolare delle credenziali di accesso – soggetto che ha il potere di disporre dei dati conservati in uno spazio di memoria virtuale, esercitabile utilizzando la relativa password – e non dalla società che gestisce il server che genera lo spazio di memoria

---

<sup>15</sup> Cass. Sez. IV, n. 40903, 28/6/2016, CED 268228

virtuale; circostanza, quindi, che consente di evitare una procedura di sequestro a mezzo di rogatoria.<sup>16</sup>

Una tesi condivisibile, laddove si consideri che lo stesso titolare dei file ne può fruire solo attraverso tale flusso, proprio in quanto depositati su un supporto/sistema che non si trova nella sua fisica disponibilità. In caso di ispezione il server ove si trovano i dati non viene fisicamente attinto, poiché la polizia giudiziaria – operando dal client – si limita a richiamare su quest’ultimo le informazioni utili alle indagini, al fine di farne una copia; la polizia giudiziaria, in questo modo non forza alcuna misura di protezione, dal momento che la preesistente interconnessione tra le diverse postazioni informatiche è tale da poter affermare che il server è stato appositamente configurato per fornire le risposte alle richieste provenienti da tutti i client all’interno di una determinata rete e, in particolare, a quello oggetto di ispezione.<sup>17</sup>

#### **2.4 - L’accesso alle aree protette**

Un problema che si pone – indubbiamente- durante le perquisizioni che coinvolgono aree cloud, ma che ben può presentarsi anche in quelle tradizionali, riguarda il “superamento” delle password (o di sistemi analoghi, anche se più “raffinati”) di accesso alle stesse. E’ chiaro che non esiste un obbligo per l’indagato di comunicare le password durante l’attività; è altrettanto certo che – per varie ragioni e non solo per una questione di comodità/economia processuale” - un accesso immediato potrebbe rivelarsi opportuno se non indispensabile (si pensi alla necessità di acquisire da un server elementi funzionali all’interruzione di attività criminose o di situazioni di pericolo per terzi).

La richiesta della password, nondimeno, dovrà trovare luogo in termini compatibili con le disposizioni del codice di procedura, anche per evitare conseguenze- non augurabili- sul piano dell’utilizzabilità degli esiti dell’attività.

---

<sup>16</sup> Le indicazioni della S.C. devono per altro essere valutate alla luce delle disposizioni degli Stati esteri; al riguardo si segnala che il codice penale della Repubblica ELvetica- art. 271.1.1 “Crimini o delitti contro lo Stato. / Atti compiuti senza autorizzazione per conto di uno Stato estero. Atti compiuti senza autorizzazione per conto di uno Stato estero” stabilisce al comma 1: “ *Chiunque, senza esservi autorizzato, compie sul territorio svizzero per conto di uno Stato estero atti che spettano a poteri pubblici; chiunque compie siffatti atti per conto di un partito estero o di un'altra organizzazione dell'estero, chiunque favorisce tali atti, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria e, in casi gravi, con una pena detentiva non inferiore a un anno.*”

<sup>17</sup> Cfr. S. ATERNO - M. MATTIUCCI , Cloud Forensics e nuove frontiere delle indagini informatiche nel processo penale in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it)

La richiesta in tal senso può essere formulata ai sensi dell'art. 350 c.p.p.: *“gli ufficiali di polizia giudiziaria assumono, con le modalità previste dall'articolo 64, sommarie informazioni utili per le investigazioni dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini che non si trovi in stato di arresto o di fermo a norma dell'articolo 384, e nei casi di cui all'articolo 384-bis.”* Al riguardo, *“prima di assumere le sommarie informazioni, la polizia giudiziaria invita la persona nei cui confronti vengono svolte le indagini a nominare un difensore di fiducia e, in difetto, provvede a norma dell'articolo 97 comma 3. Le sommarie informazioni sono assunte con la necessaria assistenza del difensore, al quale la polizia giudiziaria dà tempestivo avviso. Il difensore ha l'obbligo di presenziare al compimento dell'atto.”*

Durante la perquisizione, è pertanto possibile formulare – nel rispetto delle indicazioni sopra riportate- la richiesta delle password di accesso al sistema o al cloud. Non si può escludere che la perquisizione possa essere svolta anche *“sul luogo o nell'immediatezza del fatto”* di modo che, in tale caso gli ufficiali di polizia giudiziaria, anche senza la presenza del difensore, potranno *“assumere dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, anche se arrestata in flagranza o fermata a norma dell'articolo 384, notizie e indicazioni utili ai fini della immediata prosecuzione delle indagini”* tra cui la menzionate password.<sup>18</sup>

Non si può poi – logicamente - altresì escludere che a fronte della prospettiva di un sequestro del sistema o comunque di un “blocco” dello stesso durante le operazione di duplicazione, reso più arduo dalla necessità di superare le “barriere” poste a protezione dello stesso, la persona soggetto all'atto possa decidere di indicare spontaneamente le password; dichiarazioni che dovrà essere verbalizzata e che non potrà essere “stimolata” surrettiziamente dalla p.g. operante.

E certamente possibile che manchi in fase di indagine la collaborazione del titolare delle password in oggetto; in tali casi evidentemente la p.g. o- se necessario- un consulente dovranno procedere a individuare o comunque bypassare le stesse. Operazioni che dovrebbero essere valutate nell'ottica di una potenziale irripetibilità con le conseguenze formali del ricorso alla procedura di cui all'art. 360 c.p.p.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> A senso del comma 6 dell'art 350 c.p.p. *“Delle notizie e delle indicazioni assunte senza l'assistenza del difensore sul luogo o nell'immediatezza del fatto a norma del comma 5 è vietata ogni documentazione e utilizzazione”*

<sup>19</sup> Nei casi di maggiore complessità non si può escludere la necessità di richiedere l'intervento di soggetti esteri depositari di specifiche conoscenze; una possibilità che potrà essere percorsa – quantomeno in ambito europeo, con una richiesta di ordine di indagine di cui al d.lgs. 108/2017, da rivolgere alla Stato nel quale tali società hanno sede, eventualmente richiedendo- ove necessario- il rispetto delle formalità di cui all'art. 360 c.p.p.

## **2.5 - Le copie forensi**

Individuato il materiale da sequestrare in esito alla perquisizione, si pone il problema delle copie forensi, ossia l'acquisizione di documenti in formato digitale con formazione di una copia preferibilmente bit a bit da un dispositivo di memoria di massa a un altro.

Cosa deve intendersi per acquisizione? Si tratta del duplicato o della copia?

Una distinzione la troviamo nel d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), all'art. 1:

lett:i-quater) copia informatica di documento informatico: il documento informatico avente contenuto identico a quello del documento da cui e' tratto su supporto informatico con diversa sequenza di valori binari;

i-quinquies) duplicato informatico: il documento informatico ottenuto mediante la memorizzazione, sullo stesso dispositivo o su dispositivi diversi, della medesima sequenza di valori binari del documento originario.

Al fine di procedere all'acquisizione delle memorie di cui sono provvisti telefoni cellulari, PC, Tablet, Ipad, ecc... la p.g. deve seguire rigorosamente le linee guida adottate a livello internazionale e comunque finalizzate a impedire che la fonte di prova venga alterata utilizzando dispositivi hardware certificati (write blocker, workstation) e software certificati (Cellebrite UFED, XRY, Axiom IEF, Magnet Acquire, Xway, OXYGEN, Encase).

In primo luogo, l'acquisizione della memoria deve essere effettuata creando una row image, che costituisce una copia fisica bit a bit della memoria originale (mentre per quei dispositivi dove tale modalità non è consentita, si dovrà procedere con le forme dell'art. 360 c.p.p.).

La copia fisica bit a bit – detta anche clonazione- è qualcosa di differente dalla semplice formazione di copia dei file contenuti nella memoria; la clonazione (rectius duplicazione) a differenza della semplice copia determina la formazione di un duplicato dei singoli file presenti sulla memoria, ossia di tutte le zone del disco, anche quelle che non contengono alcun file direttamente visibile all'utente, definite tecnicamente aree non allocate, senza riorganizzazione o compressione di quanto scritto. In questo modo è possibile il recupero di file cancellati o di informazioni ormai non più disponibili all'utilizzatore del sistema.

La procedura di acquisizione e di conseguente formazione di copia ha natura di rilievo tecnico o accertamento?

La duplicazione non implica di regola un'elaborazione critica di dati, anche se il costante, progressivo e irreversibile progresso tecnico non consente di escludere che in specifiche situazioni tale eventualità possa presentarsi. Deve comunque farsi riferimento ai principi generali espressi dall'art. 354 c.p.p.<sup>20</sup>

Nel codice vigente la nozione di "accertamento" riguarda non la constatazione o la raccolta di dati materiali pertinenti al reato e alla sua prova - che si esauriscono nei semplici rilievi - ma il loro studio e la relativa elaborazione critica, necessariamente soggettivi e per lo più su base tecnico-scientifica; la distinzione trova testuale conferma normativa in ripetute disposizioni codicistiche ad es., negli artt. 354, 359, 360) che menzionano separatamente i termini "rilievi" e "accertamenti", con implicita assunzione, per ciascuno, del significato specifico precedentemente delineato.<sup>21</sup>

La distinzione tra accertamento e rilievo viene così a costituire la "linea di demarcazione" tra l'attività in senso stretto del consulente e tutta una serie di attività dirette soltanto a "cristallizzare" e raccogliere elementi in fatto, senza alcuna forma di rielaborazione "critica" delle medesime, demandate alla p.g.

Trasponendo tali principi nel settore informatico, emergono due esigenze. Da un lato, in generale, qualora il P.M. debba procedere ad accertamenti tecnici non ripetibili ai sensi dell'art. 360 c.p.p., ricorre l'obbligo di dare l'avviso al difensore solo nel caso in cui al momento del conferimento dell'incarico al consulente sia già stata individuata la persona nei confronti della quale si procede mentre tale obbligo non ricorre nel caso che la persona indagata sia stata individuata solo successivamente all'espletamento dell'attività peritale.<sup>22</sup> Il problema si pone in quanto ben difficilmente una perquisizione/sequestro presso una società o un privato potrebbe avvenire senza porsi il dubbio di ritenere identificabile in soggetto da iscrivere (e, come tale, da ritenere destinatario) degli avvisi.

---

<sup>20</sup> Art. 354 c.p.p. - Accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone. Sequestro

1. Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria curano che le tracce e le cose pertinenti al reato siano conservate e che lo stato dei luoghi e delle cose non venga mutato prima dell'intervento del pubblico ministero.

2. [...] In relazione ai dati, alle informazioni e ai programmi informatici o ai sistemi informatici o telematici, gli ufficiali della polizia giudiziaria adottano, altresì, le misure tecniche o impartiscono le prescrizioni necessarie ad assicurarne la conservazione e ad impedirne l'alterazione e l'accesso e provvedono, ove possibile, alla loro immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità. Se del caso, sequestrano il corpo del reato e le cose a questo pertinenti.

<sup>21</sup> Cass., Sez. I, n. 301, 14/03/1990, CED 183648

<sup>22</sup> Cass. Sez. I, n. 18246, 25/02/2015, CED 263858 - 01

Diviene allora decisivo, in relazione al ricorso all'accertamento irripetibile, sulla cd "alterazione": l'accertamento tecnico che impone di assolvere agli adempimenti richiesti dall'art. 360 c.p.p. è solo quello che, in forza di una valutazione "ex ante", e sulla base di una ragionevole prevedibilità, sia causa di alterazione della cosa, del luogo o della persona sottoposta all'esame medesimo.<sup>23</sup>

Secondo la S.C., non dà luogo ad accertamento tecnico irripetibile la lettura dell'"hard disk" di un computer sequestrato, trattandosi di attività di polizia giudiziaria volta, anche con urgenza, all'assicurazione delle fonti di prova; in particolare, la masterizzazione di file rinvenuti all'interno di un PC rinvenuto acceso durante una perquisizione non costituirebbe attività irripetibile bensì attività ripetibile, come tale formalmente corretta. La S.C. ritiene che sia *"da escludere che l'attività di estrazione di copia di file da un computer costituisca un atto irripetibile... atteso che non comporta alcuna attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica né determina alcuna alterazione dello stato delle cose, tale da recare pregiudizio alla genuinità del contributo conoscitivo nella prospettiva dibattimentale, essendo sempre comunque assicurata la riproducibilità di informazioni identiche a quelle contenute nell'originale"*.

L'affermazione, per quanto condivisibile, è stata (e rimarrà, verosimilmente) fonte di discussioni: l'intervento in sé sul sistema non può che modificarlo, per quanto di tale modifica si abbia specifica e riconoscibile traccia; il punto, allora, non è tanto nella riconoscibilità di tale intervento, quanto nella qualità- in termini di completezza e affidabilità- dell'oggetto dello stesso.

Un aspetto è fondamentale: ogni analisi successiva all'acquisizione dovrà essere svolta non sulla copia/duplicato originario, la cui autenticità e integrità deve essere garantita dall'impressione di un algoritmo (codice hash).

Da questa bitstream image deve essere estratto un ulteriore duplicato sul quale si svolgono le indagini. Ottenuta l'immagine della memoria si procede alla ricostruzione dei contenuti secondo modalità post mortem: dunque non sul reperto ma sulla copia della memoria dello stesso. Operazione che deve essere effettuato da personale appositamente formato per svolgere le corrette attività volte al mantenimento dell'integrità della *chain of custody* così come della complessa architettura dell'elettronica digitale di cui si costituiscono i reperti oggetto di analisi.

È opportuno ricordare che la funzione crittografica di HASH consiste nell'utilizzare un algoritmo matematico che mappa dati di lunghezza arbitraria (messaggio = stringa binaria che

---

<sup>23</sup> Cass., Sez. III, n. 46043, 20/03/2018, CED 274519 - 01

costituisce il file) in una seconda stringa binaria di dimensione fissa (digest) chiamata VALORE DI HASH.

Tale funzione matematica è progettata per essere unidirezionale (quindi da messaggio a valore e giammai da valore a messaggio originario), per essere sufficientemente robusta alle collisioni (messaggi diversi con stesso valore di hash) da garantire l'integrità della prova e, non ultimo, assolutamente ripetibile. I valori di HASH calcolati nel corso delle operazioni di copia devono essere menzionati all'interno dei verbali redatti dalla p.g..

## **2.6- L'oggetto dell'acquisizione**

Le operazioni di ricerca e "apprensione" della prova digitale devono tenere conto delle indicazioni della S.C. in ordine ai "imiti" del sequestro disposto a tale fine.<sup>24</sup>

Le Sezioni Unite, proprio in relazione a un sequestro di un computer e di alcuni documenti, avevano affermato che una volta restituita la cosa sequestrata, la richiesta di riesame del sequestro, o l'eventuale ricorso per cassazione contro la decisione del tribunale del riesame sarebbero inammissibili per sopravvenuta carenza di interesse; interesse non configurabile neanche qualora l'autorità giudiziaria abbia disposto, all'atto della restituzione, l'estrazione di copia degli atti o documenti sequestrati, dal momento che il relativo provvedimento sarebbe autonomo rispetto al decreto di sequestro, né soggetto ad alcuna forma di gravame, stante il principio di tassatività delle impugnazioni.<sup>25</sup>

Una posizione decisamente superata dalla più recente giurisprudenza, per la quale costituisce sequestro probatorio l'acquisizione, mediante estrazione di copia informatica o riproduzione su supporto cartaceo, dei dati contenuti in un archivio informatico visionato nel corso di una perquisizione legittimamente eseguita ai sensi dell'art. 247 c.p.p., quando il trattenimento della copia determina la sottrazione all'interessato della esclusiva disponibilità dell'informazione.

---

<sup>24</sup> Su questi temi in generale A. Logli, *Sequestro probatorio di un personal computer. Misure ad explorandum e tutela della corrispondenza elettronica*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2946; G. Corrias Lucente, *Perquisizione e sequestro informatici: divieto di inquisitio generalis*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2012, 6, p. 1146; F.M. Molinari, *Questioni in tema di perquisizione e sequestro di materiale informatico*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 696; E. Lorenzetto, *Utilizzabilità dei dati informatici incorporati su computer in sequestro: dal contenitore al contenuto passando per la copia*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1522; F. Novario, *Criminalità informatica e sequestro probatorio: le modifiche introdotte dalla L. 18 marzo 2008, n. 48 al codice di procedura penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 4, p. 1069; V. Zamperini, *Impugnabilità del sequestro probatorio di dati informatici*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 508; S. Carnevale, *Copia e restituzione dei documenti informatici sequestrati: il problema dell'interesse a impugnare*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 472; C. Costanzi, *Perquisizione e sequestro informatico. L'interesse al riesame nel caso di estrazione di copie digitali e restituzione dell'originale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 3, p. 269.

<sup>25</sup> Cass., S.U., n. 18253, 24/04/2008, CED 239397 - 01

Nell'affermare tale principio, la S.C. ha osservato che le disposizioni introdotte dalla l. 48/2008 riconoscono al "dato informatico", in quanto tale, la caratteristica di oggetto del sequestro, di modo che la restituzione, previo trattenimento di copia, del supporto fisico di memorizzazione, non comporta il venir meno del sequestro quando permane, sul piano del diritto sostanziale, una perdita autonomamente valutabile per il titolare del dato <sup>26</sup>, così che il permanere del vincolo determinerebbe la sussistenza di un interesse a richiedere il controllo giurisdizionale sulla legittimità del sequestro al competente tribunale del riesame.<sup>27</sup>

In particolare poi la S.C. in una fattispecie di bancarotta fraudolenta, ha affermato la legittimità del sequestro della documentazione contabile ed extracontabile della società fallita contenuta negli hard disk restituiti all'indagato, fatto salvo il diritto di quest'ultimo a chiedere, ai sensi dell'art. 254, ultimo comma, c.p.p., la distruzione delle copie di informazioni irrilevanti estratte, di modo che la restituzione, previo trattenimento di copia dei dati informatici estratti, dei beni materiali (server, computer e "hard disk") coercitivamente acquisiti per effettuare le operazioni di trasferimento dei dati non avrebbe comportato il venir meno del vincolo, con la conseguenza permanenza dell'interesse a richiedere il controllo giurisdizionale sulla legittimità del sequestro.<sup>28</sup>

In generale è stato riconosciuto all'a.g., al fine di esaminare un'ampia massa di dati i cui contenuti sono potenzialmente rilevanti per le indagini, il potere di disporre un sequestro dai contenuti molto estesi, comprendente un intero archivio di informazioni, a condizione che si provveda, nel rispetto del principio di proporzionalità e adeguatezza, alla immediata restituzione delle cose sottoposte a vincolo non appena sia decorso il tempo ragionevolmente necessario per gli accertamenti.<sup>29</sup>

Per altro, sempre in ambito di sequestri "informatici", la S.C. ha ribadito la necessità (per il PM di indicare, per il giudice di verificare) l'esistenza del vincolo di pertinenzialità tra il reato

---

<sup>26</sup> Cass., Sez. VI, n. 24617, 24/02/2015, CED 264093 - 01

<sup>27</sup> Cass., Sez. III, n. 38148, 23/06/2015, CED 265181 - 01; In senso contrario, Cass., Sez. II, n. 40831, 9/9/2016, CED 267610 - 01, per la quale in tema di sequestro probatorio, il ricorso per cassazione proposto avverso l'ordinanza del tribunale del riesame che abbia disposto, previo trattenimento di copia dei dati informatici estratti, la restituzione al ricorrente degli apparecchi e delle strutture "hardware" coercitivamente acquisiti, è ammissibile esclusivamente nel caso in cui il ricorrente dimostri il proprio concreto interesse all'esclusiva disponibilità delle informazioni contenute nei documenti informatici, facendo così ritenere l'estrazione di copia un vero e proprio sequestro di "informazione" autonomamente apprezzabile; v. anche .

<sup>28</sup> Cass., Sez. V, n. 25527, 27/10/2016, CED 269811 - 01;

<sup>29</sup> Cass., sez. VI, 11 novembre 2016, n. 53168, in *CED Cass.*, n. 268489.

ipotizzato e i diversi beni o le diverse categorie di beni oggetto del provvedimento di sequestro.<sup>30</sup> Un principio in sintonia con un recente e fondamentale arresto delle S.U., per il quale in termini generali il decreto di sequestro probatorio - così come il decreto di convalida - anche qualora abbia a oggetto cose costituenti corpo di reato, deve contenere una motivazione che, per quanto concisa, dia conto specificatamente della finalità perseguita per l'accertamento dei fatti.<sup>31</sup>

In relazione all'ambito informatico la sentenza delle S.U. menzionata ha dichiarato illegittimo il sequestro di un intero "server" aziendale disposto in relazione al reato di turbata libertà dell'industria o del commercio; osserva la S.C. che il sequestro era stato adottato con un'adeguata e congrua motivazione sulla sussistenza delle finalità probatorie che lo giustificavano, segnatamente per *“consentire l'effettuazione di una consulenza tecnica sul materiale acquisito, resa necessaria in considerazione delle peculiari ipotesi di reato contestate, le quali presuppongono l'esame e la comparazione della documentazione industriale (progetti, know-how) e contabile sulla base di particolari cognizioni tecniche, nonché in considerazione dell'esigenza di utilizzare la detta documentazione in sede di escussione della persone informate sui fatti”*. Al contrario, la decisione censura la totale omissione della motivazione *“sulla necessaria sussistenza del vincolo di pertinenzialità tra tutti i beni sequestrati e le ipotesi di reato configurate”*, atteso che erano stati *“sottoposti a sequestro probatorio una gran massa di documenti, file, supporti informatici, oggetti vari di provenienza ... , nonché il contenuto dell'intero server aziendale oltre che tutta la documentazione aziendale (di qualsivoglia genere).... anche nelle parti in cui non è stato evidenziato alcun riferimento con la società querelante e concorrente”*.

*Rebus sic stantibus*, il problema dell'”ambito” del provvedimento di perquisizione finalizzata al sequestro deve essere posto temperando le esigenze della difesa con quelle dell'accusa, pubblica come privata; la dottrina assolutamente maggioritaria evidenzia la necessità, per disporre perquisizione e sequestro della memoria di un computer, di individuare preventivamente e specificamente che cosa debba essere cercato e sequestrato, di modo da acquisire in via esclusiva il materiale che strettamente correlato al reato ipotizzato. Nondimeno, occorre sottolineare alcune altri aspetti.

---

<sup>30</sup> Cass., Sez. III, n. 12107, 18/11/2008, CED 243393 - 01

<sup>31</sup> Cass. S.U., n. 36072, 19/4/2018, CED 273548 - 01

Non sempre e non necessariamente è possibile indicare specificamente e previamente le tipologie di file che possono rivelarsi utili per l'accertamento delle responsabilità, specie nei casi in si tratti di ricostruire rapporti personali e patrimoniali complessi, intervenuti tra più soggetti in un arco temporale non breve

Anche laddove sia possibile l'indicazione preventiva, non è detto (anzi, è verosimile il contrario) che l'individuazione della localizzazione di tali file su un server aziendale (ma anche su un p.c. privato) sia possibile per la p.g. durante l'esecuzione delle perquisizioni o comunque nell'immediatezza del fatto. Sarebbe utile per tutti (nonché auspicabile) che la P.G. avesse le competenze tecniche e la conoscenza della vicenda oggetto di accertamento per procedere a tale ricerca "in tempo reale": ma, inutile, ribadirlo, normalmente non è così).

In termini generali, i provvedimenti diretti a ricercare le prove non devono necessariamente indicare con precisione quali debbano essere le cose da ricercare e sequestrare; in effetti in moltissimi casi le stesse possono non essere determinabili a priori (e, in questo senso, l'art. 248 c.p.p., che disciplina la richiesta di consegna di cose determinate, indirettamente ammette la possibilità di provvedimenti con oggetto non previamente determinato) ma devono avere solamente la caratteristica di poter avere attinenza meramente eventuale (*fumus*) col reato che si presume essere stato commesso, ossia quei file che "anche senza essere in rapporto qualificato con il fatto illecito, presentino capacità dimostrativa dello stesso". E' quanto avviene, in particolare, proprio in relazione ai reati informatici posti in essere (anche) attraverso l'utilizzo di strumenti informatici, rispetto ai quali non è dato sapere quali file contenuti nella memoria del pc/device siano funzionali all'accertamento delle condotte oggetto di accertamento. In tali casi, solo l'esame diretto e completo di tutte le cose da ricercare può consentire di individuare quale di esse costituiscono corpo del reato o rivestano la caratteristica di cosa pertinente al reato e debba quindi essere sottoposta al vincolo del sequestro.

Nei termini esposti, la S.C. ha ritenuto legittimo non solo un decreto di perquisizione e sequestro di generica "documentazione" che ha determinato la p.g. al sequestro di un p.c. (dovendosi ritenere i file nei medesimo contenuti documenti informatici) ma ha previsto che il p.m., possa delegare alla polizia giudiziaria il compito di sequestrare ogni cosa che, a giudizio di quest'ultima, in esito a una analisi di quanto rinvenuto, possa essere ritenuta utile per la continuazione delle indagini. In tali casi, tuttavia "*quando p.g. abbia individuato e sequestrato cose non indicate nel decreto o il cui ordine di sequestro non sia desumibile dalle nozioni di corpo di*

*reato o di cose pertinenti al reato, in relazione ai fatti per i quali si procede, l'a.g. dovrà procedere alla convalida del sequestro ovvero ordinare la restituzione delle cose non ritenute suscettibili di sequestro".*<sup>32</sup>

Non pare in concreto cogliere nel segno una critica non infrequentemente formulata in relazione al sequestro- nell'ambito di perquisizione informatiche- dell'intera memoria presenti nei device/pc sequestrati. Sequestri che determinano la formazione (come abbiamo visto) di una copia clone (bitstream image) delle memorie in oggetto, sia per evitare modificazioni sia per restituire (ove possibile) la disponibilità della stessa all'avente diritto ma che, per la loro ampiezza, potrebbero venire a costituire un'attività di ricerca di nuove notizie di reato. Nella realtà giudiziaria il sequestro (e le copia clone) di memoria derivano soprattutto dall'impossibilità, per molte fattispecie, di individuare aprioristicamente ciò che potrebbe costituire elemento di interesse per le investigazioni, nonché di reperire anche file che potrebbero essere stato già oggetto di cancellazioni o alterazione (occasionalmente o intenzionali): dunque, più che di una scelta, si tratta di una precisa necessità.

In conclusione, è ragionevole pensare che un sequestro non possa essere di per sé essere definito "debordante" se non nei casi cui, per specifiche ragioni, sia previamente identificabile la tipologia e il contenuto dei file necessari per l'accertamento delle responsabilità e l'allocazione dei medesimi.

## **2.7 - In particolare, le "acquisizioni" nei confronti dei giornalisti**

Sul tema, di particolare delicatezza assumono le decisioni relative all'indagine su giornalisti; al riguardo, la S.C. ha precisato che il sequestro probatorio disposto nei confronti di un giornalista professionista deve rispettare con particolare rigore il criterio di proporzionalità tra il contenuto del provvedimento ablativo di cui egli è destinatario e le esigenze di accertamento dei fatti oggetto delle indagini, evitando quanto più è possibile indiscriminati interventi invasivi nella sua sfera

---

<sup>32</sup> Cass., S.U., n. 36072, 19/4/2018, CED 273548 – 01; per altro, l'eventuale illegittimità della perquisizione non produce effetti preclusivi sul sequestro effettuato, qualora vengano acquisite cose che costituiscano corpo del reato o pertinenti al reato, dato che il potere di sequestro, "in quanto riferito a cose obiettivamente sequestrabili, non dipende dalla modalità con cui queste siano state reperite, ma è condizionato unicamente all'acquisibilità del bene e all'insussistenza di divieti probatori enucleabili dal sistema".

professionale.<sup>33</sup> La Cassazione ha poi approfondito tale prospettiva, affermando che il rispetto del principio di proporzionalità tra il segreto professionale riconosciuto al giornalista professionista a tutela della libertà di informazione, e quella di assicurare l'accertamento dei fatti oggetto di indagine penale, impone che l'ordine di esibizione rivolto al giornalista ai sensi dell'art. 256 c.p.p. e l'eventuale successivo provvedimento di sequestro probatorio siano specificamente motivati anche quanto all'individuazione della "res" da sottoporre a vincolo e all'assoluta necessità di apprendere la stessa ai fini dell'accertamento della notizia di reato.<sup>34</sup>

Per la S.C., sarebbe illegittimo il ricorso alla perquisizione e al sequestro di sistema informatico in uso a un giornalista al fine di acquisire i nomi delle persone dalle quali il medesimo ha avuto notizie di carattere fiduciario nell'esercizio della sua professione, salvo che non siano contestualmente esplicitate le ragioni per le quali si ritenga che tali notizie siano indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e che la loro veridicità possa essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte di esse, atteso quanto disposto dall'art. 200, comma terzo, c.p.p., e dall'art. 10 C.E.D.U. come interpretato dalla Corte E.D.U.. È stato inoltre ritenuto illegittimo, per violazione del principio di proporzionalità e adeguatezza, il sequestro a fini probatori di un sistema informatico, quale è un personal computer, che conduca, in difetto di specifiche ragioni, a una indiscriminata apprensione di tutte le informazioni ivi contenute.<sup>35</sup>

Sul tema, si segnala infine che il sequestro probatorio della memoria del "personal computer" di un giornalista che abbia opposto il segreto professionale è consentito soltanto ove sia ritenuta l'infondatezza del segreto e la necessità dell'acquisizione per l'indagine, ma l'attività investigativa deve essere condotta in modo da non compromettere il diritto del giornalista alla riservatezza della corrispondenza e delle proprie fonti.<sup>36</sup>

## **2.8 - L'acquisizione dei file di log**

---

<sup>33</sup> Cass., Sez. VI, n. 40380, 31/5/2007, CED 237917 – 01; fattispecie in cui è stato ritenuto illegittimo il sequestro del computer in uso ad una giornalista e dell'area del "server" dalla stessa gestita, con la conseguente acquisizione dell'intero contenuto dell'"hard disk" e di un'intera cartella personale presente nell'area del sistema operativo.

<sup>34</sup> Cass., Sez. VI, n. 31735, 15/04/2014, CED 260068 – 01; fattispecie relativa ad un procedimento contro ignoti per il reato di cui all'art. 326 c.p. in relazione alla divulgazione della notizia di riunioni tenutesi presso la D.N.A., in cui la Corte ha ritenuto illegittimo il sequestro di "computer", "pen drive", DVD, lettore MP3 ecc. in uso ad un giornalista e, invece, legittimo il sequestro dei documenti intestati "D.N.A.", anch'essi detenuti dal medesimo professionista.

<sup>35</sup> Cass., Sez. VI, n. 24617, 24/02/2015 CED, 264094 e 264092; fattispecie di perquisizione di personal computer di giornalista, in cui la Corte ha ritenuto corretta la procedura di esame ed estrazione, mediante stampa fisica e duplicazione, dei soli dati di interesse presenti nell'archivio del sistema.

<sup>36</sup> Cass., Sez. I, n. 25755, 16/2/2007, CED 237430

Come è noto, i “file di log” sono file appositamente creati da p.c., server o in generale da una qualsiasi applicazione informatica, al fine di registrare una serie di informazioni inerenti gli eventi e le attività svolte.<sup>37</sup> I file di log sono dei veri e propri documenti informatici così come definito dall’art.1 lettera p) del decreto legislativo 7 marzo 20015 n.82, atteso che viene definito documento informatico “il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti”.

L’utilizzo di risorse di rete su un elaboratore comporta la generazione e memorizzazione di un insieme di informazioni di servizio, in parte dedicate a migliorare lo svolgimento stesso delle attività in rete, e in parte dedicate a lasciare, per scopi legati alla gestione sistemistica, una traccia delle operazioni eseguite. Tali dati memorizzati possono consistere in tracce degli eventi associati ad attività di sistema (inclusi gli accessi in rete) contenute in appositi file detti file di log, informazioni di controllo o di sistema specificamente riferite alle operazioni di navigazione (cd. cookies) e informazioni acquisite dagli utenti durante la navigazione. La funzionalità generale delle comunicazioni telematiche è basata in effetti sull’inequivoca identificazione degli elaboratori e dei servizi richiesti in relazione a nomi, indirizzi IP e numeri di porta. Le informazioni sull’identità degli elaboratori e dei servizi richiesti generalmente vengono memorizzate su uno o su entrambi gli elaboratori coinvolti nella comunicazione.

In questo senso i server mantengono nei cd *file di log* le informazioni dai clienti che con essi si sono collegati (identità, tempo e durata del collegamento, servizio richiesto); la memorizzazione era stata prevista originariamente in chiave tecnico/economica sia per generare statistiche di utilizzo dei servizi che sia per identificarne i fruitori in caso vengano riscontrati problemi sul sistema derivanti da usi illeciti da parte degli utenti remoti; non v’è dubbio tuttavia sul fatto che tali “tracce” documentali assumono una precisa valenza probatoria in ambito civile e - soprattutto - penale e rappresentano un elemento fondamentale rispetto alla corretta applicazione della disciplina in tema di riservatezza.

Attualmente la prospettiva è drasticamente mutata; occorre distinguere la disciplina specifica dei log relativa alle comunicazioni dalle indicazioni di carattere generale.

Nel primo caso, in base al disposto dell’art. 132 d.lgs. 196/2003, come modificato dall’art. 2 d.lgs. 109/2008, sono acquisibili file di log risalenti a un periodo massimo di mesi 12; per tale

---

<sup>37</sup> Secondo l’ISACA ( Information Systems Audit and Control Association) con “log” o “log file” si intendono i “Files created specifically to record various actions occurring on the system to be monitored, such as failed login attempts, full disk drives and e-mail delivery failures”.

articolo - “Conservazione di dati di traffico per altre finalità”- “ Fermo restando quanto previsto dall’articolo 123, comma 2, i dati relativi al traffico telefonico sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione”.

I file di log di tale natura non dovrebbero, pertanto, determinare specifiche problematiche sul piano dell’autenticità e integrità, fermi restando i problemi legati al limite temporale rigoroso.<sup>38</sup>

Il GDPR - regolamento (UE) n. 2016/679- ha determinato una profonda revisione del rapporto generale con i file di log; il “Codice in materia di protezione dei dati personali” (Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196) e il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (regolamento UE n. 2016/679), non menzionano esplicitamente i log file e, apparentemente, non prevedono obblighi di registrazione sulle operazioni effettuate sui dati personali.

In realtà il GDPR ha introdotto l’obbligo, in capo al titolare del trattamento, di dimostrare il rispetto della normativa: in questa prospettiva una specifica gestione dei log diviene imprescindibile. In questo senso l’art. 5 del citato provvedimento prevede una serie di principi applicabili al trattamento dei dati personali.<sup>39</sup> Il medesimo articolo stabilisce il cd “principio di responsabilizzazione”, per il quale il “titolare è competente per il rispetto del paragrafo 1” ed è pertanto tenuto a rispettare tutti i principi relativi al trattamento dei dati ed essere “in grado di provarlo”.<sup>40</sup> Una prova che può essere sostanzialmente fornita solo con i file di log.

---

<sup>38</sup> Con l’introduzione nel sistema codicistico della norma di cui all’art 234 bis c.p.p. (Acquisizione di documenti e dati informatici: *È sempre consentita l’acquisizione di documenti e dati informatici conservati all’estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in quest’ultimo caso, del legittimo titolare*) può essere posto il dubbio, sulla possibilità di acquisire, con il consenso del gestore, dati relativi alle comunicazioni “collocati” su server esteri. Al riguardo, tuttavia, se consideriamo i dati scambiati in tempo reale e relativi a contenuti di comunicazioni con riguardo al principio di cui all’art. 15 Cost., pare arduo ritenere - anche sul piano sistematico - che l’art. 234 bis c.p.p. consenta deroghe alla disciplina in tema di acquisizione dei file di log ed ai limiti temporali stabiliti dall’art. 132 d.lgs. 196/2003, come modificato dall’art. 2 d.lgs. 109/2008, in base al quale sono acquisibili file di log risalente ad un periodo massimo, risalente nel tempo, di mesi 12. Sarebbe singolare poter acquisire da un server estero dati su comunicazioni con maggiore “ampiezza” rispetto alla disciplina specifica di cui al d.lgs. 196/2003.

<sup>39</sup> In particolare, i principi di liceità, correttezza e trasparenza (lettera a); il principio di limitazione della finalità (lettera b); il principio di minimizzazione dei dati (lettera c); il principio di esattezza (lettera d); il principio di limitazione dei dati (lettera e); il principio di integrità e riservatezza (lettera f).

<sup>40</sup> In base all’art. 7 del GDPR “il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che l’interessato ha prestato il proprio consenso al trattamento dei propri dati personali”; l’art. 32 (Sicurezza del trattamento), a sua volta precisa “ 1. Tenendo conto dello stato dell’arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell’oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche del rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone

I titolari del trattamento devono compiere tutte le attività necessarie per salvaguardare gli interessati e devono “registrare” le prove degli adempimenti in caso di ispezioni/controlli da parte delle autorità competenti, attraverso i file di log.

In effetti, già prima dell’entrata in vigore del GDPR, l’Autorità Garante per la Privacy aveva ritenuto sufficiente a fornire la prova del rispetto delle disposizioni di settore i file di log. Per fornire tale prova si deve ritenere necessario:

registrare file di log in maniera conforme al GDPR, con un sistema in grado di generarli automaticamente

conservare gli stessi file di log e garantire questa conservazione (ad es. attraverso backup, se possibile gestito in via autonoma rispetto alla normale gestione dei dati aziendali)

marcare temporalmente i file di log; i file di log devono essere conservati previa apposizione di firma digitale a marca temporale che ne attesti la non alterazione dopo una certa data

Queste indicazioni assumono un particolare significato ogni qual volta le indagini presuppongano un’acquisizione di file di log da server aziendali.<sup>41</sup> Solo il pieno rispetto delle indicazioni desumibili dal GDPR e dalle altre indicazioni tecnico/normative di settore consente di elidere alla radice ogni possibile contestazione sulla integrità, autenticità e riferibilità dei file in oggetto.

### 2.9 - L’acquisizione tramite captatore

Disciplinato prima dalle indicazioni della S.C. e quindi entrato a pieno titolo nel sistema processualpenalistico con il d.lgs. 103/2017 prima e il d.lgs. 217/2017 il captatore informatico è già

---

fisiche, il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento mettono in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, che comprendono, tra le altre, se del caso:

a) la pseudonimizzazione e la cifratura dei dati personali; b) la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l’integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento.

<sup>41</sup> Indicativa una vicenda in ambito lavoristico del Tribunale di Napoli (ordinanza del 29 aprile 2014), per la quale un dipendente era stato licenziato sul presupposto della effettuazione di accessi non autorizzati alle caselle di posta elettronica di altri dipendenti appartenenti ad altre aree aziendali e di consultazione di documentazione aziendale riservata. Il licenziamento veniva impugnato e il dipendente veniva reintegrato in quanto le prove digitali fornite dalla società non venivano reputate idonee in quanto “*il sistema avrebbe dovuto produrre log firmati digitalmente e marcati temporalmente. Solo in questo caso si sarebbe potuta stabilire l’esatta identità con il dato originale*”; con riguardo ai log prodotti dal sistema di posta, “la struttura del dato nella sua complessità è tale che, anche se non è possibile stabilirne la congruenza effettiva con i dati nativi, è possibile avanzare l’ipotesi di una bassa probabilità di alterazione del dato copiato. Si rilevava così che “tutti e due i tipi di log sono andati distrutti nei loro originali in quanto pacificamente sovrascritti, non conservati nel sistema di archiviazione. Le copie degli stessi non sono state estratte con modalità tali da garantirne, in caso di contestazione, la attendibilità e provenienza e la immodificabilità, né cristallizzati giuridicamente e processualmente in altro modo”

stato assoluto protagonista della più recente stagione giudiziaria. Si tratta, come è noto, di programma che, installato surrettiziamente in un device “*target*” (un *computer*, un *tablet* o uno *smartphone*) consente lo svolgimento di svariate attività, una sola delle quali, per altro, presa in considerazione dal legislatore.<sup>42</sup>

La legge regola il solo utilizzo funzionale a porre in essere intercettazioni tra presenti, senza nulla dire in relazioni ad altre attività: captazione del traffico dati dal dispositivo, attivazione del *web-camera*, *perquisizione dell’hard disk*, *visualizzazione di ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema (keylogger)* e di ciò che appare sullo schermo del dispositivo bersaglio (*screenshot*).<sup>43</sup>

A fronte di questa scelta, l’interprete deve porsi una domanda preventiva: se le attività non disciplinate dal legislatore siano - di per se solo - vietate o se – al contrario possano essere legittimamente svolte, dopo essere stato ricondotte all’alveo di altri strumenti tipizzati o valutate quali prove atipiche ex art 189 c.p.p.

Amnesso la seconda ipotesi, si deve valutare l’installazione di un trojan finalizzata non a captare flussi di comunicazioni quanto a prendere cognizione del contenuto di un sistema, ossia l’acquisizione di dati contenuti in una memoria; dati che non costituiscono oggetto di trasmissione attraverso dispositivi informatici e quindi non sarebbero suscettibili di intercettazione.

In tal caso, l’utilizzo del captatore dovrebbe essere ricondotto ad altre categorie di mezzi di ricerca della prova, quali la perquisizione o l’ispezione informatica/telematica in remoto; si tratta della *online search* o *one time copy*, consistente nell’acquisizione, mediante copia, di dati contenuti all’interno delle memorie di un dispositivo informatico da remoto.

Il dubbio è se tale attività sia qualificabile come perquisizione on line, atto ontologicamente tipico – e a sorpresa – di ricerca della prova ex artt. 247 e ss. c.p.p., finalizzato alla ricerca e sequestro del corpo del reato e delle cose a esso pertinenti, la cui esecuzione impone tuttavia una serie di adempimenti in funzione di garanzia rispetto al soggetto passivo dell’attività.

---

<sup>42</sup> Su questi temi F. Iovene, *Le cd. perquisizioni on line: tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 febbraio 2014; E. Lorenzetto, *Il perimetro delle intercettazioni ambientali eseguite mediante “captatore informatico”*, nota a Trib. Palermo, Sez. riesame, ord. 11 gennaio 2016, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 24 marzo 2016; S. Marcolini, *Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2855; Id., *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: Una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 760 ss.; A. Testaguzza, *I sistemi di controllo remoto: tra normativa e prassi*, in *Dir. pen. proc.* 2014, p. 759.

<sup>43</sup> Non solo: dalla lettura del testo dell’art 266 c.p.p., come modificato dal d.lgs 217/2017, l’utilizzo del captatore per porre in essere intercettazioni tra presenti è disciplinata nel solo caso di inserimento di quest’ultimo su un dispositivo elettronico portatile e non ad es. di un p.c “fisso”.

Prima di valutare l'inquadramento nell'ambito di istituti quali la perquisizione o l'ispezione informatica delle attività in oggetto, ricordiamo che la S.C. ha valutato l'uso del captatore quale strumento autonomo e atipico di ricerca della prova ex art.189 c.p.p., piuttosto che mero strumento esecutivo di attività di perquisizione e/o ispezione informatica.

L'utilizzabilità degli esiti dell'utilizzo, per le finalità descritte, di un captatore era stata valutata dalla S.C. con una sentenza molto nota, che aveva suscitato numerose reazioni critiche;<sup>44</sup> sentenza che aveva riconosciuto la legittimità di un decreto ex art. 234 c.p.p. del P.M. avente a oggetto l'acquisizione in copia, attraverso l'installazione di un captatore informatico, della documentazione informatica memorizzata in un personal computer in uso all'imputato e installato presso un ufficio pubblico. Un programma in grado di memorizzare i file già esistenti e di registrare in tempo reale tutti i file del sistema, determinando un monitoraggio occulto e continuativo dello stesso.

Un'attività qualificata quale prova atipica, come tale sottratta alla disciplina prescritta dagli artt. 266 ss. c.p.p. in quanto avente a oggetto non un flusso di comunicazioni, richiedente un dialogo con altri soggetti, ma una relazione operativa tra microprocessore e video del sistema elettronico, ossia un flusso unidirezionale di dati confinati all'interno dei circuiti del computer.

Tale prospettazione presenta una duplice criticità: una prima, di natura tecnica, ove si consideri l'attività posta in essere dal captatore quale intercettazione del flusso unidirezionale di informazioni disposto attraverso il software di videoscrittura, ossia raccolta di flusso di dati sebbene all'interno di un sistema; in tale caso si tratterebbe di una forma di intercettazione informatica (e non telematica) anch'essa prevista dall'art. 266-bis c.p.p.. Anche ritenendo superabile la prima obiezione, occorre comunque verificare la legittimità dell'attività in oggetto rispetto al principio di inviolabilità del domicilio di cui all'art. 14 Cost.

Nel caso affrontato dalla S.C. la valutazione era stata condizionata dal fatto che il PC in questione era collocato in un luogo aperto al pubblico e quindi non in una privata dimora.<sup>45</sup> Prospettazione evidentemente non trasponibile per un'acquisizione di dati in luoghi informatici privati. In questo senso, l'attività di ricerca di un qualcosa di preciso e circostanziato all'interno di

---

<sup>44</sup> Cass. sez. V, n. 16556, 14/10/2009, CED 246954

<sup>45</sup> Precisa la S.C. che lo stesso si trovava *“nei locali sede di un ufficio pubblico comunale, ove sia l'imputato sia gli altri impiegati avevano accesso per svolgere le loro mansioni e ove potevano fare ingresso, sia pure in determinate condizioni temporali, il pubblico degli utenti e il personale delle pulizie, insomma una comunità di soggetti non particolarmente estesa, ma nemmeno limitata o determinabile a priori in ragione di una determinazione personale dell'imputato”*.

un sistema informatico o di un'area cloud dovrebbe essere riferibile più all'ipotesi di perquisizione piuttosto che di *inspectio*, mentre una ricerca più generica e superficiale che si limita alle caratteristiche esteriori parrebbe più vicina all'ispezione informatica disciplinata dall'art. 244 c.p.p.<sup>46</sup>

Il problema della natura e degli esiti di forme di monitoraggio telematico in continuo con le forme della perquisizione è stato poi nuovamente affrontato dalla S.C.<sup>47</sup> Attraverso un monitoraggio occulto, disposto con perquisizione, il P.M. aveva disposto la verifica sulle credenziali di accesso a un sistema di booking online di nota compagnia aerea, per potere tempestivamente identificare (sulla base di parametri predeterminati) la prenotazione di possibili corrieri internazionali di stupefacenti. Tale tipologia di ricerca della prova è stata censurata dalla S.C. sul presupposto che si tratterebbe di un'indagine esplorativa diretta alla ricerca - e non alla prova, seppure atipica ex art. 189 c.p.p. - di fatti di reato.

Le disposizioni in tema di ispezione e perquisizione non consentono verosimilmente di ritenere giustificata su base normativa un'attività di monitoraggio in continuo delle attività che si svolgono nel domicilio del soggetto. L'utilizzo di programmi spia, se inteso come forma di perquisizione online o di ispezione, prescinde dalla ricerca del corpo del reato e/o delle cose pertinenti al reato; si tratta di atti che per essere efficaci devono restare ignoti all'indagato durante tutto il corso del loro svolgimento, laddove la perquisizione e l'ispezione impongono avvisi al soggetto che le subisce.

In caso di perquisizioni e ispezioni online, gli esiti dell'attività potrebbero non essere considerati quali mezzi atipici di ricerca della prova utilizzabili ex art. 189 c.p.p. ove formati in contrasto con il diritto costituzionale all'inviolabilità del domicilio di cui all'art. 14 Cost., ossia ogni qual volta tali atti vadano *«a incidere su apparati tecnici sussumibili nel concetto di domicilio informatico così come elaborato in sede giurisprudenziale, al quale il legislatore ha inteso apprestare la medesima dignità e tutela del domicilio fisico, essendone null'altro che la proiezione virtuale»*.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Cfr. S. ATERNO – M. MATTIUCCI, Cloud Forensics e nuove frontiere delle indagini informatiche nel processo penale in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it)

<sup>47</sup> Cass. Sez. IV, n. 19618, 17/4/2012, CED 252689.

<sup>48</sup> Così L. BATTIMERI, La perquisizione online tra esigenze investigative e ricerca atipica della prova, in [www.sicurezzaegiustizia.it](http://www.sicurezzaegiustizia.it)

La prospettiva di valutazione è condizionata in termini decisivi da un'ulteriore variabile: se l'accertamento debba svolgersi con forma tali da assicurare l'anonimato ovvero se debba avvenire a sorpresa ma senza garantire ulteriori esigenze di riservatezza.

In questa seconda ipotesi – purtroppo – occorre formulare ancora una distinzione.

L'attività di ricerca della prova in oggetto devono avvenire nel rispetto delle disposizioni codicistiche che, dopo il recepimento con la l. 48/2008 della Convenzione di Budapest, disciplinano la cristallizzazione della digital evidence per garantire l'integrità dei dati.

Nel primo caso – ossia attività di mero repertamento del contenuto dell'area sul cloud di interesse investigativo – l'alternativa verte tra un'ispezione informatica ex art. 244 c.p.p. (o, al più, una perquisizione ex art. 247-bis c.p.p.) e un accertamento irripetibile ex art. 360 c.p.p.<sup>49</sup>

Tuttavia, in ambito informatico l'ispezione perde il carattere statico/descrittivo, in quanto è lo stesso intervento effettuato sul sistema ad alterare inevitabilmente i dati presenti sul supporto analizzato; un concreto rischio, pertanto, di irripetibilità che pone il dubbio sulla necessità di ricorrere alle forme dell'art. 360 c.p.p. A favore di quest'ultima ipotesi depone il fatto che il repertamento su cloud avviene in chiave dinamica – ossia il sistema è in funzione – e, a differenza di un PC, non può essere spento, così che l'attività potrebbe essere considerata irripetibile. Sul tema, la S.C. ha tuttavia precisato che la masterizzazione di file rinvenuti all'interno di un PC rinvenuto acceso durante una perquisizione non costituirebbe attività irripetibile bensì attività ripetibile, come tale formalmente corretta.<sup>50</sup>

L'aspetto comune alle due prospettive è dato dal fatto che, in tutti i casi, l'indagato deve essere avvisato dell'attività, anche se solo nell'ipotesi dell'atto irripetibile ha diritto di farsi assistere da un consulente durante le operazioni. Se, dunque, l'accertamento deve essere considerato irripetibile, la scelta di procedere con ispezione e il conseguente mancato avviso all'imputato e al difensore del conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare un consulente tecnico di parte, potrebbe dare luogo a una nullità di ordine generale a regime intermedio, che andrebbe dedotta non oltre la conclusione del giudizio di primo grado.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Su questi temi G. BRAGHÒ, *L'ispezione e la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici*, in Lupària (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 190 ss.; L. LUPÀRIA, *Computer crimes e procedimento penale*, in Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, in Spangher, *Trattato di procedura penale*, UTET, 2011, pp. 389 ss.).

<sup>50</sup> Cass. Sez. I, n. 11503, 25/2/2009, CED 243495

<sup>51</sup> Cass. Sez. III, n. 46715, 11/10/2012, CED 253992

La Cassazione si è poi occupata, altresì, di videoriprese effettuate da remoto, mediante l'attivazione attraverso il cd. “virus informatico della telecamera” di un apparecchio telefonico smartphone; le stesse sono state ritenute legittime quali prove atipiche ai sensi dell'art. 189 c.p.p., salvo siano effettuate all'interno di luoghi di privata dimora, e ferma la necessità di autorizzazione motivata dall'A.G. per le riprese che, pur non comportando una intrusione domiciliare, violino la riservatezza personale. In particolare, l'intercettazione di conversazioni tramite il cd. “agente intrusore”, che consente la captazione da remoto delle conversazioni tra presenti mediante l'attivazione, attraverso il cd. “virus informatico del microfono”, di un apparecchio telefonico smartphone, è stata considerata un'intercettazione ambientale, che può ritenersi legittima, ai sensi dell'art. 266, comma 2, c.p.p. in relazione all'art. 15 Cost., solo quando il decreto autorizzativo individui con precisione i luoghi in cui espletare l'attività captativa<sup>52</sup>.

La S.C. è ancora tornata sui temi in oggetto<sup>53</sup> rivisitando le problematiche sopra esposte. In questo senso sono stati rigettati i ricorsi avverso la conferma dell'applicazione della custodia cautelare in carcere nei confronti di due soggetti indagati per i reati di cui agli artt. 494, 615-ter, 617-quater e quinquies c.p., accusati di avere posto in essere accessi abusivi alla casella di posta elettronica in uso a uno studio legale dalla quale, inviando un messaggio di posta contenente in allegato un virus informatico, venivano realizzati atti idonei all'accesso abusivo a sistema informatico contenente dati relativi alla sicurezza pubblica nel settore dell'aviazione civile e all'intercettazione delle comunicazioni telematiche al suo interno.<sup>54</sup>

Tra le questioni affrontate dalla S.C., spicca quello sull'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni telematiche effettuate mediante captatore informatico. Secondo la difesa l'inutilizzabilità discenderebbe sia dai principi stabiliti della nota decisione S.U. 55 che vietano, al di fuori dei procedimenti relativi a criminalità organizzata, tutte le intercettazioni mediante trojan se effettuate in luogo di privata dimora, quale nella specie l'uso del trojan nel computer fisso dell'indagato collocato nella sua abitazione, sia dal rilievo sia nella specie non si sarebbe trattato di intercettazioni di flussi telematici ai sensi dell'art. 266-bis c.p.p. (e cioè di dati che in transito dal PC

---

<sup>52</sup> Cass. Sez. VI, n. 27100, 26/5/2015, CED 265655 e 265654

<sup>53</sup> Cass. Sez. V, n. 48370, 20/10/2017, [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it)

<sup>54</sup> Agli stessi venivano altresì contestati i reati di cui agli artt. 615-ter, 615-quater e 617-quinquies c.p. con riguardo a accessi abusivi a caselle di posta elettronica appartenenti a professionisti del settore giuridico ed economico, ad autorità politiche e militari di importanza strategica, nonché utilizzati dallo Stato e da altri enti pubblici, da cui, mediante installazione del predetto virus informatico, acquisivano notizie riservate o dati personali e sensibili.

<sup>55</sup> Cass. S.U, n. 26889, 28/4/2016, CED 266905

alla rete) ma di captazione in tempo reale di un flusso di dati intercorso su un determinato schermo o all'interno di un supporto; ciò avrebbe integrato non un'attività di intercettazione, ma di perquisizione/ispezione – e non una forma di prova atipica – con acquisizione (sequestro) della copia, o meglio della fotografia, di un documento statico (screenshot) che compare a video o è prelevato dal supporto.

La sentenza in oggetto prende espressamente in considerazione le indicazioni fornite dalle S.U., laddove era stata esclusa la possibilità di compiere intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., a mezzo di captatori informatici, al di fuori della disciplina derogatoria per la criminalità organizzata di cui all'art. 13 d.l. 152/1991. Una decisione che assume una portata fortemente innovativa laddove - dopo aver precisato che l'arresto delle S.U. si riferisce in via esclusiva, alle intercettazioni tra presenti - desume da tale principio una nuova e interessante prospettiva; con riferimento al trojan, la S.C. afferma che *«il supremo organo nomofilattico non solo non ha escluso la legittimità dell'uso di tale strumento captativo per le intercettazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora dove si stia svolgendo l'attività criminosa, ma soprattutto, ed è ciò che qui rileva, non l'ha esclusa per le ulteriori forme di intercettazione, tra cui quelle telematiche ex art. 266-bis, c.p.p.»*.<sup>56</sup>

Come è noto, recita l'art. 266-bis c.p.p.: *«Nei procedimenti relativi ai reati indicati nell'articolo 266, nonché a quelli commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche, è consentita l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi»*. Siccome la delega di cui alla l. 103/2017 interviene in tema di utilizzo di captatori sulla sola disciplina dell'art. 266 c.p.p., a prescindere dai limiti che il legislatore delegato ha posto in relazione alle intercettazioni tra presenti previste da quest'ultimo articolo, il principio della decisione sopra citata (Cass. Sez. V, n. 48370, 20.10.2017) potrebbe costituire un'apertura di grande interesse investigativo sull'uso di tale strumento sotto un duplice profilo.

---

<sup>56</sup> A supporto di tale argomento la sentenza sottolinea il fatto che proprio la riforma aveva (ed ha avuto) a oggetto *«soltanto la disciplina delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili, modalità all'evidenza ritenuta la più invasiva dal momento che tali ultimi dispositivi seguono gli spostamenti dell'utilizzatore con conseguente necessità di specifica tutela dei luoghi di privata dimora»*. In questo senso, il limite all'utilizzo del trojan posto dalle S.U. per le intercettazioni tra presenti non potrebbe essere applicato alle captazioni effettuate nell'indagine oggetto del ricorso, né inoltre *«sarebbe lecito trarre da quell'approdo giurisprudenziale un principio generale estensibile alle intercettazioni telematiche, che, a tacer d'altro, non sono intercettazioni caratterizzate dal doppio requisito di essere sia comunicative che tra presenti»*.

Da un lato, l'art. 266-bis c.p.p. non pone un limite alla possibilità di intercettare correlato a una tipologia di reato o alla pena edittale, quanto solo all'impiego di tecnologie informatiche o telematiche per commettere il reato. Se tale impiego si sostanzia in una modalità di comunicazione, la norma potrebbe assumere un ambito di applicazione eccezionalmente ampio: basti pensare, ad es. alle truffe o alle diffamazioni online. Non solo: l'art. 266-bis c.p.p. parla di «flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi». Pertanto, non solo i flussi aventi a oggetto scambi comunicativi ma anche quelli interni a un sistema telematico e informatico. Un sistema informatico senza connessioni telematiche non può comunicare con altri: se ne deve dedurre, sul piano logico, prima che tecnico, che si tratta dei flussi interni anche a un singolo PC.

Una prospettiva indubbiamente di grande impatto e non priva di criticità, laddove si consideri che è altamente verosimile che in molti casi l'utilizzo di un singolo PC potrebbe avvenire (anzi normalmente avviene) in luoghi di privata dimora. Potrebbe così determinarsi un pericoloso contrasto tra il dato letterale della norma, che non richiama per il 266-bis c.p.p. i limiti dall'art. 266, comma 2, c.p.p., e la tutela del domicilio di matrice costituzionale.

In realtà, la tesi proposta dalla decisione sopra menzionata si riflette anche su un ulteriore e rilevante aspetto. Nei motivi di ricorso si afferma che l'attività di intercettazione non avrebbe avuto a oggetto flussi telematici ai sensi dell'art. 266-bis c.p.p. quanto la captazione in tempo reale di un flusso di dati intercorso su un determinato schermo o all'interno di un supporto, così che sarebbe stata necessaria l'applicazione delle norme sulla perquisizione e sul sequestro.

La S.C., nel caso di specie, non affronta direttamente la questione ma si limita a osservare che dal provvedimento del tribunale della libertà oggetto di impugnazione si ricava che l'agente intrusore impiegato avrebbe captato, comunque, «*anche un flusso di comunicazioni, richiedente un dialogo con altri soggetti, oltre a documentazione relativa a un flusso unidirezionale di dati confinati all'interno dei circuiti del computer*». Un presupposto che renderebbe inutile ricondurre l'attività di acquisizione dei dati presenti nell'hard disk del computer:

- alla categoria intercettazione, come ritenuto per i messaggi di posta elettronica, anche se già ricevuti o spediti dall'indagato e conservati nelle rispettive caselle di posta in entrata e in uscita,

indipendentemente dal sistema intrusivo adottato dagli inquirenti, cioè tramite accesso diretto al computer o inserimento di un programma spia <sup>57</sup>;

- alla categoria della prova atipica, allorché, attraverso l'installazione di un captatore informatico, si proceda all'estrapolazione di dati, non aventi a oggetto un flusso di comunicazioni, già formati e contenuti nella memoria del personal computer o che in futuro sarebbero stati memorizzati <sup>58</sup>;

- all'ambito operativo dei provvedimenti di perquisizione e sequestro.

La decisione non prende posizione sulla base di un rilievo strettamente formale, sottolineando che sarebbe stato onere del ricorrente precisare, in ossequio al principio di specificità delle impugnazioni, quali dei dati captati tramite trojan fossero eventualmente colpiti dalla sanzione dell'inutilizzabilità, chiarendone altresì l'incidenza sul complessivo compendio indiziario già valutato, sì da potersene inferire la decisività in riferimento al provvedimento impugnato, applicando un principio generale già espresso dalle S.U.<sup>59</sup>.

Di certo sul punto la S.C. non si è sbilanciata, limitandosi, per così dire, a una ricognizione delle possibilità astratte. Resta, tuttavia, una notazione finale. Esiste, fuori di ogni dubbio, una precisa gerarchia – sul piano della qualità delle garanzie – tra i mezzi di prova e/o di ricerca della prova. Garanzie che, almeno in astratto, inequivocabilmente, devono ritenersi ravvisabili nella loro massima estensione laddove la formazione della prova avvenga sotto il controllo e la supervisione, sin dalla fase delle indagini, di un organo giurisdizionale terzo.

Rispetto alla categoria della prova atipica o al richiamo ai decreti di perquisizione (o ispezione) e del conseguente sequestro – rispetto ai quali la verifica di legittimità non può che essere rimessa, al più, alla verifica ex post avanti al tribunale della libertà – le intercettazioni ex art. 266-bis c.p.p. presentano l'indubitabile vantaggio di essere subordinate (fatti salvi i limitati casi di urgenza, comunque destinati a essere valutati in sede di convalida) all'autorizzazione preventiva del Gip. Una garanzia che potrebbe compensare il rinvio temporale della conoscenza da parte della difesa (e dello stesso indagato) rispetto agli avvisi stabiliti dal codice di procedura a fronte delle attività di perquisizione, ispezione e sequestro.

---

<sup>57</sup> Cass. Sez. IV, n. 40903, 28/6/2016, CED 268228

<sup>58</sup> Cass. Sez. V, n. 16556, 14/10/2009, CED 246954

<sup>59</sup> Cass. S.U., n. 23868, 23/4/2009, CED 243416

## **2.10 - L'acquisizione della messaggistica istantanea**

La messaggistica è un fenomeno globale, come pochi altri espressivo della personalità, delle relazioni e delle condotte dei singoli e non infrequentemente la sua ricostruzione rappresenta un aspetto fondamentale delle indagini; attività che, per altro, deve svolgersi nel pieno rispetto di diritti fondamentali quali la libertà e la segretezza della corrispondenza.

In termini generali, non sussistono differenze “ontologiche” o comunque positivamente disciplinate in relazione alle forme di comunicazione, così che il dato strettamente tecnologico – costituito dal transito delle stesse in forma digitalizzata attraverso PC, smartphone o tablet connessi tra loro o alla rete internet – deve essere valutato in relazione all'inquadramento degli strumenti di acquisizione di tali forme di comunicazione.

Laddove i messaggi vengano captati in tempo reale, deve ritenersi applicabile la disciplina delle intercettazioni, anche se occorre comprendere se si tratti di intercettazione “ordinaria” ex art. 266 c.p.p. o più verosimilmente telematica ex art. 266-bis c.p.p.

Differente il problema della messaggistica già oggetto di trasmissione.

Una prima opzione ermeneutica prevede l'applicazione della disciplina delle intercettazioni anche laddove le e-mail o le comunicazioni pervenute o inviate al destinatario siano archiviate nel device/p.c. di questi.

L'avvenuto inoltro del messaggio prevarrebbe sull'assenza dell'attualità della comunicazione; l'acquisizione di contenuti di tali messaggi mediante intercettazione operata ai sensi dell'art. 266 c.p.p. è stata ritenuta legittima, poiché le *chat*, anche se non contestuali, costituiscono un flusso di comunicazioni.<sup>60</sup> Una tesi discutibile, laddove si consideri non conforme al sistema un decreto di intercettazione diretto a comunicazioni “passate” e non future; d'altro canto, l'applicazione della disciplina delle intercettazioni è quella che determina la maggiore garanzie nella prospettiva della difesa, stante l'intervento di autorizzazione del G.I.P.

L'acquisizione di mail o messaggi presenti su un PC o su un device potrà avvenire o con un atto a sorpresa ma palese – perquisizione – ovvero con le forme di acquisizione per mezzo di un trojan (si rinvia al punto precedente). Ciò riconduce anche questa forma di accertamento alla problematica generale sulla compatibilità e praticabilità nel sistema dell'utilizzo di tale forma di apprensione.

---

<sup>60</sup> Cass., sez. III, 10 novembre 2015, n. 50452, in *CED Cass.*, n. 265615; Cass., sez. IV, 8 aprile 2016, n. 16670, in *CED Cass.*, n. 266983

Sul tema, era intervenuta la S.C.<sup>61</sup> con una decisione che trae origine da una vicenda processuale particolare, avente a oggetto un'associazione per delinquere di stampo transnazionale finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti. Associazione i cui partecipanti comunicavano attraverso una postazione di un internet point, che gli stessi potevano utilizzare tramite una comune credenziale di accesso e dalla quale ponevano in essere uno scambio comunicativo differito. A volte, le mail venivano scritte e non spedite ma salvate nella cartella bozze, di modo da potere essere lette dagli altri soggetti mediante accesso a tale cartella. L'attività che era monitorata dalla P.G. grazie all'installazione di un trojan nel client che gli stessi erano soliti usare all'interno dell'internet point in oggetto; in questo modo venivano non solo intercettate le mail spedite ma era stato possibile acquisire quelle "parcheeggiate" nella casella di posta bozze.

La S.C., chiamata a valutare la legittimità di tale procedura, ha riconosciuto la legittimità dell'acquisizione tramite instradamento dei messaggi di posta elettronica, in entrata e in uscita, relativi a una casella gestita da un provider estero; in particolare, poi, ha preso posizione tra le varie tesi che si sono affermate in giurisprudenza come in dottrina circa le modalità di "acquisizione" di messaggi di posta elettronica, già ricevuti o spediti dall'indagato e conservati nelle rispettive caselle di posta in entrata e in uscita. Secondo la S.C. si tratterebbe comunque di attività di intercettazione, sottoposta alla disciplina di cui agli artt. 266 e 266-bis c.p.p. indipendentemente dal sistema intrusivo adottato dagli inquirenti (tramite accesso diretto al computer o inserimento di un programma spia), equiparando così il regime acquisitivo delle e-mail già ricevute e/o inviate con quella delle e-mail che vengono inviate e/o ricevute nel corso delle indagini.

In tale decisione la S.C. ha aderito alla tesi del cd. "criterio dell'inoltro": «nella giurisprudenza di questa Corte di legittimità, anche a Sezioni unite, si rinvergono elementi per poter affermare che il discrimen perché ci sia stato o meno flusso informativo – e quindi debba essere applicata la disciplina delle intercettazioni e non quella del sequestro – è nell'avvenuto inoltro dell'e-mail da parte del mittente. Perciò ritiene il Collegio che quanto alle e-mail inviate o ricevute, la risposta da fornire al quesito circa l'esistenza o meno di un flusso informativo sia positiva».

Al contrario, ove si tratti di e-mail "parcheeggiate" e non inviate – sopra descritte – la S.C. ritiene sufficiente, lo strumento del sequestro, in quanto si tratterebbe «di una attività che ricorda quella del sequestro di dati informatici e perciò si tratterebbe di una attività di indagine che non rientra nella disciplina delle intercettazioni e non necessita di alcuna autorizzazione del Gip».

---

<sup>61</sup> Cass. Sez. IV, n. 40903, 28/6(2016, CED 268228

Una soluzione che, indubbiamente, pone problemi con riguardo agli avvisi che dovrebbero comunque conseguire all'attività di sequestro, che – evidentemente – pregiudicherebbero la possibilità di proseguire nell'attività di captazione o comunque di acquisizione.

Alla tesi sopra esposta si contrappone quelle che individua nei messaggi già trasmessi o pervenuti – e quindi presenti sulla memoria di p.c. e device” – dei documenti informatici. Per la S.C.<sup>62</sup> i dati informatici acquisiti dalla memoria del telefono in uso all'indagato (sms, messaggi whatsapp, messaggi di posta elettronica “scaricati” e/o conservati nella memoria dell'apparecchio cellulare posto sotto sequestro) avrebbero natura di documenti ai sensi dell'articolo 234 c.p.p.; l'attività di acquisizione degli stessi non soggiacerebbe né alle regole stabilite per la corrispondenza, né tantomeno alla disciplina delle intercettazioni telefoniche in quanto:

- non sarebbe applicabile la disciplina dettata dall'articolo 254 c.p.p., in quanto tali messaggi non rientrano nel concetto di “corrispondenza”, la cui nozione implica un'attività' di spedizione in corso o comunque avviata dal mittente mediante consegna a terzi per il recapito

- non sarebbe configurabile un'attività di intercettazione, in quanto la stessa presuppone la captazione di un flusso di comunicazione in corso, mentre nel caso di specie si tratta di acquisizione ex post di un dato, conservato in memoria, che documenta tali flussi.

In tale prospettiva le comunicazioni presenti nella memoria di un p.c./device sequestrato oppure in un programma di gestione della posta elettronica, siano esse in partenza perché non ancora spedite o siano giunte al destinatario, siano state aperte o meno, dovrebbero essere considerate oggetto del sequestro ordinario disciplinato dall'art. 253 c.p.p.

L'acquisizione, seppure con differenti strumenti, delle comunicazioni sopra indicate deve essere in ogni modo valutata tenendo conto delle necessità di verificare la riferibilità, integrità e dunque attendibilità delle stesse.

Per la S.C.<sup>63</sup> è legittimo il provvedimento con cui il giudice di merito rigetta l'istanza di acquisizione della trascrizione di conversazioni, effettuate via 'wathsapp' e registrate da uno degli interlocutori, in quanto, pur concretandosi essa nella memorizzazione di un fatto storico, costituente prova documentale, ex art. 234 c. p.p., la sua utilizzabilità è, tuttavia, condizionata all'acquisizione del supporto telematico o figurativo contenente la relativa registrazione, al fine di verificare

---

<sup>62</sup> Cass., Sez. V, n. 1822, 21/11/2017, CED 272319 - 01

<sup>63</sup> Cass., Sez. V, n. 49016, 19/06/2017, CED 271856 - 01

l'affidabilità, la provenienza e l'attendibilità del contenuto di dette conversazioni. Ad analoghe conclusioni si può giungere non solo per i file audio, ma anche per i messaggi scritti. Non bisogna confondere in quanto senso il documento informatico dalla stampa o trascrizione dello stesso ai fini di una più agevole consultazione.

La procedura corretta per produrre messaggi Whatsapp come prova in un processo prevede:

-acquisizione forense globale dello smartphone

-analisi del dispositivo per documentare come i dati siano attendibili e per rilevare tutti i dati utili;

- redazione di una relazione tecnica che dia conto delle metodologie utilizzate e che evidenzi i soli dati di interesse.

Una particolare forma di sequestro è stata disciplinata con la riforma di cui alla l. 48/2008, in relazione alla corrispondenza presso i fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni. Il testo dell'art. 254 c.p.p. modificato dalla l. 48/2008 impone di ritenere che la posta elettronica rientri nel concetto di corrispondenza, avendo il legislatore previsto la possibilità di intervenire presso i gestori di servizi telematici o di telecomunicazioni per effettuare il sequestro probatorio delle missive inoltrate per via telematica.

L'art. 254 c.p.p. prevede che l'autorità giudiziaria, quando dispone il sequestro, presso tali soggetti, dei dati da questi detenuti, compresi quelli di traffico o di ubicazione, può stabilire, per esigenze legate alla regolare fornitura dei medesimi servizi, che la loro acquisizione avvenga mediante copia di essi su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità.

La disciplina dell'art. 254 c.p.p. deve ritenersi speciale rispetto ai criteri generali di cui all'art. 253 c.p.p. in tema di sequestro e secondo la S.C. sarebbe applicabile a fronte di corrispondenza, nozione che implica *“un'attività di spedizione in corso o alla quale il mittente abbia dato comunque impulso consegnandola ad altri per il recapito”*. Disciplina che, quindi, concerne solamente *“il sequestro della corrispondenza presso uffici postali (o, deve ritenersi, anche in luoghi accessori quali le cassette postali o in via di recapito tramite il portalettere)”* e cioè di quella che è ancora in corso di spedizione. Al contrario deve ritenersi applicabile l'art. 253 c.p.p. per la corrispondenza (già recapitata) al destinatario.

A sua volta l'art. 353, comma 3 c.p.p., stabilisce che *“Se si tratta di lettere, pieghi, pacchi, valori, telegrammi o altri oggetti di corrispondenza, anche se in forma elettronica o se inoltrati per via telematica, per i quali è consentito il sequestro a norma dell'articolo 254, gli ufficiali di polizia giudiziaria, in caso di urgenza, ordinano a chi è preposto al servizio postale, telegrafico, telematico o di telecomunicazione di sospendere l'inoltro. Se entro quarantotto ore dall'ordine della polizia giudiziaria il pubblico ministero non dispone il sequestro, gli oggetti di corrispondenza sono inoltrati.”* Sarebbero poi acquisibili ai sensi dell'art. 253 c.p.p. le lettere, i plichi, i messaggi di posta elettronica destinati alla corrispondenza oppure già recapitati al destinatario, che siano già stati aperti oppure non ancora letti, per i quali non vi sia quindi un'attività di spedizione in atto.

Sul piano operativo, infine l'art 254 bis c.p.p. (Sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni), dispone che *“l'autorità giudiziaria, quando dispone il sequestro, presso i fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni, dei dati da questi detenuti, compresi quelli di traffico o di ubicazione, può stabilire, per esigenze legate alla regolare fornitura dei medesimi servizi, che la loro acquisizione avvenga mediante copia di essi su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità. In questo caso è, comunque, ordinato al fornitore dei servizi di conservare e proteggere adeguatamente i dati originali.”*

### **2.11 - Messaggistica e decrittazione**

L'intercettazione della messaggistica (si tratti di *chat*, audio o video) presenta una specifica criticità generalizzata, correlata alla natura digitale dei dati attraverso i quali la stessa è trasmessa; problema comune alle app quali *whatsapp* utilizzate sui device così come al sistema *Voip* per le chiamate telefoniche. Il dato comune è costituito dall'utilizzo di sistemi di cifratura *“end-to-end”*, tali per cui la chiave di cifratura è nota solo agli interlocutori e non è comune con il *server*; sul server pertanto non dovrebbero essere archiviati *“in chiaro”* i messaggi e le comunicazioni. Un impasse superabile solo attraverso l'uso dei captatori, che consentono di intercettare direttamente da uno dei device coinvolti nella comunicazioni ( e quindi di trasmettere comunicazioni direttamente intelleggibili).

In generale, le comunicazioni che sono trasmesse tramite app sono criptate, ossia non possono essere lette direttamente, anche se intercettate, così come le comunicazioni via VoIP. In sintesi, le stesse *“escono”* criptate dall'apparato che le genera, restano criptate sul server del gestore delle

comunicazioni e vengono decriptate quando pervengono all'apparato ricevente. La possibilità di intercettare "in chiaro", quindi, è ravvisabile solo laddove l'intercettazione trovi luogo direttamente su uno dei due apparati in comunicazione.

L'apprensione dei dati direttamente dall'apparato previa installazione di un captatore informatico rappresenta l'unico metodo che consente di bypassare la criptatura degli stessi, monitorando sia il flusso di comunicazioni riguardanti sistemi informatici o telematici – online surveillance, pacificamente da ricondurre alla categoria intercettazioni. L'attività di intercettazione è indubbiamente quella maggiormente articolata e complessa e – non a caso – quella più garantita. La previsione di autorizzazione (salvi i casi di urgenza, comunque da sottoporre a convalida) da parte del Gip consente di ritenere che l'installazione di un captatore informatico sia assimilabile in tutto all'applicazione di una microspia, situazione già pacificamente prevista nei casi di intercettazioni ambientali, con tutto ciò che consegue in relazione alle attività di installazione delle stesse.

Al riguardo, di grande interesse risulta una decisione della Cassazione<sup>64</sup> in base al quale, in materia di utilizzazione di messaggistica con sistema Blackberry sarebbe corretto acquisirne i contenuti mediante intercettazione ex art. 266-bis c.p.p. e ss. In tal senso le chat, anche se non contestuali, costituirebbero un flusso di comunicazioni, così che l'intercettazione avverrebbe con il tradizionale sistema, ossia monitorando il codice PIN del telefono (ovvero il codice IMEI), associato in maniera univoca a un nickname.<sup>65</sup>

Nel caso esaminato dalla S.C. le comunicazioni della messaggistica Blackberry giungevano tramite il sistema telefonico, previo instradamento, sul sistema telematico della sede nazionale della società di gestione del sistema.<sup>66</sup> Da quel momento in avanti si pone il problema della decrittazione dei dati, che tuttavia è elemento differente da quello della presenza dei dati stessi sul territorio nazionale. Nessuna norma impone di fare ricorso a una rogatoria per decrittare i dati presenti sul

---

<sup>64</sup> Cass. Sez. III, n. 50452, 23/12/2015, CED 265615; analogamente Cass. Sez. VI, n. 1342, 4/11/2015 CED 267184

<sup>65</sup> Il sistema di messaggi PIN to PIN in oggetto si basa sulla sincronizzazione continua delle comunicazioni, effettuata dal server centrale della società che ha sviluppato il sistema e che ha sede in Canada. I dati di tutte le comunicazioni – di qualsiasi forma – vengono compressi in un pacchetto e quindi reindirizzati agli altri cellulari del sistema, previa formattazione e cifratura. Le comunicazioni sono quindi ricevute e trasmesse sulla base del numero identificativo assegnato a ciascun utente del sistema (identificabile tramite il PIN), o anche con telefoni dotati di un'applicazione (BBM) che li rende compatibili con il sistema Blackberry.

<sup>66</sup> La destinazione a uno specifico nodo telefonico, posto in Italia, delle telefonate estere, provenienti da una determinata zona (c.d. "instradamento") non renderebbe necessario il ricorso alla rogatoria internazionale, in quanto l'intera attività di captazione e registrazione avverrebbe sul territorio dello Stato; la circostanza che il flusso di dati sia inintelligibile non rileva sul richiamo operato dalla S.C. rispetto alla tecnica dell'instradamento.

territorio. Se poi il soggetto legittimamente titolare della chiave di decrittazione in Italia collabora alla decrittazione si pone un problema di attendibilità (al più) ma non certo di extraterritorialità.

Non solo: se il timore è che la società che detiene la predetta “chiave” possa rifiutare la collaborazione degli esiti della captazione, la questione si porrebbe – allo stesso modo – se la richiesta di decrittazione fosse contenuta in una rogatoria. Occorre domandarsi, allora, per quale ragione la collaborazione della società per la decrittazione dei dati instradati sul territorio nazionale dovrebbe essere meno efficace e credibile di quella che la stessa società potrebbe decidere di fornire (o potrebbe rifiutare o potrebbe eseguire in termini impropri) operando dallo Stato nel quale ha sede.

Il problema è, anzi, esattamente opposto e si pone nei casi nei quali i gestori dei sistemi di messaggistica (anch’essi criptati) rifiutano o ritardano la collaborazione, in Italia così come nei casi di rogatoria, necessaria a decifrare i messaggi. In tali casi l’apprensione delle comunicazioni previa applicazione di un trojan su uno degli apparati tra i quali avvengono le comunicazioni, in quanto solo su un apparato terminale le stesse giungono decrittate, procedendo con le forme dell’intercettazione, appare più una necessità che una scelta.

Il problema della decrittazione dei dati ha assunto ormai da tempo una rilevanza particolare, affiancando la problematica dell’intercettazione dell’instant messaging a quella delle comunicazioni telefoniche VoIP e alla ricerca di dati e informazioni derivanti dall’utilizzo di sistemi per i quali la trasmissione dei dati relativi alle comunicazioni avviene previa criptatura.

Sul punto, il dato tecnico deve essere letto (come sempre ma se possibile ancora più espressamente) in sintonia con quello economico-commerciale: il mercato chiede device sicuri, se possibile non intercettabili; le autorità degli Stati hanno, nell’assoluta maggioranza dei casi, necessità di effettuare, al contrario, intercettazioni che prescindano per quanto possibile, per gli esiti, da scelte di “collaborazione” da parte dei produttori dei sistemi integrati di comunicazione hardware- software.

Il problema, semplice e allo stesso tempo quasi irrisolvibile, è il seguente: si può consentire – o meglio un sistema giuridico può consentire – che l’attività di intercettazione o almeno di decrittazione delle comunicazioni dipenda dalla disponibilità di collaborazione degli operatori del settore?

Per problemi di sicurezza interna e soprattutto internazionale, non pare accettabile una tolleranza diffusa verso il fenomeno del cd. “going dark” (ossia la sostanziale impossibilità di

intercettare), che pure può determinarsi a fronte del moltiplicarsi delle possibilità di connessione e dei sistemi di criptatura. <sup>(67)</sup>

È evidente che la tutela – innegabile ed efficace – della privacy che deriva da questa scelta potrà avere ripercussioni significative sull'attività di ricerca della prova contenuta nei dati memorizzati o trasmessi sugli apparati in oggetto. Ed è altrettanto improbabile, visto lo strapotere tecnico-economico che caratterizza alcuni operatori del settore, che eventuali consulenti nominati da singole procure possano mettere a punto – in un tempo e con un investimento compatibile con le strutture giudiziarie – meccanismi di forzatura dei sistemi al fine di rendere intellegibili i dati e le informazioni.

---

<sup>67</sup> Le alternative, sul piano logico-giuridico, non sono poi molte. È stata prospettata da FBI la necessità – proprio per evitare il fenomeno del going dark – di procedere a tal fine all'utilizzo di endpoints (PC, smartphone, etc.) mediante l'installazione di backdoor per aggirare le difficoltà derivanti dai sistemi di cifratura; ciò in particolare in relazione ai servizi internet che permettono le comunicazioni vocali/video/testo, in tempo reale o quasi. Si vorrebbe così introdurre «una nuova legislazione che obblighi uno sviluppo di prodotti che possano risultare [...] “predisposti all'intercettazione” o, su richiesta del governo, essere configurati per divenirlo. Tale esigenza andrebbe a interessare una vasta gamma di prodotti e servizi: dalla messaggistica istantanea alle chat (es. Skype, Google, etc.), dai servizi peer-to-peer al VoIP»; sul tema A. GABRIELLI - L. MAURO, *Calea II: i rischi delle intercettazioni sui “punti finali” delle comunicazioni* in [www.sicurezzaegiustizia.it](http://www.sicurezzaegiustizia.it)

LORENZO DELLI PRISCOLI

## Diritto penale tributario ed evasione fiscale

Il bene giuridico tutelato dalle norme penali in materia tributaria è la potestà dello Stato e dell'Unione europea<sup>1</sup> alla puntuale ed effettiva percezione dei tributi<sup>2</sup>.

Ampliando l'orizzonte delle finalità della norma, ben può dirsi che l'interesse perseguito con l'imposizione fiscale sia quello di garantire allo Stato i mezzi necessari per soddisfare una molteplicità di bisogni della collettività e per tener fede agli impegni internazionali: si pensi soltanto in campo nazionale al funzionamento di scuole, ospedali e al pagamento degli interessi sul debito pubblico e dei relativi interessi; e in campo internazionale a quanto l'Italia deve versare all'Unione europea, all'ONU e alla NATO e alle innumerevoli organizzazioni internazionali cui l'Italia aderisce e partecipa in maniera attiva, in conformità al disposto di cui all'ultima parte dell'art. 11 Cost.

Rispetto agli ordinari crediti pecuniari, quelli tributari hanno una disciplina di favore e conseguentemente una marcata connotazione di specialità in ragione dello stretto rapporto di derivazione dal precetto dell'art. 53, primo comma, Cost., secondo cui tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in proporzione alla loro capacità contributiva. Tali crediti vanno infatti ad alimentare la finanza pubblica perché sia assicurato il prescritto equilibrio di bilancio tra entrate e spese, elevato a vincolo costituzionale dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 (Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale), che ha modificato l'art. 81 Cost.; la sostenibilità della finanza pubblica e la stabilità finanziaria costituiscono altresì vincoli europei a seguito del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria, fatto a Bruxelles il 2 marzo 2012<sup>3</sup>.

Un corretto ed effettivo prelievo fiscale contribuisce anche in maniera determinante ad assicurare una situazione di concorrenza (valore che, secondo la Corte costituzionale, trova un sicuro riferimento nell'art. 41 Cost. complessivamente considerato<sup>4</sup>) sul mercato italiano ed

---

<sup>1</sup> Alcuni tributi come l'IVA infatti sono destinati a finanziare le spese dell'Unione europea.

<sup>2</sup> Corte cost. n. 233 del 2018; in maniera del tutto analoga si esprime Corte cost. n. 95 del 2019, che parla di "interesse dell'erario alla piena e rapida percezione dei tributi".

<sup>3</sup> Corte cost. n. 90 del 2018.

<sup>4</sup> Cfr. ad esempio Corte cost. n. 206 del 2019.

europeo, che è l'obiettivo per il quale è nata l'allora Comunità Economica Europea, obiettivo che è tuttora fondamentale anche nell'attuale Unione Europea. Non può infatti dimenticarsi che l'Unione, quando era ancora semplicemente "Comunità economica europea" ha rivolto i suoi sforzi quasi esclusivamente nella direzione di una integrazione economica<sup>5</sup> e solo relativamente di recente si è acquisita una piena consapevolezza che una reale unione dell'Europa si può realizzare esclusivamente attraverso un'integrazione e una cooperazione in tutti i campi, ivi compresi i diritti fondamentali, anche proprio al fine di realizzare una più soddisfacente integrazione economica. Solo da pochi anni infatti è in fase di reale superamento la concezione iniziale dell'Unione europea, attenta solo ad una integrazione economica e a far valere il principio di libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali<sup>6</sup>. Può dunque ben dirsi che il bene giuridico tutelato dalle entrate tributarie è anche la concorrenza, che trova un riferimento normativo in numerose articoli del Trattato sull'Unione europea e, come ricordato, nell'art. 41 Cost.

Ad ogni modo sarebbe quanto mai riduttivo restringere i valori tutelati dalle entrate tributarie entro i peraltro non certo angusti confini dell'art. 53 Cost., dell'art. 81 Cost. e dell'art. 41 Cost., perché le entrate fiscali rappresentano quel *quid* che consente allo Stato – come già accennato, il soddisfacimento dei più elementari diritti fondamentali del singolo e della collettività: la salute mediante gli ospedali, l'istruzione mediante le scuole e le università, la tutela dell'ambiente mediante i pompieri, la protezione civile e tutti gli innumerevoli enti pubblici, territoriali e non, che di esso si occupano, la libertà di movimento mediante le strade, la pubblica sicurezza e l'ordine pubblico mediante la polizia e i carabinieri. In altre parole le entrate tributarie, garantendo il funzionamento di tutte le attività dello Stato, sono poste a protezione di tutti i diritti fondamentali e dunque non vi è norma costituzionale che, direttamente o indirettamente, non sia tutelata dalle

---

<sup>5</sup> Cfr. ad esempio Corte di Giustizia CEE 5 febbraio 1963, C-26/62, secondo cui "lo scopo del Trattato CEE è quello di instaurare un mercato comune". Il primo segno di una sensibilità su temi diversi da quelli economici si è avuta a partire dagli anni settanta: cfr. ad esempio Corte di giustizia, sentenza 8 aprile 1976, in causa C-43-75, secondo cui il principio di parità retributiva tra uomini e donne, incardinato nel Trattato di Roma fin dall'istituzione della Comunità economica europea come principio fondante del mercato comune nonché come uno degli «scopi sociali della Comunità, [...] che [...] non si limita all'unione economica»; non può non notarsi tuttavia che la stessa sentenza osserva che tale principio è funzionale alla tutela della concorrenza perché impedisce che l'impresa che assuma più donne si avvantaggi rispetto alle altre.

<sup>6</sup> Cfr., fra le tante, Corte di giustizia UE 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, che ha dichiarato invalida la direttiva sulla conservazione dei dati personali, in quanto comporta "un'ingerenza di vasta portata e di particolare gravità nei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale, non limitata allo stretto necessario".

sanzioni penali in materia tributaria; del resto ogni nuova legge che comporti nuovi oneri finanziari per lo Stato deve necessariamente avere la relativa copertura finanziaria.

In effetti, senza risorse, tutti i diritti fondamentali che la Costituzione si impegna a garantire resterebbero lettera morta ma occorre altresì specificare che le norme penali tributarie non garantiscono soltanto l'an, quale che sia, delle entrate, ma anche che tali entrate siano le maggiori possibili nei limiti del rispetto della capacità contributiva di ciascun contribuente e delle scelte del Legislatore relative al *quantum*: perché è proprio dal *quantum* delle entrate tributarie che dipende l'ampiezza del dispiegarsi dei diritti fondamentali. In effetti tutti i diritti, compresi quelli fondamentali, sono soggetti a bilanciamento, non solo e non tanto per consentire la tutela di altri diritti altrettanto fondamentali ma anche e più spesso in ragione del *quantum* di risorse economiche disponibile per garantirle: si pensi ad esempio al denaro effettivamente utilizzato per garantire il funzionamento degli ospedali e quello – di entità nettamente superiore – che sarebbe invece necessario per consentirne un funzionamento ottimale. E in effetti il compito più ingrato, delicato e complesso della Corte costituzionale non è tanto di individuare sempre nuovi diritti fondamentali ma di bilanciarli tutti alla ricerca di un difficile e sempre delicato equilibrio in una situazione economica generale ormai stabilmente carente di risorse, nella dura consapevolezza che, purché ne sia salvaguardato il nucleo fondamentale - il nocciolo duro – anche i diritti fondamentali sono suscettibili di essere compressi e limitati.

Si è detto che il credito tributario dello Stato nei confronti dei cittadini riveste un valore ben più pregnante rispetto alla tutela offerta al creditore privato: tale connotazione peculiare dei crediti tributari emerge in modo evidente sotto vari profili, quali – oltre in generale alla specialità del giudice che ha giurisdizione sulle controversie per il loro accertamento nel processo tributario –, tra gli altri, il sistema della riscossione fiscale che si discosta dal regime ordinario dell'espropriazione forzata regolata dal codice di rito proprio al fine di meglio assicurare l'adempimento delle obbligazioni tributarie. Come più volte affermato da questa Corte, «la disciplina speciale della riscossione coattiva delle imposte non pagate risponde all'esigenza della pronta realizzazione del credito fiscale a garanzia del regolare svolgimento della vita finanziaria dello Stato» (ex plurimis, sentenza n. 281 del 2011). Ove poi si tratti di tributi armonizzati secondo il diritto europeo, maggiore è l'esigenza di effettività del sistema di riscossione fiscale (sentenza n. 225 del 2014). Il corretto adempimento degli obblighi tributari è altresì presidiato da una garanzia reale di ampia portata – il privilegio generale sui mobili del debitore in favore dei crediti per tributi diretti dello

Stato, per imposta sul valore aggiunto e per tributi degli enti locali (art. 2752 cod. civ.) – e da più specifiche tutele cautelari, quali l’ipoteca e il sequestro conservativo, previste a favore del fisco dall’art. 22 del d.lgs. n. 472 del 1997.

Eppure anche il patrimonio privato gode di sanzioni penali molto incisive e severe, dirette a tutelare anche violazioni tutto sommato lievi della sfera giuridica patrimoniale altrui.

Inoltre, le operazioni negoziali che costituiscono atti dolosamente preordinati a pregiudicare la garanzia dell’adempimento delle obbligazioni tributarie hanno un rilievo finanche penale ex art. 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74.

Eppure anche il patrimonio privato gode di sanzioni penali molto incisive e severe, dirette a tutelare anche violazioni tutto sommato lievi della sfera giuridica patrimoniale altrui, secondo una antica tradizione del nostro ordinamento giuridico, perpetuata dal codice Rocco e arrivata fino ai nostri giorni, solo recentemente - e in maniera assai modesta - temperata dall’introduzione della causa di non punibilità di cui all’art. 131 bis c.p. per i fatti di lieve entità. In effetti, anche la giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni, è particolarmente severa nel valutare i reati contro il patrimonio, anche se di lieve entità.

Con particolare riferimento al più importante e frequente reato nell’ambito di questa tipologia, il furto, possiamo così individuare delle linee di tendenza dirette:

- 1) a ridimensionare la necessità della sussistenza del dolo specifico del fine di profitto<sup>7</sup>;
- 2) a sminuire la rilevanza della restituzione della refurtiva e della brevità del tempo durante il quale il bene è stato sottratto alla sfera di controllo del proprietario<sup>8</sup>;
- 3) a individuare con estrema riluttanza la circostanza attenuante di cui all’art. 62, n. 4 c.p. del modesto valore economico del bene, sia con riferimento all’oggettivo valore della cosa sottratta<sup>9</sup>, sia con riferimento al danno effettivo per la vittima del furto<sup>10</sup>, sia ancora con riferimento

---

<sup>7</sup> In tema di furto, il fine di profitto che integra il dolo specifico del reato va interpretato in senso restrittivo, e cioè come finalità di ricavare dalla cosa sottratta un’utilità apprezzabile in termini economico-patrimoniali (sentenza n. 25821 del 05/04/2019 Cc., dep. 11/06/2019).

<sup>8</sup> In tema di furto, ai fini della configurabilità della circostanza attenuante del danno di particolare tenuità, l’entità del danno cagionato alla persona offesa deve essere verificata al momento della consumazione del reato costituendo la restituzione della refurtiva solo un "post factum" non valutabile a tale fine (fattispecie in cui il bene oggetto di furto era stato sottratto per breve tempo poiché recuperato, subito dopo la commissione del reato, dalle forze dell’ordine: sentenza n. 19728 del 11/04/2019 Ud., dep. 08/05/2019; sentenza n. 46588 del 29/11/2011 Ud., dep. 15/12/2011).

<sup>9</sup> Sentenza n. 6635 del 19/01/2017 Ud., dep. 13/02/2017, con riferimento ad un furto di 82 euro; sentenza n. 46588 del 29/11/2011 Ud., dep. 15/12/2011, in cui tale attenuante non è stata riconosciuta per il furto di una bici usata.

<sup>10</sup> In caso di furto di un portafogli contenente bancomat e documenti di identità non è applicabile la circostanza attenuante del danno di speciale tenuità, in considerazione del valore non determinabile, o comunque di non

alla capacità del soggetto passivo di sopportare il danno economico derivante dal reato (non rileva, in altre parole, che il derubato sia “ricco”)<sup>11</sup>.

Potrebbe replicarsi che il reato di furto e i reati che sanzionano il mancato versamento delle imposte non sono omogenei e quindi paragonabili in quanto mentre il primo riguarda la violazione di un diritto reale, dal momento che si sottrae un bene ad un soggetto che ne è già proprietario, i secondi punirebbero delle violazioni meno gravi, perché posti a protezioni di semplici diritti obbligatori, in quanto il Fisco non sarebbe ancora il proprietario del denaro evaso. In tal modo però si finirebbe per ammettere che tutti i contribuenti le cui imposte sono pagate all'origine (ad es. i lavoratori subordinati, i dipendenti pubblici) si troverebbero in una posizione peggiore rispetto al Fisco rispetto ad imprese e lavoratori autonomi il che imporrebbe, per riequilibrare le differenti situazioni e in applicazioni del principio costituzionale secondo cui occorre trattare in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali – continuando in questo ragionamento per assurdo – di garantire a lavoratori subordinati e dipendenti pubblici una pressione fiscale inferiore, in tal modo ufficializzando e legittimando il concetto secondo cui pagare le imposte non sarebbe un dovere inderogabile del contribuente non sottoposto ad alcuna condizione ma una sorta di interesse legittimo del Fisco sottoposto ad un bilanciamento con le valutazioni discrezionali del contribuente dipendenti dalle esigenze personali di costui.

Ad ogni modo, anche con riferimento ad un reato posto a tutela del patrimonio dei privati ancora più “omogeneo” rispetto ai reati di evasione fiscale, la severità del legislatore e della

---

speciale tenuità, del documento, che non si esaurisce nello stampato, nonché degli ulteriori effetti pregiudizievoli subiti dalla persona offesa, quali le pratiche relative alla duplicazione dei documenti sottratti (sentenza n. 16218 del 02/04/2019 Ud., dep. 15/04/2019). Non è configurabile l'attenuante del danno di speciale tenuità nell'ipotesi in cui il reato riguardi dei documenti, in quanto il valore del bene non va identificato in quello dello stampato, ma in quello non determinabile o comunque di non speciale tenuità del documento che lo stampato ha consentito di formare (con riferimento al furto di patente, v. Sez. 1, n. 8019 del 04/07/1985 ud. - dep. 12/09/1985, Rv. 170393 - 01). Va, inoltre, aggiunto che la concessione della circostanza attenuante del danno di speciale tenuità, presuppone necessariamente che il pregiudizio cagionato sia lievissimo, ossia di valore economico pressoché irrilevante: ai fini dell'accertamento della tenuità del danno è, dunque, necessario considerare, oltre al valore in sé della cosa sottratta, anche il valore complessivo del pregiudizio arrecato con l'azione criminosa, valutando i danni ulteriori che la persona offesa abbia subito in conseguenza della sottrazione della "res" (sentenza n. 16218 del 02/04/2019 Ud., dep. 15/04/2019).

<sup>11</sup> La concessione della circostanza attenuante del danno di speciale tenuità, presuppone necessariamente che il pregiudizio cagionato sia lievissimo, ossia di valore economico pressoché irrilevante, avendo riguardo non solo al valore in sé della cosa sottratta, ma anche agli ulteriori effetti pregiudizievoli che la persona offesa abbia subito in conseguenza della sottrazione della "res", senza che rilevi, invece, la capacità del soggetto passivo di sopportare il danno economico derivante dal reato (in applicazione del suddetto principio, la Cassazione ha ritenuto inammissibile il ricorso con il quale l'imputato invocava la configurabilità della predetta circostanza attenuante in una fattispecie di furto di merce del valore commerciale di 82 euro, sul presupposto che tale somma fosse irrilevante rispetto alla capacità economica del supermercato vittima del reato (sentenza n. 6635 del 19/01/2017 Ud., dep. 13/02/2017).

giurisprudenza di legittimità non cambia di molto: il riferimento è al reato di insolvenza fraudolenta, posto a protezione del diritto obbligatorio del creditore all'adempimento da parte del proprio debitore. Solo per fare degli esempi relativi a fattispecie affrontate di recente dalla Corte di Cassazione, infatti, integra il reato di insolvenza fraudolenta la condotta consistente nel ritirare il talloncino all'ingresso dell'autostrada e poi nel non pagare all'uscita<sup>12</sup>, mentre costituisca addirittura il più grave reato di truffa la condotta dell'automobilista che, sempre in autostrada, utilizzi, al momento del pagamento del pedaggio, la corsia "Viacard", pur senza disporre del "Telepass"<sup>13</sup>.

Questa severità nei confronti di condotte che mettono a repentaglio valori patrimoniali di piccola entità spicca ancora di più se solo la si mette a confronto con la giurisprudenza civile in tema di danni non patrimoniali di lieve entità, ove è addirittura negato al danneggiato l'accesso alla giurisdizione<sup>14</sup>, mentre per controversie civili di valore irrisorio (in linea teorica anche per un centesimo di euro) è sempre consentito l'accesso fino in Cassazione (che spesso poi non significa assolutamente la fine della lite perché molto spesso la Cassazione cassa con rinvio di modo che la controversia può durare potenzialmente all'infinito con gravissimi danni per il diritto della collettività ad una ragionevole durata non tanto di quel processo ma degli altri processi che dallo svolgimento di quel processo per un centesimo di euro saranno inevitabilmente rallentati).

Una analoga severità non sembra tuttavia accompagnare le decisioni della Cassazione relative ai reati tributari: così, pur in presenza delle soglie di punibilità molto alte previste, la Cassazione ha ritenuto che la causa di non punibilità prevista dall'art. 131-bis cod. pen. è applicabile anche in relazione a reati per i quali è prevista una soglia di punibilità, che integra il livello minimo di disvalore penalmente rilevante, qualora il giudice accerti la minima offensività del fatto sulla base degli indicatori rappresentati dalle modalità della condotta, dall'esiguità del danno o del

---

<sup>12</sup> Integra il reato di insolvenza fraudolenta la condotta di chi, al termine di un viaggio in autostrada, non provveda al pagamento del pedaggio, dichiarandosi impossibilitato ad adempiere, essendo sufficiente, quanto alla dissimulazione dello stato di insolvenza, anche il silenzio serbato al momento della ricezione del talloncino all'ingresso in autostrada (sentenza n. 11686 del 08/03/2016 Ud., dep. 21/03/2016); analogamente ai fini della configurabilità del reato di insolvenza può assumere rilievo anche il silenzio dell'agente, quale forma di dissimulazione del proprio stato di insolvenza, nel caso in cui tale condizione non sia stata manifestata all'altra parte contraente al momento della stipula del contratto (sentenza n. 8893 del 03/02/2017 Ud., dep. 23/02/2017).

<sup>13</sup> Integra il delitto di truffa e non quello di insolvenza fraudolenta, per la presenza di raggiri finalizzati ad evitare il pagamento del pedaggio, la condotta di chi transita con l'autoveicolo attraverso il varco autostradale riservato ai possessori di tessera Viacard pur essendo sprovvisto di detta tessera (ordinanza n. 33299 del 27/03/2018 Cc., dep. 18/07/2018).

<sup>14</sup> Cass. SU 25 febbraio 2016, n. 3727.

pericolo da essa derivante e dal grado di colpevolezza<sup>15</sup>. In un'altra ipotesi, in tema di reato di omesso versamento dell'IVA previsto dall'art. 10-ter del d.lgs. n. 74 del 2000, è stato deciso che per valutare il superamento della soglia di punibilità di euro 250.000,00 si deve tener conto esclusivamente dell'imposta evasa e non anche degli interessi dovuti per il versamento trimestrale<sup>16</sup>.

Tale atteggiamento appare tanto più sorprendente nell'attuale quadro costituzionale, e con un dei debiti pubblici più grandi del mondo e una delle evasioni fiscali dalle dimensioni più grandi del mondo, e con l'istituzione del reddito di cittadinanza che presuppone, perché non vi siano ingiustizie, che i redditi denunciati da chi lo chiede corrispondano ai redditi reali, ci si aspetterebbe una grande severità da parte della legislazione ordinaria nel fare di tutto per garantire le entrate tributarie.

In realtà questa severità per molti aspetti esiste, perché le imposte sono molto alte e perché esistono molte presunzioni a favore del Fisco e vari sistemi volti ad agevolare l'azione (dai controlli automatizzati, all'accertamento induttivo mediante il riferimento alle cialde di caffè utilizzate, inversioni dell'onere della prova a favore del Fisco, alle varie forme di redditometro, spesometro, studi di settore, tovagliometro e perfino incentivando e legittimando la "delazione").

In questo contesto stridono da un lato la mancanza di provvedimenti davvero stringenti per limitare o escludere l'uso del contante e dall'altro le elevate soglie di punibilità per i reati di evasione fiscale<sup>17</sup>, specie considerando che gran parte dell'evasione in Italia è realizzata da molti piccoli evasori-contribuenti.

In effetti, a questo disegno astratto della Costituzione volto ad assicurare un sicuro e continuo afflusso di denaro allo Stato e agli altri enti pubblici in modo da consentirne l'ordinato ed efficace svolgimento dei loro compiti di interesse pubblico al servizio della collettività si contrappongono: una giurisprudenza costituzionale imbarazzata quando deve pronunciarsi in tema di condoni fiscali e edilizi nonostante l'estrema severità e rigidità dell'Unione europea dimostrata con il caso Taricco<sup>18</sup>; una legislazione schizofrenica e altalenante che attualmente prevede delle

---

<sup>15</sup> Sentenza n. 58442 del 02/10/2018 Ud. dep. 28/12/2018 : in motivazione, la Corte ha precisato che, nel caso di reati tributari, l'applicazione della causa di non punibilità deve essere valutata non in rapporto all'intero ammontare dell'imposta evasa, ma con riferimento alla sola eccedenza dello stesso rispetto alla soglia di legge.

<sup>16</sup> Sentenza n. 46953 del 28/03/2018 Ud. dep. 16/10/2018.

<sup>17</sup> Ad esempio, il reato di dichiarazione infedele (art. 4 d.lgs. n. 74 del 2000) si verifica al superamento congiunto di due soglie di punibilità: evasione d'imposta di € 150.000 per ogni singola imposta (IRES/IRPEF o IVA); elementi attivi sottratti all'imposizione (ricavi o costi) di almeno € 3.000.000,00.

<sup>18</sup> Cfr. sentenza n. 17401 del 20/03/2018 Ud., dep. 18/04/2018, secondo cui in materia di reati tributari, l'applicazione dei principi affermati dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande

soglie molto più alte rispetto al passato perché possano essere sanzionate penalmente molte condotte di evasione fiscale; nessuna misura ancora realmente efficace per limitare l'uso del contante; un comportamento di molte pubbliche amministrazioni che certo non dà un buon esempio quanto alla puntualità nei pagamenti, specchio di un costume sociale egoista e individualista che sembra andare in direzione opposta rispetto al disegno costituzionale solidale e fondato sul lavoro costruito dai nostri Costituenti, perché invece di denunciare e disprezzare gli evasori spesso li tollera o li guarda con indifferenza se non addirittura con ammirazione e invidia, tanto che spesso il cliente che non possa portare in detrazione una fattura preferisce non averla anche senza avere una contropartita consistente in uno sconto perché preferisce “aiutare” l'imprenditore con cui ha un rapporto “di fiducia” rispetto che “dare soldi allo Stato”, visto come una entità nemica e distante.

Sembra che queste stranezze e contraddizioni possano trovare una spiegazione in un'evidenza alla portata di tutti, ossia che molti italiani non pagano le imposte volentieri, per un'atavica assenza di senso dello Stato e perché le ritengono troppo alte specie se commisurate rispetto ai servizi che ricevono. In effetti sembra che in Italia tuttora persistano i variopinti rapporti personali tipici del Medioevo: mentre in Francia Inghilterra e Spagna nei secoli scorsi si creò una forte alleanza tra sovrano (che garantiva la sicurezza dei cittadini e favoriva i commerci) e borghesia (che pagava le tasse al sovrano), che pose le basi dello stato moderno, in Italia tutto questo non è successo, e fino a meno di secoli fa sono rimasti gli Stati regionali con i loro Signori, Regioni che sono spesso in guerra tra loro e potenti, così da impedire la formazione di un forte Stato centrale, ma non così potenti da resistere all'urto degli Stati stranieri.

In questo contesto giuridico e socio-economico così sommariamente descritto si ritiene che occorrerebbe la forza politica per prendere misure probabilmente impopolari, consistenti da un lato non tanto nell'inasprimento delle sanzioni penali quanto nell'abbassamento delle soglie necessarie per la punibilità (considerando che in Italia il grosso dell'evasione è per somme non altissime) e dall'altro nella limitazione dell'uso del contante, che tale piccola evasione favorisce notevolmente.

---

sezione, Taricco ed altri dell'8 settembre 2015, C-105/14 - in ordine all'obbligo di disapplicazione della disciplina della prescrizione prevista dagli artt. 160 e 161 cod. pen., se ritenuta idonea a pregiudicare gli obblighi imposti a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea - non si applicano ai fatti commessi prima della sua pronuncia.

NICCOLÒ GRECO

## La fine del “fine pena mai”?

Sommario: 1. Pena *usque ad mortem*: brevi linee strutturali. - 2. La sentenza “*Viola contro Italia*” e la “supplenza” di Strasburgo. - 3. Le prime note del “canto del cigno”? La pronuncia della Consulta nel quadro costituzionale. - 4. *Quid iuris?* Prospettive futuribili. - 5. Pillole per un dibattito: il regime ostativo è necessario? - 6. Conclusioni: dalla “*Fondazione della metafisica dei costumi*” alla sentenza “*Vinter contro Regno Unito*”.

### 1. Pena *usque ad mortem*: brevi linee strutturali.

Nel corso degli ultimi mesi il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sul diritto penitenziario si è notevolmente riaperto. A tornare sotto i riflettori, dopo alcuni anni di fertile confronto sottotraccia, è stato il c.d. ergastolo ostativo, come delineato dall’art. 4-*bis* della l. 26 luglio 1975, n. 354. Tale istituto giuridico, fino ai più recenti stravolgimenti del tutto trascurato dal dibattito politico, delinea com’è noto un vero e proprio “doppio binario sanzionatorio”. Introdotta originariamente per mezzo del d.l. 19 maggio 1991, n. 152, la norma è stata profondamente alterata nella sua struttura e *ratio* primigenia tramite numerosi e continui interventi novellistici, il più incisivo dei quali già con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, adottato all’indomani della strage di Capaci.

Ad oggi la disciplina, articolata su più commi, prevede tre diverse fasce di reati i cui autori subiscono profonde limitazioni nell’accesso ai vari benefici penitenziari, che potranno essere efficacemente fruiti solamente al ricorrere di rigorosi requisiti. Il dibattito giuridico si è concentrato, fin dall’entrata in vigore della norma, soprattutto sulle fattispecie delittuose oggi rientranti nella c.d. prima fascia: i soggetti condannati sulla base delle variegata norme incriminatrici ivi delineate si vedono infatti precluso in via assoluta l’accesso a lavoro all’esterno, ai permessi premio, alla semilibertà e alla liberazione condizionale, salvo qualora collaborino efficacemente con la giustizia ai sensi dell’art. 58-*ter* ord. pen. Dalla struttura della norma emerge dunque che il sistema del c.d. “fine pena mai”, l’ergastolo irrogato sulla base di queste figure delittuose, fatta salva l’ipotesi del

pentitismo utile, assume i tratti di una pena a vita, di una sanzione che dura davvero fino alla morte<sup>1</sup>.

Tale rigido sistema, che determina una sostanziale messa al bando dalla società civile, si applica in caso di condanna per un ampio ventaglio di reati tra cui, *in primis*, quelli di mafia e terrorismo, nonché per le cc.dd. fattispecie-satellite, quali i delitti commessi con le modalità di cui all'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare tali associazioni criminose.

Ora, se pure il nucleo originario delle figure ostative è rimasto inalterato, fedele alla *ratio* inizialmente delineata dal Legislatore, esso ha dimostrato nel tempo un'irrefrenabile tendenza espansiva: l'art. 4-bis ord. pen. si è così arricchito di una serie estremamente variegata ed eterogenea di ulteriori fattispecie delittuose, che hanno irrimediabilmente alterato la fisionomia della norma<sup>2</sup>. Si è venuto così a creare, a ben vedere, una sorta di circolo vizioso: l'incremento delle fattispecie ostative genera infatti una *vis atractiva*, stimolandone l'ulteriore proliferazione; una volta radicatesi nell'ordinamento, poi, esse dimostrano una particolare resistenza a qualunque tentativo di abrogazione o sfoltimento, accolto immancabilmente da critiche di lassismo -se non addirittura connivenza- nei confronti delle più gravi forme di criminalità<sup>3</sup>.

È opportuno ricordare brevemente, 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<sup>4</sup>, 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.1 cod. pen., già art. 7

---

<sup>1</sup> 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, non dissimilmente da alcuni degli Stati Uniti, anche in Italia l'art. 4-bis 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.

<sup>2</sup> Da ultimo, ad esempio, la c.d. legge spazza-corrotti, n. 3 del 9 gennaio 2019, ha introdotto una serie di reati contro la P.A. Per alcuni di essi -quale ad esempio il peculato- non possono non sorgere seri dubbi di irragionevolezza, trattandosi di fattispecie monosoggettive che mal si conciliano con la richiesta di una collaborazione utile con l'Autorità Giudiziaria. Ma nella prima fascia dell'art. 4-bis oggi rientrano altresì fattispecie relative a traffico di stupefacenti, reati sessuali, pedopornografia, sequestro di persona. Cfr. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit., 47, laddove si riporta l'*Amicus Curiae* presentato alla Corte di Strasburgo in vista del caso *Viola contro Italia*.

<sup>3</sup> L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015. Come si vedrà *infra*, è proprio quanto accaduto all'indomani dei primi progetti della "riforma Orlando".

<sup>4</sup> *Ex multis*, Cass., Sez. I, ord. 20 novembre 2018 (dep. 20 dicembre 2018), n. 57913, Pres. Santalucia, Est. Centonze, ric. *Cannizzaro*.

l. 12 luglio 1991, n. 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<sup>5</sup>.

Fin dalla sua originaria introduzione, l'art. 4-*bis* ha suscitato profondi dubbi di compatibilità con i principi di ragionevolezza e rieducazione discendenti dagli artt. 3 e 27 comma 3 della Costituzione. Le preoccupazioni della dottrina non hanno tuttavia mai fatto breccia nelle aule parlamentari, né sui banchi della Consulta, la quale si è limitata ad affiancare alla collaborazione piena *ex art. 58-ter* anche le figure della collaborazione "impossibile" e "irrilevante"<sup>6</sup>. Solo in tempi più recenti si è assistito ad una maggiore sensibilità del Giudice delle leggi, che ha dato inizio ad un'embrionale, ma certamente significativa, erosione dell'istituto.

In un primo caso<sup>7</sup> si è censurata la disciplina vigente laddove essa preclude alla detenuta madre in regime di ostatività di accedere alla detenzione domiciliare speciale, ponendosi così in contrasto con gli interessi della prole. Un'ulteriore pronuncia<sup>8</sup>, pur senza affrontare direttamente la

---

<sup>5</sup> Ciò pone chiari pericoli di attrito con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di pena detentiva perpetua, ma riducibile. In particolare il *leading case* della Grande Camera *Vinter contro Regno Unito* (9 luglio 2013) ha statuito il noto principio per cui il condannato deve essere in grado di sapere con certezza, fin dal momento della pronuncia, quando la sua situazione detentiva potrà essere soggetta a revisione: "A whole life prisoner is entitled to know, at the outset of his sentence, what he must do to be considered for release and under what conditions, including when a review of his sentence will take place or may be sought" (§ 122). Ben diversamente, secondo l'opinione maggioritaria della giurisprudenza italiana, può ben accadere che il reo divenga consapevole del suo stato di ergastolano ostativo solamente dopo anni dalla decisione, allorché la richiesta di accesso ad una misura alternativa alla detenzione viene dichiarata inammissibile. Cfr. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit., 10.

<sup>6</sup> C. Cost., sentenze nn. 357/1994 e 68/1995. Oggi le figure sono confluite nel comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis*.

<sup>7</sup> C. Cost., sentenze nn. 239/2014 e 76/2017. Cfr. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit., 16.

<sup>8</sup> C. Cost., n. 149/2018, così riassunta dall'Ufficio del massimario: "È dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3, sotto il profilo della irragionevolezza intrinseca, e 27, terzo comma, Cost., l'art. 58-quater, comma 4, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui si applica ai condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 cod. pen. [sequestro di persona a scopo di estorsione] che abbiano cagionato la morte del sequestrato. La norma censurata dal Tribunale di sorveglianza di Venezia, impedendo ai predetti condannati l'accesso a tutti i benefici indicati dall'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. (lavoro all'esterno, permessi premio, semilibertà e liberazione condizionale) finché non abbiano effettivamente espiato almeno ventisei anni di pena, non riducibili per effetto della liberazione anticipata, e pur in presenza di una loro collaborazione o delle condizioni equiparate, si pone in contrasto con il principio - sotteso all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario e coerente con gli approdi interpretativi cui è recentemente pervenuta la Corte EDU - della progressività trattamentale e flessibilità della pena, sovvertendo irragionevolmente questa logica gradualistica e consentendo, teoricamente, di accedere alla liberazione condizionale in un momento anteriore a quello in cui sarà possibile accedere agli altri benefici penitenziari. Inoltre, sterilizzando ogni effetto pratico delle detrazioni di pena a titolo di liberazione anticipata sino al termine di ventisei anni, la norma censurata riduce fortemente, per il condannato all'ergastolo, l'incentivo a partecipare all'opera di rieducazione, in cui si sostanzia la ratio dello stesso istituto della liberazione anticipata. Infine, il carattere automatico della preclusione temporale all'accesso ai benefici, impedendo al giudice qualsiasi valutazione individuale sul concreto percorso di rieducazione compiuto dal condannato, in ragione soltanto del titolo di reato che supporta la condanna, contrasta con la ineliminabile finalità di rieducazione

disciplina dell'art. 4-*bis*, ha investito l'affine figura delineata dall'art. 58-*quater* ord. pen. Ha così dichiarato costituzionalmente illegittimo l'appiattimento all'unica soglia di 26 anni effettivamente scontati per l'accesso a buona parte dei benefici penitenziari, disposto dalla norma nei confronti dei condannati all'ergastolo per i delitti di sequestro d'estorsione a scopo di estorsione od eversione - anch'esse figure ostative di prima fascia.

Nonostante questi spiragli d'apertura e i dubbi che sono talvolta emersi nelle sue pronunce<sup>9</sup>, la Corte costituzionale ha tuttavia generalmente fatto salva la disciplina dell'ergastolo ostativo.

La fondamentale sentenza n. 135/2003 ha infatti ribadito che l'art. 4-*bis* ord. pen. non contrasterebbe né con il principio di ragionevolezza né con quello di rieducazione, in quanto l'irrigidimento dei benefici penitenziari sarebbe interamente riconducibile ad una libera scelta del condannato: questi ben potrebbe decidere, senza alcun condizionamento, se assumere una condotta collaborativa e vedersi così riaprire le porte del carcere.

Nonostante le aspre critiche sollevate dal mondo accademico, la Consulta è a lungo rimasta ancorata alla propria posizione tradizionale. L'ergastolo ostativo, il "fine pena mai", ha continuato ad interessare un gran numero di detenuti, destinati a restare tra le pareti di un istituto penitenziario fino al giorno della propria morte. Come è stato sottolineato, la pena in parola assume ad oggi un ruolo tutt'altro che marginale da un punto di vista statistico: più del 70% dei condannati all'ergastolo nelle carceri italiane sono sottoposti al regime del 4-*bis*. Eppure, dopo lunghi anni, il cambiamento potrebbe finalmente essere a portata di mano.

## **2. La sentenza "*Viola contro Italia*" e la "supplenza" di Strasburgo.**

---

della pena, che deve sempre essere garantita anche nei confronti degli autori di reati gravissimi. Una volta che il condannato all'ergastolo abbia raggiunto, nell'espiazione della pena, soglie temporali ragionevolmente fissate dal Legislatore, e abbia dato prova di positiva partecipazione al percorso rieducativo, eventuali preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari possono legittimarsi sul piano costituzionale soltanto laddove presuppongano pur sempre valutazioni individuali, da parte dei competenti organi giurisdizionali, relative alla sussistenza di ragioni ostative di ordine specialpreventivo, che possono ritenersi coerenti con il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena. Incompatibili con il vigente assetto costituzionale sono le previsioni che precludano in modo assoluto, per un arco temporale assai esteso, l'accesso ai benefici a particolari categorie di condannati in ragione soltanto della particolare gravità del reato commesso, ovvero dell'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati. Questi ultimi criteri legittimamente possono essere considerati dal Legislatore nella fase di comminazione della pena; ma non possono, nella fase di esecuzione, operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima".

<sup>9</sup> Il pensiero corre alla prima sentenza in materia, n. 306/1993, laddove si esprimono incertezze circa la ragionevolezza dei criteri presuntivi introdotti dal Legislatore.

In data 13 giugno 2019, la Prima Sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha scosso l'ordinamento italiano con l'attesa pronuncia sul caso *Viola contro Italia* (n°2). Il ricorrente, capo e promotore della cosca "Turianova", era stato condannato in via definitiva all'ergastolo con isolamento diurno per due anni e due mesi. Tra i capi d'imputazione figurava pertanto la partecipazione ad un'organizzazione di stampo mafioso *ex art. 416-bis* cod. pen., aggravata dal ruolo apicale che il reo aveva assunto all'interno del clan; ad essa si aggiungeva la commissione di una serie di ulteriori reati aggravati dal c.d. metodo mafioso: tutte ipotesi rientranti appieno nella prima fascia dell'art. 41-bis. Un ergastolano ostativo dunque, che rifiutandosi di collaborare con la giustizia -professandosi innocente e sottolineando il rischio che la macchia d'"infamia" avrebbe provocato per l'incolumità dei propri familiari- subiva 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 Magistratura di Sorveglianza, come pure dalla Corte di Cassazione, nonostante il venir meno del regime del c.d. "carcere duro" di cui all'art. 41-bis ord. pen. Il percorso rieducativo intrapreso, e che aveva fruttato al condannato la maturazione di oltre cinque anni di liberazione anticipata, risultava totalmente irrilevante in assenza di una condotta collaborativa o delle fattispecie ad essa equiparate. Il Viola presentava dunque 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 valorizza adeguatamente le esigenze di rieducazione e reinserimento sociale<sup>10</sup>.

Fugando i dubbi da molti avanzati, la Corte ha accolto il ricorso a maggioranza di sei contro uno, pronunciando una severa condanna ai danni del nostro Paese. Come sottolineato dai giudici europei, l'ergastolo ostativo delineato dall'art. 41-bis ord. pen. dà vita ad una pena perpetua sostanzialmente irriducibile, e, in quanto tale, contrastante con i principi della Convenzione come interpretati da una giurisprudenza ormai consolidata. La disciplina italiana andrebbe a frustrare il principio secondo cui la pena dovrebbe puntare al reinserimento sociale del condannato<sup>11</sup>: al

---

<sup>10</sup> In tal senso il ricorso si dimostrava pienamente coerente con quanto stabilito nel *leading case Vinter*, cit., secondo cui: "There are a number of reasons why, for a life sentence to remain compatible with Article 3, there must be both a prospect of release and a possibility of review." (§ 110); "[...] if such a prisoner is incarcerated without any prospect of release and without the possibility of having his life sentence reviewed, there is the risk that he can never atone for his offence: whatever the prisoner does in prison, however exceptional his progress towards rehabilitation, his punishment remains fixed and unreviewable." (§ 112).

<sup>11</sup> Regola che, a ben vedere, non discende direttamente dal testo della CEDU, ma che è stata ribadita, sulla base di un'interpretazione estensiva, a partire dalla sentenza della *Grande Chambre* del 26 aprile 2016, *Murray contro Paesi Bassi*.

contrario, la dignità umana tutelata dall'art. 3 della CEDU imporrebbe che ogni detenuto debba essere messo nella condizione di sapere come, quando ed a quali condizioni potrà ottenere la propria liberazione.

Il percorso rieducativo tratteggiato dalla legge sull'ordinamento penitenziario, al contrario, sarebbe frustrato da una "presunzione assoluta" di pericolosità del reo, che verrebbe per questo privato di ogni ragionevole prospettiva di liberazione<sup>12</sup>. Si finirebbe così, di fatto, per basare un giudizio di perpetua pericolosità sul solo momento della commissione del fatto di reato e della successiva condanna: qualunque mutamento della personalità del detenuto risulterebbe irrilevante, stante l'impossibilità per il giudice di valutare i progressi compiuti nel percorso di reinserimento e revisione critica. Tutto sulla base di un ragionamento presuntivo che, ricorda la Corte, pone tra l'altro persistenti quesiti di ragionevolezza: contrariamente alla tradizionale giurisprudenza della Consulta, si dubita infatti che la scelta di collaborare possa considerarsi effettivamente e pienamente libera. Invero, ad una collaborazione meramente opportunistica, scollegata da qualunque processo di revisione critica, potrebbe contrapporsi un atteggiamento omertoso dettato da motivi tutt'altro che egoistici, come il desiderio di proteggere i propri congiunti dal pericolo di ritorsioni<sup>13</sup>.

Mettendo definitivamente a tacere alcune critiche dal sapore campanilistico, secondo cui i giudici di Strasburgo non sarebbero perfettamente consapevoli delle caratteristiche del fenomeno mafioso e delle esigenze di contrasto alla criminalità organizzata in Italia, la Corte prende atto dello specifico contesto emergenziale e drammatico in cui la norma è stata pensata. Tuttavia -si sottolinea nella sentenza- ciò non può giustificare alcuna compressione della dignità umana tutelata all'art. 3 della CEDU, un diritto assoluto che non tollera deroghe di sorta<sup>14</sup>.

Le conclusioni della pronuncia sono perentorie: "*il c.d. 'ergastolo ostativo' limita eccessivamente la prospettiva di rilascio dell'interessato e la possibilità di riesame della pena*", integrando così una violazione dei principi tutelati dalla Convenzione.

La decisione della Corte è stata senza dubbio dirompente. Contro di essa il Governo italiano è subito corso ai ripari, chiedendo che a statuire definitivamente sul ricorso fosse la *Grande Chambre*. L'istanza presentata è stata ciononostante dichiarata inammissibile con un laconico comunicato

---

<sup>12</sup> § 127. Ci si esporrebbe anzi al rischio di una sorta d'indeterminatezza della pena, che sarebbe destinata a divenire sempre più gravosa con il passare del tempo: più longevo è l'ergastolano, infatti, e più a lungo questi si vede privato della propria libertà personale. Il principio era già stato espresso nella sentenza *Vinter*, cit., § 112.

<sup>13</sup> Elementi sottolineati nella memoria dell'interveniente "*L'altro diritto onlus*", promosso dall'Università degli Studi di Firenze, e già emersi nella sentenza della Consulta n. 306/1993, cit. Su di essi, più in dettaglio, *infra*.

<sup>14</sup> § 130, laddove si richiama anche il precedente del 18 marzo 2014, *Öcalan contro Turchia*.

stampa pubblicato del 7 ottobre: la sentenza *Viola* è dunque passata in giudicato e, ai sensi dell'art. 46 della CEDU, è divenuta pienamente vincolante per lo Stato.

Quali effetti potranno dunque derivare da questa storica pronuncia?

Come alcuni si sono affrettati ad affermare, non molti: non si tratta infatti di una sentenza-pilota né, appunto, di una deliberazione della Grande Camera. Non essendosi in presenza di una “giurisprudenza consolidata” della Corte, pertanto, non potrebbero prodursi quegli effetti ermeneutici vincolanti imposti dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>15</sup>. Ciononostante, è stato obiettato, la sentenza stessa mette in luce un “problema strutturale” dell'ordinamento italiano, come testimoniato dall'alto numero di ricorsi assimilabili pendenti<sup>16</sup>.

Una pronuncia cui dunque sarebbe forse azzardato, per il momento, riconoscere efficacia cogente al di fuori del singolo caso concreto affrontato. Tuttavia, in disparte per il momento gli ulteriori sviluppi che la questione potrebbe subire a livello sovranazionale -e che senza dubbio subirà, in assenza di specifici interventi di riforma-, 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 questi primi segni di cedimento si è fatta portavoce, in tempi recentissimi, la Corte Costituzionale.

### **3. Le prime note del “canto del cigno”? La pronuncia della Consulta nel quadro costituzionale.**

In data 20 novembre 2018, la Prima Sezione della Corte di Cassazione ha sollevato questione incidentale di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis comma 1 ord. pen<sup>17</sup>. La Suprema Corte ha dubitato della tenuta costituzionale dell'ergastolo ostativo, alla luce degli artt. 3 e 27 comma 3 Cost., laddove “*esclude che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio*”.

---

<sup>15</sup> Il riferimento è alla nota pronuncia 49/2015, che ha sostenuto la piena vincolatività sul piano interpretativo della “giurisprudenza consolidata” della Corte di Strasburgo.

<sup>16</sup> 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*, 1 luglio 2019.

<sup>17</sup> Ordinanza n. 57913/2018, *Cannizzaro*, cit.

Buona parte della dottrina ha accolto con particolare entusiasmo il rinvio del Massimo Consesso. Invero, la Cassazione tradizionalmente è stata estremamente solerte nel dichiarare la manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità dell'art. 4-bis sollevate dai ricorrenti, limitandosi a richiamare prudentemente le pronunce della Corte Costituzionale che facevano salva la compatibilità tra “fine pena mai” e Costituzione. Si è dunque ritenuto estremamente significativo già di per sé il solo fatto che la Suprema Corte, ponendo in crisi una giurisprudenza ormai consolidata, si fosse determinata a sollevare questione di legittimità<sup>18</sup>.

Ancor più recentemente, anche la giurisprudenza di merito ha lamentato la possibile incostituzionalità dell'art. 4-bis comma 1, invocando un *overruling* dell'orientamento della Consulta consolidato ormai da tre lustri<sup>19</sup>.

All'udienza del 22 ottobre 2019, il Giudice delle leggi ha trattato entrambi i rinvii di legittimità costituzionale, ritenendone opportuna la riunione in ragione dei numerosi punti di contatto. Il giorno successivo, tramite un comunicato stampa pubblicato nel tardo pomeriggio, è stato annunciato l'accoglimento di entrambe le questioni di costituzionalità. Nel testo si legge:

*“La Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’articolo 4-bis, comma 1 dell’Ordinamento penitenziario, nella parte in cui non prevede la concessione di permessi-premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l’attualità della partecipazione all’associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata. Sempre che, ovviamente, il condannato abbia dato piena prova di partecipazione al percorso rieducativo.*

[...]

*In virtù della pronuncia della Corte, la presunzione di “pericolosità sociale” del detenuto non collaborante non è più assoluta, ma diventa relativa, e quindi può essere superata dal magistrato di sorveglianza, la cui valutazione caso per caso deve basarsi sulle relazioni del Carcere nonché sulle informazioni e i pareri di varie autorità, dalla Procura antimafia o antiterrorismo al competente Comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica”.*

---

<sup>18</sup> Per altri versi, tuttavia, la pronuncia si inserisce appieno nel solco tradizionale della giurisprudenza di legittimità in materia di ergastolo ostativo: si veda *supra*, nota 4.

<sup>19</sup> Trib. Sorv. Perugia, ord. 28 maggio 2019 n. 725. La questione di legittimità costituzionale sollevata è, stata, in questo caso, più ampia: il reo era infatti stato condannato in quanto membro effettivo di una consorteria mafiosa; inoltre, pur concentrandosi sull'istanza di accesso al permesso-premio, il provvedimento assume un approccio maggiormente onnicomprensivo, riferendosi alle varie misure alternative alla detenzione nell'ottica di una piena progressività trattamentale. Purtroppo, quest'ultimo elemento non è stato pienamente valorizzato dalla Consulta, che ha concentrato le proprie attenzioni sul solo permesso-premio.

Una pronuncia che, senza timore di scadere in iperboli, può definirsi storica. Un istituto che ha segnato con alterne fortune la risposta penale e penitenziaria dell'ultimo trentennio al fenomeno mafioso, dopo numerose, prudenti sentenze è stato per la prima volta affrontato frontalmente dalla Consulta e dichiarato -perlomeno in parte- costituzionalmente illegittimo.

In attesa delle motivazioni alla base del *decisum*, possiamo prudentemente cercare di immaginare quale sia stato l'iter logico-argomentativo seguito dalla Corte Costituzionale per addivenire a tale soluzione.

I punti nodali su cui la Consulta potrebbe essersi basata, sulla base delle ordinanze di rimessione, della propria precedente giurisprudenza, e dei suggerimenti della dottrina, sono probabilmente tre.

Innanzitutto, la Corte potrebbe essersi basata sul principio di eguaglianza-ragionevolezza discendente dall'art. 3 della Costituzione, per ribadire l'irrazionalità dell'equazione su cui è costruita l'impalcatura dell'art. 4-*bis*. La disciplina dei cc.dd. reati di prima fascia può, infatti, essere così riassunta: la collaborazione utile con la giustizia è vista come l'unica forma con cui possono manifestarsi la dissociazione dal contesto criminoso e la riabilitazione sociale. Pertanto, il pentito è soggetto rieducato e non più pericoloso, che può accedere ai benefici penitenziari alle medesime condizioni degli altri condannati; chi non collabora, al contrario, evidentemente si rifiuta di farlo in quanto mantiene contatti con l'organizzazione criminosa e, in quanto soggetto ancora pericoloso, deve scontare una pena necessariamente intramuraria. La più attenta dottrina già da tempo aveva evidenziato l'irragionevolezza di questa semplicistica equivalenza<sup>20</sup> censurando la disattenzione con cui la Corte Costituzionale aveva in precedenza sostenuto che il condannato rimarrebbe libero nelle proprie determinazioni.

Si può in primo luogo dubitare della correttezza dell'assunto per cui la collaborazione con la giustizia possa automaticamente considerarsi un sicuro indice del ravvedimento del reo, tale da far venir meno ogni dubbio sulla sua perdurante pericolosità: è intuitivo infatti che, con atteggiamento

---

<sup>20</sup> Cfr., segnatamente, D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit.; F. FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo"*, cit.; E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*; nonché l'ordinanza n. 57913/2018, *Cannizzaro*, cit. D'altronde, simili perplessità erano già state timidamente espresse dalla stessa Corte Costituzionale la quale, nella sua prima sentenza in materia, si è soffermata sul fatto che una condotta collaborativa «ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche», così come «la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica» (sent. n. 306/1993, § 9 e 13, *considerato in diritto*).

cinico e spregiudicato, si potrebbe assumere un comportamento collaborativo solo per finalità utilitaristiche, in modo da riottenere la libertà e tornare a delinquere.

Dall'altro lato, come è stato acutamente osservato, la mancanza di collaborazione non può per ciò solo essere considerata indice presuntivo assoluto di pericolosità sterilizzando la prudente valutazione del giudice. Varie sono infatti le ragioni per cui un soggetto potrebbe mantenere il silenzio: *in primis* il timore per l'incolumità di sé e delle persone vicine, che potrebbe essere messa a repentaglio da condotte ritorsive. Ma anche il rifiuto di barattare la propria libertà con quella di altre persone, cui si è legati da un vincolo affettivo. Ed infine, l'ipotesi certamente rara, ma non irrealizzabile, dell'errore giudiziario: come può l'innocente aiutare a chiarire fatti criminosi cui non ha preso parte?

In conclusione, la disciplina presuntiva tratteggiata dal Legislatore si dimostra irragionevole nei suoi presupposti e nelle sue applicazioni: la scelta del condannato, tutt'altro che libera, subisce frequenti condizionamenti che non possono essere colpevolmente ignorati.

Il secondo nodo ermeneutico su cui, con ogni probabilità, la Corte ha concentrato il proprio ragionamento è quello relativo alla funzione rieducativa della pena, discendente dall'art. 27 comma 3 Cost.<sup>21</sup> Come è stato correttamente ribadito, l'unica finalità della sanzione penale espressamente sancita nel testo della Carta fondamentale è irrimediabilmente messa in ombra dalla disciplina dell'ergastolo ostativo<sup>22</sup>. Il reo diviene oggetto di pura strumentalizzazione: le misure alternative alla detenzione, tassello imprescindibile per garantire la piena ed efficace rieducazione del condannato, sono precluse al fine di stimolarne la collaborazione. È dunque il contrasto alla criminalità a costituire la principale *ratio* dell'istituto; l'art. 27 comma 3 della Costituzione, ben lungi dall'essere assecondato ed attuato, ne esce al contrario profondamente frustrato.

Per lungo tempo la funzione rieducativa della pena è stata trascurata nella giurisprudenza della Consulta, che è rimasta ancorata ad una concezione polifunzionale eclettica<sup>23</sup>. In base a tale teorizzazione, la pena può legittimamente perseguire qualunque finalità: il dettato dell'art. 27

---

<sup>21</sup> Come è stato sostenuto da taluno, l'illegittimità costituzionale dell'ergastolo potrebbe sostenersi altresì dal punto di vista dell'art. 25 Cost. e della funzione retributiva della pena: il reato è un fatto temporalmente limitato e finito, che si dimostra incompatibile con una pena *sine die*, evidentemente priva di proporzione. Lo sostiene M. BIANCHI, *Poena sine fine. Sulla legittimità etica e costituzionale dell'ergastolo*, in *Cassazione Penale*, 2015, 3822 ss.

<sup>22</sup> D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit.; E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit.; L. PACE: *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit.

<sup>23</sup> Lo ricorda con lucidità G. FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, intervento nell'ambito del Convegno 'Scambio di analisi ed esperienze sul rapporto tra le nostre Costituzioni e i principi penali', Madrid-Valencia, 13-14 ottobre 2011, in [www.cortecostituzionale.it/relazioni internazionali/incontri internazionali](http://www.cortecostituzionale.it/relazioni_internazionali/incontri_internazionali).

comma 3 non avrebbe dunque valore precettistico, ma assumerebbe i contorni di un mero suggerimento programmatico<sup>24</sup>. Da questo punto di vista, tuttavia, si è assistito ad un significativo sviluppo della giurisprudenza costituzionale, che con il passare degli anni si è dimostrata ben più sensibile alla vincolatività del disposto costituzionale. L'evoluzione può dirsi già maturata a far data dai primi anni '90, quando le sentenze della Consulta cominciarono a riconoscere il primato incontestabile della funzione rieducativa non solo nella fase esecutiva della pena, ma altresì nella fase di applicazione giudiziale e comminatoria legislativa<sup>25</sup>. Nonostante gli ostacoli e i momentanei ripensamenti, il principio si è ormai radicato nella giurisprudenza costituzionale, come dimostrano le più recenti decisioni<sup>26</sup>.

Non vi sono dubbi, dunque: nel nostro ordinamento, alla luce dell'art. 27 comma 3 della Costituzione, non vi è spazio perché la pena sia sfruttata con finalità general-preventive d'intimidazione o special-preventive di pura neutralizzazione<sup>27</sup>. La sanzione penale non può che assumere, specie nella forma detentiva, le forme di un tentativo -o, *recte*, di un'offerta- di rieducazione, una mano tesa al reo, quandanche colpevole dei reati più efferati, nella speranza che possa un giorno reinserirsi fisiologicamente in società. Di talché, l'istituto dell'ergastolo ostativo non può che provocare frizioni con il quadro costituzionale di riferimento.

---

<sup>24</sup> In tal senso, già, C. Cost. sentenza n. 12/1966. Particolarmente chiara e lapidaria, poi, la pronuncia n. 264/1974 in materia di ergastolo. In tale occasione la Consulta si pronunciò nel senso che “*funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile. [...] Non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena. E ciò basta per concludere che l'art. 27 della Costituzione, usando la formula 'le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato', 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*”. La rieducazione, ridotta ad emenda e respiscenza morale, scollegate dal reinserimento sociale del condannato, assume quindi i caratteri di un mero auspicio.

<sup>25</sup> Ampiamente commentata, in tal senso, la sentenza n. 313/1990. Si può dunque sottolineare che la pronuncia 306/1993 in materia di ergastolo ostativo già ricordata ha rappresentato un innegabile passo indietro dal punto di vista dell'importanza della rieducazione del reo, laddove espressamente afferma: “*il Legislatore può cioè -nei limiti della ragionevolezza- far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata*” (§ 10, *considerato in diritto*).

<sup>26</sup> Chiarissima in tal senso la pronuncia n. 149/2018, cit., nel ribadire “*il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena*” (§ 7, *considerato in diritto*).

<sup>27</sup> E. DOLCINI, *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 luglio 2018. La stessa Consulta, nella sentenza n. 322/2007, è stata chiara nel sostenere che simili obiettivi determinerebbero “*una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obbiettivi di politica criminale, contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost.*”

A ben vedere anzi, come è stato acutamente osservato<sup>28</sup>, l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis comma 1 poteva già sostenersi sulla base della tradizionale giurisprudenza della Consulta relativa alla pena detentiva perpetua. Nel *leading case* in materia<sup>29</sup>, il Giudice delle leggi ha ribadito che la compatibilità tra art. 22 c.p. e Costituzione si basa su due precise condizioni: la possibilità di accedere alla liberazione condizionale<sup>30</sup> da un lato, e la teoria polinfunzionale eclettica dall'altro<sup>31</sup>. Come si è brevemente descritto, quest'ultima è stata ormai definitivamente abbandonata, favorendo la centralità della funzione rieducativa; né il "fine pena mai" consente in alcun modo di godere di una definitiva rimessione in libertà, senza collaborazione utile o figure ad essa equiparate.

I punti di frizione tra ergastolo ostativo e principi Costituzionali si fanno ancor più profondi se riletti alla luce delle più recenti pronunce della Consulta relative alla pena detentiva perpetua. Grande attenzione tra gli interpreti ha suscitato, in particolare, la decisione n. 149/2018: come già accennato, essa ha affrontato frontalmente una specifica -per quanto statisticamente esigua- figura di ergastolo, dichiarandone l'illegittimità<sup>32</sup>. Tre le fondamentali *regulae iuris* che, in sostanza, emergono dalla motivazione: finalità rieducativa, flessibilità della pena, progressività e personalizzazione del trattamento penitenziario. Tutte caratteristiche di cui l'art. 4-bis ord. pen. difetta radicalmente<sup>33</sup>.

Un elemento dell'art. 58-*quater* che, nella sentenza in commento, la Corte ritiene contrastare con l'art. 27 comma 3 Cost. è la totale sterilizzazione della liberazione anticipata.

Tale beneficio penitenziario, secondo una giurisprudenza costituzionale ormai granitica, è tassello imprescindibile per garantire la compatibilità tra la pena e la rieducazione: esso costituisce infatti uno stimolo certo ed immediato per stimolare la partecipazione del reo all'attività di recupero. Non a caso si tratta infatti dell'unico istituto di favore che è sfuggito alle generali preclusioni discendenti dagli artt. 4-bis e 58-*quater* ord. pen. Anche per questo motivo, dunque,

---

<sup>28</sup> E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 18.

<sup>29</sup> Sentenza 264/1974, cit.

<sup>30</sup> Che con la pronuncia 204/1974 di pochi mesi prima era stata sottratta alla competenza ministeriale per affidarla alle ben più pregnanti garanzie giurisdizionali.

<sup>31</sup> Assumendo, tra l'altro, una posizione da un lato evidentemente cauta e conservatrice, e dall'altro quasi paradossale: l'ergastolo, nella soluzione indicata dai giudici, sarebbe infatti compatibile con la costituzione solamente in quanto perda i connotati di una pena detentiva perpetua, contraddicendo così il proprio nucleo concettuale. In tal senso M. BORTOLATO, *Fiato alla speranza: l'ergastolo ostativo e la Costituzione*, in *Questione Giustizia*, 15 ottobre 2019.

<sup>32</sup> *Supra*, par. 1, nota 8. Ne discorrono E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., E. DOLCINI, *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza*, cit.; S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi*, cit.

<sup>33</sup> M. C. UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 28 gennaio 2019.

quest'ultima norma è stata giudicata contrastante con la Costituzione: l'appiattimento all'unica soglia di 26 anni di pena effettivamente espiata per accedere ai benefici penitenziari rende la liberazione anticipata, per quanto teoricamente fruibile, concretamente inutile. I giorni di liberazione per "buona condotta" sono destinati ad accumularsi, senza poter essere sfruttati per anticipare l'accesso alle misure alternative alla detenzione, risolvendosi in un innegabile pregiudizio per la funzione rieducativa. Invero, l'unico effetto dell'art. 54 ord. pen. per i condannati all'ergastolo consiste nell'anticipare dei benefici delineati dal Legislatore; in assenza di tale, sia pur limitato effetto, sarebbe quasi paradossale chiedere ai detenuti un'attiva partecipazione all'opera rieducativa<sup>34</sup>.

Orbene, una simile conseguenza discende propriamente anche all'art. 4-*bis* ord. pen.: il reo sottoposto al "fine pena mai" potrà accumulare centinaia o migliaia di giorni di liberazione anticipata, che tuttavia risulterà totalmente sterilizzata ed inutile, come accaduto nel caso del ricorrente Viola. L'istituto, fondamentale per il rispetto delle istanze rieducative costituzionalmente sancite, anche in questo caso sarebbe praticamente annichilito.

Vi è infine un terzo e ultimo snodo argomentativo su cui il ragionamento della Corte Costituzionale potrebbe essersi soffermato. Per i reati di prima fascia dell'art. 4-*bis*, la legge delinea una vera e propria presunzione *iuris et de iure* di pericolosità, che può superarsi solamente tramite di una condotta collaborativa. Eppure i recenti arresti della Consulta si muovono nel senso di un superamento delle presunzioni assolute in ambito penalistico, quand'anche relative a gravi fattispecie criminose, indice di particolare efferatezza.

Imprescindibile, in quest'ambito, il riferimento alla sentenza n. 48/2015, ricordata non a caso anche dalla Cassazione nell'ordinanza *Cannizzaro*. Con tale decisione, la Consulta dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 275 comma 3 c.p.p. in quanto sanciva una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere qualora sussistessero gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., precludendo al giudice di valutare elementi ed esigenze idonei a giustificare una diversa misura. *Mutatis mutandis*, sostengono la dottrina e la Suprema Corte, il medesimo ragionamento dovrebbe applicarsi pure relativamente all'ergastolo

---

<sup>34</sup> Per usare le parole della Corte: "il condannato all'ergastolo per i due titoli di reato che vengono qui in considerazione" potrà "non avvertire, quanto meno in tutta la prima fase di esecuzione della pena, alcun pratico incentivo ad impegnarsi nel programma rieducativo, in assenza di una qualsiasi tangibile ricompensa in termini di anticipazione dei benefici che non sia proiettata in un futuro ultraventennale, percepito come lontanissimo nell'esperienza comune di ogni individuo". In termini non dissimili anche la sentenza della Corte EDU *Vinter*, cit.

ostativo: il regime di rigore non dovrebbe discendere automaticamente, sulla base del solo titolo di reato per cui è intervenuta la condanna, presuntivamente ritenuto indice incontrovertibile di pericolosità. L'effetto, altrimenti, è quello di privare l'organo giudicante dei suoi poteri, che sono da una parte garanzia a protezione dell'indagato/imputato/condannato e dall'altra imprescindibili strumenti di flessibilità dell'ordinamento. Un sistema che impedisca alla magistratura di sorveglianza di svolgere il suo fondamentale ruolo di valutazione della pericolosità del detenuto, è stato sostenuto, si pone dunque in irrimediabile contrasto con la Costituzione<sup>35</sup>. Al contrario, dovrebbe essere lasciata al giudice la possibilità di valutare le specifiche circostanze del caso concreto e l'opportunità di concedere o meno i benefici penitenziari. Tale soluzione, volta a tramutare in relativa una presunzione assoluta, è proprio quella che la Corte Costituzionale ha espressamente sancito nella propria recentissima pronuncia.

In conclusione, vale la pena sottolineare che i profili di tensione tra art. 4-*bis* ord. pen. e Costituzione non si esauriscono nelle norme invocate nelle ordinanze di rimessione. Come è stato ribadito da attenta dottrina, vi sono in effetti ulteriori frizioni su cui ci si può brevemente soffermare.

Interessante è soprattutto la possibilità, da taluno prospettata<sup>36</sup> di scorgere un possibile contrasto con l'art. 24 della Costituzione. Il diritto di difesa ricomprende, com'è noto, anche il fondamentale principio *nemo tenetur se detegere*, e dunque la libera facoltà di astenersi da dichiarazioni autoaccusatorie. Se tale prerogativa è pienamente riconosciuta nel corso delle indagini e del processo, a ben vedere dovrebbe valere altresì nella fase esecutiva della pena, "come si evince dalla facoltà riconosciuta a chi sia stato condannato di non deporre in un procedimento connesso sugli stessi fatti oggetto della condanna, se nel primo procedimento aveva negato la propria responsabilità o non aveva reso alcuna dichiarazione (art. 197 *bis* co. 4 cod. proc. pen.)"<sup>37</sup>. Una disciplina come quella dell'ostatività, tesa *in toto* a favorire la collaborazione con la giustizia, al costo di scadere in un vero e proprio ricatto, anche da questo punto di vista si dimostra di debolissima tenuta costituzionale.

Si consideri infine l'impatto della sentenza *Viola contro Italia*: nonostante non abbia il valore di una giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo, essa ha ribadito l'incontestabile contrasto tra l'art. 4-*bis* comma 1 e l'art. 3 della Convenzione. Si potrebbe dunque distinguere una

---

<sup>35</sup> L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit.

<sup>36</sup> E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 17.

<sup>37</sup> *Ibid.* In termini non dissimili anche l'*Amicus Curiae* presentato alla Corte EDU da "L'altro diritto onlus".

linea di frizione tra la disciplina in parola e l'art. 117 comma 1 Cost., fondato sulle norme della CEDU come parametro interposto di costituzionalità. Le ordinanze di rimessione, emesse prima della pronuncia della Corte EDU, non hanno invocato tale precetto costituzionale; ciononostante, non stupirebbe se la Corte italiana avesse comunque valorizzato argomentativamente la giurisprudenza sovranazionale, né se le future questioni di costituzionalità la richiamassero apertamente.

In ogni caso, la Corte europea dei diritti dell'uomo prima, e la Corte Costituzionale poi, si sono pronunciate in modo netto e non equivocabile: che siano questi i primi rincocchi di una campana che batte a morto per il "fine pena mai"? Forse è ancora presto per dirlo con certezza, ma alla luce delle recenti decisioni è naturale interrogarsi su quali potranno essere i prossimi sviluppi di tale discusso istituto.

#### **4. *Quid iuris?* Prospettive futuribili.**

Ad avviso di chi scrive, a questo punto potrebbero ragionevolmente profilarsi due diversi scenari.

Da un lato, in maniera fisiologica, potrebbe essere il Legislatore a prendere in mano la situazione, con una riforma che modifichi i tratti dell'art. 4-*bis* -nella sua interezza o, perlomeno, in relazione alla prima fascia- in modo da porre rimedio a quel problema strutturale di compatibilità convenzionale rilevato dalla Corte di Strasburgo.

A ben vedere, non si tratterebbe della prima volta che il Parlamento si avventura in tale direzione, poiché gli anni recenti hanno in effetti testimoniato una maggiore sensibilità verso il tema dell'ergastolo ostativo: tre diversi progetti di riforma sono stati proposti nelle ultime legislature, e un rimodellamento del "fine pena mai" potrebbe proprio prendere le mosse da questi progetti ormai abbandonati.

Nel 2014, la Commissione Palazzo suggerì di aggiungere al comma 1-*bis* dell'articolo in parola il 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*". La presunzione assoluta delineata dal Legislatore del 1992 sarebbe stata così trasformata in relativa, consentendo al giudice di valorizzare elementi ulteriori, diversi dall'utile collaborazione, per consentire l'accesso alle misure alternative alla detenzione.

Un secondo progetto fu presentato, nel 2016, in occasione dei cc.dd. Stati generali dell'esecuzione penale: in tale contesto, si propose 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*”. Ancora una volta, dunque, da presunzione *iuris et de iure* a presunzione relativa, seppure questa volta “specifica”: la prova del ravvedimento avrebbe potuto essere offerta attraverso condotte di riparazione e mediazione.

Un ultimo, timido approccio fu tentato nel 2017, mediante la “legge Orlando”, 23 giugno 2017, n. 103. L'intento del Legislatore, per l'ambito penitenziario, era quello di porre al bando gli automatismi che caratterizzavano la disciplina vigente. Tuttavia, complice anche la difficile congiuntura politica e le feroci resistenze ad un superamento dell'ergastolo ostativo<sup>38</sup>, si raggiunse una soluzione di evidente compromesso, deliberando di lasciare intoccati i “*casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque [...] le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale*”. Anche quest'ultima riforma, in sostanza, ha dunque lasciato inalterato l'istituto dell'ergastolo ostativo.

Eppure, da questi insuccessi si potrebbe forse ripartire, rispolverando i progetti ormai abbandonati e recuperandone gli elementi maggiormente fecondi in vista di uno sviluppo costituzionalmente orientato della disciplina.

In assenza di un intervento del Legislatore, potrebbe invece essere la Corte Costituzionale a farsi nuovamente avanti. Nella propria pronuncia di pochi giorni fa, la Consulta ha affrontato lo specifico tema dei permessi-premio; non è difficile immaginare tuttavia che, basandosi sui medesimi ragionamenti di tale precedente e forte dell'ormai definitiva pronuncia *Viola contro Italia*, la giurisprudenza di merito e legittimità possano revocare in dubbio la costituzionalità di tutte le altre preclusioni ai benefici penitenziari disposte dall'art. 4-*bis*. Il Giudice delle leggi potrebbe adottare un atteggiamento forte e rigoroso, accogliendo “a cascata” le varie, specifiche questioni di legittimità costituzionale sollevate e ridisegnando pezzo per pezzo, con una vera e propria opera di “erosione”, il volto dell'ergastolo ostativo. Altrimenti, in maniera più prudente ma forse ancor più simbolica, potrebbe rivolgere un potente monito al Parlamento, ed intervenire definitivamente solo

---

<sup>38</sup> In una lettera al Presidente della Commissione Giustizia della Camera lo stesso Procuratore Nazionale Antimafia si disse profondamente contrario “*ad ogni futura modifica normativa che possa anche solo attenuare [...] le previsioni di cautela oggi vigenti*”.

a seguito della sua perdurante inerzia -non diversamente da quanto accaduto di recente nella notissima vicenda “Cappato”-.

A prescindere dalla via intrapresa, il risultato sembra essere lo stesso: il superamento della presunzione assoluta di pericolosità su cui si basa il “fine pena mai”. Per mettere a tacere le maggiori perplessità, ed inquadrare una disciplina equilibrata sulla falsariga di quanto già statuito dalla Corte Costituzionale, si potrebbe forse suggerire l’introduzione di una presunzione relativa. In assenza di collaborazione con la giustizia, il condannato per reati di prima fascia può ritenersi socialmente pericoloso e immeritevole dei benefici penitenziari; tale preclusione potrebbe ciononostante superarsi fornendo adeguata dimostrazione dell’eccezionale progresso rieducativo compiuto e dell’avvenuta dissociazione dal sodalizio criminoso<sup>39</sup>.

### **5. Pillole per un dibattito: il regime ostativo è necessario?**

Immediatamente dopo le pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte costituzionale si sono levate voci autorevoli, anche di eminenti giuristi, che hanno tuonato contro l’affievolirsi di uno strumento ritenuto imprescindibile per un’efficace lotta alla criminalità organizzata<sup>40</sup>. Come è stato sostenuto, l’art. 4-*bis* ord. pen. persegue due finalità insostituibili. Da un lato, esso eviterebbe che possano rientrare in società soggetti ancora socialmente pericolosi, poiché con il loro atteggiamento riluttante dimostrano di non aver raggiunto un soddisfacente livello

---

<sup>39</sup> Lo suggerisce, tra i tanti, E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., il quale sottolinea come peraltro ciò significherebbe per certi versi tornare alla disciplina e *ratio* originarie dell’art. 4-*bis* come formulato nel 1991. Interessante poi la tesi sostenuta da PACE: *L’art. 4-bis dell’ordinamento penitenziario*, cit., 15; l’autore sottolinea che una disciplina ricalcata sulla c.d. seconda fascia rischierebbe di far ricadere sul reo l’onere di una vera e propria *probatio diabolica* negativa, dovendo questi dimostrare il fatto di aver definitivamente reciso i contatti con l’organizzazione delittuosa di appartenenza. Più garantista dunque sarebbe un’inversione dell’onere probatorio sulla falsariga dei reati di terza fascia: sarebbe dunque la Pubblica Accusa, che volesse precludere l’accesso ai benefici penitenziari, a dover dimostrare la sussistenza di elementi idonei da cui desumersi la permanenza dei legami con la consorte mafiosa. Si potrebbe così rafforzare il problematico ruolo dell’ergastolo come “misura di sicurezza mascherata”, una pena il cui fine principale ancorché non esclusivo è quello di neutralizzare un soggetto socialmente pericoloso, aprendo le porte del carcere solo nel momento in cui il rischio di recidiva possa ritenersi efficacemente vanificato.

Da un punto di vista puramente processuale potrebbe poi forse suggerirsi di affidare il relativo contenzioso direttamente alla cognizione del Tribunale di Sorveglianza, con possibilità di ricorrere avverso la decisione dinanzi alla Corte di Cassazione per motivi di legittimità. Invero, un giudice collegiale potrebbe dimostrarsi impermeabile a quelle pressioni ed intimidazioni che, al contrario, potrebbero eventualmente influenzare un organo monocratico quale il Magistrato di Sorveglianza.

<sup>40</sup> Eloquenti il titolo dell’intervista a Nicola Morra, Presidente della Commissione Parlamentare Antimafia, pubblicato sul quotidiano *La Stampa* all’indomani del comunicato stampa della Consulta: “*Lo stop all’ergastolo per i mafiosi? Dimenticato il sangue di Borsellino, Falcone e Dalla Chiesa*”.

di resipiscenza. Dall'altro, si tratterebbe di un potente stimolo volto a favorire la collaborazione di giustizia e il pentitismo, considerati strumenti insostituibili nel contrasto alla mafia<sup>41</sup>.

Non sembrano tuttavia critiche in grado di cogliere nel segno.

Diversamente da quanto paventano i detrattori, superare il regime dell'ostatività non significa certamente spalancare le porte del carcere a tutti i condannati per mafia e terrorismo, consentendo loro di imperversare per le strade e di mettere a repentaglio la sicurezza dei cittadini. Come efficacemente sintetizzato dalla Corte di Strasburgo, *“la possibilità di riesame dell'ergastolo implica la possibilità per il condannato di chiedere la liberazione, non necessariamente di ottenerla, nel caso in cui costituisca ancora un pericolo per la società”*. Il ragionamento di chi critica le pronunce si dimostra dunque fallace, perché non prende in considerazione un fattore che non può certamente essere dimenticato: il ruolo della magistratura di sorveglianza. La fine del “fine pena mai” non significa libertà indifferenziata per i rei di delitti efferati, ma solamente il recupero del ruolo naturale del giudice come filtro tra l'astrattezza della norma e le circostanze del caso concreto.<sup>42</sup> Sembra anzi che le perplessità avanzate da taluno giungano a revocare in dubbio la capacità della giurisprudenza di valutare correttamente la pericolosità degli autori di gravissimi reati.

E per quanto riguarda l'impulso al pentitismo, strumento imprescindibile per contrastare la criminalità mafiosa?

Sembra in questo caso necessario spendere ben poche parole. È indubbio che sia proprio questo uno dei principali obiettivi perseguiti dal Legislatore, in maniera ben poco mascherata, attraverso l'istituto dell'ergastolo ostativo. Una disciplina che, più che premiare la collaborazione - come avviene in altri settori dell'ordinamento penale e penitenziario-, sembra piuttosto punire -e in maniera feroce- la sua mancanza<sup>43</sup>. In tal modo, il reo viene sottoposto a nulla più che un ricatto: o parla, esponendo sé ed i propri cari a tutti i rischi che ciò potrebbe comportare, oppure resterà in

---

<sup>41</sup> In questo senso anche il giudice Wojtyczek, nell'ampia *dissenting opinion* alla sentenza *Viola contro Italia*. In maniera analoga anche R. TARTAGLIA, *La sentenza della Corte EDU sull'ergastolo ostativo ci pone un problema importante, che però siamo preparati a risolvere. Dalle presunzioni assolute a quelle relative*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 9 ottobre 2019. Nello stesso senso, d'altronde, si era già espresso l'allora Guardasigilli proponente l'attuale regime dell'ostatività, nella seduta del Senato in data 6 agosto 1992, come ricordato nella sentenza n. 306/1993 della Corte Costituzionale (§ 9, *considerato in diritto*).

<sup>42</sup> Lo ha ricordato V. ZAGREBELSKY nell'articolo *“Non sarà automatico”*, pubblicato su *La Stampa* in data 24 ottobre. Significativa è l'evidente cautela verbale, ai limiti della timidezza, usata dall'autore, ennesima prova di quanto il tema sia scottante nell'odierno dibattito giuridico e politico.

<sup>43</sup> C. MUSUMECI, *Ergastolo. Giorno e notte*, in *Giustizia insieme*, 2012, fasc. 1, 38. Nello stesso senso D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit., 15; E. Dolcini, *La pena detentiva perpetua*, cit., 17.

carcere fino alla fine dei propri giorni. La prospettiva di una pena davvero *usque ad mortem* viene sfruttata per spingere a “pentirsi” e collaborare: il vecchio di certo non mira a rieducare il condannato, favorendo il suo pieno e armonico reinserimento nella società, bensì a strumentalizzarlo, a renderlo una pedina, tra le tante, nella lotta fra Stato e “anti-Stato”<sup>44</sup>.

L’automatismo tratteggiato dalla norma in parola persegue dunque principalmente finalità investigative, mettendo in ombra l’insopprimibile esigenza rieducativa e di recupero. Nello “sfruttare” gli autori di gravi delitti, nell’offrire non una mano tesa, bensì un pugno chiuso, si pone in definitiva in contrasto con lo stesso fondamentale principio della dignità umana, tutelato a livello costituzionale e sovranazionale.

#### **6. Conclusioni: dalla “Fondazione della metafisica dei costumi” alla sentenza “Vinter contro Regno Unito”.**

“Niente può mai autorizzare lo Stato a togliere, oltre alla libertà, anche la dignità e la speranza”. Questo si legge nella Relazione degli Stati Generali dell’Esecuzione Penale ad accompagnamento del progetto di riforma del 2016. Si tratta di parole che, nella loro semplice chiarezza, spingono alla riflessione.

La pena detentiva, nel moderno Stato di diritto, deve consistere né più né meno che nella privazione della libertà personale, in coerenza con le garanzie ed i limiti posti dall’art. 13 e dagli altri principi fondamentali sanciti dalla Costituzione.

Ce lo ha ricordato, con formula efficace, la stessa Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel caso *Viola*. La dignità umana tutelata dall’art. 3 della CEDU è ciò che definisce ogni persona, che non può legittimamente subire alcuna forma di limitazione e deprivazione. Sottrarre a un uomo la sua dignità, invero, significa derubarlo della sua stessa umanità.

Ed è proprio questo, a ben vedere, che si ottiene con il regime dell’ergastolo ostativo, un istituto che sottopone chi lo subisce ad un pesante ricatto e ad una malcelata, assoluta strumentalizzazione per le esigenze dello Stato. Non si tratta di ragionamenti originali, in realtà: essi affondano le proprie radici nella tradizione filosofica occidentale. È nella sua *Fondazione della*

---

<sup>44</sup> Lo sostengono D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove*, cit., 14, nonché già F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell’ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della “scommessa” anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*, in Grevi (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, p. 117, riportato da R. NUZZO, *Ergastolo ostativo: prospettive di riforma e recenti orientamenti della giurisprudenza europea*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3/2015, 48.

*metafisica dei costumi* che Immanuel Kant elabora la seconda formulazione dell'imperativo categorico: “*agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo*”<sup>45</sup>. Un insegnamento che, sia pur intuitivo, non dovrebbe mai essere dimenticato.

Né sembra che il pensiero dei grandi filosofi sia caduto nell'oblio, perlomeno a Strasburgo. Fin dalla fondamentale sentenza *Vinter contro Regno Unito* la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sempre ribadito che a qualunque detenuto, a prescindere dal titolo della detenzione e dai fatti per cui sia intervenuta la sentenza di condanna, deve sempre vedersi riconosciuto *a right to hope*<sup>46</sup>. Un diritto a sperare, a immaginare che il futuro potrà essere migliore, che la vita non si trasformerà in una pena perpetua, trascorsa tra le quattro mura di una cella da cui si potrà uscire solamente dentro una bara. Un diritto a sognare, che non potrà mai essere sottratto, pena altrimenti l'intollerabile disintegrazione della dignità di essere umano.

A prescindere dai dibattiti che si sono succeduti, e che senza dubbio saranno destinati ad acuirsi, è proprio questo il semplice ma potente messaggio che emerge dalle sentenze della Corte di Strasburgo e della Consulta. Le parole dei grandi giudici ci ricordano che ogni detenuto è prima di tutto un uomo, che mai può o deve essere identificato semplicisticamente con il reato che ha commesso. Ci insegnano che anche i delitti più feroci ed efferati non consumano l'umanità, ma lasciano sempre una porta aperta per il riscatto e il cambiamento.

Pensare che tutti condividano questi ideali è forse un'utopia, come qualcuno ha cupamente sottolineato<sup>47</sup>. Ma tutti hanno diritto di sperare.

---

<sup>45</sup> I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, UTET, 1995, 88.

<sup>46</sup> La più efficace formulazione di questo pensiero emerge dalla *concurring opinion* al caso *Vinter* redatta dal giudice FORDE: “*what tipped the balance for me in voting with the majority was the Court's confirmation, in this judgment, that Article 3 encompasses what might be described as “the right to hope”. It goes no further than that. The judgment recognises, implicitly, that hope is an important and constitutive aspect of the human person. Those who commit the most abhorrent and egregious of acts and who inflict untold suffering upon others, nevertheless retain their fundamental humanity and carry within themselves the capacity to change. Long and deserved though their prison sentences may be, they retain the right to hope that, someday, they may have atoned for the wrongs which they have committed. They ought not to be deprived entirely of such hope. To deny them the experience of hope would be to deny a fundamental aspect of their humanity and, to do that, would be degrading*”. E ancora: “*Una pena senza futuro, una condanna senza futuro non è una condanna umana: è una tortura. Ogni pena che una persona si trova a scontare per pagare un debito con la società, deve avere un orizzonte, l'orizzonte di reinserirmi di nuovo e quindi di prepararmi al reinserimento*”. Queste ultime non sono parole tratte dagli scritti di un esimio giurista, bensì dal discorso tenuto in un carcere femminile di Santiago del Cile, il 16 gennaio 2018, dal Sommo Pontefice Francesco I.

<sup>47</sup> E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 38.

GENNARO MASTRANGELO

## **Processo penale e prelievo coattivo di campioni biologici: garanzie e concrete modalità di effettuazione con particolare riguardo ai minorenni**

SOMMARIO: 1. Dal *vuoto* al *pieno* : dalla sentenza 238/1996 della Corte Costituzionale all'adesione al Trattato di Prum. - 2. L'art. 224 bis C.p.p.: garanzie contenutistiche e sanzioni processuali per la perizia. - 3. Il consenso e altre patologie. - 4. L'art. 359 bis C.p.p.: *horror vacui*?. - 5. Il minorenne.

### **1. Dal vuoto al pieno : dalla sentenza 238/1996 della Corte Costituzionale all'adesione al Trattato di Prum.**

L'accertamento coattivo è stato a lungo effettuato, vincendo l'eventuale contraria volontà del soggetto passivo, grazie ad un inciso dell'art. 224 C.p.p. che consente al giudice di adottare «tutti gli altri provvedimenti che si rendono necessari per l'esecuzione delle operazioni peritali». Apparato normativo insoddisfacente per regolare operazioni comunque incisive della libertà personale, da ultimo arricchito partendo dalle indicazioni della dottrina e della giurisprudenza costituzionale. Gli interventi normativi, infatti, hanno colmano un vuoto evidenziato dalla Corte Costituzionale con la **sentenza n. 238 del 9.7.1996**<sup>1</sup> quando, constatando la violazione e della riserva di legge e della riserva di giurisdizione contenute nell'art. 13, c. 2, Cost., dichiarò parzialmente illegittimo l'art. 224, c. 2, C.p.p., «nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale senza determinare la tipologia delle misure esperibili e senza precisare i casi ed i modi in cui esse possono essere adottate».

In un passaggio della motivazione, la Corte, spostandosi dal parametro della libertà personale, dà specifico rilievo al consenso quale presupposto per ogni intervento sul corpo : «il prelievo ematico comporta certamente una restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo. E tale restrizione è tanto più allarmante - e quindi bisognevole di

---

<sup>1</sup> In *Giur. Cost.*, 1996, 2142 ss

attenta valutazione da parte del legislatore nella determinazione dei casi e modi in cui può esser disposta dal giudice - in quanto non solo interessa la sfera della *libertà personale*, ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la *sfera corporale* della persona - pur senza di norma comprometterne, di per sé, l'integrità fisica o la salute (anche psichica., ne' la sua dignità, in quanto pratica medica di ordinaria amministrazione (cfr. sentenza n. 194 del 1996. - e di quella sfera sottrae, per fini di acquisizione probatoria nel processo penale, una parte che è, sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla»<sup>2</sup>. Come notato in dottrina<sup>3</sup>, «all'interno degli atti genericamente limitativi della libertà personale, si è iniziato a distinguere l'atto coercitivo, ossia limitativo 'soltanto' della libertà personale intesa in senso tradizionale – come può essere l'ispezione o la perquisizione – rispetto all'atto invasivo, all'accertamento corporale, limitativo anche della libertà corporale, come può essere il prelievo ematico». In mancanza di un celere intervento legislativo, l'interprete veniva chiamato ad una difficile distinzione, spesso casistica, tra atto invasivo ed atto non invasivo<sup>4</sup>.

Con il D.l. 27.7.2005 n. 144, convertito nella **L. 31.7.2005, n. 155**, viene introdotto il **comma 2 bis** nell'art. **349 c.p.p.**, consentendo alla P.G. di procedere al prelievo coattivo di capelli o saliva a soli fini identificativi. La **L. 30.6.2009, n. 85**, autorizzando l'adesione dell'Italia al Trattato di Prum<sup>5</sup> ed introducendo gli articoli **224 bis e 359 bis** C.p.p., finalmente disciplina la parte più problematica.

## **2. L'art. 224 bis C.p.p.: garanzie contenutistiche e sanzioni processuali per la perizia.**

---

<sup>2</sup> Come notato da Bordieri, *Sul valore probatorio del rifiuto ingiustificato dell'imputato di sottoporsi al prelievo di DNA*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 4169: « La giurisprudenza e la dottrina, sulla scia di quella decisione, hanno esteso il divieto di prelievo coattivo - fino a che non venga approntata una apposita legge - con riferimento a ogni materiale biologico, anche quello la cui acquisizione non è propriamente invasiva della sfera corporale dell'individuo: asportazione di capelli, unghie, materiale di desquamazione della pelle o del cavo orale» .

<sup>3</sup> Gialuz, *L'accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Sclafati, Giappichelli, 2014.

<sup>4</sup> Ad esempio, se il limite della invasività è individuato nel superamento della barriera fisica del corpo, l'analisi di parti distaccate – quali capelli, peli, sangue già prelevato per accertamenti medici, saliva – non è soggetta ai limiti individuati dalla Corte Costituzionale, così come il prelievo di tali parti, seppur ancora adese al corpo, siccome tale operazione attiene a parti non sensibili del corpo. L'inserimento di un sondino che leda la cute sarebbe un atto invasivo, ma altrettanto potrebbe sostenersi per una micro-sonda da deglutire. Dubitativa la soluzione per gli accertamenti radiologici, effettuati senza lesione della cute o inserimento di sonde di qualsiasi tipo, in quanto solo la loro ripetizione, allo stato delle conoscenze scientifiche, sembra comportare una mutazione delle strutture biologiche interne. Si veda in dottrina Ubertis, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. Pen.*, n. 1 del 2008, p. 7; Ciliberti e De Stefano, *L'ispezione corporale e l'accertamento radiografico coattivo. Considerazioni etiche e medico-legali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2007, 1, 87.

<sup>5</sup> Per un'analisi generale della legge si veda Gennari, *Bioinformazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p.2630

Come evidenziato da più parti<sup>6</sup>, il legislatore ha curato con dettaglio la procedura qualora il consenso manchi, trascurando però la disciplina delle operazioni in caso di sua prestazione. Particolari problemi pone poi il consenso del minore, al quale la legge citata dedica una specifica disposizione, l'art. 72 bis, inserita nelle disposizioni di attuazione, che però non sembra risolvere diversi problemi pratici. Prima di affrontare questi aspetti, è necessario soffermarsi sulle prescrizioni contenutistiche dell'ordinanza a fine di perizia e sulle sanzioni processuali.

Due sono i **presupposti** per l'emissione dell'ordinanza, l'uno attinente al tipo di reato per il quale si procede<sup>7</sup>, l'altro è che l'esecuzione coattiva sia «assolutamente indispensabile per la prova dei fatti».

La valutazione contenutistica sulla indispensabilità è questione che il giudice dovrà effettuare tenendo conto della ragione di tale requisito, alla cui mancata esplicitazione nell'ordinanza è comminata la sanzione della nullità ai sensi del comma n. 2, lettera c.. Sembrano possibili alcune indicazioni d'indirizzo. Anzitutto, dal momento che il prelievo coattivo incide sulla libertà personale, almeno nei due aspetti sopra evidenziati, vi si farà ricorso solo dopo aver verificato che, allo stato delle indagini effettuate, altre strade non sono parimenti percorribili. Devono però essere evitate valutazioni anticipatorie sul merito dell'accusa: l'ultimo inciso del primo comma dell'art. 224 bis, fa riferimento alla «prova dei fatti»; sia l'art. 224 bis che il 359 bis<sup>8</sup> non fanno cenno alla «fondatezza dell'accusa», come avviene, ad esempio, in tema di altri mezzi di ricerca della prova pur garantiti dall'intervento giurisdizionale quali le intercettazioni, che richiedono la sussistenza di «gravi indizi di reato». Dunque la valutazione contenuta nell'ordinanza sullo specifico profilo deve guardare alla dinamica e non alla statica del processo, specialmente quando richiesta sia fatta nella fase delle indagini.

La tipologia di accertamenti è varia, siccome l'elencazione contenuta nell'art. 224 bis – cui fa rinvio il 359 bis – appare meramente esemplificativa<sup>9</sup>. La norma parla, infatti, di «atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici» –. La

---

<sup>6</sup> Tonini, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, in *DPP*, 2010, 886

<sup>7</sup> Sul quale non sembra necessario soffermarsi.

<sup>8</sup> Il primo è indirizzato al dibattimento, il secondo alle indagini, hanno in comune il fatto di essere accertamenti tendenzialmente ripetibili.

<sup>9</sup> Secondo Leo, *Forme invasive di indagine, diritti della persona e principio di legalità*, relazione ad incontro di studi organizzato dal CSM sul tema “*Le recenti modifiche al sistema penale*”, Roma, 25-27 gennaio 2010, 23, l'elencazione non è tassativa; di contrario avviso Felicioni, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi o di ricostruzione del fatto*, in *Prelievo del DNA e banca dati nazionale* a cura di Alessio Scarcella, Cedam, 2009, 225.

norma individua due specie di atti, nel genere di quelli idonei ad incidere sulla libertà personale: quelli specificati in via meramente esemplificativa – «prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi» – e finalizzati alla «determinazione del profilo del DNA», e gli accertamenti medici, questi senza una elencazione ed una direzione di scopo<sup>10</sup>.

Una formula dunque, che permette al processo penale di avvalersi del progresso della scienza e della tecnica, contemperata però con un limite, quello di cui al comma quarto. In mancanza di questa clausola limitativa, comunque l'ordinamento avrebbe offerto dei criteri guida, come, ad esempio, quello di cui all'art. 5 C.c., ma la sua introduzione nel corpo della norma codicistica non lascia solo il giudice di fronte alle incognite dei progressi medico/scientifici<sup>11</sup>, dal momento che in tal caso la persona assume il ruolo di fonte di prova reale<sup>12</sup>.

A presidio della completezza dell'ordinanza, il comma secondo dell'art. 224 bis indica numerose ipotesi di **nullità**, dalla lettera a. alla lettera f., così costruendo il contenuto del provvedimento.

Oltre alla identificazione del periziando, è necessaria «l'indicazione del reato per cui si procede, con la *descrizione* sommaria del fatto». Su questo punto, per lo meno qualora l'accertamento sia necessario nella fase delle indagini ai sensi dell'art. 359 bis, non sembra indispensabile che sia il P.M., costruendo una imputazione provvisoria, a descrivere sommariamente il fatto, ben potendo essere il giudice, nell'ordinanza motivata, a dare conto di questo aspetto. La previsione, infatti, non sembra avere una finalità di contestazione provvisoria – peraltro inutile ove si proceda contro ignoti –, quanto quella di permettere la verifica degli altri presupposti legittimanti il provvedimento, come quelli già evidenziati e di più diretta derivazione costituzionale. Sembra invero difficile argomentare, ad esempio, sulla assoluta indispensabilità dell'accertamento – onere del giudice nei casi di perizia, del P.M. solo nei casi d'urgenza e per la

---

<sup>10</sup> Deve convenirsi con chi – ad esempio Valli, *Alla ricerca della prova scientifica (sequestro e perquisizione informatica; prelievo forzoso di materiale biologico)*, relazione per il Tirocinio mirato requirente dei M.O.T. nominati con d.m. 10.12.2015, Scuola Superiore della magistratura, Scandicci, 5 - 9 giugno 2017, p. 58 – ritiene che il genere sia quello degli atti limitativi della libertà personale, al cui interno vale la specificazione illustrata.

<sup>11</sup> Per una riflessione generale sul corpo e la scienza in relazione al potere statale, G. Agamben, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Milano, Einaudi, 2005. Perplessità sulla formula adottata dal legislatore sono espresse, con specifico riferimento agli accertamenti medici, da Conti, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva ad un anno dalla l. n. 85*, in *DPP*, 2010, 6 e da Gabrielli, *"Accertamenti medici" dai confini troppo incerti*, in *Gdir*, 2009, 30, 73

<sup>12</sup> Esprime critiche sulla disciplina «intessuta di clausole generali» Conti, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, in *DPP*, 2010, 8, 995

fase delle indagini ai sensi dell'art. 359 bis, c. 2 – senza dare conto del sostrato materiale<sup>13</sup>. La nullità in caso di mancata «indicazione specifica del prelievo o dell'accertamento da effettuare» - lettera c. – si giustifica agevolmente in base a quanto già osservato. La previsione di cui alla lettera f., se in parte richiama il contenuto dell'art. 224 C.p.p., nella specifica necessità che siano indicate le «modalità di compimento» dell'atto si raccorda al comma quinto dell'art. 224 bis.

La persona sottoposta all'esame ha anche diritto di essere avvisata della sua facoltà di farsi assistere da «un difensore o da persona di fiducia» – lettera d. –. La lettera e., con «l'avviso che, in caso di mancata comparizione non dovuta a legittimo impedimento, potrà essere ordinato l'accompagnamento coattivo ai sensi del comma 6», rientra nella gradazione dell'intervento coercitivo stabilito dalla norma. Un'ulteriore ipotesi di nullità è al comma 7 per il caso in cui la persona da sottoporre agli accertamenti o al prelievo «non è assistita dal difensore nominato».

Tutte le ipotesi sono nullità speciali e il loro regime giuridico va distinto, considerando che la persona da sottoporre all'accertamento può essere l'indagato/imputato, la persona offesa, un terzo estraneo al processo. Le nullità relative al contenuto dell'ordinanza – dalla lettera a. alla lettera f. del comma secondo –, essendo collegate all'intervento o all'assistenza dell'imputato/indagato e della persona offesa, sono di tipo intermedio, ai sensi degli artt. 178, lettera c. e 180 C.p.p. Qualora sia un terzo, estraneo al procedimento, la persona da sottoporre all'accertamento, le nullità contenutistiche, dunque quelle del comma secondo dell'art. 224 bis, sono relative<sup>14</sup> e l'interesse dell'imputato/indagato all'osservanza della disposizione violata, rilevante al fine della deducibilità della patologia processuale ai sensi dell'art. 182 C.p.p., appare configurabile nei casi di mancata o insufficiente indicazione dell'accertamento da effettuare e del fatto per cui si procede<sup>15</sup>.

La nullità di cui al comma settimo va letta con l'avviso di cui alla lettera d. che pone un problema specifico: se la persona da sottoporre agli accertamenti abbia diritto alla congiunta assistenza, del difensore e della persona di fiducia, oppure ad uno solo dei due.

---

<sup>13</sup> Del resto ad indagini concluse, quando il P.M. procede all'avviso di cui all'art. 415 bis C.p.p., egli deve indicare la «sommaria *enunciazione* del fatto per il quale si procede» e in precedenza, qualora intenda interrogare nel merito l'indagato, ai sensi dell'art. 65 C.p.p., «*contesta [...] in forma chiara e precisa il fatto che le è attribuito*».

<sup>14</sup> Conti, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, in *DPP*, 2010, 8, 1001

<sup>15</sup> Così anche Conti, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, cit., 1001, nota n. 49

Qualora si tratti della persona offesa o di un terzo, è preferibile l'opinione secondo la quale egli abbia diritto all'assistenza dell'uno o dell'altro<sup>16</sup>. Ed infatti, tenuto conto del tipo di accertamento nonché della posizione del soggetto nei confronti del processo, la finalità appare quella di assistenza in senso lato, non tecnico giuridico. Ciò sembra assai evidente, ad esempio, in caso di minorenni o di soggetti vulnerabili come incapaci, interdetti, ammalati ed anziani. Nel caso dell'indagato/imputato, al contrario, l'alternativa tra le due figure risulta difficilmente comprensibile, dovendo essergli assicurata la difesa tecnica.

Passando al regime della nullità, sembra<sup>17</sup> trattarsi di nullità assoluta se relativa all'indagato o imputato<sup>18</sup>, intermedia, se relativa alle altre parti private, relativa per gli altri soggetti, qualora la persona interessata abbia nominato un difensore e questi non assista al prelievo o agli accertamenti.

Qualora l'ordinanza non incontri la spontanea adesione dell'interessato, sia l'art. 359 bis che l'art. 224 bis, prevedono la possibilità di disporre l'accompagnamento coattivo e, ulteriormente, l'esecuzione coattiva. L'inciso contenuto nel comma sesto dell'art. 224 bis – «se, pur comparendo, rifiuti di prestare il proprio consenso» – fa capire come il legislatore preferisca, e tenti di ottenere, la prestazione del consenso. Non è esclusa la possibilità che l'ordinanza, pragmaticamente, disponga l'esecuzione coattiva lasciando salva la possibilità di una spontanea prestazione del consenso<sup>19</sup>.

In conclusione sull'argomento, l'intervento del legislatore ha dato esatta esecuzione alle indicazioni della Corte Costituzionale: «il procedimento è giurisdizionalizzato e prevede l'assistenza tecnica del difensore. È adottato un criterio di proporzionalità, perché l'accertamento coattivo è limitato a reati di gravità medio alta. È applicato un criterio di residualità, perché l'accertamento è disposto solo quando sia assolutamente indispensabile per la prova dei fatti. È imposto un criterio di gradualità, perché il giudice deve privilegiare l'accertamento consentito dall'interessato e, se questo non è possibile, l'accertamento meno invasivo»<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Tonini, sub art. 224 bis in *Codice di Procedura Penale Commentato*, V ed., 2017, Wolters Kluwer.

<sup>17</sup> Il regime della nullità relativa all'indagato/imputato dipende da come si intenda l'assistenza del difensore: se come assistenza tecnica o quale presenza fisica. La dottrina più recente li esprime in forma dubitativa, ad esempio Tonini, sub art. 224 bis, cit. e Conti, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali"*, loc. ult. cit.

<sup>18</sup> Secondo Trib. Rovereto, ordinanza del 2.11.2010, in DeJure-Giuffrè, «la necessaria presenza del difensore, prevista dall'art. 224 bis comma 7 c.p.p. a pena di nullità, vale solo quando il prelievo sia coatto e non quando l'imputato vi presti consenso e collaborazione; in tal caso all'atto il difensore può ma non deve presenziare».

<sup>19</sup> Contra G.I.P. Chieti, ordinanza del 7.6.2011, in *Giur. Mer.*, 10, 2521

<sup>20</sup> Così Leo, *Il prelievo coattivo di materiale biologico*, relazione ad incontro di studi n. 5346 dal titolo «*Corso Paolo Borsellino: Tecniche di indagine e rapporti tra pubblico ministero, polizia giudiziaria, consulenti tecnici e difensori*», organizzato dal CSM, Roma, 4-8 luglio 2011, 23.

### **3. Il consenso e altre patologie.**

Il legislatore, in base alla cura profusa nel disciplinare l'ipotesi di dissenso, ha implicitamente ritenuto che ove il "paziente" acconsenta all'accertamento esso non abbia bisogno di specifiche garanzie<sup>21</sup>, con l'unico limite, di ordine generale, ricavabile dall'art 5 c.c. che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo «quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume».

La violazione dei divieti contenuti nello stesso articolo 224 bis – ad esempio al comma quarto – rende la prova inutilizzabile. Più dubbia tale patologia processuale quando ad essere violato non sia un espresso divieto – come nel comma quinto – oppure nel caso di prove assunte con modalità lesive di diritti costituzionali<sup>22</sup>. Il riferimento ai problemi del consenso informato<sup>23</sup>, inoltre, sembra irrigidire la disciplina di accertamento dei fatti. Il consenso informato attiene alle conseguenze possibili dell'atto medico e resta nel rapporto tra medico e paziente, laddove la prospettiva fatta propria del legislatore intende tutelare la persona da una coercizione personale.

### **4. L'art. 359 bis C.p.p.: *horror vacui*?**

Se la necessità degli accertamenti<sup>24</sup> si presenta nella fase delle indagini preliminari – e si è fuori dalla perizia assunta con incidente probatorio – il P.M., intendendo ottenere una limitazione della libertà personale, si rivolge al G.i.p. Come per il fermo, l'arresto e le intercettazioni, il P.M. può operare in via d'urgenza, « quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini», disponendo lo svolgimento delle operazioni con decreto motivato contenente i medesimi elementi previsti dal comma 2 [dell'articolo 224-bis](#); egli può, inoltre, ordinare l'accompagnamento coattivo, qualora la persona da sottoporre alle operazioni non si presenti senza addurre un legittimo impedimento, ovvero l'esecuzione coattiva delle

---

<sup>21</sup> Critiche su tale negligenza sulle ipotesi sorrette da consenso sono espresse da Conti, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, cit., 996 e ss.

<sup>22</sup> Per la inutilizzabilità Conti, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, cit., 1001, di contrario avviso Valli, *Alla ricerca della prova scientifica (sequestro e perquisizione informatica; prelievo forzoso di materiale biologico)*, cit., 62. Ad entrambi i contributi si rinvia per ulteriori riferimenti sul complesso tema.

<sup>23</sup> Ad esempio da parte di Conti, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, cit., 1001

<sup>24</sup> Nonostante la rubrica – che comunque non vincola giacché non sottoposta ad esame da parte degli organi legislativi (Sez. 1, n. 16372 del 20/03/2015 - dep. 20/04/2015, P.G. in proc. De Gennaro, Rv. 26332501) – faccia riferimento ai soli prelievi di campioni biologici, il richiamo alle «operazioni di cui all'articolo 224 bis» e l'interpretazione sistematica delle norme, permettono di ritenere che l'art. 359 bis faccia riferimento anche agli accertamenti medici.

operazioni, se la persona comparsa rifiuta di sottoporvisi». La celere verifica giurisdizionale è garantita dalla richiesta di convalida, da effettuarsi entro le quarantotto ore successive, del decreto e dell'eventuale provvedimento di accompagnamento coattivo. Il giudice provvede con ordinanza al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive, dandone avviso immediatamente al pubblico ministero e al difensore. In caso di consenso il P.M. opererà secondo lo schema tipico previsto dagli [artt. 359](#) e [360](#), a seconda della ripetibilità o meno del prelievo.

L'apparato sanzionatorio è individuato nel comma terzo: «Nei casi di cui ai commi 1 e 2, le disposizioni degli articoli 132, comma 2, e 224-bis, commi 2, 4 e 5, si applicano a pena di nullità delle operazioni e di inutilizzabilità delle informazioni così acquisite. Si applicano le disposizioni di cui al comma 2 dell'articolo 191».

È evidente l'intenzione del legislatore di aggravare la disciplina di questo accertamento, omologo a quello di cui all'art. 224 bis, ma risulta difficile comprenderne le ragioni sostanziali. Oltre alle nullità inserite nel comma secondo dell'art. 224 bis, l'atto è nullo se non è osservato l'art. 132, c. 2, ed i commi quarto e quinto dell'art. 224 bis e le informazioni acquisite sono inutilizzabili. Il richiamo nel testo della norma alla rilevabilità in ogni stato e grado del procedimento – art. 191, c. 2, C.p.p. – è ulteriore monito. Più voci hanno rimarcato l'eccessivo apparato sanzionatorio, assieme alla trascuratezza legislativa circa i casi di inosservanza dei termini per la trasmissione del decreto del P.M. al G.i.p. e per la convalida da parte di questi<sup>25</sup>. Nella pratica, mancando una disposizione che preveda la distruzione dei campioni pur a fronte della nullità dell'atto, l'accertamento potrà essere ripetuto, nonostante l'inutilizzabilità del profilo genetico già tipizzato<sup>26</sup>.

## **5. Il minorene.**

L'art. 72 bis delle disposizioni di attuazione al codice di rito prevede il caso in cui l'accertamento vada effettuato su minori, incapaci, interdetti per infermità di mente, stabilendo, quanto al **consenso**, che esso vada prestato dal genitore o dal tutore.

---

<sup>25</sup> Valli, *Alla ricerca della prova scientifica (sequestro e perquisizione informatica; prelievo forzoso di materiale biologico)*, cit., 70.

<sup>26</sup> Adorno, *Il prelievo coattivo a fini investigativi*, in *Giur. It.*, 2010, 1238.

Sebbene la lettera legislativa sia categorica sul punto – «il consenso è prestato» –, nel caso di minorenni, possono avanzarsi dei dubbi in base ad una più articolata ricostruzione del potere di rappresentanza del genitore<sup>27</sup>.

Se il minore è **persona offesa** o **soggetto estraneo** al processo non può escludersi che esso sia capace di prestare un consenso anche contrariamente alla volontà espressa dal rappresentante legale: sembra infatti discutibile che un soggetto di diritto debba subire una manomissione del proprio corpo per la semplice volontà dei suoi rappresentati legali o che costoro possano vietargli l'esercizio di un diritto personalissimo. La giurisprudenza della Corte di Cassazione, anche da ultimo<sup>28</sup>, fa però riferimento al consenso degli esercenti la responsabilità genitoriale, senza sviluppare una particolare motivazione sul punto.

L'opinione tradizionale, fatta propria anche dalla disposizione di attuazione, è frutto della commistione concettuale tra i profili patrimoniali e personali della rappresentanza, con specifico riguardo all'art. 2 C.c. ed alle altre disposizioni civilistiche derivate<sup>29</sup> ed è ben espressa nelle parole di un illustre Autore<sup>30</sup>: «l'idea di capacità legale di agire è divenuta fonte di equivoci, perché dotata di un'estensione – a tutta l'attività giuridica, a tutti gli atti negoziali o di autonomia – che non corrisponde più alla realtà del diritto applicato né alla sua necessità. La capacità legale può sopravvivere se ritorna alle sue origini. Domat riferiva la qualità naturale della capacità esclusivamente alle obbligazioni e successioni, solo oggetto del diritto civile; il diritto privato dell'ultimo secolo ha conquistato territori impensati fuori del campo patrimoniale; la capacità legale se ne è impadronita come una milizia al seguito. Se le esigenze di certezza del terreno patrimoniale

---

<sup>27</sup> Sia permesso di rimandare a Mastrangelo-Sellaroli, *Trattamento medico e lesioni dell'integrità fisica del minore - Autodeterminazione, tutela, responsabilità dei genitori, dei professionisti sociosanitari e delle forze dell'ordine*, Bologna, Maggioli, 2014; sull'argomento, inoltre, in una prospettiva in parte differente Piccinni, *Il consenso al trattamento medico del minore*, CEDAM, 2007.

<sup>28</sup> Sez. 3, n. 49778 del 18/05/2018 - dep. 31/10/2018, V, Rv. 27396401 in motivazione: «il consenso del soggetto interessato (dei genitori esercenti la potestà, in caso di minori)»

<sup>29</sup> Le difficoltà tecniche che emergono dall'utilizzo delle categorie civilistiche tradizionali nell'intento di far emergere la soggettività del minore, sono ben espresse da Giardina, *La Maturità del minore nel diritto civile*, Nuova. Giur. civ. Comm., 2004, 95 ss.

Propendono per un affrancamento dalle categorie patrimoniali, seppur con diverse sfumature Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, E.S.I., 2007, 232; Moro, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, Zanichelli, 2008, 54; La Forgia, *Il consenso informato del minore "maturo" agli atti medico-chirurgici: una difficile scelta d'equilibrio tra l'auto e l'etero-determinazione*, *Fam. Dir.*, 4/2004, 413, ma precedentemente si veda già Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. ma 1949, 637. *Contra*, Iadecola, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998, 59, il quale ritiene applicabile l'art. 2 c.c. anche al di fuori degli atti a contenuto patrimoniale e Ruscello, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a «supernorme»*, commento a Trib. Min. Milano, Decreto 15 febbraio 2010, in *Famiglia e Diritto*, n. 4, 2011, 717 ss.

<sup>30</sup> Zatti, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, Giuffrè, 2009, 124

valgono ancora [...] la capacità legale, che le soddisfa, va ridotta nell'ambito in cui quelle esigenze vigono. Dunque, capacità di atti di disposizione patrimoniale: questo è l'unico senso della maggiore età legale».

Si può però sostenere, con una valutazione caso per caso, che tenga conto anche dell'età e delle condizioni personali del minore, che egli, pur in dissenso rispetto ai propri genitori, possa prestare un valido consenso.

Le formazioni sociali, e tra esse la famiglia, vengono riconosciute a livello costituzionale nella misura in cui consentano e favoriscano il libero sviluppo della persona<sup>31</sup> e sussiste, in capo ai figli, seppur minori d'età, quella che in dottrina è stata definita "libertà di formarsi una coscienza", di cui l'ordinamento reca traccia in alcune previsioni sull'istruzione<sup>32</sup> per cui, «progressivamente all'evolversi del processo di maturazione la discrezionalità di scelta del genitore dovrà essere limitata sempre più rispetto alla formulazione di scelte ed aspirazioni concrete da parte del figlio»<sup>33</sup> e di ciò vi è conferma proprio nell'art. 147 c.c. «che sta ad indicare che il potere discrezionale dei genitori sui figli va progressivamente riducendosi in rapporto al progressivo accrescersi dell'autonomia e del peso della volontà del minore»<sup>34</sup>. Ancora, il minore<sup>35</sup> ha diritto ad opporre la propria volontà a quella dei genitori, rifiutando un accertamento o un atto medico da quelli assentiti, come rilevato anche a commento della norma citata<sup>36</sup>.

Sebbene la finalità dell'atto medico non sia propriamente di diagnosi e cura, esso comporta comunque una manomissione della corporeità, ed appare quindi possibile richiamare sia l'art. 32 che l'art. 13 della Costituzione quali parametri di riferimento, traendo spunto dalle indicazioni della sentenza n. 238 del 9.7.1996. Nel caso del trattamento sanitario obbligatorio, anche in passato la giurisprudenza ha assunto posizioni divergenti circa l'efficacia del consenso prestato dall'esercente

---

<sup>31</sup> Di Cosimo, sub. art. 2, in Bartole-Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 2008.

<sup>32</sup> Libertà di coscienza degli alunni, libera scelta dell'ora di religione, che diventa personale dal quattordicesimo anno d'età ex artt. 2 e 310 del T. U. sull'istruzione, d.lgs. 297/1994, divieto di insegnamenti religiosi "diffusi", ex art. 9, L. 449/1984 -, nonché nella tutela dei minori nella disciplina radiotelevisiva - art. 4, c. 1, T. U. della radiotelevisione, D.lgs. 177/2005 - e nelle fonti internazionali (Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, resa esecutiva in Italia con la L. 176/1991, che riconosce al minore sia il diritto alla libertà di coscienza che di religione).

<sup>33</sup> Piccinni, *Il consenso al trattamento medico del minore*, cit., 158. Sulle ragioni giustificatrici delle autorità private si veda Bianca, *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977.

<sup>34</sup> C. Cost., 6.10.1988, n. 957, in *Giur. it.*, 1989, coll. 1.

<sup>35</sup> Anche qui con valutazione caso per caso.

<sup>36</sup> Prota, sub art. 72 disp. Att., in *Codice di Procedura Penale Commentato*, V ed., 2017, Wolters Kluwer

l'allora potestà genitoriale<sup>37</sup>, sino a riconoscere, più recentemente, un distinto spazio alla volontà del paziente minore<sup>38</sup>. Questa evoluzione giurisprudenziale<sup>39</sup>, non disgiunta da una più chiara distinzione dei piani da parte della dottrina<sup>40</sup>, impone una specifica valutazione, caso per caso, senza che la norma delle disposizioni di attuazione possa ritenersi risolutiva. Del resto anche la legislazione più recente, meno influenzata da retaggi romanistici, valorizza il consenso del minore. L'art. 19, D.Lgs. 25/2008 di attuazione della Direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, che, sotto la rubrica "Minori stranieri non accompagnati", prevede che «se sussistono dubbi in ordine all'età, il minore non accompagnato può, in ogni fase della procedura, essere sottoposto, previo consenso del minore stesso o del suo legale rappresentante, ad accertamenti medico-sanitari non invasivi al fine di accertarne l'età».

Se il **minore è imputato**, le conclusioni sono le stesse, ma grazie ad un argomento ulteriore. Le garanzie ed i diritti a lui riconosciuti nel processo a suo carico dal D.P.R. 448/1988 sembrano francamente incompatibili con un ritorno, quale quello implicito nella disposizione di attuazione, ad una posizione di minorità anche processuale.

L'ultimo inciso del comma primo dell'art. 72 bis riconosce ai genitori la possibilità di **presenziare all'accertamento**. In tal caso l'obbligo contenutistico di cui alla lettera d. dell'art. 224 bis – «l'avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore o da persona di fiducia» – assume un significato assai più chiaro.

---

<sup>37</sup> Pretura Milano, dec. 7.1.1983 e Pretura Milano, dec. 18.9.1982, entrambe in *Foro It.*, 1984, I, 3066, con nota di Sinisi, *Sul consenso al trattamento sanitario del minore*. Da ultimo, seppure *obiter*, ritiene che valga la regola della rappresentanza dei genitori in materia di TSO, T. O. Catania, dec. 17.3.2004, *Dir. Fam. pers.*, 2004, 455. Uguali contrasti in giurisprudenza, prima della legge attuale sui trattamenti sanitari, sul tema del ricovero del minore in ospedale psichiatrico: T. M. Firenze, dec. 29.5.1968 e T. M. Bari, dec. 7.7.1977, *Foro It.*, 1977, I, 2567.

<sup>38</sup> Sullo specifico tema del T.S.O. sui minorenni T. M. Milano, dec. 30.3.2010, *Dir. Fam. pers.*, n. 3/2010, 1292 ss; *Fam. Dir.*, 4/2011, con commento di Ruscello, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernorme"*, 401 ss. T.M. Milano, dec. 21.1.2011, *Fam. min.*, 3/2011, con commento di Bilotta, *Il rappresentante legale non può imporre la sua volontà sulla salute del ragazzo*, 63 ss

<sup>39</sup> La giurisprudenza minorile, chiamata a verificare l'adeguatezza dell'esercizio dell'allora potestà genitoriale in casi nei quali uno o entrambi i genitori si opponevano alla somministrazione di determinate cure che, seppure invasive, erano ritenute scientificamente appropriate, ha dato rilievo alla capacità di autodeterminazione del minore. T.M. Brescia, decr. 28.12.1998, App. Brescia, decr. 13.2.1999 e T.M. Brescia, decr. 22.5.1999, tutti in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 204, hanno affrontato il caso di una minore che rifiutava di riprendere il ciclo di chemioterapia: di fronte al suo rifiuto si è ritenuto di non poter coartare la sua volontà

<sup>40</sup> Nannipieri, *Il consenso ai trattamenti sanitari sui minori: il difficile e dinamico equilibrio tra potestà e autodeterminazione*, in *Minorigiustizia*, 2/2009, afferma che «La nozione di trattamento sanitario obbligatorio, così come quella di libertà personale, si ricollegano, infatti, non ad una capacità formale ed astratta, ma alla sostanziale e naturale idoneità della persona di manifestare la propria consapevole e cosciente volontà, nel perseguimento delle proprie soggettive aspirazioni».

Il comma secondo dell'art. 72 bis si occupa delle situazioni patologiche della rappresentanza, quindi **l'assenza o impedimento** degli esercenti la responsabilità genitoriale ed il **conflitto d'interessi**, prevedendo la nomina di un curatore speciale.

Riguardo le prime ipotesi, il riferimento è all'art. 317 C.c. secondo il quale «nel caso di lontananza, di incapacità o di altro impedimento che renda impossibile ad uno dei genitori l'esercizio della responsabilità genitoriale, questa è esercitata in modo esclusivo dall'altro». Se si pone mente al numero di minori non accompagnati che giungono in Italia, anche a causa del fenomeno migratorio e dei reati che spesso lo accompagnano, l'evenienza che costoro siano sprovvisti di un esercente la responsabilità genitoriale, o che sia del tutto incerta la identità di chi si qualifichi genitore, l'ipotesi dell'assenza e della lontananza<sup>41</sup> assume un concreto interesse e, nei casi di **dubbio sulla minore** età del soggetto da sottoporre ad accertamento<sup>42</sup>, la nomina del curatore speciale sembra la strada da preferire. L'art. 8, DPR 22.9.1988, n. 448, che disciplina il processo penale a carico di imputati minorenni, rubricato "accertamento dell'età del minorenne", prevede che in caso di incertezza sulla minore età il giudice dispone, anche d'ufficio, una perizia e qualora «anche dopo la perizia, permangano dubbi sulla minore età, questa è presunta ad ogni effetto di legge». Questa presunzione, frutto del noto principio del *favor minoris*, si ricava anche dall'art. 4, co. 2, D.Lgs. 4.3.2014, n. 24 ed è ribadito dalla circolare 9.7.2007, prot. 17272/7, del Ministero degli Interni. Anche l'art. 90 c.p.p., nel regolare i diritti e le facoltà della persona offesa, al comma 2 bis, pone un'esplicita ipotesi di presunzione di minore età per i casi dubbi. Anche le ipotesi di impedimento possono avere numerose ricadute pratiche. Nella disciplina del codice civile, alla quale pur deve far riferimento l'interprete nella lettura dell'art. 72 bis, la formula «altro impedimento» è una classica clausola generale, utilizzata dal legislatore ogniqualvolta sia impossibile predeterminare il contenuto di una disposizione, che deve quindi essere riempita dall'interprete. Vi rientreranno, a titolo di esempio, la malattia, la lunga assenza per viaggi, la

---

<sup>41</sup> La lontananza non deve confondersi con la scomparsa e l'assenza in senso: le ultime due richiedono anche la mancanza di notizie sull'esistenza e sulla dimora, mentre per la lontananza è sufficiente il semplice fatto che uno dei genitori non si trovi nel domicilio familiare tecnico. Si veda Ferri, *Potestà dei genitori*, in Galgano (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 1988, Bologna-Roma, 41; in senso analogo Stanzione, sub art. 317, in Perlingieri (a cura di), *Codice Civile annotato*, Torino, UTET, 1980.

<sup>42</sup> In genere l'accertamento dell'età viene effettuato attraverso la valutazione della maturazione ossea del polso e della mano, che comporta un margine di errore di  $\pm 2$  anni (c.d. variabilità biologica). Il metodo di Greulich-Pyle largamente utilizzato nella prassi è tarato su referti di adolescenti anglosassoni della metà del secolo scorso e, pertanto, non è attendibile per la valutazione dell'età cronologica dei giovani migranti provenienti da Asia e Africa.

latitanza, l'emigrazione, «qualsiasi causa, estrinseca o intrinseca alla persona, che le impedisca l'esercizio della potestà»<sup>43</sup>. L'impedimento rileva sia se permanente sia se temporaneo<sup>44</sup>.

La situazione più problematica, anche per le ricadute pratiche circa l'esecuzione dell'ordinanza, è quella del **conflitto d'interessi** tra i genitori ed il figlio, ad esempio quando uno dei due sia indagato per un reato commesso in danno del figlio o entrambi per alterazione di stato c.d. ideologica – art. 567, c. 2, C.p. –. La necessità di poteri sostitutivi per sollevare il rappresentante legale dal *munus* qualora in conflitto di interessi esprime una necessità immanente nel sistema come risulta, ad esempio, dagli articoli 320 e 321 C.c.

Non è da escludersi l'ipotesi che il curatore speciale neghi il consenso, anche sul rilievo che l'accertamento richiesto possa pregiudicare il benessere del minore<sup>45</sup> ed in tali casi occorre procedere alla nomina di un diverso curatore speciale. Quello nominato ai sensi dell'art. 72 bis, infatti, esaurisce la sua funzione nel compimento delle attività indicate dalla norma, come risulta dall'inciso contenuto nel comma secondo «ai fini del comma 1». Per consentire al minore, sia esso estraneo al processo o persona offesa, di esercitare i poteri riconosciuti dall'ordinamento, nel caso specifico quelli di “vicinanza affettiva” di cui all'art. 72 bis d.att.C.p.p. e di assistenza anche difensiva di cui all'art. 224 bis, c. 2, lettera d., C.p.p., il P.M. dovrà chiedere al G.i.p. la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 338 C.p.p. che, sebbene si riferisca allo specifico caso del curatore speciale per la querela, ha una *ratio* estensibile anche all'ipotesi appena esposta. Anche in tal caso la nomina ulteriore sviluppa un principio già presente nell'ordinamento: secondo l'art. 90, comma 2, c.p.p. la persona offesa minorenni esercita i poteri a lei riconosciuti dall'ordinamento «a mezzo dei soggetti indicati negli articoli 120 e 121 del codice penale», tra i quali il curatore speciale nei casi di conflitto d'interesse<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Stanzione, *op. loc. ult. cit.*

<sup>44</sup> Stanzione, *op. loc. ult. cit.* anche per richiami giurisprudenziali.

<sup>45</sup> Procedendosi per i reati di cui agli artt. 110 e 567, c. 2, C.p., sul dissenso del curatore speciale nominato, il Tribunale di Salerno, ordinanza del 7.2.2019, inedita, osserva: «L'accertamento dei fatti richiesto dal P.M. è funzionale all'esercizio dell'azione penale la quale non può trovare argine nei, pur possibili, effetti sulla minore e ciò per due ordini di ragioni. Anzitutto quando il Legislatore intenda contemperare il perseguimento dei reati con la considerazione di altri interessi costituzionalmente rilevanti, ha cura di farlo esplicitamente, come avviene, per restare in tema di diritto di famiglia, con la condizione obiettiva di punibilità – ad esempio il pubblico scandalo dell'incesto –, al fine di delimitare l'area del penalmente rilevante. In secondo luogo la condotta dei genitori della minore, nonché del preteso padre naturale, non possono pretermettere il diritto della bambina ad un dato di verità, quello delle sue origini, parimenti tutelato dalla Costituzione e delle Convenzioni internazionali»

<sup>46</sup> In generale sulla rappresentanza del minore nel processo penale sia permesso rinviare a Mastrangelo, *Il curatore speciale, la difesa tecnica e la costituzione di parte civile nei procedimenti penali per reati sessuali a danno di minorenni*, in *Cass. Pen.*, n. 3, anno 2013, 1650-11671, dove sono esposti anche casi concreti e sono analizzati i casi di limitazione della responsabilità genitoriale, collocamento in comunità, adozione.

Nonostante l'emissione dell'ordinanza e pur con la nomina di un curatore speciale che fornisca assistenza psicologica al minore, l'esecuzione dell'accertamento può imboccare un vicolo cieco qualora i genitori, influenzando il minore, ne condizionino la partecipazione, o non conducendolo al luogo indicato per le operazioni peritali oppure istigandolo ad opporsi fisicamente al prelievo. L'ordinanza, se essi rivestono la qualifica di imputati, va loro notificata almeno tre giorni prima di quello stabilito per le operazioni peritali in base al comma 3 dell'art. 224 bis. Seppur sia possibile l'accompagnamento coattivo del minore e l'esecuzione dell'accertamento vincendone la volontà, queste modalità si presentano assai problematiche.

Il comma terzo dell'art. 72 bis fa rinvio agli articoli 224 bis e 359 bis «in quanto applicabili» e su questa forma di rinvio è possibile riflettere per superare eventuali difficoltà. Se i genitori non rivestono la qualità di indagati o imputati, sembra possibile escluderne la presenza in base all'art. 72 bis ed all'art. 224 C.p.p. siccome il primo prevede la loro presenza solo come possibile ed il secondo riconosce al giudice il potere di adottare «tutti gli altri provvedimenti che si rendono necessari per l'esecuzione delle operazioni peritali». Un accorgimento adottato nella pratica, quando il prelievo sia solo un tampone orale, consiste nell'effettuare l'accertamento a scuola, all'insaputa degli esercenti la responsabilità genitoriale. Qualora siano imputati pur è possibile escluderli dalla partecipazione alle operazioni peritali in base all'articolo 72 bis, nonché agli articoli 229 e 230 C.p.p. che prevedono la sola presenza dei consulenti tecnici e dei difensori<sup>47</sup> alle operazioni peritali, ma non quella dell'imputato.

Il contegno dei genitori, come quello del soggetto sottoposto all'accertamento e che lo rifiuti, può, inoltre, essere valutato a fini probatori. La Corte di Cassazione, con orientamento stabile<sup>48</sup> e riferito alla disciplina antecedente alla L. 85/2009, ritiene che dal rifiuto all'accertamento possano trarsi elementi di prova valutabili a fini di ricostruzione del fatto «quando non siano state prospettate allo scopo modalità invasive o comunque lesive dell'integrità e della libertà personale»<sup>49</sup> ed esso non sia «motivato con giustificazioni esplicite e fondate»<sup>50</sup>. La dottrina, a seguito della

---

<sup>47</sup> A pena di nullità e purché abbiano chiesto espressamente di presenziare; cfr. Sez. 3, Sentenza n. 52604 del 04/10/2017 Ud. (dep. 17/11/2017 ) Rv. 271458 – 01.

<sup>48</sup> Sez. 1, Sentenza n. 37108 del 20/09/2002 Ud. (dep. 05/11/2002 ) Rv. 222527 – 01; Sez. 2, n. 44624 del 08/07/2004 - dep. 17/11/2004, Alcamo ed altri, Rv. 23024501. Gli stessi principi della giurisprudenza citata sono stati da ultimo utilizzati da Sez. 2 - , Sentenza n. 41770 del 11/07/2018 Ud. (dep. 26/09/2018 ) Rv. 274238 – 01 per il rifiuto ingiustificato opposto dall'imputato all'espletamento dei rilievi fotografici necessari per lo svolgimento della perizia antropometrica.

<sup>49</sup> Sez. 2, n. 44624 del 08/07/2004 - dep. 17/11/2004, Alcamo ed altri, Rv. 23024501

<sup>50</sup> Sez. 2, n. 44624 del 08/07/2004 - dep. 17/11/2004, Alcamo ed altri, Rv. 23024501.

novella, ritiene che tale orientamento sia di fatto superato poiché la possibilità di coazione esclude la ricorrenza dei problemi affrontati in passato dalla giurisprudenza<sup>51</sup> e il rifiuto, ad ogni modo, potrebbe essere opposto per i motivi più vari. In realtà, qualora il soggetto passivo sia un minore o un incapace, i problemi rimangono attuali giacché più difficile è l'equilibrio da ricercare tra i diritti del soggetto e l'accertamento dei fatti. Non sembra azzardato sostenere che, qualora due genitori inducano il figlio minore ad opporsi ad un accertamento per un reato che li vede imputati<sup>52</sup>, il giudice possa preferire trarre un elemento di prova dal loro contegno piuttosto che agire *in corpore vili*.

---

<sup>51</sup> Conti, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, cit., 997.

<sup>52</sup> Purtroppo la nomina del curatore e l'avviso sul potere di coazione non sottraggono la fonte di prova alle suggestioni affettive ed alle manipolazioni dei genitori.

PAOLO BRUNO

## **Abolizione dell'*exequatur* e armonizzazione minima del procedimento di esecuzione nella revisione del Regolamento Bruxelles II-bis**

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Attuale assetto del Reg. (CE) n. 2201/2003 in materia di riconoscimento ed esecuzione. - 3. In particolare, la distinzione tra decisioni privilegiate, da un lato, e tutte le altre decisioni, dall'altro. - 4. Il doppio binario nel Reg. (UE) n. 1111/2019. - 5. Le regole di procedura: sospensione e rifiuto di esecuzione. - 6. Riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti cautelari e degli accordi stragiudiziali. - 7. Conclusioni

### **1. Introduzione.**

Con la presentazione di una proposta<sup>1</sup> di rifusione del Reg. (CE) n.2201/2003 (c.d. Bruxelles II-bis) da parte della Commissione europea in data 30.06.2016 è iniziato il lungo processo negoziale che ha portato tre anni più tardi all'adozione del Reg. (UE) n.1111/2019<sup>2</sup>, applicabile a far data dal 1 agosto 2022 in tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, con l'eccezione della Danimarca.

Il negoziato, articolatosi in oltre 40 sessioni di lavoro nell'arco di ben 6 Presidenze di turno del Consiglio dell'UE, si è dimostrato particolarmente difficoltoso sin dal principio, non solo per la complessità e sensibilità della materia trattata ma anche per la presenza attorno al tavolo di Stati membri che non avevano partecipato alla elaborazione dello strumento attualmente vigente e che – per effetto delle condizioni a cui la loro adesione successiva all'Unione era stata sottoposta, tra cui l'accettazione dell'*acquis* in tema di diritto di famiglia transnazionale – avevano in tale frangente la prima occasione per presentare la loro opinione su temi spinosi come la circolazione delle decisioni e degli accordi extragiudiziali, l'ascolto del minore, il collocamento transfrontaliero del medesimo, etc.

È dunque appena il caso di rilevare che proprio sul terreno della fiducia reciproca, ed in particolare dell'abolizione dell'*exequatur*, si sono consumati gli scontri più accesi tra opposte

---

<sup>1</sup> COM(2016) 411 final

<sup>2</sup> Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio del 25.06.2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione), pubblicato in GUUE, L 178, del 2.7.2019

visioni della cooperazione in materia civile, a loro volta corrispondenti a modi diversi di interpretare il ruolo dell'autorità giudiziaria nel contenzioso familiare.

All'esito di questo travagliato percorso il Consiglio dell'UE ha consegnato agli utenti finali un testo normativo che, dal punto di vista della struttura, risulta ora più "pesante"<sup>3</sup> ma forse più razionale, con un nuovo titolo ed una articolazione interna meglio rispondente alle richieste di chiarezza che erano giunte dagli operatori pratici.

In particolare, per quanto attiene alla parte consacrata al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni, il nuovo regolamento abbandona l'attuale struttura del Capo III, costituita da sei Sezioni (riconoscimento; istanza di esecutività; disposizioni comuni; decisioni privilegiate; atti pubblici ed accordi; altre disposizioni) per passare ad un Capo IV costituito da cinque Sezioni (disposizioni generali; decisioni privilegiate; disposizioni comuni sull'esecuzione; atti pubblici e accordi; altre disposizioni) e complessive dieci sotto-sezioni.

Va tuttavia segnalato che la "lievitazione" delle sezioni è in parte da attribuirsi ad una scelta politica del Consiglio che, sollecitato da un certo numero di delegazioni, ha ritenuto preferibile abbandonare la tecnica dei c.d. rinvii incrociati tra norme, preferendone la duplicazione laddove necessario in funzione della tipologia di decisioni a cui si riferiscono (cfr. ad es. gli artt.36 e 47 sul certificato relativo alle decisioni generali e privilegiate, oppure gli artt.35 e 46 relativi ai documenti da produrre per l'esecuzione, e così via).

Il regime complessivamente risultante dalla rifusione del Reg. Bruxelles II-*bis* – nella parte relativa al riconoscimento ed all'esecuzione – riflette la scelta politica di proseguire sulla strada tracciata dalle Conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere del 1999<sup>4</sup>, che aveva approvato il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie "quale fondamento per la creazione di un autentico spazio giudiziario", e recepisce alcune soluzioni rinvenute dalla Corte di Giustizia agli inconvenienti che la sua pratica applicazione aveva evidenziato.

Due sono stati i passaggi politici rilevanti: il dibattito tra Ministri durante il Consiglio di dicembre 2017 e quello del Consiglio di giugno 2018, che ha preceduto la formale approvazione dell'orientamento generale al Consiglio di dicembre 2018.

---

<sup>3</sup> Si passa infatti da un Regolamento con 33 considerando e 72 articoli ad un nuovo testo che conta ben 98 considerando e 105 articoli.

<sup>4</sup> Rinvenibili al seguente link: [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_it.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm)

All'esito di tali dibattiti politici è stata salvaguardata la struttura a "doppio binario" dell'attuale regolamento, costituita da una circolazione più semplice delle decisioni in tema di diritto di visita e di ritorno del minore sottratto, ed in più si è deciso di abolire l'*exequatur* per tutte le altre decisioni in materia di responsabilità genitoriale, sebbene tale balzo in avanti sia stato bilanciato dalla previsione di opportune salvaguardie.

La presenza di norme di nuovo conio, relative alla possibilità di sollevare motivi nazionali di opposizione all'esecuzione, completa infine il panorama delle modifiche che si andranno ora ad analizzare più nel dettaglio.

## **2. Attuale assetto del Reg. (CE) n.2201/2003 in materia di riconoscimento ed esecuzione.**

Il processo di riconoscimento ed esecuzione di una decisione è il mezzo con cui la decisione acquisisce valore giuridico in un paese diverso da quello che l'ha emanata; riconoscere una decisione emanata all'estero significa dunque (dapprima e necessariamente) accettarne il valore giuridico, e darle esecuzione significa dare effetto al suo contenuto.

L'obiettivo alla base del Reg. Bruxelles II-*bis* è prevedere norme efficaci per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di diritto di famiglia al fine di rendere il processo più semplice. Così, l'autorità giurisdizionale che riconosce una decisione ai sensi del Reg. Bruxelles II-*bis* deve presumere che il giudice di origine sia competente in conformità al regolamento.

Il Regolamento incoraggia il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia di diritto di famiglia, rendendo il processo il più semplice e utile possibile, affinché le famiglie non debbano adire più volte le vie legali per garantire i diritti di ciascuno.

Per quanto attiene al **riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale**, in via di principio non è necessario il ricorso ad alcun procedimento perché una decisione pronunciata in uno Stato membro dell'Unione europea sia riconosciuta in un altro Stato membro.

In particolare, se non viene proposta o non è più possibile proporre impugnazione contro la decisione nello Stato membro d'origine, non è necessario alcun procedimento per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di uno Stato membro a seguito di una decisione di divorzio.

Questo aspetto è importante perché, nella pratica, significa che, se una persona desidera sposarne un'altra dopo un divorzio, per attestare lo stato civile della persona divorziata e, pertanto, libera di contrarre matrimonio, dovrebbe essere sufficiente produrre la decisione stessa alle autorità competenti dello Stato membro in cui sarà celebrato il nuovo matrimonio.

I **motivi di diniego del riconoscimento** sono limitati all'eventuale manifesta contrarietà all'ordine pubblico dello Stato membro dell'esecuzione; alla contumacia del convenuto, se la domanda giudiziale o un atto equivalente non gli è stato notificato o comunicato in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che il convenuto abbia accettato inequivocabilmente la decisione; alla incompatibilità della decisione con altra resa in un procedimento tra le medesime parti nello Stato membro richiesto; alla incompatibilità della decisione con altra resa in un procedimento tra le medesime parti in un altro Stato che possa essere riconosciuta nello Stato membro richiesto.

Vi sono inoltre delle **restrizioni concernenti il riesame** da parte dell'autorità giurisdizionale richiesta.

In particolare, l'autorità giurisdizionale alla quale è richiesto il riconoscimento non può: procedere al riesame della competenza giurisdizionale del giudice dello Stato membro d'origine che ha pronunciato la decisione; applicare il criterio dell'ordine pubblico alle norme sulla competenza di cui agli articoli da 3 a 7 del regolamento; negare il riconoscimento di una decisione perché la legge dello Stato membro richiesto non prevede per i medesimi fatti una decisione in materia matrimoniale; in nessun caso procedere al riesame del merito della decisione.

Gli **atti pubblici** formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro nonché gli **accordi** conclusi e aventi efficacia esecutiva nello Stato membro d'origine sono riconosciuti ed eseguiti in un altro Stato membro alle stesse condizioni previste per le decisioni. Non è infine richiesta alcuna formalità per la legalizzazione dei documenti relativi al riconoscimento o all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale, comprese le sentenze e i certificati.

Per quanto invece riguarda il **riconoscimento delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale**, può dirsi in via generale che a norma del Reg. (CE) n. 2201/2003 vige una presunzione di riconoscibilità della decisione che viceversa può essere dichiarata non riconoscibile unicamente sulla base di motivi tipici, e rilevabili d'ufficio, indicati nell'art. 23; ogni parte interessata può inoltre chiedere che una decisione in materia di responsabilità genitoriale, emanata da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, sia o non sia riconosciuta e dichiarata **esecutiva** in un altro Stato membro (*exequatur*) salve le eccezioni di cui oltre.

Per quanto concerne il riconoscimento, dunque, le sentenze emesse in uno Stato membro sono automaticamente riconosciute in attuazione del principio di fiducia reciproca tra gli ordinamenti dei Paesi che aderiscono all'Unione Europea.

Per quanto invece attiene alla **esecutività**, che è concetto evidentemente riferito alle sole decisioni in materia di responsabilità genitoriale<sup>5</sup>, il Regolamento Bruxelles II-*bis* prevede che ogni parte interessata possa far dichiarare che una decisione emanata da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, deve essere o non può essere dichiarata esecutiva in un altro Stato membro. La procedura volta a dichiarare esecutiva una decisione pronunciata all'estero è anche detta *exequatur*, e consiste nella predisposizione di una sorta di "lasciapassare" grazie al quale il provvedimento del giudice straniero può liberamente circolare nel territorio dell'Unione e godere dello stesso trattamento che sarebbe riservato ad analoga decisione emessa dal giudice dello Stato membro di esecuzione.

L'istanza per la dichiarazione di esecutività deve essere proposta al giudice competente dello Stato membro nel quale si chiede l'esecuzione della decisione. Le autorità giurisdizionali designate dagli Stati membri a tal fine figurano nell'elenco allegato al Regolamento.

Ricevuta l'istanza, il giudice deve dichiarare, senza indugio, che la decisione è esecutiva in tale Stato membro ed in questa fase né la parte contro la quale l'esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare osservazioni al giudice.

Ciascuna delle parti può proporre opposizione contro la decisione, e l'opposizione è proposta davanti alle autorità giurisdizionali designate dagli Stati membri a tal fine, che figurano in altro allegato al Regolamento. In questa fase, entrambe le parti possono invece presentare osservazioni al giudice.

Quanto ai **motivi di diniego dell'esecutività** di una decisione relativa alla responsabilità genitoriale, deve osservarsi che l'autorità giurisdizionale può rifiutarsi di dichiarare esecutiva la decisione soltanto: in caso di manifesta contrarietà all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto; se, fatta eccezione per i casi d'urgenza, il minore non ha avuto la possibilità di essere ascoltato nel procedimento che ha condotto alla decisione; se la decisione è stata resa in assenza di una parte alla quale non era stata notificata o comunicata la domanda giudiziale in tempo utile e in modo tale da permetterle di presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che tale parte abbia accettato inequivocabilmente la decisione; se la parte che ritiene che la decisione sia lesiva della propria responsabilità genitoriale non ha avuto la possibilità di essere ascoltata; se la decisione è incompatibile con un'altra decisione alle condizioni di cui all'articolo 23, lettere e) ed f); se,

---

<sup>5</sup> Le decisioni in materia di separazione e divorzio non necessitano di essere eseguite, producendo automaticamente effetti sullo status.

infine, la causa riguarda il collocamento del minore in un altro Stato membro e la procedura prevista dall'articolo 56 non è stata rispettata.

A tale ultimo regime sono sottratte due tipologie di decisione, delle quali si tratterà nel paragrafo successivo, individuate dal legislatore come meritevoli di una circolazione più semplificata in ragione delle particolari situazioni di fatto nell'ambito delle quali esse sono rese.

### **3. In particolare, la distinzione tra decisioni privilegiate, da un lato, e tutte le altre decisioni, dall'altro.**

Come si è anticipato, il Reg. Bruxelles II-*bis* adotta da un lato l'approccio "tradizionale" fatto proprio dal regolamento Bruxelles I, per cui il riconoscimento delle decisioni è automatico e la loro esecuzione assoggettata ad un agile procedimento di *exequatur*; dall'altro, riconosce ad **alcune decisioni** l'efficacia di titolo esecutivo europeo, la cui attuazione non richiede la previa concessione di un *exequatur*. In questi casi, il giudice dello Stato di esecuzione non può che constatare l'efficacia esecutiva di una decisione certificata ai sensi del regolamento dal giudice dello Stato di origine del minore.

Si tratta, in effetti, di una delle principali innovazioni del Reg. Bruxelles II-*bis* rispetto al precedente Reg. (CE) n. 1347/2000, originata dalla consapevolezza che tali decisioni richiedono, di norma, un'attuazione rapida, incompatibile con i tempi (e i meccanismi) del procedimento di *exequatur*.

In tema di esecuzione, occorre dunque differenziare le decisioni in materia di diritto di visita e di ritorno del minore — da una parte — e le restanti decisioni in materia genitoriale, dall'altro.

L'unico limite a tale esecuzione diretta è previsto dall'art. 47, per l'ipotesi in cui la decisione "certificata" sia incompatibile con un'altra decisione esecutiva emessa posteriormente (dal giudice d'origine e non da quello dello Stato dell'esecuzione) così confermando ancora una volta che il regolamento mira ad escludere conflitti di decisioni tra Stati membri diversi in questa materia.

La Corte di giustizia ha altresì chiarito che l'esecuzione nello Stato non può essere negata adducendo un **mutamento delle circostanze**, sopravvenuto dopo la sua emanazione: un simile mutamento, infatti, dovrebbe essere dedotto dinanzi al giudice dello Stato d'origine, con un'eventuale istanza di sospensione dell'esecuzione della sua decisione<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Corte di Giustizia dell'UE, sez. III, 1.07.2010, *Doris Povse contro Maurizio Alpagò*, C-211/10 PPU

La Corte ha escluso pure che il giudice dello Stato di esecuzione possa opporsi all'esecuzione di una decisione certificata sul ritorno di un minore, adducendo che il giudice d'origine avrebbe violato l'art. 42 del regolamento, con grave violazione dei diritti fondamentali (nella specie, per il mancato ascolto del minore<sup>7</sup>). I giudici europei, in effetti, non hanno negato che una simile violazione possa essere accertata, ma hanno riservato tale esame alle corti dello Stato d'origine, precisando che l'art. 42, n. 2, comma 1, non autorizza affatto il giudice dello Stato membro dell'esecuzione ad esercitare un controllo sulle condizioni, ivi enunciate, di rilascio del certificato emesso dal giudice d'origine, per non compromettere l'effetto utile del sistema istituito dal regolamento.

Escludendo qualsiasi opposizione avverso la decisione "certificata", d'altro canto, si assicura che l'efficacia delle disposizioni del regolamento non sia vanificata da abusi procedurali.

Le decisioni esecutive in materia di **diritto di visita** e di **ritorno del minore** nel contesto del c.d. meccanismo della prevalenza (*overriding mechanism*) di cui all'art.11(8) del Reg. Bruxelles II-bis rese in uno Stato membro sono dunque riconosciute ed eseguite in un altro Stato membro senza necessità di dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento **qualora siano certificate dal giudice che le ha emesse** attraverso il pertinente modulo allegato al regolamento: per tali motivi si suole definirle "privilegiate".

Sebbene in tali casi la decisione straniera debba essere trattata alla stregua di una decisione nazionale, ciò non impedisce ai titolari della responsabilità genitoriale, se lo desiderano, di chiedere il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione tramite la procedura di *exequatur* ai sensi delle disposizioni pertinenti del regolamento.

Con riguardo alle **altre decisioni in materia di responsabilità genitoriale**, diverse da quelle in tema di diritto di visita e ritorno del minore, sebbene valgano anche per esse i principi del divieto di riesame della competenza del giudice d'origine e di riesame nel merito (artt. 24 e 26) nondimeno per essere dichiarate esecutive occorrerà intraprendere la relativa procedura indicata negli artt. 28 e ss. ovvero una procedura (per quanto semplificata, pur sempre) di *exequatur*.

L'**istanza** per la dichiarazione di esecutività deve essere presentata, corredata dei documenti indicati nel regolamento, all'autorità giurisdizionale competente dello Stato membro in cui il riconoscimento e l'esecuzione sono richiesti, che dal punto di vista territoriale coincide con quello

---

<sup>7</sup> Corte di Giustizia dell'UE, sez. I, 22.12.2010, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga contro Simone Pelz*, C-491/10 PPU

della residenza abituale del minore o della persona contro cui la decisione è fatta valere o ancora, in mancanza, del luogo di esecuzione della misura (le autorità giurisdizionali designate dagli Stati membri a tal fine figurano nell'elenco allegato al Regolamento).

L'autorità giurisdizionale competente — se non ravvisa un motivo di non riconoscimento o non esecuzione — deve dichiarare, senza indugio, che la decisione è esecutiva in tale Stato membro, ed in questa fase né la parte contro la quale l'esecuzione viene chiesta né il minore possono presentare osservazioni al giudice.

Trattandosi infatti di un procedimento a **contraddittorio differito**, e meramente eventuale, caratterizzato da una certa sommarietà, ciascuna delle parti può proporre opposizione contro la decisione e presentare osservazioni in questa fase; se l'opposizione è proposta dalla parte richiedente, la parte contro la quale l'esecuzione viene fatta valere deve essere chiamata a comparire davanti all'autorità giurisdizionale dell'opposizione.

Avverso la decisione di opposizione possono infine esperirsi solo i mezzi di impugnazione comunicati dai singoli Stati membri, ed è sempre in facoltà del giudice richiesto dell'esecuzione concedere un'esecuzione parziale laddove la decisione abbia statuito su più capi della domanda ma solo per alcuni di essi possa essere concessa l'esecuzione.

Una decisione che concede **provvedimenti provvisori** a norma dell'articolo 20 non è invece considerata esecutiva ai sensi del Reg. Bruxelles II-*bis* al di fuori dello Stato membro nel quale è stata emanata.

#### **4. Il doppio binario nel Reg. (UE) n.1111/2019**

Innovando rispetto allo *status quo*, che – come sopra anticipato – vede le decisioni sul diritto di visita e quelle sul ritorno del minore sottratto viaggiare su una corsia privilegiata rispetto a tutte le altre, il nuovo regolamento prevede **l'abolizione dell'exequatur per tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale** che hanno efficacia esecutiva nello Stato membro in cui sono state disposte; le stesse saranno dunque eseguibili in un altro Stato membro senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività.

Le **garanzie** per l'abolizione dell'*exequatur* saranno contenute nei **motivi di diniego** del riconoscimento e dell'esecuzione, da considerarsi **tassativi** ed elencati negli artt.39 e 41.

Come nel regolamento vigente, resta prerogativa del diritto nazionale stabilire se tali motivi possono essere sollevati solo ad istanza di parte o anche d'ufficio; le nuove norme mettono tuttavia

in chiaro che le decisioni in materia di responsabilità genitoriale che già ora godono di un trattamento speciale in relazione alla circolazione transfrontaliera rimarranno comunque “privilegiate”, fatte salve opportune garanzie.

Resta dunque il c.d. doppio binario, ovvero un trattamento speciale delle decisioni certificate che concedono il diritto di visita e delle decisioni che comportano il ritorno di un minore nel quadro del cosiddetto “meccanismo della prevalenza”: decisioni che saranno corredate di un **certificato** avente effetti giuridici vincolanti, **rettificabile o revocabile** dallo Stato membro di origine nei casi in cui esso sia stato rilasciato erroneamente. La possibilità di contestare il certificato nel solo Stato membro di origine dovrebbe rafforzare i diritti della difesa e promuovere la fiducia reciproca tra Stati membri, mentre le contestazioni relative al riconoscimento e all'esecuzione nello Stato membro richiesto saranno limitate ai casi di incompatibilità, al fine di non frustrare il funzionamento del meccanismo incorrendo in una indebita revisione del merito della decisione.

Entrando nel dettaglio del nuovo regime, sono da segnalare quanto alle **decisioni c.d. generali**:

**a) in tema di riconoscimento:**

- il mantenimento del regime di riconoscimento automatico e dei documenti da produrre a tal fine, con la precisazione che rispetto all'attuale art.37 scompare nel nuovo art.31 il riferimento alla decisione contumaciale, perché nel Reg. (UE) n.1111/2019 è stato rimaneggiato l'allegato nella parte relativa alla dichiarazione di contumacia arricchendolo con nuovi dettagli;

- la modifica del motivo di diniego relativo all'omesso ascolto del minore, che viene ora legato alla mancata offerta di una possibilità di esprimere la sua opinione salvo che la materia abbia riguardato esclusivamente i suoi beni e non sia stato ritenuto necessario sentirlo in considerazione della questione oggetto del procedimento oppure perché sussistevano seri motivi in considerazione in particolare dell'urgenza del caso<sup>8</sup>;

- viene conservato il regime che limita il raggio di azione del giudice dello Stato di esecuzione, impedendogli una revisione del merito, della competenza giurisdizionale del giudice

---

<sup>8</sup> Pare qui utile osservare, come chiarisce il Considerando 57, che il diniego di riconoscimento non può essere opposto “per il solo motivo che le modalità di audizione del minore applicate dall'autorità giurisdizionale d'origine sono diverse da quelle che utilizzerebbe l'autorità giurisdizionale dello Stato membro di riconoscimento” e che le eccezioni contenute nell'art.39 si riferiscono specificamente al caso in cui “il procedimento riguardava esclusivamente i beni del minore e a condizione che la concessione di tale possibilità non fosse necessaria alla luce dell'oggetto del procedimento” mentre i c.d. “seri motivi” indicati nella stessa norma “potrebbero essere dati, ad esempio, in caso di esistenza di un pericolo imminente per l'integrità fisica e psichica o per la vita del minore, per cui ogni ulteriore ritardo potrebbe comportare il rischio che tale pericolo si concretizzi”.

dello Stato di origine, e di opporre un diniego di riconoscimento fondato sul fatto che per i medesimi fatti l'ordinamento di esecuzione non prevede il divorzio, la separazione personale o l'annullamento del matrimonio (attuali artt.24, 25, 26 e futuri artt.69, 70 e 71);

**b) in tema di esecutività:**

- scompare, quale ovvia conseguenza dell'abolizione dell'*exequatur*<sup>9</sup> per tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, l'attuale necessità di presentare una previa istanza *ad hoc* (corrente art.28 e futuro art.34) e si chiarisce che l'autorità giurisdizionale d'origine può dichiarare la decisione provvisoriamente esecutiva nonostante eventuali impugnazioni, al fine di stabilire condizioni di parità tra gli Stati membri che al riguardo conoscono regimi diversi;

- il regime documentale viene sostanzialmente conservato invariato ma l'art.35 si arricchisce di un comma dedicato all'esecuzione di una decisione che dispone provvedimenti cautelari o provvisori, il cui regime di circolazione viene innovato rispetto al testo attuale;

- vengono conservati gli attuali motivi di diniego della esecutività, ai quali tuttavia se ne affianca uno collegato all'esistenza di un "grave rischio permanente per il minore" (art.56, par.6).

Per quanto attiene alle **decisioni c.d. privilegiate** – che per la prima volta sono definite tali nella rubrica della Sezione II del Capo IV, così codificando il nome loro attribuito in dottrina – si segnala:

**a) in tema di riconoscimento:**

- l'introduzione (nuovo art.43) della possibilità di opporsi al riconoscimento per incompatibilità con una successiva decisione di cui all'art.50, laddove tale possibilità nel Reg. Bruxelles II-*bis* è ragione unicamente di opposizione alla dichiarazione di esecutività;

- introduzione della possibilità di sospendere in tutto o in parte il procedimento di riconoscimento (art.44) laddove sia stata presentata una istanza per fare dichiarare la decisione incompatibile con altra decisione di cui all'art.50 ovvero laddove la persona contro cui è chiesto il riconoscimento abbia domandato la revoca del relativo certificato;

**b) in tema di esecutività:**

- l'introduzione di una impugnazione (in senso lato) del certificato, sotto forma di possibilità di revoca e rettifica del medesimo (artt.47, par.6, e 48) laddove, per errore materiale o omissione, sussista una discrepanza tra la decisione ed il certificato, governata dalle regole processuali dello Stato membro d'origine;

---

<sup>9</sup> Cfr. anche il Considerando 58.

- la modifica del certificato relativo alla decisione di ritorno del minore nel contesto del meccanismo di prevalenza, con l'aggiunta delle informazioni relative agli eventuali provvedimenti cautelari emessi;

- la creazione di un nuovo certificato per comprovare la non esecutività di una decisione o la limitazione della esecutività (art.48);

- l'estensione, a tali decisioni, della possibilità di rifiutare l'esecuzione in caso di rischio permanente di pericoli fisici o psichici per il minore derivanti dal procedimento di esecuzione (art.56, par.6).

Nel complesso, il regime di circolazione dei provvedimenti si colloca dunque nel solco del processo di progressiva abolizione dell'*exequatur* iniziato con il formale impegno preso nelle già citate Conclusioni<sup>10</sup> del Consiglio Europeo di Tampere del 1999 e proseguito nel Programma di Stoccolma<sup>11</sup>, ma si connota per l'inserimento di una serie di garanzie che il Consiglio ha adottato su richiesta di un certo numero di Stati membri. Benché rispetto all'attuale regime delle c.d. decisioni privilegiate possa senz'altro dirsi che un qualche "arretramento" vi sia stato, va tuttavia considerato che dal 1 agosto 2022 tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale – e non solo quelle sul diritto di visita e sul ritorno del minore – beneficeranno della **completa abolizione delle procedure intermedie**, la cui utilità pratica si è rivelata largamente insoddisfacente, a tacere del fatto che detto meccanismo ha creato situazioni palesemente contraddittorie (come il fatto che nel regime del Reg. Bruxelles II-*bis* uno Stato membro è obbligato a riconoscere il diritto di visita ma può rifiutare di riconoscere il diritto di affidamento).

### **5. Le regole di procedura: sospensione e rifiuto di esecuzione.**

Nella sua Relazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo del 15 aprile 2014<sup>12</sup> la Commissione europea aveva rilevato, tra le varie difficoltà osservate nel funzionamento pratico del Reg. Bruxelles II-*bis*, che ulteriori complicazioni derivano

---

<sup>10</sup> Il cui punto 34 recitava "In materia civile, il Consiglio europeo chiede alla Commissione di presentare una proposta al fine di ridurre ulteriormente le procedure intermedie tuttora necessarie per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni o sentenze nello Stato richiesto. Inizialmente, tali procedure intermedie dovrebbero essere abolite per i titoli relativi alle cause di modesta entità in materia commerciale o relative ai consumatori e per determinate sentenze nel settore delle controversie familiari (per esempio quelle relative alle prestazioni alimentari e ai diritti di visita). Dette decisioni sarebbero automaticamente riconosciute in tutta l'Unione senza che siano necessarie procedure intermedie o che sussistano motivi per rifiutarne l'esecuzione. A ciò potrebbe accompagnarsi la definizione di norme minime su taluni aspetti del diritto di procedura civile".

<sup>11</sup> Per il testo cfr. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:IT:PDF>

<sup>12</sup> COM(2014) 225 final

dal fatto che gli Stati membri non interpretano il termine “esecuzione” in maniera uniforme, il che li ha portati ad adottare politiche disomogenee sulle decisioni in materia di responsabilità genitoriale per le quali è necessaria una dichiarazione di esecutività, ed aveva auspicato l'introduzione di norme procedurali minime comuni, in particolare per quanto concerne l'audizione del minore, quale mezzo per rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati membri e, di conseguenza, migliorare l'applicazione delle disposizioni in materia di riconoscimento ed esecutività.

Parimenti, aveva rilevato come – essendo la procedura di esecuzione disciplinata dal diritto dello Stato membro richiesto e sussistendo differenze tra i diritti nazionali – frequentemente sorgano difficoltà nell'esecuzione delle decisioni sulla responsabilità genitoriale. Alcuni sistemi nazionali, difatti, non prevedono norme specifiche per l'esecuzione delle decisioni in materia di diritto di famiglia e le parti sono obbligate a ricorrere alle procedure esistenti per le decisioni ordinarie in materia civile o commerciale, le quali non tengono conto del fatto che, nel campo della responsabilità genitoriale, il trascorrere del tempo è irreversibile.

Orbene, come si è avuto modo di anticipare, da un lato l'auspicio della Commissione è stato tradotto nella introduzione di una nuova norma “orizzontale” in tema di ascolto del minore (art.21); dall'altro, non potendosi raggiungere un consenso unanime su una armonizzazione dei procedimenti di esecuzione in materia familiare, date le considerevoli differenze procedurali tra Stati membri sul punto, il Consiglio dell'UE ha stabilito che il procedimento di esecuzione delle decisioni emesse in un altro Stato membro continui in linea di principio a essere disciplinato dal diritto dello Stato membro di esecuzione, indipendentemente dalla natura dei provvedimenti utilizzati, siano essi sanzioni pecuniarie o altri provvedimenti coercitivi.

Tuttavia è apparso di fondamentale importanza, per il rafforzamento del sistema di libera circolazione delle decisioni in questo settore, prevedere **norme minime armonizzate** sulle modalità per gestire un **mutamento significativo delle circostanze** intervenuto successivamente alla pronuncia della decisione.

Tali norme – racchiuse in una sotto-sezione autonoma della Sez. III del Capo IV – comprendono ora un certo numero di **ragioni armonizzate per sospendere o rifiutare l'esecuzione** in quanto tale nello Stato membro di esecuzione, al dichiarato scopo di assicurare che l'esecuzione possa essere rifiutata o sospesa in tutti gli Stati membri ampiamente alle stesse condizioni, aumentando in tal modo la certezza giuridica per tutti i genitori e i minori.

Tale approccio non esclude in via di principio l'applicazione di **motivi** di diniego **nazionali** che siano **compatibili** con il regolamento (attinenti, ad esempio, al rispetto di requisiti formali del diritto e delle procedure nazionali di esecuzione; o al fatto che la decisione sia già stata eseguita, o non possa essere eseguita per grave malattia, decesso o stato di detenzione della persona a cui il minore va consegnato, etc.). I motivi nazionali, tuttavia, non possono essere applicati in modo tale da estendere indebitamente le condizioni e le modalità di quelli comuni previsti dal regolamento.

In particolare, meritano di essere segnalati i seguenti aspetti:

- introduzione dell'obbligo per l'autorità competente dello Stato membro di esecuzione di sospendere il procedimento di esecuzione, d'ufficio o su istanza di parte, se la stessa è stata sospesa nello Stato membro di origine (art.56, par.1);

- facoltà per la medesima autorità di sospendere, su istanza di parte o del minore (se previsto), in tutto o in parte il procedimento di esecuzione per uno dei motivi indicati nell'art.56 par.2;

- facoltà di sospendere, in casi eccezionali, su istanza di parte o del minore (se previsto) il procedimento di esecuzione laddove la prosecuzione della stessa potrebbe esporre il minore al grave rischio di pericoli fisici o psichici a causa di impedimenti temporanei emersi successivamente alla pronuncia della decisione, o per mutamenti significativi delle circostanze;

- facoltà di rifiutare l'esecuzione se il grave rischio di cui sopra assume carattere permanente;

- possibilità di applicare i motivi di sospensione o diniego della esecuzione previsti dal diritto dello Stato membro di esecuzione nella misura in cui non siano incompatibili con l'applicazione delle norme in tema di diniego di esecuzione previste dal Regolamento<sup>13</sup>.

Si tratta dunque di un sistema complesso, la cui funzionalità sarà da testare nella pratica quotidiana di applicazione del nuovo Regolamento, ma che già lascia intravedere svariate questioni interpretative e soprattutto il pericolo di un uso strumentale delle regole procedurali nazionali.

Starà ai giudici vegliare affinché lo spirito di tali modifiche non sia obliterato da una interpretazione opportunistica del nuovo sistema, che – è bene ricordarlo – deve vedere un ruolo proattivo dell'autorità competente, alla quale è richiesto di adottare *“tutte le misure adeguate,*

---

<sup>13</sup> A tale proposito giova riferirsi ai chiarimenti contenuti nel Considerando 63, a mente del quale tali motivi “potrebbero includere, ad esempio, opposizioni basate su errori formali ai sensi del diritto nazionale in un atto di esecuzione o sull'asserzione che l'azione resa necessaria dalla decisione è già stata eseguita o è diventata impossibile, ad esempio in caso di forza maggiore, malattia grave della persona a cui deve essere consegnato il minore, stato di detenzione o decesso di tale persona, per il fatto che lo Stato membro a cui il minore deve fare ritorno sia diventato una zona di guerra successivamente alla pronuncia della decisione o per il diniego dell'esecuzione di una decisione che, ai sensi del diritto dello Stato membro in cui è chiesta l'esecuzione, è priva di contenuto esecutivo e non può essere adattata a tale scopo”.

*conformemente al diritto e alle procedure nazionali, anche se del caso con l'assistenza di altri professionisti competenti, quali assistenti sociali o psicologi infantili, per cercare di garantire l'attuazione della decisione"* (cfr. Considerando 69).

## **6. Riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti cautelari e degli accordi stragiudiziali.**

Come si è anticipato al punto 1 che precede, il sistema di riconoscimento e di esecuzione predisposto dal Reg. (CE) n. 2201/2003 non è applicabile a provvedimenti rientranti nel suo art. 20, giacché dall'analisi delle norme pertinenti e del contesto globale dell'atto normativo può pervenirsi alla conclusione che il legislatore europeo non avesse voluto estendere a tali provvedimenti il regime di cui agli artt. 21 e ss<sup>14</sup>.

Ed invero l'art. 20 trae la sua origine dall'art. 12 del Reg. (CE) n. 1347/2000, che a sua volta riprende l'art. 12 della Convenzione di Bruxelles del 28.05.1998.

La motivazione della proposta della Commissione del 1999 che ha condotto all'adozione del Reg. (CE) n. 1347/2000 e la relazione Borrás sulla Convenzione di Bruxelles sopra citata indicano entrambi, in termini identici, per quanto riguarda tali articoli, che “[l]a norma contenuta in questo articolo si limita a stabilire **effetti territoriali** nello Stato in cui sono adottati i provvedimenti”.

Essi nell'impianto attuale del Regolamento non sono considerati “decisioni” ai fini della loro circolazione transnazionale giacché ammettere il riconoscimento e l'esecuzione di provvedimenti rientranti nell'art. 20 del Reg. (CE) n. 2201/2003 in ogni altro Stato membro, compreso lo Stato competente nel merito, creerebbe un rischio di elusione delle regole di competenza stabilite da tale strumento nonché un rischio di “forum shopping”, circostanza che sarebbe in contrasto con gli obiettivi perseguiti da detto regolamento e, segnatamente, con la considerazione dell'interesse superiore del minore grazie all'adozione delle decisioni che lo riguardano da parte del giudice geograficamente vicino alla sua residenza abituale, considerato dal legislatore dell'Unione alla stregua del giudice che si trova nella situazione più favorevole per valutare i provvedimenti da disporre nell'interesse del minore.

Come sottolineato dalla Corte di Giustizia dell'UE, l'autorità giurisdizionale considerata dall'art. 20, n. 1, del Reg. Bruxelles II-bis (ovvero il giudice non competente per il merito) è

---

<sup>14</sup> In tal senso cfr. Corte di Giustizia dell'UE, sez. II, 15.07.2010, *Bianca Purrucker contro Guillermo Vallés Pérez*, C-256/09

autorizzata a concedere provvedimenti provvisori o cautelari unicamente nei limiti in cui sono rispettate **tre condizioni cumulative**, ossia: 1) i provvedimenti considerati devono essere urgenti; 2) essi devono essere disposti nei confronti di persone situate o di beni presenti nello Stato membro di tali autorità giurisdizionali, e 3) devono avere natura provvisoria.

Il **Regolamento (UE) n.1111/2019** contiene invece una **definizione** puntuale di provvedimenti provvisori e cautelari (art.2), che abbraccia tanto quelli adottati da un **giudice competente** per il merito quanto quelli disposti da **giudice non competente**; l'art.2 del Regolamento specifica infatti che il termine "decisione" comprende "(...) *b) provvedimenti provvisori, inclusi i provvedimenti cautelari, disposti da un'autorità giurisdizionale che, in virtù del presente regolamento, è competente a conoscere del merito o provvedimenti disposti conformemente all'art.27, par.5, in combinato disposto con l'art.15*".

Contiene inoltre una norma (art.27), inserita nel Capo III relativo alla sottrazione internazionale di minori, il cui quinto comma prevede che "*nel disporre il ritorno del minore, l'autorità giurisdizionale può, se del caso, adottare provvedimenti provvisori, inclusi i provvedimenti cautelari, ai sensi dell'articolo 15 del presente regolamento al fine di proteggere il minore dal grave rischio di cui all'articolo 13, primo comma, lettera b), della convenzione dell'Aia del 1980, purché l'esame e l'adozione di tali provvedimenti non ritardino indebitamente il procedimento di ritorno*".

Questi provvedimenti, relativi a minori (o loro beni) presenti sul territorio del giudice adito e adottabili per proteggere il minore da pregiudizi psico-fisici derivanti dal ritorno nel Paese da cui sono stati sottratti, sono comunque **recessivi** rispetto ai provvedimenti adottati dal giudice del merito (lo chiarisce il Considerando 59).

I provvedimenti di cui trattasi possono essere eseguiti solo se muniti di **certificato** (che indicherà se il giudice emittente è o non è competente per il merito) oppure, quando resi *inaudita altera parte*, solo previa dimostrazione dell'avvenuta notifica al destinatario (art.35(2)).

La **novità principale**, introdotta per adeguare la loro disciplina alla giurisprudenza della Corte di Giustizia consiste nei chiarimenti introdotti con riguardo al **regime circolatorio**: i provvedimenti provvisori e cautelari adottati da giudice incompetente non sono riconosciuti né eseguiti in alcun altro Stato membro salvo che non si tratti di provvedimenti adottati per proteggere il minore dal grave rischio di cui all'articolo 13, primo comma, lettera b), della convenzione dell'Aia

del 1980, ovvero “*che sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile*”.

Quanto alla **tipologia** di provvedimenti adottabili nel contesto di un procedimento di sottrazione internazionale, il Regolamento chiarisce che potrebbe trattarsi – ad esempio – di quelli volti a consentire che un minore continui a risiedere con l’effettivo affidatario, oppure che stabiliscono il modo in cui dovrebbero essere intrattenuti i rapporti del minore con il genitore non affidatario dopo il suo ritorno e fino a che il giudice della residenza abituale del minore non abbia adottato i provvedimenti appropriati (senza, peraltro, che ciò possa pregiudicare eventuali decisioni o provvedimenti dell’autorità giurisdizionale della residenza abituale adottati dopo il ritorno: cfr. Considerando 46).

Detti provvedimenti cessano dunque di avere efficacia una volta adottati provvedimenti appropriati da parte del giudice del merito ed impongono all’autorità che ha adottato il provvedimento cautelare un **onere di comunicazione** a quest’ultimo dell’avvenuta adozione al fine di favorire la cooperazione tra autorità giudiziarie in funzione esclusiva di tutela del miglior interesse del minore.

Il legislatore ha tuttavia previsto che un’eventuale mancata comunicazione non possa costituire di per sé un motivo di diniego di riconoscimento del provvedimento (Considerando 30).

Il nuovo regime di circolazione dei provvedimenti provvisori e cautelari non deve, infine, **ritardare i procedimenti di ritorno** ai sensi della Convenzione de L’Aia del 1980 né essi dovrebbero essere utilizzati per **minare la ripartizione di competenza** tra giudice competente per il merito e giudice del ritorno<sup>15</sup>.

Altra importante novità del Regolamento in esame è la nuova fisionomia che assumono gli **accordi privati, o extragiudiziali**, sullo *status*.

Nel testo attuale del Reg. Bruxelles II-*bis* il tema è affrontato nell’art.46, che sinteticamente dispone “*gli atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro nonché gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine sono riconosciuti ed eseguiti alle stesse condizioni previste per le decisioni*”.

---

<sup>15</sup> Ciò che la Corte aveva chiarito nella pronuncia della sez. III, 23.12.2009, *Jasna Detiček contro Maurizio Sgueglia*, C-403/09.

Tale disposizione, nel fare esplicito riferimento alla loro efficacia esecutiva, è palesemente applicabile ai soli atti pubblici ed accordi in materia di responsabilità genitoriale e come tale non idonea a consentire la circolazione transfrontaliera degli accordi in materia matrimoniale.

Sebbene la proposta originaria della Commissione europea non lo avesse previsto (rendendo con ciò ancora più complicata la modifica poi effettuata, atteso che la stessa non era sorretta da una preliminare valutazione di impatto) all'esito del negoziato la norma sopra citata è stata modificata da un lato allargandone l'ambito di applicazione agli accordi in materia di *status* e dall'altro assegnandole una dignità maggiore attraverso la sua collocazione in una Sezione autonoma – la quarta, del Capo IV – che si arricchisce di norme dedicate, sul certificato e sui motivi di diniego del riconoscimento e dell'esecuzione dei medesimi.

Ed invero, dato il numero crescente di Stati membri che consentono accordi extragiudiziali in materia di separazione personale e divorzio o di responsabilità genitoriale, il compromesso trovato dagli Stati membri all'esito del negoziato chiarisce che la circolazione di tali atti pubblici e accordi è una realtà che deve essere agevolata, fatte salve talune garanzie.

Il legislatore europeo ha stabilito di conseguenza che atti pubblici ed accordi in materia di separazione personale e divorzio aventi effetti giuridici vincolanti in uno Stato membro devono essere equiparati alle decisioni ai fini dell'applicazione delle norme sul riconoscimento.

Recependo sul punto la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo<sup>16</sup> il regolamento non consentirà tuttavia la libera circolazione di semplici accordi privati, ma prevede che la loro circolazione sia possibile solo se un'autorità dipendente da ciascun sistema nazionale abbia formalmente redatto o registrato un atto pubblico o abbia registrato l'accordo; la circolazione potrà inoltre avvenire solo se nello Stato membro di origine sia stata verificata la competenza dello Stato membro le cui autorità hanno formalmente redatto o registrato l'atto pubblico o registrato l'accordo.

Ancora, deve essere rilasciato il pertinente certificato, che in determinati casi può essere rettificato o revocato, tanto ad istanza di parte che d'ufficio, e sono contemplate ulteriori garanzie, quali la possibilità di rifiutarne il riconoscimento nel caso di contrarietà all'ordine pubblico dello Stato richiesto o di incompatibilità con altra decisione tra le stesse parti (art.68).

È infine chiarito nei Considerando che l'obbligo di dare al minore la possibilità di esprimere la propria opinione non si dovrebbe applicare agli accordi – sebbene il relativo diritto continui ad applicarsi a norma dell'art.24 della Carta dei diritti fondamentali e dell'art.12 della Convenzione

---

<sup>16</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell'UE, sez. I, 20.12.2017, *Soha Sahyouni contro Raja Mamisch*, C-372/16

delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo – e pertanto una eventuale omissione dell’ascolto non dovrebbe dare luogo ad un automatico rifiuto di riconoscimento o esecuzione dei medesimi.

## **7. Conclusioni**

Una valutazione globale degli interventi effettuati dal Consiglio dell’UE sulla parte relativa al riconoscimento ed all’esecuzione delle decisioni, degli atti pubblici e degli accordi che ricadono nel campo di applicazione del nuovo Reg. (UE) n.1111/2019 non può prescindere dalla storia di questo negoziato, che nell’esperienza di chi lo ha vissuto resta come uno dei più significativi approdi del legislatore europeo degli ultimi dieci anni.

La regola dell’unanimità che governa i negoziati in materia di cooperazione giudiziaria civile (ex art.81, comma 3, TFUE); la straordinaria sensibilità della materia trattata; la partecipazione di ben tredici<sup>17</sup> Stati membri che all’epoca dell’elaborazione del Reg. (CE) n.2201/2003 non facevano parte dell’Unione europea e per ciò non avevano avuto sinora occasione di far sentire la loro voce, ed infine l’esigenza di recepire le linee interpretative dettate dalla Corte di Giustizia nelle decine di sentenze rese successivamente al 1 marzo 2005, data di inizio della sua applicazione, hanno reso l’opera dei negoziatori particolarmente complessa.

Tenuto conto di questi fattori, non pare allora incongruo valutare come complessivamente positive le novità che caratterizzano il nuovo sistema di circolazione. Certo non può nascondersi che la compatibilità dei motivi di sospensione o diniego di esecuzione nazionali con quelli europei impegnerà l’interprete nazionale e la Corte di Giustizia, come altrettanto avverrà nella pratica applicazione della circolazione dei provvedimenti cautelari e degli accordi stragiudiziali in materia matrimoniale.

Ci pare tuttavia che i benefici a lungo termine derivanti da una più agevole e rapida circolazione di tutte le decisioni c.d. generali in materia di responsabilità genitoriale – quelle che, in fondo, numericamente costituiscono la maggior parte – unitamente ai nuovi compiti e strumenti di cui sono state dotate le Autorità Centrali, possano davvero rendere più effettiva la tutela delle parti coinvolte nei procedimenti transnazionali in materia di famiglia.

---

<sup>17</sup> Hanno infatti completato il procedimento di adesione all’UE tra il 2004 ed il 2013 Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia, Ungheria, Bulgaria, Romania e Croazia.

Dovrebbe in tal modo potersi realizzare quello che rimane uno dei principali obiettivi delle politiche dell'Unione nel campo del diritto processuale civile, ovvero che i confini tra gli Stati membri non rappresentino un ostacolo all'esecuzione delle decisioni in materia civile.