

PERCORSI PENALI



Rivista trimestrale
N. 1 / novembre 2020

In copertina fotografia di Giacomo Porro
Independence Day, l'astratto a fuoco

 Wolters Kluwer

MELIUSform 
BUSINESS SCHOOL

Rivista in fase di registrazione al Tribunale di Bologna

© Copyright 2020 Filodiritto
filodiritto.com

inFOROmatica S.r.l., Via Castiglione, 81, 40124 Bologna
inforomatica.it

tel. 051 9843125 - fax 051 9843529 - commerciale@filodiritto.com

Progetto fotografico di Giacomo Porro - *Independence Day, l'astratto a fuoco*

*La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i film, i microfilm, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i paesi. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15 % di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le fotocopie utilizzate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale, o comunque per esigenze diverse da quella personale, potranno essere effettuate solo a seguito di espressa autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano.
e-mail: autorizzazioni@clearedi.org, sito web: www.clearedi.org*

DIRETTORE RESPONSABILE Antonio Zama
COORDINATORE DEL COMITATO DI DIREZIONE Vincenzo Giglio
COORDINATORE DEL COMITATO DI REDAZIONE Riccardo Radi

COMITATO DI DIREZIONE Mara Chilosi, Francesca Curi, Vincenzo Giglio, Riccardo Radi, Antonio Zama

COMITATO SCIENTIFICO Giuseppe Belcastro, Iacopo Benevieri, Maria Brucale, Giandomenico Caiazza, Umberto Caldarera, Jean Paule Castagno, Miriam Cugat Mauri, Maria Lucia A. Di Bitonto, Francesco Di Paola, Piero Dominici, Simone Faiella, Daniela Falcinelli, Massimo Luigi Ferrante, Gabriele Fornasari, Guglielmo Giordanengo, Patrizio Gonnella, Guglielmo Gulotta, Cataldo Intrieri, Giuseppe Losappio, Armando Macrillò, Adelmo Manna, Antonella Massaro, Andrea Milani, Franca Orletti, Antonio Pagliano, Michele Passione, Paulo Pinto de Albuquerque, Paola Rubini, Salvatore Scuto, Andrea Sereni, Andrea Sirotti Gaudenzi, Nicola Triggiani, Elena Valentini

COMITATO DI REDAZIONE Emanuele Damante, Massimo Frisetti, Nicola Galati, Andrea Merlo, Giorgio Passarin, Veronica Clara Talamo, Antonio Tamburrano



*Independence Day, l'astratto a fuoco
In basso il ponte di Williamsburg e l'Hudson river e nel cielo notturno le tre esplosioni di luce*

Filodiritto è promotore del progetto “GazzettaBella”

Obiettivo: dal 2021 la Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana potrebbe pubblicare nel frontespizio o nella “sovracoperta” digitale della serie generale un’immagine di un’opera tratta dallo sterminato patrimonio archivistico-artistico-culturale statale.

Si tratterebbe di un caso unico nel panorama mondiale, in grado, a costo zero, di fare conoscere e promuovere il patrimonio culturale italiano, ponendo al centro canoni estetici di *bellezza*, anche come segno fattivo di “rinascimento”.

[CLICCA E FIRMA LA
PETIZIONE](#)



L’Iniziativa ha ottenuto il [patrocinio](#) del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo.

INDICE

<i>Il penale che non t'aspetti</i>	7
Presentazione della rivista di VINCENZO GIGLIO e ANTONIO ZAMA	
<i>In questo numero</i>	8
Editoriale di VINCENZO GIGLIO	
Il linguaggio del diritto	9
<i>Il linguaggio dei tribunali nei casi di violenza maschile contro le donne e la capacità di ascolto delle donne maltrattate</i>	9
Articolo di MARIA DELL'ANNO	
<i>Le leggi giuste e le parole giuste. La comprensibilità e l'accessibilità delle leggi: una mera chimera?</i>	15
Articolo di IACOPO BENEVIERI e RICCARDO RADI	
Gran Bazar	31
<i>Pre-giudizi veneziani</i>	31
Articolo di VINCENZO GIGLIO e RICCARDO RADI	
La triade del giudizio	36
<i>Il delitto di illecita concorrenza con violenza o minaccia: le Sezioni Unite affermano la natura concorrenziale degli atti lesivi della libertà di impresa</i>	36
Articolo di ANTONIO TAMBURRANO	
<i>Da consigliere a "consiglieri": la responsabilità penale del difensore nei procedimenti di criminalità organizzata, tra ermeneutica di garanzia ed esigenze di politica criminale</i>	51
Articolo di EMANUELE DAMANTE	
Dall'archivio di Filodiritto	87
<i>Maru, ancilla Dei</i>	87
Articolo di ANDREA ERBOSO	
L'universo della pena	89
<i>Etica della cura: una proposta per l'universo della pena</i>	89
Articolo di COSTANZA PORRO	
<i>L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti. Ipotesi e aspettative di superamento</i>	105
Articolo di MARIA BRUCALE	

Mondi paralleli al penale	124
<i>Controllo giudiziario delle aziende e impugnazione dell'informazione interdittiva antimafia: quale rapporto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa?</i> Articolo di VINCENZO GIGLIO	124
Orizzonti di diritto	136
<i>Responsabilità penale dei medici e pandemia</i> Articolo di MASSIMO LUIGI FERRANTE	136
Progetto fotografico di GIACOMO PORRO	144

Il penale che non t'aspetti

Ogni cosa a suo tempo.

Evidentemente Filodiritto ha dovuto attendere quasi vent'anni per questa avventura. Al contempo, dall'ideazione, alla gestazione, alla nascita delle prime due riviste "gemelle" – Percorsi Penali e Sistema 231 – sono trascorsi solo pochi mesi, grazie alla collaborazione fattiva e all'entusiasmo non estemporaneo di tanti.

Percorsi Penali si presenta ai lettori con questo numero zero.

Percorsi Penali è il frutto di una constatazione e di un'idea: che il mondo delle professioni cerchi **occasioni di approfondimento adeguate alle sue esigenze e che sia possibile soddisfarle proponendo contenuti, linguaggi, stili narrativi e angoli visuali originali e interessanti.**

Da qui il titolo di questo primo editoriale.

Il penale che non ci si aspetta è quello dei nostri anni: frutto di una legislazione caotica, fortemente ideologizzata tanto da assumere spesso la natura di **manifesto simbolico** di programmi e visioni di parte più che di intervento per la cura di interessi generali, altrettanto spesso ispirata da **logiche panpenaliste** che considerano la pena come il primo e più efficace strumento di risoluzione dei problemi e degli allarmi sociali; ugualmente frutto di correnti interpretative rigoriste, di tendenze giurisprudenziali assertive che assumono talvolta la dimensione del diritto creativo e corrodono in misura non trascurabile l'equilibrio tra poteri dello Stato configurato dalla Costituzione.

Il penale che non ci si aspetta è quello che provoca conseguenze sempre più esorbitanti nella vita degli individui, la cui sfera personale e le libertà che ne costituiscono il tratto essenziale sono esposte in modo crescente ad ingerenze pubbliche che producono una società assai più controllata che in passato e senza che questa compressione produca i risultati sperati.

Il penale che non ci si aspetta è però anche la propensione critica, lo sguardo laico, la capacità di andare oltre le parole d'ordine del momento, l'assenza di qualsiasi sudditanza intellettuale verso il legislatore e il giudice. È la caparbia convinzione che la riflessione giuridica debba e non possa che essere libera da qualsiasi condizionamento e compiacenza verso il potere costituito e le sue formule espressive.

Percorsi Penali nasce in definitiva per questo: **osservare senza riguardi e senza riserve la "materia penale" e i mondi che con essa si incrociano, raccontare con chiarezza e documentare con rigore ciò che si è visto e dividerlo con i lettori.**

Cominciamo a farlo in questo numero.

[Vincenzo Giglio](#)
[Antonio Zama](#)

In questo numero,

nella parte iniziale due scritti testimoniano l'interesse al linguaggio che sarà una caratteristica costante della rivista.

Il primo, **“Il linguaggio dei tribunali nei casi di violenza maschile contro le donne e la capacità di ascolto delle donne maltrattate”**, è della scrittrice e criminologa Maria Dell'Anno che osserva i desolanti fenomeni della violenza di genere e del rischio di vittimizzazione secondaria attraverso il prisma del linguaggio delle decisioni giudiziarie.

Il secondo, **“Le leggi giuste e le parole giuste. La comprensibilità e l'accessibilità delle leggi: una mera chimera?”** di Iacopo Benevieri e Riccardo Radi, pone in evidenza la stretta correlazione tra la chiarezza delle norme e della loro quotidiana declinazione e la qualità democratica dell'ordinamento che regola le nostre vite.

Nella parte centrale della rivista si propone uno spazio denominato Gran Bazar. Ospiterà contributi più agili e meno strutturati e formali, destinati essenzialmente a comunicare l'impressione che i loro redattori hanno ricavato da eventi di attualità a valenza giuridica. Lo scritto di questo numero, redatto da Vincenzo Giglio e Riccardo Radi e intitolato **“Pre-giudizi veneziani”**, è stato occasionato da un preoccupante episodio verificatosi in un'udienza dinanzi alla sezione penale della Corte di appello lagunare.

Il numero zero prosegue osservando la triade classica del giudizio penale.

Lo fa con una nota a sentenza di Antonio Tamburrano, **“Il delitto di illecita concorrenza con violenza o minaccia: le Sezioni Unite affermano la natura concorrenziale degli atti lesivi della libertà di impresa”** che analizza una recentissima pronuncia del giudice di legittimità e con uno studio di Emanuele Damante, **“Da consigliere a “consiglieri”: la responsabilità penale del difensore nei procedimenti di criminalità organizzata, tra ermeneutica di garanzia ed esigenze di politica criminale”** che offre un'ampia visuale sulla crescente responsabilizzazione dei difensori impegnati in giudizi per fatti associativi mafiosi, sui criteri interpretativi utilizzati dall'accusa pubblica per sostenerla giuridicamente e sulla risposta giurisprudenziale.

Nella parte conclusiva la rivista propone due riflessioni che riportano entrambe alla pena e, più in generale, all'esecuzione penale: la prima è di Costanza Porro, **“Etica della cura: una proposta per l'universo della pena”**, particolarmente interessante per l'abbinamento di una categoria, quella della cura in un significato che ricorda da vicino il pensiero di Don Milani, a un universo che la sensibilità pubblica contemporanea mostra invece di voler isolare e nascondere alla vista; la seconda è di Maria Brucale, **“L'ergastolo ostativo nel dialogo tra Corti. Ipotesi e aspettative di superamento”**, uno studio di ampio respiro su una condizione, quella del fine pena mai, che aspetta di trovare soluzioni più conformi al principio *pro homine* che dovrebbe ispirare l'intero ordinamento.

Segue uno scritto di Vincenzo Giglio, **“Controllo giudiziario delle aziende e impugnazione dell'informazione interdittiva antimafia: quale rapporto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa?”**, che manifesta l'attenzione, anch'essa destinata a diventare una costante di Percorsi Penali, verso i molteplici mondi paralleli all'ambito penalistico in senso stretto.

Il numero si chiude con un contributo di Massimo Luigi Ferrante, **“Responsabilità penale dei medici e pandemia”**. Al di là dell'attualità dell'emergenza, che continua a generare elevati rischi sociali ed economici, la riflessione riporta a *trend* piuttosto diffusi: la mutevolezza degli umori del corpo sociale e il bisogno di capri espiatori a fronte di bisogni (autentici o indotti) rimasti insoddisfatti.

[Vincenzo Giglio](#)

IL LINGUAGGIO DEL DIRITTO

Questa sezione è lo spazio che la rivista riserva alle riflessioni sul linguaggio con cui è espresso il diritto. Quello del legislatore e del giudice, anzitutto, ma anche quello della letteratura, dei mass-media, degli altri saperi che alimentano il diritto. È una sezione che nasce e rimarrà curiosa ed eclettica.

Il linguaggio dei tribunali nei casi di violenza maschile contro le donne e la capacità di ascolto delle donne maltrattate

The language of the courts about gender violence and the ability to understand abused women

di [Maria Dell'Anno](#)

ABSTRACT

Lo scritto propone una riflessione sul modo in cui il sistema giudiziario – penale e civile – si rapporta con le donne vittime di violenza di genere, attraverso esempi concreti tratti da sentenze e atti processuali.

Il linguaggio usato dai tribunali mette in luce come i pregiudizi socio-culturali pervadano anche le aule di giustizia, e di come sia necessaria una formazione specifica per affrontare queste problematiche.

The paper offers a reflection on the way in which the judicial system – criminal and civil – relates to women victims of gender-based violence, through concrete examples taken from sentences and procedural documents. The language used by the courts highlights how social and cultural prejudices also pervade the courtrooms and how specific training is needed to address these issues.

Sommario

1. Premessa
2. La difficile differenza tra lite e violenza
3. Pregiudizi inconsapevoli
4. Giustizia e progresso culturale

Summary

1. Introduction
2. The difficult difference between quarrel and violence
3. Unknowing prejudices
4. Justice and cultural progress

1. Premessa

Laura Terragni ha affermato che **“il modo in cui una società reagisce alla violenza nei confronti delle donne rappresenta uno specchio per comprendere il modo in cui**

essa intende le relazioni tra uomini e donne, i loro comportamenti, il loro modo di interagire”¹.

In tutte le campagne di sensibilizzazione sul tema della violenza di genere, le donne

¹ TERRAGNI, L., *Le definizioni di violenza*, in ADAMI, C., (a cura di), *Libertà femminile e violenza sulle donne*.

Strumenti di lavoro per interventi con orientamenti di genere, Franco Angeli, Milano, 2000, p. 32.

vengono invitate a denunciare il proprio partner violento: si chiede alle donne questo sforzo enorme in un momento in cui sono prostrate dalla sofferenza. Poche ci riescono, qualcuna più che in passato ma sempre poche.

Ma quelle poche che riescono a denunciare l'uomo che le ha maltrattate, cosa ricevono poi in cambio dallo Stato che ha promesso di proteggerle?

La donna maltrattata dovrebbe poter vedere nella giustizia – penale e civile – un porto sicuro a cui approdare, senza timore di non essere creduta o di essere colpevolizzata.

Il punto quindi, su cui è necessario riflettere, è l'adeguatezza della risposta del sistema nei confronti delle vittime, misurata non sul piano della gravità della sanzione comminata all'autore della violenza, bensì sotto il profilo della **capacità del sistema giuridico e della magistratura di cogliere il disvalore del fenomeno** e di trasmettere in modo chiaro la disapprovazione dell'ordinamento nel momento della sua applicazione concreta, al fine di evitare la vittimizzazione secondaria della donna². Solo una volta accertata questa capacità diventa logico interrogarsi su quale sia la sanzione più appropriata.

2. La difficile differenza tra lite e violenza

Poiché le parole che utilizziamo rappresentano il modo in cui interpretiamo la realtà, propongo qui alcuni esempi, anche se molti se ne potrebbero fare, tratti da atti processuali e sentenze di tribunali italiani.

In un procedimento a carico di un uomo accusato di atti persecutori (*stalking*) nei confronti dell'ex moglie, e in particolare di averla pedinata, ingiuriata e minacciata anche di morte con frasi del tenore "*troia, puttana, io ti uccido e mi prendo mia figlia; se ti vedo con un altro ti spacco le gambe; io ti uccido e mi faccio trent'anni di galera con piacere; io sono*

molto cattivo"³, il GIP, rispondendo alla richiesta della difesa di consentire all'indagato di vedere la figlia, ha dichiarato che "*la bambina non c'entra niente nelle bizzze di due genitori*". Ora, che si definiscano "bizzze" le minacce di cui sopra appare quanto meno inappropriato, per non dire privo di ogni riguardo nei confronti della donna persona offesa di quel reato. Tralasciando poi ogni ulteriore, pure opportuna, riflessione in tema di violenza assistita dei minori. In una sentenza di separazione del tribunale civile leggo che il giudice dapprima rileva che l'unione dei coniugi si è sciolta "*per causa esclusiva*" del marito, condannato penalmente "*per minacce e maltrattamenti nei confronti della moglie, nonché per mancato adempimento del dovere di mantenimento delle figlie minori*", ma qualche riga più avanti lo stesso giudice ravvisa tra i presupposti della pronuncia di separazione il fatto che la convivenza è divenuta intollerabile "*a causa delle incompatibilità caratteriali dei coniugi*"⁴.

Questi esempi ci dicono che è assai difficile per la magistratura distinguere tra lite e maltrattamenti, come purtroppo lo è nella cultura sociale. Ma le due situazioni sono assai diverse, perché nella lite c'è un rapporto tra pari, che si aggrediscono fisicamente o verbalmente in maniera vicendevole; nel maltrattamento, invece, c'è un soggetto che agisce e l'altro – più spesso l'altra – che subisce, c'è un dominatore che esprime con la violenza il proprio potere ed una vittima che spesso non ha neanche la forza di difendersi.

A tal proposito, va rammentato che perfino la Corte di Cassazione ha precisato che "*anche le sporadiche reazioni vitali ed aggressive della vittima [...] ovvero la sussistenza di un clima caratterizzato da generale litigiosità, non consentono di escludere lo stato di soggezione della persona offesa a fronte di*

² Cfr. Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

³ Sentenza Tribunale di Ravenna, sez. penale, 01/07/2020 n. 724.

⁴ Sentenza Tribunale di Ravenna, sez. civile, 18/07/2019 n. 746.

soprusi abituali posti in essere dal maltrattante, né, tanto meno, consentono di escludere la sussistenza dell'elemento psicologico, che deve consistere nella coscienza e volontà di sottoporre la persona di famiglia ad un'abituale condizione di soggezione psicologica e di sofferenza" (Cass. Sez. III, n. 46043 del 20/03/2018).

3. Pregiudizi inconsapevoli

Problema grave, eppure essenziale nei processi per maltrattamenti e violenze legate al genere, è la **credibilità della persona offesa**. Leggo in una sentenza penale: *"Interrogata in ordine alle ragioni del proprio silenzio la parte civile ha evidenziato di avere, in un primo tempo, pensato di essere lei stessa la causa dei malumori del marito, e di avere compreso, solo in un secondo momento, che l'uomo era violento per sua natura"*⁵. Ciò che dovrebbe colpire è che sono esclusivamente le donne vittime ad essere interrogate sulle ragioni del loro lungo silenzio; gli uomini imputati, essendo legittimati a tacere e mentire, non vengono interrogati sulle ragioni – ammesso che questa parola sia appropriata – della loro lunga violenza.

Purtroppo c'è sempre qualcosa che non va nel nostro comportamento: se denunciato troppo presto non siamo in grado di sopportare un po' di difficoltà in nome del bene della famiglia, se non denunciato o denunciato troppo tardi allora la situazione non era poi così drammatica.

Quando il processo si basa sulla parola dell'una contro quella dell'altro, il giudice deve decidere a chi dei due credere, ed è in quel frangente che i pregiudizi così profondamente ed inconsapevolmente radicati in tutti e tutte noi entrano in gioco. Ovviamente, come persone istruite, crediamo di essere immuni dai pregiudizi, ma sbagliamo: è la giudice Paola Di Nicola

Travaglini a ricordarci che *"il pregiudizio contro le donne ha la prerogativa di appartenere all'intera umanità, che si ritrova ogni giorno a condividere, al di là dei confini di spazio e tempo, un'identica impari struttura di relazione tra uomini e donne fondata su di esso"*⁶. E questo vale per tutti, anche per i giudici e le giudici.

È impossibile non citare in questa sede due sentenze che hanno fatto scalpore.

La Corte d'Assise d'appello di Bologna, nel novembre 2018, ha riconosciuto le attenuanti generiche all'imputato condannato per l'omicidio della sua fidanzata, motivando in questo modo: *"Sebbene quel sentimento [la gelosia, N.d.A.] fosse certamente immotivato e inidoneo a inficiare la capacità di autodeterminazione dell'imputato, tuttavia esso determinò in lui, a causa delle sue poco felici esperienze di vita, quella che efficacemente il perito descrisse come 'una soverchiante tempesta emotiva e passionale', che in effetti si manifestò subito dopo anche col teatrale tentativo di suicidio: si tratta di una condizione che appare idonea a influire sulla misura della responsabilità penale"*⁷.

Similmente il GUP di Genova, nel dicembre dello stesso anno, dopo aver descritto la relazione tra i coniugi come *"tormentata"*, evidenziando tradimenti della moglie e il di lei *"atteggiamento ambiguo"*, ha riconosciuto le attenuanti generiche all'imputato ritenendo che egli *"non ha agito sotto la spinta di un moto di gelosia fine a sé stesso, per l'incapacità di accettare che la moglie potesse preferirgli un altro uomo, ma come reazione al comportamento della donna, del tutto incoerente e contraddittorio, che l'ha illuso e disilluso nello stesso tempo, l'ha indotto a uscire dal volontario isolamento in cui si era ritirato proprio per lasciare spazio alle sue scelte, con la promessa di un futuro insieme, ma tutto questo invano"*⁸.

⁵ Sentenza Tribunale di Ravenna, sez. penale, 31/03/2017 n. 527.

⁶ Di NICOLA, P., *La mia parola contro la sua*, Harper-Collins, Milano, 2018, p. 8.

⁷ Sentenza Corte d'Assise d'Appello di Bologna, 14/11/2018 n. 29, poi cassata con rinvio dalla Suprema Corte.

⁸ Sentenza GUP presso il Tribunale di Genova, 5/12/2018 n. 1340.

Da questo genere di sentenze emergono due problemi.

Il primo problema è che **attribuire valore attenuante alla “tempesta emotiva” significa attribuirlo proprio all’origine del problema, in qualche modo legittimandolo, perché è proprio quella spinta identitaria di dominio del maschio che determina la violenza contro la donna, perché è proprio l’espressione di autonomia della donna ad essere inaccettabile per l’uomo violento, che quindi manifesta la sua aggressività in modo tutt’altro che irrazionale.**

Ciò che si contesta di queste sentenze non è l’applicazione tecnica delle norme penali sulla valutazione delle prove assunte nel processo, tra cui la perizia psichiatrica che utilizza l’espressione “tempesta emotiva”; il problema non è la tecnica matematica di aumento o diminuzione della pena, bensì la considerazione che di questo fatto i giudici hanno avuto. Dietro ad ogni tempesta emotiva c’è un’idea del mondo, un pregiudizio sui rapporti umani, e quindi la causa dell’agire è da ricercare nella cultura, nella mentalità di quel soggetto, non nel turbamento concomitante che ne è piuttosto la conseguenza. Ma, come si osservava prima, anche chi giudica è portatore e portatrice di quel radicato pregiudizio che in qualche misura colpevolizza sempre la donna, che non si è comportata nel modo in cui ci si aspettava da lei: ha tradito, ha lasciato, non ha accondisceso, ha addirittura illuso. Se si provasse ad invertire i ruoli, il risultato valutativo sarebbe diverso.

Il secondo problema che si osserva leggendo le sentenze relative a femminicidi – anche se tale termine non compare nella nostra legislazione – è che si **tende a dare molta rilevanza alle parole dell’imputato, soprattutto quando ha confessato almeno in parte il delitto.**

Per forza, si dirà, se noi donne siamo morte non possiamo più parlare. Ma testimoni, prove materiali e oggi prove derivanti dalle

tecnologie della comunicazione sono lì per quello: per ricostruire, per ricostruirci. Tuttavia è proprio la ricostruzione dell’uomo che spesso viene presa per buona, specie quando fornisce elementi per valutarne una minore responsabilità, per esempio escludendo la premeditazione. Nei casi sopra richiamati i sentimenti di rabbia e delusione degli uomini emergono dalle loro sole parole. Eppure le loro parole andrebbero lette alla luce delle norme processuali che consentono all’imputato di mentire nel processo, e di ridimensionare più che riesce la sua posizione. Paradossalmente è perfino accaduto che non si ritenga decisiva la confessione per poter condannare un uomo, ma che si dia piena rilevanza alle sue ricostruzioni fattuali e psicologiche per attenuarne la responsabilità e quindi il trattamento sanzionatorio. L’avvocata Giulia Bongiorno riassume dicendo che viviamo in un sistema giuridico e giudiziario così irrazionale che *“crea sfiducia nelle vittime e non è un deterrente per chi delinque”*⁹.

4. Giustizia e progresso culturale

Le sentenze non solo giudicano fatti storicamente accaduti, ma veicolano anche messaggi culturali alla società, possono contribuire ad orientare e favorire o piuttosto ad ostacolare lo sviluppo di positivi processi culturali della nazione sui cui comportamenti sono chiamate a giudicare.

Si pensi, per esempio, a quanto la giurisprudenza ha fatto e sta facendo in tema di finevita: con una serie di processi – gli ultimi quelli che hanno visto come imputato Marco Capato, ma prima quelli riguardanti Eluana Englaro e Piergiorgio Welby – la giurisprudenza ha colmato un vuoto di diritti che il legislatore si è ostinato e si ostina a non colmare – nonostante la sollecitazione della Corte costituzionale –, andando incontro al sentimento ormai ampio della nazione che non sente più come appropriata quell’artificiale forma di vita creata dalle tecniche di rianimazione.

⁹ BONGIORNO, G., *Le donne corrono da sole. Storie di emancipazione interrotta*, Rizzoli, Milano, 2015, p. 34.

In tema di violenza maschile contro le donne la strada invece è ancora lunga: purtroppo ancora non c'è stata quell'evoluzione di coscienza collettiva che giudicherà sbagliata sempre e comunque la violenza di genere, che perfino considererà violenza tutti i comportamenti violenti, e che soprattutto considererà colpevole di quei comportamenti solo chi li agisce e non chi li subisce, così come accade per tutti gli altri reati previsti dal nostro ordinamento. Ed è impensabile che questo così profondo retaggio culturale non si riversi anche nelle sentenze di quei giudici e quelle giudici che si credono immuni da pregiudizi. Paola Di Nicola Travaglini ci dice che per riuscire ad adottare questa nuova visione del mondo è necessario indossare le "lenti di genere", cioè guardare la vita cercando di comprendere quali ruoli hanno gli uomini e quali le donne, accettando il fatto che raggiungere la consapevolezza che esiste una differenza è un esercizio quotidiano, assai impegnativo. Eppure doveroso, aggiungo io.

Il CSM, nel 2018, ha adottato delle **linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere**¹⁰, che prevedono la specializzazione ove possibile, il "turno violenza" in Procura, coordinazione tra le varie istituzioni che intervengono nel contesto familiare violento, adeguate informazioni alla vittima, l'ausilio di esperti, la testimonianza protetta e la valutazione del rischio. Ottime raccomandazioni che si auspica vengano seguite, ma che sottendono una necessità urgente: una

formazione specifica sul tema della violenza di genere per la magistratura e le forze di polizia che di violenza di genere si occupano.

È impensabile riuscire ad adottare le lenti di genere se ci si ostina a ritenere che per capire come va il mondo e come vanno le relazioni tra uomini e donne non sia necessario uno studio specifico, o peggio che la legge basti. La legge non basta affatto, e certamente non è lo strumento per risolvere il problema.

Un problema culturale può trovare la sua soluzione esclusivamente nella cultura che quel problema ha prodotto.

La giudice Paola Ortolan ci ricorda, infine, che *"una qualità che non deve mancare, a trent'anni come a cinquanta, è la capacità di accoglienza delle persone, dei loro racconti e dei loro vissuti"*¹¹.

Certo risulta difficile mantenere quest'atteggiamento quando la propria scrivania è piena di fascicoli e il mestiere di giudice diventa sempre più legato a numeri di produzione: processi da chiudere, sentenze da depositare, efficienza a fine anno da dimostrare. È difficile, eppure necessario, ricordarsi che in ogni fascicolo non c'è solo carta, ma ci sono persone, vite, spesso vite distrutte, che attendono qualcosa che possa somigliare a giustizia.

Non posso concludere senza qui ricordare la giudice Ruth Bader Ginsburg, citando quello che possiamo definire il suo manifesto: *"Non chiedo favori per il mio sesso, chiedo solo che smettano di calpestarci"*.

Riferimenti bibliografici:

Agliastro, M., *La violenza sulle donne nel prisma della violazione dei diritti umani e della protezione del testimone vulnerabile*, Aracne, Roma, 2014.

Boiano, I., *Femminismo e processo penale*, Ediesse, Roma, 2015.

¹⁰ CSM, *Risoluzione sulle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica*, Delibera 9/05/2018.

¹¹ ORTOLAN, P., *La toga addosso*, Edizioni San Paolo, Milano, 2018, p. 112.

Bongiorno, G., *Le donne corrono da sole. Storie di emancipazione interrotta*, Rizzoli, Milano, 2015.
Danna, D., *Stato di famiglia. Le donne maltrattate di fronte alle istituzioni*, Ediesse, Roma, 2009.
Di Nicola, P., *La mia parola contro la sua*, HarperCollins, Milano, 2018.
Ortolan, P., *La toga addosso*, Edizioni San Paolo, Milano, 2018.
Terragni, L., *Le definizioni di violenza*, in Adami, C., (a cura di), *Libertà femminile e violenza sulle donne. Strumenti di lavoro per interventi con orientamenti di genere*, Franco Angeli, Milano, p. 32, 2000.



Independence Day, l'astratto a fuoco

Le leggi giuste e le parole giuste. La comprensibilità e l'accessibilità delle leggi: una mera chimera?

The right laws and the right words. The comprehensibility and accessibility of laws: a mere chimera?

di [Iacopo Benevieri](#) e [Riccardo Radi](#)

ABSTRACT

Con questo scritto ci proponiamo, in via preliminare, di argomentare sulla necessità di comprensibilità del linguaggio giuridico e della struttura della norma indirizzata ai cittadini; per poi soffermarci sulle diverse tipologie di testi scritti e riportare, in sintesi, le molteplici attività di studio e di ricerca in merito alla accessibilità dei testi scritti.

With this paper we propose, as a preliminary, to argue on the need for comprehensibility of legal language and the structure of the law addressed to citizens; to then dwell on the different types of written texts and summarize the multiple study and research activities regarding the accessibility of written texts.

Sommario:

1. Introduzione e stato delle cose nell'ambito legislativo
2. Linguaggio del giudice e dell'avvocato
3. Le tipologie dei testi scritti
4. Accessibilità dei testi
5. Buone prassi per la redazione della norma
6. Una riflessione conclusiva: linguaggio e democrazia

Summary:

1. Introduction and state of affairs in the legislative field
2. Language of the judge and lawyer
3. Types of written texts
4. Accessibility of texts
5. Best practices for drafting the standard
6. A final reflection: language and democracy

1. Introduzione e stato delle cose nell'ambito legislativo

L'esigenza, diremmo la necessità, di scrivere la legge in maniera chiara e concisa ma soprattutto comprensibile a tutti, è stata sempre avvertita ma raramente è stata soddisfatta nella nostra legislazione.

Secondo le parole del costituzionalista Gaetano Silvestri¹ "la norma non esiste indipendentemente dalla proposizione che la

describe", vale a dire dalla sua "formulazione linguistica". Ciò significa che **un precetto normativo chiaro non può prescindere da un tenore letterale e da una formulazione linguistica priva di ambiguità.**

Questo, d'altronde, è il primo criterio interpretativo prescritto dall'art. 12 c. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale del codice civile, secondo il quale "nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che

¹ SILVESTRI, G., *Le parole giuste – Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia – Atti del*

convegno di presentazione del progetto di ricerca e formazione, tenutosi nella Sala Koch di Palazzo Madama, il 14 aprile 2016 – p. 114.

quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse [...]”. Parametro la cui praticabilità risulta purtroppo ostruita dalla natura complessa e oscura del linguaggio normativo.

La questione del complesso rapporto tra linguaggio e produzione normativa è stata affrontata nel tempo da filosofi del diritto e da linguisti. Ci piace ricordare l’ammonimento di Quintiliano: “*Il pregio più grande dei nostri discorsi sia la “chiarezza”*”².

Sulla stessa linea dopo millenni, Norberto Bobbio, il quale nel celebre saggio “*Scienza del diritto e analisi del linguaggio*” evidenziava che l’interpretazione della legge è “*l’analisi del linguaggio del legislatore*”, e che la “*scientificità di un discorso*” consiste “*nel rigore del suo linguaggio, cioè nella coerenza di un enunciato con tutti gli altri enunciati*”³.

Il tema di fondo si colloca all’interno del diritto alla informazione e, più in generale, nell’ambito dell’**accessibilità culturale alle norme giuridiche** che dovrebbero essere scritte: “*in uno stile rapido, calzante, conciso, che non lasci pretesto all’interpretazione delle parole, osservando che assai giureconsulti grandi anni e assai tomi spesero per commentare leggi confusamente scritte. Si baderà ancora a una religiosa esattezza della lingua italiana*”. Questi erano gli intenti di Ugo Foscolo, quando ricevette l’incarico di scrivere il Codice penale militare per la Repubblica Cisalpina⁴.

L’auspicio di Foscolo non è stato certamente recepito dai contemporanei estensori di leggi. La scrittura dei testi normativi in maniera comprensibile e chiara non è una priorità, anzi si può affermare che “*l’abitudine a*

esprimere con incastrati di subordinate la densità e la tortuosità delle precisazioni relative alle varietà delle situazioni possibili persiste nel tempo. Sembra anzi più marcata ... nel nuovo codice di procedura penale”⁵.

Il legislatore persiste nel dimenticare gli auspici e gli ammonimenti che si susseguono nel tempo.

La recente produzione legislativa abbonda di esempi negativi: nell’ambito penalistico [l’art. 586-bis c.p.](#), il reato di “*utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti*”, introdotto dall’art. 2, comma 1, lettera c), d.lgs. 21/2018.

Norma redatta in maniera “complessa”, secondo la definizione di Cristina de Maglie⁶: “*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582,00 a euro 51.645,00 chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l’utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste dalla legge, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell’organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull’uso di tali farmaci o sostanze*”.

Altro esempio di scuola è il codice degli appalti.

Entrato in vigore nell’aprile del 2016, dopo pochi mesi aveva subito 180 correzioni formali legate alle imprecisioni del testo. Nel 2017 si sono rese necessarie una settantina

² QUINTILIANO, *Institutio Oratorie*, VIII, 2, 22, Einaudi.

³ Saggio riedito in SCARPELLI, U., *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, pp. 287-324; pregevoli sono anche gli studi di G. CONTE, A., *Filosofia dell’ordinamento normativo*, Torino 1997; CORTELAZZO, M., voce “*Linguaggio giuridico-amministrativo*” in *l’Enciclopedia dell’italiano Treccani 2010-2011*, Roma, a cura di SIMONE, R., con la collaborazione di BERRUTO, G., e D’ACHILLE, P., SERIANI, L., *Il linguaggio giuridico*, in *Italiani scritti*, Bologna 2012, pp. 121-157; ROVERE, G., *Capitoli di linguistica giuridica. Ricerche su*

corpora elettronici, Alessandria 2005; CIGNETTI, L., voce “*Testi prescrittivi*” in *Enciclopedia dell’italiano*, vol. II, 2011, pp. 1482-1485; GUALDO, R., *Il linguaggio giuridico*, Giuffrè, 2011; BARBERA, M., CARMELLO, M., ORNESTI, C., *Traiettorie sulla linguistica giuridica*, Torino 2014.

⁴ MORTARA GARAVELLI, B., *Le parole e la giustizia*, Einaudi, 2001, p. 99 e ss.

⁵ MORTARA GARAVELLI, B., *op. cit.*, p. 100.

⁶ DE MAGLIE, C., *La lingua del diritto Penale*, in *disCrimen*, 30.04.2019.

di modifiche sostanziali per rendere il testo comprensibile e applicabile concretamente.

Non ci soffermeremo sulla tecnica utilizzata per la redazione del testo, è sufficiente sottolineare che l'art. 3 del codice degli appalti prevedeva ben 51 commi.

L'esame del testo del codice degli appalti, purtroppo fa emergere la carenza di chiarezza e comprensibilità delle norme.

Inoltre, **la proliferazione e sovrapproduzione delle leggi con la conseguente creazione di procedure farraginose determina l'elefantiasi della burocrazia ed un sostanziale e diffuso scadimento della buona amministrazione.** Tale assunto è riconosciuto dalla stessa pubblica amministrazione, al riguardo citiamo il lavoro di Basilica e Sepe, "Il linguaggio delle istituzioni pubbliche, ove si riconosce: *"Il «burocratese», cioè il ricorso dell'amministrazione ad un linguaggio oscuro e inaccessibile, è una realtà con cui i cittadini sono stati spesso e sono ancora costretti a misurarsi. A ciò si aggiunga che, come rilevano anche gli operatori economici, l'uso di un linguaggio astruso è motivo di ritardi, di inefficienze e di costi, che, a ben vedere, diminuiscono la competitività del sistema complessivo. Oggi lo scenario è mutato profondamente. Già a partire dagli anni Ottanta si hanno i primi studi del problema, che però rimangono ancora limitati al solo mondo universitario e scientifico. In anni più recenti si sono cominciati a realizzare importanti cambiamenti nel modo in cui le Pubbliche amministrazioni si confrontano con i cittadini ... Da qui una crescente sensibilità delle stesse amministrazioni pubbliche verso le cosiddette attività di servizio.*

In tal contesto, sempre più importante diventa rimuovere le barriere costituite dal linguaggio burocratico oscuro e farraginoso: si deve rendere cioè sistematico l'uso di un linguaggio chiaro, anche attraverso l'introduzione di regole e di criteri. Informazioni complete e comunicate con un linguaggio comprensibile

⁷ BASILICA, F., SEPE, S., *Il linguaggio delle istituzioni pubbliche*, Dipartimento per la Funzione Pubblica e Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione.

*non solo garantiscono una piena attuazione del principio di uguaglianza fra i cittadini, ma favoriscono anche il rispetto delle leggi. La trasparenza comunicativa consente di limitare l'arbitrarietà nell'interpretazione e nell'attuazione delle norme"*⁷.

Sintomatico è il caso segnalato dall'Osservatorio Conti Pubblici Italiani⁸ in merito alle "Procedure eccessive": si tratta di casi in cui gli utenti sottolineano la complessità degli adempimenti necessari per esigenze piuttosto semplici. Tra i più lampanti episodi c'è il racconto di un cittadino che ha segnalato le difficoltà nell'accedere alle detrazioni di imposta spettanti per l'installazione di impianti per il risparmio energetico: alcuni passaggi della procedura risultano complicati al punto da rendere necessaria la consulenza di un professionista; richiedere tale intervento ha, però, un costo che elimina la convenienza della detrazione d'imposta. Dunque, l'eccessiva complessità burocratica rende inefficace quello che dovrebbe essere un incentivo al risparmio energetico (normativa sull'ecobonus, Legge di bilancio n. 145 del 30.12.2018).

Anche l'ecobonus al 110% introdotto di recente presenta circa 190 adempimenti a carico del cittadino e della ditta che dovrà eseguire i lavori.

Il paradosso segnalato è indicativo della distanza siderale che sussiste tra il fine che dovrebbe avere la norma (chiarezza, fruibilità, applicabilità, comprensibilità e semplicità) e la sua concreta realizzazione nella pratica quotidiana.

Tale "distanza" è dovuta alle modalità di redazione delle norme, farraginate da commi, incisi e subordinate e al groviglio legislativo determinato da una sovrapproduzione di leggi e regolamenti.

La normativa penale sull'ambiente e quella penale comunitaria sono esempi inarrivabili di "abuso di sigle e di rinvii"⁹.

Prendiamo ad esempio, l'art. 137, 1, 2, 3 "Sanzioni penali" del d.lgs. 3 aprile 2006 n.

⁸ PALOMBA, R., *Deposito disavventure burocratiche*, Osservatorio Conti Pubblici Italiano del 17.09.2020.

⁹ DE MAGLIE, C., *op. cit.*

152 (T.U. ambientale): “1. *Fuori dai casi sanzionati ai sensi dell’articolo 29-quattordices, comma 1, chiunque apra o comunque effettui nuovi scarichi di acque reflue industriali, senza autorizzazione, oppure continui ad effettuare o mantenere detti scarichi dopo che l’autorizzazione sia stata sospesa o revocata, è punito con l’arresto da due mesi a due anni o con l’ammenda da millecinquecento euro a diecimila euro [318-bis e ss., 129 att. c.p.p.].* 2. *Quando le condotte descritte al comma 1 riguardano gli scarichi di acque reflue industriali contenenti le sostanze pericolose comprese nelle famiglie e nei gruppi di sostanze indicate nelle tabelle 5 e 3/A dell’Allegato 5 alla parte terza del presente decreto, la pena è l’arresto da tre mesi a tre anni e dell’ammenda da 5.000 euro a 52.000 euro [318-bis e ss., 129 att. c.p.p.].* 3. *Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al comma 5, o di cui all’articolo 29-quattordices, comma 3, effettui uno scarico di acque reflue industriali contenenti le sostanze pericolose comprese nelle famiglie e nei gruppi di sostanze indicate nelle tabelle 5 e 3/a dell’Allegato 5 alla parte terza del presente decreto senza osservare le prescrizioni dell’autorizzazione, o le altre prescrizioni dell’autorità competente a norma degli articoli 107, comma 1, e 108, comma 4, è punito con l’arresto fino a due anni [318-bis e ss., 129 att. c.p.p.]”* Sempre a proposito di tecniche legislative farraginose, indichiamo il decreto Cura Italia che il Governo Conte ha redatto nel seguente modo: all’articolo 68, comma 2 si legge: “*Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche agli atti di cui all’articolo 9, commi da 3-bis a 3-sexies, del decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 2012, n. 44, e alle ingiunzioni di cui al regio decreto 14 aprile 1910, n. 639, emesse dagli enti territoriali, nonché agli atti di cui all’articolo 1, comma 792, della legge 27 dicembre 2019, n. 160”.*

¹⁰ LAFFUSA, K., *Il drafting normativo: lingua e diritto nella Biblioteca di Babele*, in *Giustizia Insieme*, giugno 2020.

Notiamo il **rimando addirittura a un regio decreto del 1910**, ovvero 110 anni fa, ma anche uno al 1931 e un altro al 1942.

L’uso reiterato di rinvii a decreti, regolamenti e leggi precedenti crea un ginepraio inestricabile. Tutto ciò, nonostante i continui proclami alla semplificazione e chiarezza ma soprattutto in spregio di una legge dello Stato (l. 69/2009 il cui art. 3 prevede: “*ogni rinvio ad altra norma contenente disposizioni legislative*” deve indicare “*in forma integrale o sintetica*”, ma prima di tutto “*di chiara comprensione*” la materia alla quale le disposizioni fanno riferimento).

La redazione di norme oscure con continui riferimenti a norme precedenti, commi e virgole sono indici di improprietà compositive e tecnicismi che complicano ed oscurano i modi di esprimersi del nostro legislatore. Da ultimo, si veda il d.p.c.m. del 17 maggio 2020 che consta di 11 articoli con commi composti da periodi lunghi e dalla scarsa punteggiatura, interi alfabeti di lettere e una struttura confusoria.

Alle difficoltà di comprensione dovute alle ambiguità nella redazione delle norme (sia in riferimento all’uso delle parole che alla struttura del testo) si aggiunge – ad aggravare il quadro – una difficoltà in tema di fonti normative: un *mare magnum* di richiami a decreti, ordinanze, linee guida, protocolli¹⁰.

Ricordiamo la battuta di Francesco Carnelutti: “*In Italia ci saranno duecentomila leggi diverse. Per fortuna sono temperate da una generale inosservanza*”.

2. Linguaggio del giudice e dell’avvocato

Nella parte introduttiva ci siamo soffermati sul linguaggio scritto del legislatore, ora vogliamo occuparci dei giudici e degli avvocati che non sono esenti da colpe nel rendere il lessico giuridico astratto e involuto.

Quando la vita vissuta entra in una aula di giustizia viene trasformata da una lingua che ne altera i contenuti.

Questo breve estratto di una motivazione della Suprema Corte, risulta più calzante di mille citazioni: “... *Lo sciatore che si trovi a monte, nello spostarsi sulle piste, data la sua posizione dominante con possibilità di visione del luogo sottostante, deve regolare la propria condotta in modo da evitare interferenze del proprio movimento con la traiettoria dello sciatore che si trovi a valle*”¹¹.

La Cassazione ci costringe a scomodare Calvino e la verbalizzazione tragicomica di un furto di fiaschi di vino¹².

Vengono in mente le parole usate da un collegio del riesame in un’ordinanza:” *Orbene il Collegio è tenuto ad accertare se fra le due citate ordinanze restrittive, quella del 21 maggio 2007 e quella del 16 marzo 2009, sia o meno riscontrabile un’artificiosa diluizione delle imputazioni attraverso l’emissione di plurime ordinanze in tempi diversi. Cioè se sussistono o meno le condizioni indicate dall’art. 297.3 c.p.p. (anteriorità dei fatti, loro identità o connessione e desumibilità dagli atti) per l’unificazione dei termini custodiali relativi ai due predetti titoli cautelari e la conseguente retrodatazione del termine fasico dell’ultima ordinanza coercitiva*”.

Nel leggere il passaggio motivazionale del tribunale, ci rendiamo conto della fuga operata dalla concretezza della parola con l’uso di un linguaggio apparentemente tecnico ma in realtà formato da parole o locuzioni usate per donare una formalità e sacralità vuota e priva di chiarezza all’enunciato.

Il tribunale avrebbe potuto scrivere:” *La questione da risolvere è la seguente: se ricorrano le condizioni indicate dall’art. 297.3 c.p.p. e dunque se i termini della custodia cautelare vadano fatti decorrere dall’esecuzione della prima ordinanza*”.

Siamo così assuefatti alla trasformazione del parlato che nella prassi giudiziaria si arriva addirittura ad inventarsi

delle parole: “endoprocedimentale”. Termine che non troverete in alcun vocabolario e sarebbe meglio sostituire con “interno al procedimento”.

Anche noi avvocati ci mettiamo del nostro per rendere oscuro il linguaggio e lo scritto giuridico.

Citiamo degli esempi che sentiamo quotidianamente in una aula di giustizia: “*nella dene-gata ipotesi, reiezione della domanda, proceduto all’escussione di un teste, retrodatazione del termine fasico*”. Sono tutti pseudotecnicismi che ostacolano la comprensibilità e circoscrivono la comunicazione ai soli “specialisti”.

Una sorta di lingua esclusiva, condita da arcaismi, stereotipi, opacità che si insegna sin dall’Università agli “iniziati”.

Come acutamente scritto da un ex magistrato: “*Ci sono giudici o avvocati con i quali non puoi evitare di parlare in modo orribile. Se in un’arringa o una requisitoria parli in italiano corretto, non ti riconoscono come uno del mestiere. Sei uno a cui non dare credito. Il gergo dei giuristi è la lingua straniera che si impara già dall’Università per essere ammessi nella corporazione. È una lingua tanto più apprezzata quanto più è capace di escludere i non addetti ai lavori dalla comprensione di quello che avviene nelle aule di giustizia e di quello che si scrive negli atti giudiziari*”¹³.

Tutto questo determina un senso di ostilità ed estraneità dal “legalese”, da parte dei cittadini, che dovrebbero invece rivendicare il loro diritto di essere messi in grado di capire le leggi e le parole e gli scritti di chi le applica. Perché l’applicazione della legge incide sulla carne viva delle persone.

La chiarezza del diritto non è meno importante della sua certezza. “*Un’idea non può essere giuridica se non quando sia chiara, perché il diritto è arte di tracciare limiti; ed un*

¹¹ Cass. pen., Sez. IV, n. 1258, dicembre 1996, CED 1997.

¹² CALVINO, I., *Per ora sommersi dall’antilingua*, pubblicato il 3 febbraio 1965 dal quotidiano “Il Giorno”.

¹³ CAROFIGLIO, G., *Con parole precise breviario di scrittura civile*, Editore Laterza, 2015.

limite non esiste se non quando sia chiaro”, scriveva il giurista Vittorio Scialoja¹⁴.

3. Tipologie dei testi scritti

Secondo i linguisti, il testo scritto può essere classificato sulla base di diversi criteri che pervengono a classificazioni su base funzionale, interpretativa e relativa al canale di trasmissione utilizzato.

Citiamo in particolare il Modello funzionalista di Egon Werlich (1976) nel quale sono considerati parametri di tipo cognitivo-pragmatico quali: lo scopo che l'emittente si prefigge, il destinatario a cui intende rivolgersi e le circostanze in cui avviene lo scambio comunicativo. Questi parametri influenzano direttamente le caratteristiche linguistiche del testo (le scelte lessicali, le caratteristiche della morfo-sintassi, l'uso dei tempi verbali etc.).

In questo modello si distinguono *testi narrativi* (racconti, novelle, romanzi...), *testi descrittivi* (parti di opere letterarie, resoconti di viaggio, di guide turistiche...), *testi informativi* (orari, avvisi scritti e orali, saggi...), *testi argomentativi* (discorsi politici, articoli di fondo, slogan pubblicitari...) e *testi regolativi* (istruzioni per l'uso, statuti, regolamenti...).

Facciamo l'esempio di un testo giuridico: la sua funzione è quella di indicare delle norme da rispettare e di imporre obblighi e divieti, secondo criteri di impersonalità e concisione e conseguentemente la scrittura si muove all'interno di formalismi e vincoli che debbono essere sostanzialmente rispettati.

Ne conseguono precise caratteristiche morfosintattiche (l'uso delle forme passive, del “si” impersonale, dell'imperfetto narrativo, degli incisi e delle apposizioni nominali) e da un punto di vista lessicale il ricorso a terminologie settoriali e lessici altamente tecnici. Tali caratteristiche linguistiche dei testi giuridici determinano un alto grado di condensazione semantica, con significativo distanziamento dalla lingua comune: per un non addetto ai lavori, un testo giuridico come anche un testo

amministrativo appare un insieme indifferenziato e molto complesso in cui è difficile orientarsi per recuperare le informazioni ed i significati sottostanti.

Un ulteriore e pregnante contributo in merito alle tipologie dei testi, è fornito da Francesco Sabatini, il quale introduce una particolare differenziazione delle varie tipologie testuali, alla luce della maggiore o minore elasticità del rapporto che lega produttore e ricevente testuale.

Nell'ambito di questo modello, infatti, il criterio distintivo tra le tipologie si fonda sulla circostanza che il mittente e il destinatario del messaggio sono i poli della comunicazione: il produttore del testo deve porsi la questione se quest'ultimo verrà adeguatamente compreso dal fruitore, mentre il destinatario deve domandarsi quale sia la intenzione del mittente. Per alcune tipologie testuali, come ad esempio le leggi o i testi scientifici, l'interpretazione degli stessi è altamente vincolata, mentre per altri testi, come quelli poetici e i romanzi, l'interpretazione può essere plurima e differenziata. Sabatini parla di “*patto comunicativo*” tra creatore e fruitore del testo, espressione che sottolinea proprio il rapporto si instaura tra i due poli della comunicazione. In tal modo, superando la partizione generale stabilita da Werlich, Sabatini distingue testi con discorso molto vincolante (testi scientifici, tecnici, normativi, giuridici), testi con discorso mediamente vincolanti (testi espositivi, educativi, divulgativi) e testi con discorso poco vincolante (testi letterari prosastici e poetici). In sostanza il testo giuridico si presenta come un tipo di scrittura molto vincolante, dove sono robuste le restrizioni alle interpretazioni e la strutturazione linguistica, sia da un punto di vista formale che funzionale, risponde a stabili e precisi schemi altamente codificati, ciò in quanto ella scala di vincolatività dei testi, quelli giuridico-normativi si trovano al vertice in ragione degli alti compiti civili e istituzionali propri¹⁵.

¹⁴ CAROFIGLIO, G., *La regola dell'equilibrio*, Einaudi, 2014.

¹⁵ VIALE, M., *Quale italiano per le leggi?* pubblicato nella sezione “Lingua Italiana” del sito Treccani.

Di contro, ad esempio, i libri scolastici dei nostri bambini sono considerati testi mediamente vincolanti, perché presentano solo alcune caratteristiche dei testi molto vincolanti: ordine di costruzione rigoroso, accurata suddivisione del testo in unità gerarchiche, frequenza di legamenti sintattici, dichiarazione esplicita di assiomi, principi, ipotesi, assenza di definizioni personali e soggettive, uso di formule, tabelle e grafici, uso di lessico nella sua funzione denotativa.

Ma i testi scolastici sono meno rigidi dei testi giuridici, poiché prevedono: molte ripetizioni e sinonimi, un uso contenuto del lessico specialistico, l'uso di parafrasi, esempi e frasi incidentali e un largo ricorso ad artifici tipografici per la messa in rilievo dei concetti salienti del testo (immagini, illustrazioni, schemi grafici).

4. Accessibilità dei testi

Le prime ricerche sulla accessibilità dei testi scritti nascono intorno agli anni '20 e '30 e si propongono di indagare la comprensibilità di varie tipologie di testi in relazione alle possibilità di lettori diversi. Conseguentemente vengono prodotte numerose *Liste di frequenze di parole* (The Teacher's Word Book, 1921, Basic English, 1923-1934, French word book, 1929, A basic list of spanish words, 1933) e numerosi *Indici di leggibilità*, ovvero formule matematiche per il calcolo della facilità di lettura di un testo (readability), in relazione alla lunghezza delle parole e delle frasi (Indice di Flesch, di Kincaid, di Gunning's Fog).

Sarà il filosofo Paul Grice a dare un enorme contributo all'uso delle parole in un discorso in relazione ai significati di un testo ed alla comunicazione orale e scritta, fissando secondo un *Principio di Cooperazione*, quattro regole fondamentali alla conversazione fra individui: Massima di Quantità: "*Fornisci l'informazione necessaria*".

Massima di Qualità: "*Sii sincero*".

Massima di Relazione: "*Sii pertinente*".

Massima di Modalità: "*Sii chiaro*".

Le quattro regole di Grice sono state completamente ignorate dal nostro legislatore in tema di tortura.

L'[art. 613-bis c.p.](#), recita: "*Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona. Se i fatti al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni. Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure private o limitative di diritti. Se dai fatti di cui al primo comma deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate; se ne deriva una lesione personale grave sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà. Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo*". La lettura dell'articolo lascia un senso di fra-stornamento, la norma risulta nebulosa, opaca e Tullio Padovani arriva a definirla: "*La Convenzione internazionale contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 10 dicembre 1984, entrata in vigore per l'Italia l'11 febbraio 1985, impone (art. 4) ad ogni Stato-parte di vigilare «affinché tutti gli atti di tortura vengano considerati quali trasgressione nei confronti del suo diritto penale» e di rendere «tali trasgressioni passibili di pene adeguate che tengano conto della loro gravità»*". Il nostro – si sa – è un paese ad alto tasso di ponderazione, lesto nel

promettere e cauto nel mantenere, pronto all'impegno e riluttante all'adempimento: tanto riflessivo da risultare meditabondo. Più di ventott'anni son trascorsi, ed alla fine, il patrio legislatore, dopo un andirivieni mortificante tra legislature ed esami parlamentari, ha inteso rendere ossequio e prestare osservanza all'obbligo internazionale assunto prima ancora della caduta del muro di Berlino. Meglio tardi che mai, verrebbe fatto di dire; e così si direbbe in effetti, se ci si limitasse alla lettura della rubrica dell'art. 613-bis c.p. introdotto dall'art. 1, c.1, l. 14 luglio 2017, n. 110: un icastico «Tortura». Ma la lettura del testo induce ad un più desolato giudizio: meglio mai. Meglio il bollo della vergogna per lo sconcio inadempimento, che la vergogna di un adempimento apparente, ipocrita nella forma, dissennato nei contenuti, miserando nella finalità. La lista delle improntitudini è tanto lunga che ad esporla in tutti i punti col dovuto rigore serve un saggio, se non una monografia: le fattispecie 'capovolte' che sono, in qualche modo, il simmetrico contrario di principi, regole, norme su cui si erge il sistema, lo evocano, scuotendolo in ogni sua parte; sì che su di esse dovrebbe riversarsi la reazione del sistema tutto, così come, in presenza di una cellula cancerosa, si mobilita, per eliminare l'intrusa pericolosa, l'intero sistema immunitario: quando è efficiente, però; altrimenti è il cancro che si sviluppa»¹⁶.

A proposito di opacità e vaghezza come vogliamo definire gli esempi relativi alla legittimazione del concorso esterno in associazione mafiosa o quando la giurisprudenza della Cassazione ha creato la "mafia silente" e definizioni quanto mai vaghe e sfuggenti "organizzazioni inerti" o "riscontro di un clima di assoggettamento all'interno di uno o più contesti di vita sociale". Quando il legislatore eleva a 22 anni e sei mesi di reclusione la pena massima per l'ipotesi aggravata del delitto di scambio elettorale politico-mafioso (cioè ad un livello prossimo alla pena per

l'omicidio), questo cambiamento nella piramide valoriale dei beni considerati primari ai fini della tutela penale è stato spiegato con chiarezza e sincerità ai cittadini?

In Italia, nel 1987 un gruppo di linguisti dell'Università La Sapienza di Roma si riunisce attorno a Tullio De Mauro per costituire il GULP (Gruppo Universitario Linguistico Pedagogico), che studia la comprensibilità di un corpus di testi in diversi lettori. Nasce l'indice *GULPEASE* che considera: la leggibilità di un testo rispetto al livello di scolarizzazione del lettore e il numero di lettere per parola e il numero di parole per frase.

I lettori con istruzione elementare leggono facilmente i testi che presentano un indice superiore a 80.

I lettori che hanno un'istruzione media leggono facilmente i testi che presentano un indice superiore a 60.

I lettori che hanno un'istruzione superiore leggono facilmente i testi che presentano un indice superiore a 40.

Così, ad esempio, l'ordinamento scolastico prevede che un testo scolastico dovrebbe avere un indice Gulpease di valore numerico superiore a 60, per garantirne una buona leggibilità.

Intanto, nasce anche il Vocabolario di base della lingua italiana (VdB) di De Mauro (1980) che valuta la complessità lessicale di un testo. Comprende oltre 7000 parole suddivise in vocabolario Fondamentale (2000 parole), vocabolario di alto uso (2750 ca.), vocabolario di alta disponibilità (2300 ca.).

Sappiamo che l'accessibilità dei testi dipende in gran parte da due aspetti: la **leggibilità** e la **comprensibilità**.

La leggibilità si riferisce agli aspetti formali, prettamente linguistici del testo: il lessico, la morfologia, la sintassi. Dipende dalla struttura delle frasi, dalla loro lunghezza e da quella delle parole che le compongono, cioè dipende da fattori quantitativi ed è pertanto

¹⁶ PADOVANI, T., *Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *Criminalia* 2016, Edizioni ETS, pp. 27 e ss.

misurabile, consentendo di confrontare la leggibilità di testi differenti.

La comprensibilità si riferisce alle caratteristiche funzionali e linguistiche dei contenuti ed alla organizzazione logico-contestuale delle informazioni. Dipende dai criteri di scrittura e di riscrittura dei testi, dalla scelta dei contenuti e dalla loro presentazione in unità informative coerenti. Risente della vicinanza o meno dei contenuti alle conoscenze del lettore.

La comprensibilità non è misurabile e un testo si considera comprensibile quando:

- è ben tematizzato, quando cioè tema centrale e informazioni di ampliamento sono ben collegati
- non è troppo denso sotto il profilo informativo
- le inferenze sono adeguate alle conoscenze dei lettori
- le intenzioni comunicative sono ben segnalate. (Zambelli 2014)

Un contributo fondante viene offerto dai principi della *scrittura controllata*.

Affinché un materiale sia facile da leggere occorre scriverlo in modo semplice e chiaro.

Chiamata anche *Easy to read, plane writing*, scrittura piana, scrittura semplice, la scrittura controllata promuove il diritto alla informazione per tutti. È un tipo di scrittura facilmente leggibile anche da persone con problemi cognitivi, di lingua diversa, da persone con un basso titolo di studio.

Essa si muove dall'assunto che leggere ed informarsi sia un diritto inconfutabile e che per poter essere dei buoni cittadini, ma anche per sapersi orientare nell'amministrazione, abbiamo bisogno che questo diritto venga rispettato.

Ma a che punto siamo con la lingua del diritto?

La scarsa accessibilità della lingua del diritto è stata spesso oggetto di critiche mosse da

prospettive diverse (i giuristi stessi, i linguisti, e soprattutto i cittadini comuni)¹⁷.

Nella direzione di una semplificazione dei testi giuridici, in alcuni paesi europei sono stati raggiunti alcuni risultati concreti già da molti anni.

Un esempio su tutti è quello della Svezia, che già dagli anni Settanta ha istituito la figura del "tutore della lingua", un esperto di questioni linguistiche e di aspetti della semplificazione che affianca i tecnici delle materie da legiferare e partecipa alle riunioni del Consiglio dei Ministri, nella direzione di vigilare sulla comprensibilità dei testi e delle proposte di legge finali.

Anche negli Stati Uniti il problema della accessibilità dei testi scritti è in evidenza da più di un secolo: 29 stati hanno firmato il "*Plan Language Act*", una "*Legge sul parlar chiaro*" che impone alle aziende di scrivere con linguaggio chiaro e comprensibile qualsiasi tipo di messaggio.

Questa normativa stabilisce di usare come criterio di leggibilità il sopradetto indice di Flesch: tutti i documenti pubblici devono avere un indice di leggibilità non inferiore a 45.

L'accessibilità e la comprensione del linguaggio istituzionale sono prese molto sul serio negli Stati Uniti. Nel 2010 il presidente Obama ha firmato il Plain Writing Act, in cui si ribadisce l'obbligo per le agenzie governative, di esprimersi in una lingua comprensibile a tutti.

In Italia il dibattito in materia di miglioramento dell'accessibilità di testi giuridici sembra essere più impegnativo ma a partire dagli anni Novanta la consapevolezza per una maggiore attenzione alla redazione di testi giuridici scritti in un linguaggio chiaro e comprensibile sta determinando lo sviluppo di un dibattito che vede al centro il legislatore, il quale all'atto di creare la norma debba tener conto del modo in cui viene espressa e ricevuta.

¹⁷ SABATINI, F., *Analisi del linguaggio giuridico. Il testo normativo in una tipologia generale dei testi*, in

D'ANTONIO, M., (a cura di) *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, Padova 1990, pp. 675-724.

Una sentenza (n. 364 del 23 marzo 1988) della Corte Costituzionale ammette che il cittadino possa ignorare la legge se formulata in modo incomprensibile.

La sentenza merita di essere letta per intero e pur con tutti i limiti al tema del presente scritto si riporta uno stralcio della stessa: “... a questo proposito, sottolineato che non è stato sufficientemente posto l'accento sulla diversità di due accezioni del termine colpevolezza. La prima, tradizionale, fa riferimento ai requisiti subiettivi della fattispecie penalmente rilevante (ed eventualmente anche alla valutazione di tali requisiti ed alla rimproverabilità del soggetto agente); la seconda, fuori dalla sistematica degli elementi del reato, denota il principio costituzionale, garantista (relativo alla personalità dell'illecito penale, ai presupposti della responsabilità penale personale ecc.) in base al quale si pone un limite alla discrezionalità del legislatore ordinario nell'incriminazione dei fatti penalmente sanzionabili, nel senso che vengono costituzionalmente indicati i necessari requisiti subiettivi minimi d'imputazione senza la previsione dei quali il fatto non può legittimamente essere sottoposto a pena. Qui si userà il termine colpevolezza soprattutto in quest'ultima accezione mentre lo stesso termine, all'infuori della prospettiva costituzionale (nell'impossibilità di ritenere “costituzionalizzata”, come si preciserà fra breve, una delle tante concezioni della colpevolezza proposte dalla dottrina) verrà riferito al vigente sistema ordinario di cui agli artt. 42, 43, 47, 59 ecc. c.p.: questo sistema verrà, infatti, posto in raffronto con l'art. 27, primo e terzo comma e con i fondamentali principi dell'intera Costituzione, al fine di chiarire come l'art. 5 c.p., incidendo negativamente sul sistema ordinario della colpevolezza (attraverso l'esclusione d'ogni rilievo della conoscenza della legge penale) fa sì che lo stesso sistema non si riveli adeguato alle direttive costituzionali in tema di requisiti subiettivi minimi d'imputazione.

Va, a questo punto, precisato, per quanto, forse, superfluo, che la colpevolezza costituzionalmente richiesta, come avvertito dalla

più recente dottrina penalistica, non costituisce elemento tale da poter esser, a discrezione del legislatore, condizionato, scambiato, sostituito con altri o paradossalmente eliminato. Limpidamente testimonia ciò la stessa recente, particolare accentuazione della funzione di garanzia (limite al potere statale di punire) che le moderne concezioni sulla pena attribuiscono alla colpevolezza. Sia nella concezione che considera quest'ultima “fondamento”, titolo giustificativo dell'intervento punitivo dello Stato sia nella concezione che ne accentua particolarmente la sua funzione di limite allo stesso intervento (garanzia del singolo e del funzionamento del sistema) inalterato permane il “valore” della colpevolezza, la sua insostituibilità.

Per precisare ancor meglio l'indispensabilità della colpevolezza quale attuazione, nel sistema ordinario, delle direttive contenute nel sistema costituzionale vale ricordare non solo che tal sistema pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata) ma anche che lo stesso sistema, allo scopo d'attuare compiutamente la funzione di garanzia assoluta dal principio di legalità, ritiene indispensabile fondare la responsabilità penale su “congrui” elementi subiettivi. La strutturale “ambiguità” della tecnica penalistica conduce il diritto penale ad essere insieme titolo idoneo d'intervento contro la criminalità e garanzia dei c.d. destinatari della legge penale. **Nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento. Il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti**

realizzati nella “non colpevole” e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto”.

5. Buone prassi per la redazione della norma

Dunque, per quanto sia innegabile che la lingua giuridica ed i testi ad essa correlata presentino vincoli e formalismi insormontabili per complessità, settorialità ed eterogeneità dei contenuti trasmessi, appare attualmente consolidata la **necessità di migliorarne la comprensibilità in relazione al vasto pubblico**, quanto mai eterogeneo cui ci si rivolge.

Comprensibilità che deriva direttamente dall'intelligibilità della scrittura della norma e dalla sua chiarezza e accessibilità a tutti i cittadini e dal rispetto delle regole di struttura della norma¹⁸.

Scrivono Bice Mortata Garavelli: *“Per quanto riguarda la struttura delle norme, una delle regole principali che governano la stesura delle leggi fa un riferimento esplicito alla distribuzione delle parti costitutive”*, che sono la fattispecie e il comando.

Secondo Cassese: *“bisogna determinare il caso presupposto poi dettare le conseguenze. In Italia, nella maggior parte delle norme, la prima parte non è ben definita”*, perché *“l’attenzione è concentrata sulla seconda parte; non ci si rende conto che la definizione fa parte anch’essa della norma, perché questa non consiste soltanto nella prescrizione, ma anche nella definizione dell’area a cui la prescrizione si applica”*¹⁹.

In questo breve scritto abbiamo rappresentato la situazione di evidente “degrado” nelle tecniche redazionali delle norme che le rendono incomprensibili ai più.

La situazione sembra incancrenita nonostante proclami di semplificazione che sono previsti dalla legge n. 69 del 18 giugno 2009. Abbondano anche raccomandazioni, decreti, manuali che prevedono indicazioni, regole e suggerimenti su come redigere testi e

sentenze. In Cassazione il Presidente della Corte Giovanni Canzio il 28 aprile del 2016 ha emesso un decreto *“sulla motivazione semplificata di sentenze penal”*.

Tutto ciò è encomiabile ma non può bastare per modificare una sedimentazione verbosa di stili paludati ed incomprensibili, come argutamente scrive Nicola Triggiani: *“D'altronde, se, come poc'anzi sottolineato, non è verosimile che lo stile delle sentenze possa mutare “per decreto”, è altrettanto improbabile che possa mutare spontaneamente. È necessario, quindi, incidere alla radice del fenomeno, intervenendo sulla formazione linguistica degli studenti dei corsi di laurea magistrale in «Giurisprudenza».*

In effetti, se si analizzano la struttura e l'articolazione di tali corsi, ci si rende conto che essi sono pervicacemente ancorati all'oralità: sono rarissimi i casi in cui gli studenti vengono chiamati a redigere un testo scritto; anche gli esami si svolgono nella forma del colloquio orale. Sembra paradossale, ma nonostante agli operatori del diritto sia richiesta una competenza linguistica elevata e variegata, non è assolutamente prevista una formazione specifica e mirata alla redazione di atti e provvedimenti giudiziari. D'altra parte, molti sostengono che l'Università non debba avere una funzione professionalizzante, avendo come obiettivo soprattutto la formazione culturale in senso ampio dello studente. Questa impostazione potrebbe essere condivisibile, se ci fosse, però, poi un momento di raccordo in cui il laureato in giurisprudenza, che si affaccia al mondo delle professioni legali, venga avviato a redigere correttamente, in forma chiara e comprensibile per la maggior parte delle persone, atti e provvedimenti. In realtà questo momento non sussiste, né per gli aspiranti avvocati, né per gli aspiranti magistrati: nell'ambito delle Scuole di Specializzazione per le Professioni Legali, ad esempio, l'approfondimento finora si è concentrato

¹⁸ BRUNATO, D., VENTURI, G., *Le tecnologie linguistico-computazionali nella misura della leggibilità di testi giuridici*, *Informatica e diritto*, XL annata, Vol. XXIII, 2014, n. 1.

¹⁹ CASSESE, S., *Introduzione allo studio della norma*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, N. 2.

soprattutto su “cosa” scrivere per il superamento dell’esame di abilitazione forense o per il concorso di accesso alla magistratura – ovvero sulle novità legislative e giurisprudenziali – e non su “come” scrivere. Insomma, durante il periodo degli studi universitari eventuali iniziative volte a far apprendere le abilità legali e le tecniche di redazione degli atti sono affidate alle scelte autonome dei singoli corsi di laurea – nei pochi spazi lasciati liberi nella griglia ministeriale degli insegnamenti curriculari – e soprattutto alla buona volontà dei singoli docenti, spesso sollecitati in tale direzione dagli stessi studenti. Dopo la laurea, tutto è lasciato alla pratica negli studi legali, ai corsi di formazione organizzati dalle scuole degli ordini professionali o delle associazioni forensi e, ancora, al tirocinio formativo presso gli uffici giudiziari. L’assenza di una formazione linguistica istituzionale genera una conseguenza importante: la tendenziale aderenza alla ripetizione inerziale di modelli e moduli linguistici “sbagliati”, ma ormai consolidati dalla tradizione. Il risultato è che aspiranti avvocati e magistrati imparano a scrivere atti e provvedimenti in uno stile paludato, verboso, oscuro, ricco di latinismi, di frasi fatte, di pseudotecnicismi e, soprattutto, di tante parole ed espressioni assolutamente superflue e inutili”²⁰.

Nel campo dell’insegnamento giuridico, l’Università di Pavia ha avvertito la necessità di istituire nel 2017 un Master universitario di primo livello, a docenza congiunta, dal titolo “La lingua del diritto. Comprensione, elaborazione e applicazioni professionali”.

Al centro delle attività di redazione il Master metterà proprio la chiarezza degli atti giuridici e quindi la funzione comunicativa delle norme verso i cittadini, un aspetto centrale per la democraticità degli ordinamenti contemporanei caratterizzati da molteplici livelli di produzione normativa. Nell’era infatti della digitalizzazione, migliorare l’accesso all’informazione

dei testi legislativi sta diventato una questione fondamentale.

L’Unione europea ha posto tra i suoi obiettivi più ambiziosi quello di provvedere ad una «*smart, sustainable and inclusive growth*» grazie alla quale l’informazione sia facilmente accessibile, lo scopo è quello “di mettere a punto metodi per ridurre le inutili complessità create dalle burocrazie di tutta Europa, complessità che non fanno altro che rallentare lo sviluppo nazionale e internazionale. Al contrario, attività di semplificazione burocratico-legislativa consentirebbero agli Stati, e ai privati, di risparmiare tempo, impegno e risorse finanziarie”²¹.

6. Una riflessione conclusiva: linguaggio e democrazia

Un tema si intravede sul fondo di queste nostre brevi considerazioni ed è quello che riguarda il rapporto tra linguaggio e democrazia.

Nel 1977, in occasione della lezione inaugurale Collège de France, Barthes disse che il linguaggio stesso è una legislazione, di cui la lingua è il codice²².

In termini analoghi, **il linguista Roman Jakobson ha sottolineato come la lingua consenta di realizzare una molteplicità di funzioni: una funzione conoscitiva, di conoscenza degli oggetti del mondo; una funzione emotiva o espressiva, deputata a esprimere il nostro atteggiamento individuale; una funzione conativa, che ci consente di agire sul destinatario delle nostre parole; una funzione fatica, con cui creiamo contatto e relazione con l’altro; una funzione metalinguistica, che parla sul linguaggio stesso; una funzione poetica, cioè funzionale alla creazione**

²⁰ TRIGGIANI, N., *Sentenze penali Italian style*, in *Quaderni del dipartimento Jonico*, N. 6/2017.

²¹ BRUNATO, D., *op. cit.*

²² BARTHES, R., *Lezione inaugurale della cattedra di Semiologia letteraria del Collège de France pronunciata il 7 gennaio 1977*, trad. it., Torino, 1981, p. 9.

mediante parole²³. Si tratta di funzioni che possono essere esercitate solo entro determinati perimetri (la grammatica, il sistema dei fonemi, la sintassi, il lessico, le regole retoriche e argomentative). Dunque, la lingua ci consente di dire, ma in un certo modo.

Non solo: la lingua determina anche la nostra esperienza, perché ci fornisce classificazioni e ripartizioni già pronte, vale a dire un ordine del mondo. Parlando una lingua, confermiamo in fondo la nostra appartenenza a una cultura e a uno stile di vita determinato.

Ecco perché per Barthes nel linguaggio si nasconde il principio primo del potere: perché il potere, che diffuso, è ubiquamente presente “nei più delicati meccanismi dello scambio sociale: non solo nello Stato, nelle classi, nei gruppi, ma anche nelle mode, nelle opinioni comuni, negli spettacoli, nei giochi, negli sport, nelle informazioni, nei rapporti familiari e privati, e persino nelle spinte liberatrici che cercano di contestarlo”²⁴, agisce attraverso la lingua che parliamo. Quando parliamo, lungi dall'essere creatori dei nostri segni linguistici, siamo in realtà condizionati da quel potere che si annida nei nostri discorsi.

Dunque, **se il potere della lingua è un dominio diffuso nel corpo sociale risulta fondamentale per la convivenza civile la trasparenza e la comprensibilità del linguaggio della legge.**

Il motivo potrebbe apparire banale se non fosse spesso dimenticato: la legge è uno dei linguaggi specialistici socialmente più rilevanti, in quanto presiede alla regolamentazione delle manifestazioni e degli aspetti dei

rapporti intersoggettivi, e quindi della nostra vita comune nella polis²⁵.

Dunque le norme sono fondamentali strumenti al fine della convivenza sociale e il linguaggio che le forma deve essere il più possibile accessibile a tutti i cittadini, affinché possano esercitare quel diritto e quel dovere, previsti dalla Costituzione, di verificare l'operato dei rappresentanti in Parlamento, operato che si manifesta nell'attività normativa.

L'esigenza di chiarezza nei testi normativi appare ancora più urgente se consideriamo come, secondo quanto riferito da “Il Sole 24 Ore”, nel 2018 gli italiani classificati come “analfabeti funzionali” sarebbero più del 47% della popolazione (<https://www.infodata-ilssole24ore.com/2018/03/21/anche-tu-un-analfabeta-funzionale/>). Si tratta di coloro che sanno leggere e scrivere ma hanno difficoltà a comprendere testi semplici, come le istruzioni di un elettrodomestico.

Fuori da un modello di chiarezza e di leggibilità (e intelligibilità) il testo normativo rischia di rimanere confinato in una dimensione esoterica, riservata a pochi alfabetizzati e oscura per colui che dovrebbe per primo comprenderlo, cioè il cittadino medio (probabilmente analfabeta funzionale).

Concludiamo il contributo, con un pensiero di Louis Brandeis (avvocato e giurista statunitense, componente della Corte Suprema): **“Se vogliamo che la legge venga rispettata, per prima cosa dobbiamo fare leggi rispettabili”**.

Bibliografia e sitografia

Ainis, M., *Linguisti e giuristi per il miglioramento del linguaggio normativo*, in *Parlamenti regionali*, 12 (2004), pp. 68-74.

Ainis, M., *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 1997. Albanesi, E., *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli 2013.

²³ JAKOBSON, R., *Linguistica e poetica*, in HEILMANN, L., (a cura di), *Saggi di linguistica generale* (1963), trad. it., Milano, 1966, pp. 185-191.

²⁴ BARTHES, R., *op. cit.*

²⁵ OPPENHEIM, F., *Political Concepts. A Reconstruction*, Oxford 1981; CHOMSKY, N., *Language and Politics*, Montréal, 1988; BONATE, L., NESI, N., (a cura di), *Democrazia e diritti nell'opera di Bobbio*, Milano, 2009.

Bailo, F. – Costanzo, P. – Fatta, C., *Genesi e sviluppo del dibattito sulla tecnica legislativa nell'esperienza ordinamentale italiana: l'epoca repubblicana*, in Costanzo, P., (a cura di), *Codice di Drafting*, Libro 1.2., 2008: <http://www.tecnichenormative.it/draft/storia3.pdf>.

Baldini, M., *Elogio dell'oscurità e della chiarezza*, Roma 2004.

Breggia, L., *La semplificazione del linguaggio giuridico*, in Mariani Marini, A., – Bambi, F., (a cura di), *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, Pisa 2013, pp.15-26.

Brugnoli, P., *La lingua giuridica va riformata? Alcune osservazioni linguistiche sul dibattito in corso*, in *Revista de llengua i dret*, 37 (2002), pp. 9-35.

Calvino, I., in Parlàngeli, O., *La nuova questione della lingua*, Brescia 1971 (ora in *Una pietra sopra*, Torino 1980, pp. 122-126).

Carnevale, P., *Diritto, normazione e ambiguità*, in Zaccaria, R., (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Roma 2011, pp. 35-59.

Cassese, S., *Introduzione allo Studio della normazione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, 2 (1992), pp. 307-330.

Catelani, E. – Rossi, E., *L'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e l'analisi tecnico-normativa (ATN)*, Milano 2003.

Cortelazzo, M. A., *È meglio essere chiari e leggibili*, in *Etica*, 10 (2008), pp. 37-45.

De Mauro, T., *Obscura lex sed lex? Riflettendo sul linguaggio giuridico*, in Beccaria, G. L., – Marello, G., (a cura di), *La parola al testo. Scritti per Bice Mortara Garavelli*, Alessandria, 2002, pp. 147-160.

Di Lucia, P., *Nomografia: linguaggio e redazione delle leggi. Contributi al Seminario promosso dalla Banca d'Italia e dalla prima Cattedra di filosofia del diritto dell'Università di Milano, 19 novembre 1991*, Milano, 1995.

Duilio, L., *L'esperienza del Comitato per la legislazione e la cooperazione tra le assemblee legislative*, in Libertini, R., (a cura di), *Il linguaggio e la qualità delle leggi*, Padova 2011, pp. 27-32.

Falcone, E., *La semplificazione del linguaggio amministrativo: alcuni spunti di riflessione sulla direttiva dell'8 maggio 2002*, in *Amministrazione in cammino*, 2003, www.amministrazioneincammino.luiss.it.

Falzea, A., *Drafting legislativo e formazione delle regole giuridiche*, in *Rivista di diritto civile*, 5 (2007), pp. 579-584.

Fortis, D., *Semplificazione del linguaggio amministrativo. Validità e limiti delle linee guida*, in *Rivista Italiana di Comunicazione pubblica*, 6.20 (2004), pp. 48-83.

Franceschini, F. – Gigli, S. (a cura di), *Manuale di scrittura amministrativa*, Roma 2003.

Frosini, T. E., *Il drafting legislativo in Italia e altrove*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 127 (2000), pp. 7-41 (ripubblicato in Id., *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Milano, 2008, pp. 11-60).

Gallinaro, M., *Il linguaggio e il rapporto tra le fonti*, in *Parlamenti regionali*, 12 (2004), pp. 147-148.

Gallo, C. E., *La motivazione dei testi normativi*, in *Parlamenti regionali*, 12 (2004), pp. 166-169.

Gratton G, Guiso L., Michelacci C., Morelli M., *Da Weber a Kafka: l'instabilità politica e la sovrapproduzione delle leggi*.

Lavinio C., *Teoria e didattica dei testi*. Firenze. La Nuova Italia, 1990.

Lesina, R., *Il nuovo manuale di stile. Edizione 2.0. Guida alla redazione di documenti, relazioni, articoli, manuali, tesi di laurea*, Bologna 1994.

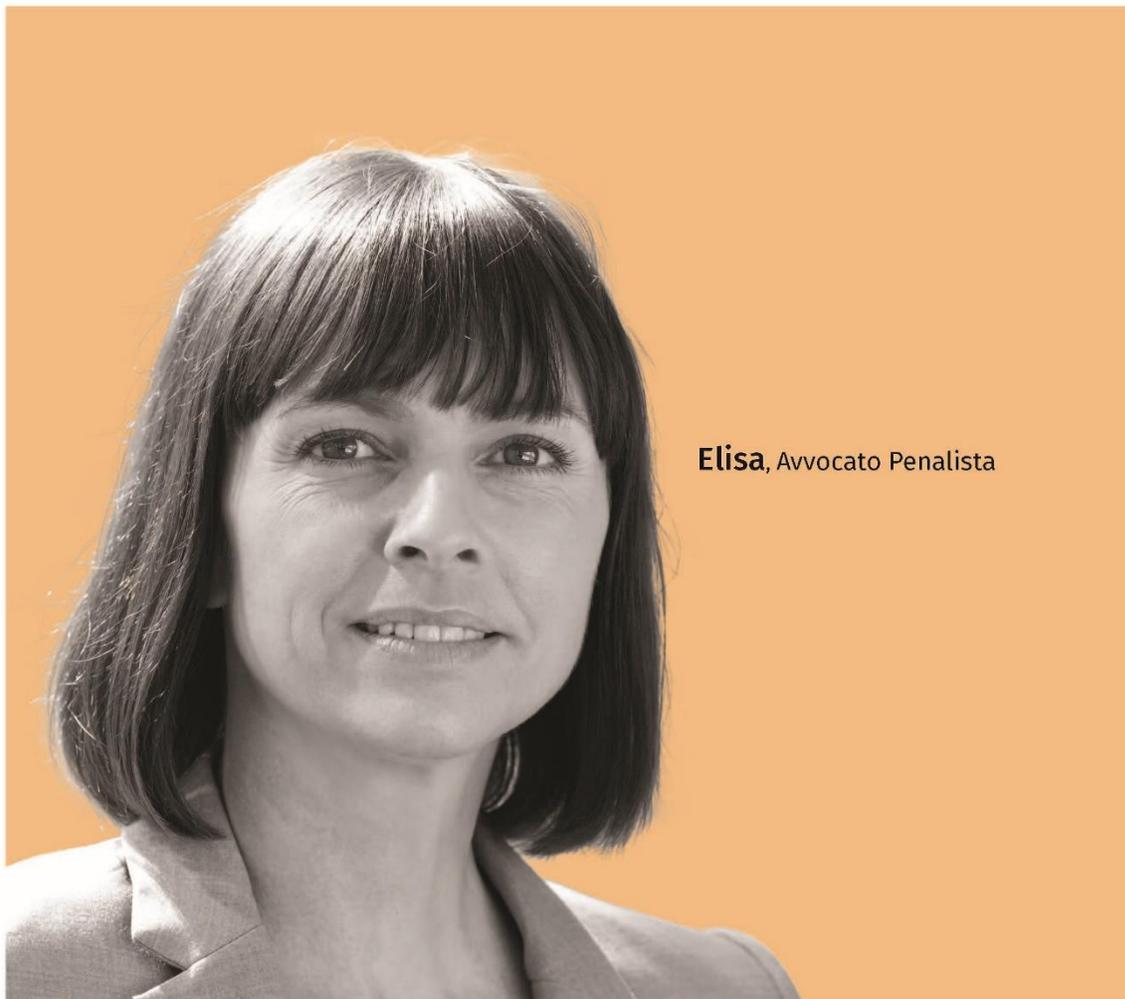
Libertini, R., *L'osservatorio sulla qualità degli atti amministrativi*, in Zaccaria, R., (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, 2011, pp. 151-155.

Lumbelli, L., 1989. *Fenomenologia dello scrivere chiaro*. Roma. Editori Riuniti.

Luzzati C., *La vaghezza delle norme un'analisi sul linguaggio giuridico*, Giuffrè Milano.

Mantovani, D., *Per una mappa concettuale della certezza del diritto: idee romane e contemporanee*, in Bonetti, P., *Le dimensioni della certezza del diritto*, 2016 (c.d.s.).

- Mattarella, B. G., *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna 2011.
- Mortara Garavelli, B., *Rigore specialistico e chiarezza del linguaggio*, in *Parlamenti regionali*, 12 (2004), pp. 149-156.
- Pagano, R., *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2003.
- Pallotti G., Piemontese, M.E., *Introduzione* in Pallotti, G., (a cura di), *Scrivere per comunicare*, Milano, Bompiani, 2001.
- Pallotti G., *Favorire la comprensione dei testi scritti* in *LEND*, 3, 2000, e *Scrivere per comunicare*, Milano, Bompiani, 2001.
- Perchinunno, R., *Il drafting legislativo: il linguaggio, le fonti, l'interpretazione: del modo di fare le leggi e dei suoi effetti*, Napoli, 2007.
- Piemontese, M. E., *Capire e farsi capire. Teorie e tecniche della scrittura controllata*, Napoli 1996. STUDI E RICERCHE 46.
- Piemontese, M. E., *Sciogliere il nodo del linguaggio giuridico*, in *Lingua Italiana Treccani.it*, online.
- Rescigno, G. U., *Tecnica legislativa*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXX, Roma 1993.
- Rescigno, G. U., *Tecnica giuridica e comunicazione nel processo legislativo*, in *Parlamenti*.
- Rovero, M., *Assemblee ed esecutivi alleati per il linguaggio semplice*, in *Parlamenti regionali*, 12 (2004), pp. 82-84.
- Tafani, L., (a cura di), *Better regulation for better results. Momenti, soggetti e obiettivi delle politiche europee per la qualità della regolamentazione*, Senato della Repubblica – Servizio per la qualità degli atti normativi, Roma 2015.
- Tarli Barbieri, G., *Linguaggio e tecnica normativa: il sistema delle fonti*, in *Parlamenti regionali*, 12 (2004), pp. 132-142.
- Zaccaria, R., (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia 2011, pp. 317-362, <http://www.tecnichenormative.it/testoFDL.pdf>.
- Zaccaria, R. *La buona scrittura e la qualità delle leggi*, in Zaccaria, R., (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, 2011, pp. 9-19.
- Zanda, L., *Buona scrittura delle leggi e crisi del Parlamento*, in Zaccaria, R., (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, 2011, pp. 87-95.
- Zanetti M.A. e Miazza D., *La comprensione del testo*, Carocci, Roma, 2004.
- Zanini, M. *Per riqualificare la tecnica legislativa*, in *Parlamenti regionali*, 12 (2004), pp. 85-88.



Elisa, Avvocato Penalista



MASSIMA QUALITÀ DEL LAVORO

Per distinguersi si deve esprimere sempre la massima qualità.

One LEGALE nasce per questo.

La nuova soluzione digitale di Wolters Kluwer offre i migliori contenuti di sempre: tutta la giurisprudenza, normativa vigente, codici commentati e contributi dottrinari autorevoli, facilmente accessibili attraverso un efficiente sistema di ricerca.

Perché migliorare la qualità di ogni fase del lavoro fa grande la differenza.

Scopri di più su one.it/legale

One|LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA

GRAN BAZAR

I bazar sono tra i luoghi simbolo dell'incrocio umano: gente che chiede, che offre, che guarda, merci che scintillano sui banchi, voci e urla che si confondono tra loro. Percorsi Penali, che è nata curiosa e così vorrebbe rimanere nel tempo, desidera dare un'occhiata al Gran Bazar del diritto, lì dove si offrono le norme che regolano la vita della comunità, agiscono gli intermediari che le decrittano e le applicano e si muovono tutti gli altri, quelli ai quali la merce è offerta.

Dato un senso al titolo di questo spazio, resta solo da dire che in esso i lettori non troveranno riflessioni strutturate, correttamente sequenziate e dominate dalla razionalità. Questo sarà piuttosto il luogo di pensieri veloci, liberi da costrizioni formali e stilistiche, fondati su percezioni immediate e a fior di pelle. Saranno pensieri rivolti a ciò che accade qui e ora, alla merce che si vende adesso nel Gran Bazar, e serviranno soltanto a dire a chi ci legge se questa merce ci piace oppure no.

Pre-giudizi veneziani

*Nelle corti superiori si può fare sfoggio della propria eloquenza, della propria scienza, della propria voce e della propria abilità: quattro mezzi ugualmente necessari affinché un avvocato, a Venezia, sia di primo rango
C. Goldoni, Memorie, Libro I, cap. XXIV*

di [Vincenzo Giglio](#) e [Riccardo Radi](#)

Venezia, una città sospesa che regala emozioni e sorprese. Nel luglio di quest'anno in un'afosa giornata tra calli assolate e deserte comincia una strana storia: un avvocato riceve una PEC dagli uffici della cancelleria della Corte d'appello lagunare ed ecco che ...

I fatti

È l'8 luglio 2020.

L'Unione delle camere penali del Veneto invia una nota ai capi degli uffici giudiziari di vertice del distretto di Venezia¹.

La nota segnala insolite circostanze avvenute due giorni prima nel corso di un'udienza tenuta dinanzi alla prima sezione penale della Corte di appello di Venezia.

Un difensore afferma di **avere ricevuto tre giorni prima via PEC la sentenza del processo in cui esercita la sua funzione difensiva** e precisa che si tratta di una decisione di rigetto dell'appello proposto nell'interesse del suo assistito.

Ad altri difensori vengono consegnate copie delle relazioni predisposte dal consigliere relatore che tuttavia, anziché limitarsi a una riassunzione dei motivi di appello, assumono la forma di una vera e propria sentenza completa di dispositivo e motivazione.

Il presidente della Corte di appello, primo destinatario della nota, si attiva rapidamente e chiede e ottiene dal presidente della prima sezione penale i verbali di udienza e la documentazione allegata dei giudizi ai quali è riferita la segnalazione dell'organismo forense².

Il capo della Corte risponde infine all'Unione delle camere penali venete trasmettendole il medesimo materiale ricevuto.

Dall'esame dei citati verbali³ si ricava che l'anomalia segnalata dall'Unione ha riguardato sette procedimenti penali, tutti pendenti da molti anni sul ruolo della prima sezione penale (i più recenti risalgono al 2011).

¹ Il documento è allegato allo scritto come DOC 1.

² La nota di risposta è allegata allo scritto come DOC 2.

³ Uno di essi, in forma totalmente anonimizzata, è allegato a questo scritto a mo' di campione come DOC 3.

Risulta confermato che in uno dei procedimenti (identificato dal n. 3423/2010 R. G. Appello) **il difensore ha ricevuto prima dell'udienza, via PEC, un documento quasi interamente assimilabile ad una sentenza, fatta eccezione per l'assenza di sottoscrizione del presidente del collegio e dell'estensore.**

È ugualmente confermato che in tutti gli altri sei procedimenti la relazione scritta predisposta dal relatore ha la forma di una sentenza.

Emerge inoltre che in tutte le cosiddette “relazioni” il collegio decidente assegna al relatore un termine di 60 giorni per il deposito della motivazione benché questa sia già contenuta interamente o quasi negli atti predisposti dal relatore.

Risulta infine che tutti i procedimenti interessati sono stati rinviati preliminarmente all'udienza del 21 gennaio 2021 all'esplicito scopo di sostituire il relatore poiché, avendo costui espresso “*elementi di valutazione anticipatori della decisione*”, la sua presenza nel collegio che deciderà i giudizi interessati è diventata inopportuna.

Le parole

Nella sua nota di risposta alla segnalazione dell'Unione, il presidente della Corte di appello assimila le relazioni “incriminate” a “*un progetto di schema di deliberazione che il relatore avrebbe eventualmente potuto sottoporre alla consueta discussione in camera di consiglio, in esito alla discussione in aula*”.

In una missiva inviata al quotidiano locale Il Gazzettino, lo stesso presidente aggiunge: “*Nessuna sentenza già scritta, ma una semplice bozza di ipotesi di decisione, predisposta dal giudice relatore sulla base di uno schema predisposto dal CSM e consentito dalla Cassazione*”⁴.

Dichiarazioni di uguale tenore sono state rese da uno dei presidenti di sezione della Corte lagunare il quale ha affermato che le motivazioni pre-compilate “*non si sottrarrebbero al ripensamento collegiale ma contribuirebbero, se condivise, ad implementare l'efficienza produttiva della Corte*”⁵.

Di segno totalmente opposto l'opinione dell'Unione delle camere penali italiane, sintetizzata così dal suo presidente nazionale⁶: “*Quelle trasmesse per errore ai difensori sono sentenze scritte e definite in ogni dettaglio, e sono quelle che riceveranno al cento per cento il timbro definitivo del depositato in cancelleria. Punto. [...] Alla corte: qui il problema è accertare ora in quale misura quel “metodo” appartenga anche ad altre Corti di Appello. Da tempo la Magistratura italiana spinge per ridurre l'appello ad un processo scritto. Ogni proposta è legittima, e non ci siamo mai sottratti al confronto di idee sulla necessità di risolvere la cronica inefficienza del nostro processo penale, purché si ripristini senza equivoci una inderogabile regola democratica: le riforme le decide il Parlamento, non se le scrive per proprio conto la Magistratura, ora con interpretazioni creative delle norme, ora addirittura con circolari o – peggio ancora – prassi organizzative degli uffici. Questa vicenda veneziana è l'occasione imperdibile per fare chiarezza su questo punto. La sovranità legislativa è del Parlamento, la Magistratura si limiti a rispettare e ad applicare le leggi, anche quelle che non le piacciono e che non condivide. Ancora una volta, è in gioco l'equilibrio tra poteri dello Stato. Quanto all'efficientismo, la Magistratura italiana farebbe bene a riflettere approfonditamente sulla disastrosa paralisi degli Uffici Giudiziari che amministra, invece di trastullarsi in micidiali “metodi” di organizzazione della giurisdizione che letteralmente sovvertono la forza vincolante delle leggi, cioè la essenza stessa della nostra vita democratica*”.

⁴ La notizia è tratta da *Venezia, sentenze copia e incolla scritte prima delle udienze: i penalisti chiedono un'ispezione*, Il Dubbio News, edizione del 15 luglio 2020, reperibile a questo [link](#).

⁵ Le dichiarazioni in questione sono riportate da P. Mecarozzi, in *Lo scandalo della Corte d'Appello di Venezia è la prova della deriva autoritaria della magistratura*, L'Inkiesta.it., 23 luglio 2020, reperibile a questo [link](#).

⁶ Il testo virgolettato è stato postato il 14 agosto 2020 su Facebook dall'avvocato Giandomenico Caiazza, presidente dell'UCPI, ed è verificabile a questo [link](#).

Le opinioni

Solo innocenti e niente affatto impegnativi schemi preliminari?

Può essere, tutto può essere.

Ma se così fosse non si comprenderebbe perché tutti i procedimenti penali ai quali si riferiscono quegli schemi sono stati rinviati preliminarmente dal collegio d'udienza sul presupposto di un comportamento inusuale del relatore che ha espresso valutazioni impegnative nel merito prima e al di fuori della sede fisiologica, né si capirebbe perché quel comportamento è stato giudicato così grave da rendere opportuna una parziale modifica del collegio, con la rimozione del relatore originario e la sua sostituzione con altro giudice.

Collegi pronti a ribaltare le decisioni proposte dal relatore?

Anche questo è possibile ma non si dovrebbe sottovalutare la formidabile forza inerziale delle scelte già fatte e la fisiologica difficoltà degli esseri umani ad ammettere gli errori e correggerli.

La pre-compilazione delle sentenze fa sì che un ambito di dibattito libero, come deve essere la camera di consiglio, corra il rischio di diventare il suo contrario, una sede di ratifica di decisioni raggiunte e giustificate prima.

Schemi avallati dal Consiglio superiore della Magistratura e approvati dalla Corte di Cassazione?

Non sembrerebbe proprio.

È certamente vero che il CSM, di comune intesa con il CNF (Consiglio nazionale forense), ha emanato linee guida in materia di esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti⁷, ma non ha mai avallato la stesura anticipata di sentenze complete di dispositivo e motivazione redatte addirittura prima dell'inizio del giudizio di appello né ha mai autorizzato il loro redattore ad indicare un termine di deposito della motivazione superiore a quello ordinario sul falso presupposto di una motivazione ancora da scrivere.

È ugualmente vero che anche la Corte di Cassazione e il CNF hanno stipulato protocolli sulla redazione di atti⁸ ma ancora una volta non si vede a quale potere o funzione o indirizzo interpretativo la nostra Corte suprema potrebbe attingere per avallare la decisione di cause prima del loro svolgimento.

Comportamenti isolati o prassi diffuse?

In questo scritto si discute di un caso circoscritto.

Un certo giudice in occasione di una certa udienza ha tenuto un certo comportamento.

Si tratta di un giudice senza responsabilità direttive, non legittimato pertanto ad adottare soluzioni organizzative che vadano oltre il suo personale carico di lavoro.

Si prospettano di conseguenza due possibili alternative: che quanto è successo all'udienza del 6 luglio 2020 sia frutto di un'iniziativa solitaria, di un personale metodo di lavoro di quel giudice; che sia invece frutto di una prassi coerente a indicazioni impartite o suggerite da altri giudici cui spetta adottare soluzioni organizzative per ambiti funzionali più vasti o, addirittura, così diffusa da non richiedere alcun concerto con chicchessia.

Il complesso degli elementi di cui si dispone consente o meglio impone di accordare preferenza alla seconda opzione.

Ci si riferisce alle dichiarazioni dei magistrati cui spetta, secondo il rispettivo ruolo funzionale, la vigilanza e l'organizzazione del lavoro del relatore di cui è parlato.

Entrambi hanno di fatto avallato la legittimità del suo operato e ne hanno riconosciuto la coerenza a uno schema comportamentale che sarebbe stato indicato come idoneo dall'organo di autogoverno della magistratura e dall'organo giurisdizionale di vertice.

⁷ I documenti in questione sono consultabili a questo [link](#).

⁸ Si consulti il protocollo sulla redazione dei ricorsi nella materia penale a questo [link](#).

È chiaro allora che entrambi sono consapevoli di quello schema e ne agevolano la diffusione o quantomeno non la ostacolano.

Si può contare su argini istituzionali?

Non sembra, non al momento. Nell'immediatezza della vicenda e del suo clamore mediatico è sembrato che intendessero muoversi secondo le rispettive attribuzioni sia il Ministero della Giustizia che il CSM.

Allo stato, tuttavia, non si ha notizia di alcun evento significativo conseguenziale ad un qualche intervento dei due organi.

Hanno prodotto maggiore efficienza le sentenze pre-compilate?

No, per nulla.

Procedimenti già autonomamente decrepiti con imputazioni da tempo estinte per prescrizione sono stati rinviati di sei mesi.

Hanno migliorato i rapporti con l'Avvocatura?

Non si direbbe proprio.

Hanno prodotto al contrario una diffusa indignazione e alimentato il timore che si stia progressivamente svuotando di significato la funzione delle impugnazioni e il principio del contraddittorio.

Hanno migliorato la reputazione della Magistratura?

Neanche questo si direbbe.

Eventi del genere sembrano fatti apposta, al contrario, per aumentare la sfiducia verso l'ordine giudiziario e la sua capacità di interpretare in senso costituzionalmente orientato il suo altissimo ruolo.

È efficienza quella di cui si parla?

No, è solo la sua scadente imitazione, l'efficientismo. È sciatteria laddove occorrerebbe cura, è indifferenza al destino di esseri umani laddove ci vorrebbero attenzione e scrupolo.

È la negazione dell'impegno che bisogna associare alla giustizia.

Per finire

Chiudiamo con due pensieri che riportano entrambi al teatro.

Ricordiamo la piacevole pièce *"Camera di consiglio"* scritta dal magistrato veneziano Giancarlo Bagarotto – sicuramente sarà un caso – ove i tre giudici nel ritirarsi nella camera di consiglio dialogano tra di loro⁹.

Presidente: *"Certo; e la decisione richiede del tempo. Bisogna farlo passare"*.

Giudice: (con ironia). *"In modo che la nostra decisione non sembri precostituita"*.

Presidente: *"Proprio per questo non ho fatto anticipazioni prima di ritirarci. Il collegio deciderà qui e adesso se sia necessario proseguire la camera di consiglio..."*.

Pensiamo anche che le speranze del giovane avvocato Carlo Goldoni, fiducioso di potersi mettere in mostra di fronte alla corte superiore con la sola forza del suo intelletto e del suo eloquio, oggi probabilmente rimarrebbero deluse.

[\[Allegato 1: Consiglio dei Presidenti dell'Unione delle Camere Penali del Veneto\]](#)

[\[Allegato 2: Corte d'appello di Venezia\]](#)

[\[Allegato 3: Corte d'appello di Venezia\]](#)

⁹ BAGAROTTO, G., *Camera di consiglio*, Liberilibri, 2003, p. 16.



I Master
sono strutturati in moduli
ACCREDITATI dal CONSIGLIO
NAZIONALE FORENSE e CONSIGLIO
NAZIONALE DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI ED ESPERTI
CONTABILI

Executive Master in Area **FISCALE**

Executive Master in
**DIRITTO TRIBUTARIO
E CONTENZIOSO**

Master Specialistico in
DIRITTO PENALE TRIBUTARIO

In aula a **MILANO - ROMA** e Online in **VIDEO LIVE STREAMING (VLS)**



06.62205420 - infomaster@meliusform.it - www.meliusform.it -    

LA TRIADE DEL GIUDIZIO

È la sezione più classica di ogni rivista giuridica, quella in cui, osservando il sistema relazionale tra le parti del giudizio penale, si riflette sulle norme nella prospettiva di chi le interpreta e le applica. Lo faremo in piena libertà e autonomia, condividendo con i lettori ciò che abbiamo compreso scavando tra le parole delle decisioni per arrivare al loro senso più autentico.

Il delitto di illecita concorrenza con violenza o minaccia:

le Sezioni Unite affermano la natura concorrenziale degli atti lesivi della libertà di impresa

The crime of unlawful competition with violence or threat: the joint sessions state the competition nature of acts harmful to the freedom of enterprise

di [Antonio Tamburrano](#)

ABSTRACT

Lo scritto commenta la recente sentenza n. 13178 del 28 novembre 2019 della Suprema Corte di cassazione a sezioni unite in cui si afferma la natura concorrenziale degli atti costitutivi del delitto di illecita concorrenza con violenza o minaccia ai fini della sussistenza del reato.

The paper is a comment to the recent sentence n. 13178/2019 pronounced by Joined Chambers of the Court of Cassation which states the competitive nature of actions for the crime of unfair competition with violence or threat.

Sommario

1. Premessa
2. La fattispecie di reato. Cenni storici
 - 2.1 L'elemento oggettivo: la controversia giurisprudenziale e il rapporto con le altre figure di reato
 - 2.2 L'elemento soggettivo e l'interesse giuridico tutelato
3. La soluzione della Corte
4. Conclusioni, profili critici e riflessioni a margine

Summary

1. Introduction
2. Constitutive elements of crime. Brief notes
 - 2.1 Objective element: the jurisprudential conflict and the connection with the other crimes
 - 2.2 Subjective element and the legal interest protected
3. The decision of the Court
4. Conclusions, critical points and reflection

1. Premessa

Con la sentenza in epigrafe le Sezioni unite della Corte di cassazione, chiamate a pronunciarsi su rimessione della terza sezione penale, dirimono il contrasto giurisprudenziale su una questione da lungo tempo irrisolta nella giurisprudenza di legittimità circa l'**applicazione**, o più precisamente la natura degli atti costitutivi, **della fattispecie di reato di cui all'art. 513-bis c.p., illecita concorrenza con minaccia o violenza**.

L'oggetto della controversia involgeva il concetto di "**atti di concorrenza**" menzionato dalla norma, in quanto, non essendoci univocità di interpretazione, non era chiaro se per "atti concorrenziali" si facesse riferimento esclusivamente alle c.d. "condotte concorrenziali tipiche", così come descritte dall'[art. 2598 c.c.](#), o se, invece, l'espressione ricomprendesse qualsiasi atto di violenza o minaccia idoneo a ostacolare la regolare dinamica concorrenziale.

Il caso in esame, infatti, vedeva coinvolti due soggetti condannati in primo e secondo grado per i delitti di illecita concorrenza con minaccia o violenza e di lesioni, a seguito di aggressione con calci, pugni e minacce nei confronti di un dipendente di un'impresa concorrente al fine di indurre quest'ultima a ritirarsi, mantenendo l'esclusiva sul territorio.

Tra i motivi di ricorso, la difesa contestava l'erronea applicazione dell'art. 513-bis c.p., sostenendo, nello specifico, che gli atti intimidatori contestati agli imputati non potessero essere qualificati in termini di "atti di concorrenza" ai sensi della norma incriminatrice in questione.

La terza sezione penale, chiamata a pronunciarsi a riguardo, riconosceva la sussistenza di questa dicotomia interpretativa e rimetteva la questione alle Sezioni unite, le quali, fuggendo definitivamente il dubbio, rispondevano al quesito «*se, ai fini della configurabilità del reato di illecita concorrenza con minaccia o violenza, sia necessario il compimento di*

condotte illecite tipicamente concorrenziali o, invece, sia sufficiente il compimento di atti di violenza o minaccia in relazione ai quali la limitazione della concorrenza sia solo la mira teleologica dell'agente»¹.

2. La fattispecie di reato. Cenni storici

Orbene, prima di accingersi al commento della pronuncia in esame, appare opportuna una breve presentazione del reato in contestazione di modo da cogliere più vividamente il contenuto della soluzione pretoria.

Del resto, la fattispecie di cui all'art. 513-bis c.p., nonostante la sua ormai risalente introduzione nell'ordinamento italiano, conservava ancora **profili critici irrisolti** non soltanto sulla natura degli atti integrativi del reato, stanti i confini indefiniti del concetto di "atti concorrenziali", ma anche in merito alla qualificazione dell'elemento soggettivo e in ordine agli interessi giuridici tutelati, oltre ai rapporti con altre figure di reato.

La fattispecie trovava il suo ingresso nell'ordinamento penale italiano con la legge n. 646 del 13 settembre 1982, la c.d. legge Rognoni-La Torre, fortemente voluta dai due firmatari al fine di arginare il dilagante fenomeno mafioso di quegli anni, nonché fautrice del reato di cui all'[art. 416-bis c.p.](#)², per fronteggiare quei comportamenti intimidatori, in uso nella criminalità organizzata mafiosa, volti ad ottenere il controllo economico su un determinato territorio di modo da ottenerne l'egemonia commerciale e produttiva, eliminando il sistema di libera concorrenza.

Difatti, come emerge dai lavori preparatori alla legge, il legislatore era conscio delle specifiche "imprese mafiose", abili a "piazzarsi" nel mercato libero e lecito, sfruttando il vantaggio conseguito attraverso meccanismi illeciti, come, appunto, l'intimidazione e la violenza, con la conseguenza che **la volontà del legislatore era proprio quella di punire «un comportamento tipico mafioso che è quello di scoraggiare con esplosione di**

¹Cass. Pen., Sez. III, ordinanza n. 26870/2019 p. 5

² Si veda in particolare: G. FIANDACA, *Commento all'art. 8 l. 13 settembre 1982, n. 646 (art. 513-bis c.p.)*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 278 e ss.

ordigni, danneggiamenti o con violenza alle persone, la concorrenza»³.

Dunque, se da una parte l'intento del legislatore era palese, dall'altra la lettera della norma non permetteva di individuare chiaramente quali comportamenti fossero di per sé sufficienti a integrare il delitto, generando, così, nell'interprete il dubbio circa l'effettiva applicazione della norma e se nel rispetto ad ogni costo della volontà del legislatore non si ravvisasse in sé un'evidente violazione del principio di legalità.

2.1 L'elemento oggettivo: la controversia giurisprudenziale e il rapporto con le altre figure di reato

L'art. 513-bis c.p. sanziona la condotta di chi compie atti di concorrenza con violenza o minaccia e, secondo l'indirizzo prevalente in dottrina e in giurisprudenza, la fattispecie incriminatrice si struttura come **reato proprio**, stante la condotta del soggetto agente

«nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva, non occorrendo formalmente la qualifica di imprenditore»⁴.

Naturalmente, **la configurabilità del reato è esclusa in relazione ad attività commerciali illecite**, come il traffico di droga, e anche ad attività lecite condotte con metodi illegali⁵; è in ogni caso necessario l'uso della violenza o della minaccia, configurandosi così il delitto, per affermazione costante, come reato **complesso**⁶.

Estremamente controverso, come evidenziato da numerosi autori, sia contestualmente alla novella legislativa sia in tempi recenti⁷, è il concetto di "atti di concorrenza": non avendo stabilito una nozione di atti concorrenziali penalmente rilevanti, il legislatore ha rimesso all'interprete il compito di individuare tra le volute dell'operazione ermeneutica i confini

³ Relazione alla proposta di legge n. 1581 del 31 marzo 1980 sul sito www.camera.it

⁴ Cfr. T. PADOVANI, *Codice penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2019, p. 3426. Sul punto, comunque, A. ALESSANDRI, *Concorrenza illecita con minacce o violenza*, in *Digesto discipline penalistiche*, Utet, Torino, vol. II, 1988, p. 413, sostiene che il riferimento testuale agli atti di concorrenza escluda la punibilità dei collaboratori o dipendenti dell'imprenditore, restringendo quindi l'applicabilità del reato sotto il profilo soggettivo.

⁵ Cass. pen., Sez. VI, sentenza n. 1089/2009, in *CED*, con la quale si affermava la sussistenza del reato in esame in relazione ad un'attività di noleggio di apparecchi di videopoker illegalmente modificati.

⁶ Si veda T. PADOVANI, *Codice penale*, cit., p. 3427.

⁷ Cfr. A. ALESSANDRI, *Concorrenza illecita con minacce o violenza*, cit., p. 410 e ss.; G. FIANDACA, *Commento all'art. 8 l. 13 settembre 1982, n. 646 (art. 513-bis c.p.)*, cit., p. 278 e ss.; F. BRICOLA, *Premessa al commento della l. 13 settembre 1982, n. 646*, in *Leg. Pen.*, 1983, p. 237 e ss.; L. MAZZA, *L'art. 513-bis del codice penale e la lotta agli atti di concorrenza compiuti con violenza o minaccia*, in *Riv. pol.*, 1983, p. 730 e ss.; G. MARINI, *Industria e commercio (delitti contro l')*: *illecita concorrenza con violenza o minaccia*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, App., vol. IV, Utet, Torino, 1983, p. 165 e ss.; C. PATERNITI, *Diritto penale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 75 e ss.; G. FORNASARI, *L'art. 513-bis, in Mafia e criminalità organizzata*, P. CORSO-G. INSOLERA-L. STORTONI (a cura di), vol. I, Utet, Torino, 1995, p. 97 e ss.; S. SEMINARA, *L'impresa e il*

mercato, in C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Mondrucci editore, Bologna, 1999, p. 638 e ss.; N. MAZZACUVA, *I delitti contro l'economia pubblica*, in S. CANESTRARI-A. GAMBERINI-G. INSOLERA-N. MAZZACUVA-F. SGUBBI-L. STORTONI-F. TAGLIARINI, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Mondrucci editoriale, Bologna, 2006, p. 293 e ss.; A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. V, Utet, Torino, 2010, p. 324 e ss.; E. D'IPPOLITO, *L'illecita concorrenza con violenza o minaccia: tra metodo mafioso e direzione dell'intimidazione, il problema resta l'equivoco sugli atti di concorrenza*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 3820 e ss.; T. PADOVANI, *Codice penale*, cit., p. 3425 e ss.; G. FORTI-S. SEMINARA, *Commentario breve al codice penale*, CEDAM, Padova, 2019, p. 2675 e ss.; S. BERNARDI, *Alle Sezioni unite il compito di fare chiarezza intorno al concetto di "atti di concorrenza" nel delitto di cui all'art. 513-bis c.p. (illecita concorrenza con minaccia o violenza)*, in *Sistema penale online*, 2019; E. MEZZA, *Illecita concorrenza con minaccia o violenza: l'affannosa ricerca di una tipicità sfuggente*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 2019; S. BERNARDI, *Le Sezioni Unite chiariscono il concetto di "atti di concorrenza" nel delitto di cui all'art. 513-bis c.p.*, in *Sistema penale online*, 2020; A. ABUKAR HAYO, *La determinatezza degli "atti di concorrenza" ex art. 513-bis c.p. alla luce della sentenza delle Sezioni unite n. 13178/2019*, in *Archivio penale*, n. 2, 2020.

dell'applicazione della fattispecie, dando luogo così ad un conflitto giurisprudenziale sull'interpretazione dell'espressione normativa.

Difatti, nella sentenza in commento, i giudici di legittimità segnalano **tre orientamenti contrastanti** sulla nozione di atti di concorrenza nel delitto di illecita concorrenza con minaccia o violenza. Secondo il primo orientamento, definito "restrittivo", **la fattispecie incriminatrice troverebbe applicazione solo in relazione a quei comportamenti concorrenziali tipici, ovvero sia descritti e contemplati nell'orizzonte del diritto civile**, che naturalmente siano connotati da «mezzi vessatori». Dunque, pur non limitandosi ai soli esponenti di associazioni malavitose, la norma non risulterebbe applicabile nei confronti di chi ponga in essere atti non concorrenzialmente tipici, seppur violenti o intimidatori. Del resto, la logica di tale orientamento voleva che i semplici atti vessatori finalizzati all'impedimento del meccanismo concorrenziale fossero da ricondursi ad altre fattispecie di reato, come ad esempio il delitto di estorsione ex [art. 629 c.p.](#), in quanto «*la norma in esame, di contro, mira a sanzionare solo la commissione di atti di concorrenza che si pongono "oltre i limiti legali", inibendo la normale dinamica imprenditoriale con una conseguente turbativa del libero mercato, in un "clima di intimidazione e con metodi violenti"*»⁸.

Contrapposto all'orientamento restrittivo, i giudici di legittimità segnalano la presenza di un altro filone interpretativo cd. "estensivo" che, non limitandosi alle indicazioni delle norme civilistiche, ma facendo proprie le intenzioni del legislatore giustificative della fattispecie incriminatrice, «si esprimeva in senso favorevole ad **un'applicazione quanto più generalizzata della norma**, proiettata non solo al di fuori del contesto proprio della criminalità organizzata, ma anche verso una prospettiva di tutela **nei confronti**

di eventuali atti di concorrenza sleale "atipici", e comunque non limitati all'area dell'incidenza della disciplina civilistica della concorrenza sleale emergente dagli artt. 2595 ss. cod. civ.»⁹.

Sulla base di una più estesa nozione di atti di concorrenza, in particolare, i sostenitori di questo orientamento ermeneutico evidenziavano che, dato l'interesse principalmente tutelato del buon funzionamento dell'intero sistema economico, la fattispecie in esame, più che reprimere forme di concorrenza sleale, avesse l'obiettivo di impedire l'eliminazione della concorrenza con condotte vessatorie al fine di acquisire posizioni di preminenza o di dominio, tutelando, di conseguenza, anche il secondo profilo di interesse relativo alla libertà delle persone di autodeterminarsi nel settore¹⁰.

Sulla scorta dell'orientamento più estensivo, prendeva le mosse «un terzo indirizzo interpretativo, essenzialmente finalizzato a valorizzare le prospettive di una meno restrittiva e più completa definizione del concetto di "atti di concorrenza" attraverso il riferimento non solo alla *ratio* della norma incriminatrice, ma anche alla necessità di integrarne il precetto alla luce della normativa italiana ed europea in tema di tutela della concorrenza»¹¹. Del resto, la libera concorrenza non trovava tutela esclusiva nell'art. 2598 c.c., ma anche attraverso le disposizioni di cui agli artt. 101 e 106 TFUE, i cui principi risultavano recepiti nell'ordinamento nazionale dalla l. 287/1990, nonché dalle previsioni generali poste dagli artt. 11 e 117, co. 2, lett. e, Cost., dall'art. 120 TFUE e dall'art. 16 della Carta di Nizza. Secondo tale prospettiva, infatti, ai singoli operatori non veniva garantita solamente la libera competizione tra le imprese nel mercato, esercitata con innovazione e divieto di consolidare posizioni di dominio, ma anche **la tutela da "atti concorrenziali" intesi «non solo quelli compiuti dall'imprenditore in positivo ma anche quelli in negativo cioè**

⁸ Cass. Pen., Sez. Un., sentenza n. 13178 del 28 novembre 2019, pp. 5-6, in commento.

⁹ P. 7 sentenza in commento.

¹⁰ Cfr. T. PADOVANI, *Codice penale*, cit., p. 3429.

¹¹ P. 7 della sentenza in commento.

diretti contro gli imprenditori concorrenti, proprio perché entrambi sono comportamenti diretti ad acquisire il predominio sul mercato estromettendo, in modo illecito, i concorrenti»¹². E, dunque, alla luce della giurisprudenza civile di legittimità, si sosteneva che il catalogo degli atti concorrenziali di cui all'art. 2598 c.c. non fosse affatto un "catalogo chiuso", rigorosamente tipizzato, ma attraverso il n. 3 si rinvia a tutte quelle condotte non tipizzate ostruttive della libera concorrenza.

Si concludeva, pertanto, che la nozione di "atti di concorrenza" di cui all'art. 513-bis c.p. ricomprendesse, per tramite dell'art. 2598, n. 3, c.c., inserito nel contesto dei principi di matrice sovranazionale in materia di concorrenza, «tutti gli atti commessi da un imprenditore con violenza e minaccia, ed idonei a falsare il mercato e a consentirgli di acquisire, in danno dell'imprenditore (o imprenditori) minacciato, illegittime posizioni di vantaggio sul libero mercato senza alcun merito derivante dalla propria capacità, pure se meramente impeditivi della concorrenza altrui»¹³.

In considerazione di questa "terza via" si riteneva superato il contrasto tra l'orientamento estensivo e il principio di legalità nella sua accezione di tassatività: il richiamo al dato normativo di cui all'art. 2598, n. 3, c.c. permetteva di superare la censura, facendo riferimento alla nozione civilistica di atto di concorrenza, sia pure in considerazione della previsione di "chiusura" della norma citata.

Nonostante la più evoluta riflessione interpretativa, **la giurisprudenza di legittimità**

rimaneva comunque divisa, riproponendo nelle pronunce successive l'affermazione della tesi ristrettiva, ma anche dando luogo a decisioni più in linea con la tesi estensiva.

Quanto al rapporto con le altre figure di reato, i contorni sfumati della condotta incriminata rendevano opinabile la sussistenza del concorso o dell'assorbimento. Infatti, secondo un orientamento giurisprudenziale, data la natura di reato complesso, il delitto di cui all'art. 513-bis assorbirebbe le fattispecie minori connotate da violenza e minaccia¹⁴; analogamente, in dottrina è ampiamente ritenuto che il delitto in esame ricomprenda specificatamente le fattispecie di violenza privata ex art. 610 c.p., di minaccia ex art. 612 c.p., di percosse ex art. 581 c.p., di danneggiamento ex art. 635 c.p.¹⁵ e di atti persecutori ex art. 612-bis c.p.¹⁶

Un diverso approccio giurisprudenziale è stato, invece, previsto per i reati di estorsione ex art. 629 c.p., sia tentata che consumata¹⁷, di turbata libertà degli incanti ex art. 353 c.p.¹⁸ e di concussione ex art. 317 c.p.¹⁹ per i quali si è ritenuto configurabile il concorso formale di reati in considerazione della diversa collocazione codicistica e dei differenti beni giuridici tutelati.

In dottrina, tuttavia, alcuni autori ritengono che non sia ammissibile il concorso formale tra illecita concorrenza con minaccia e violenza e estorsione, evidenziando una relazione di speciale bilateralità o comunque di assorbimento²⁰. È escluso, inoltre, in dottrina anche il concorso tra il delitto di cui all'art. 513-bis c.p. e la sua figura contigua, dalla

¹² T. PADOVANI, *Codice penale*, cit., p. 3429.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Cass. Pen., Sez. II, n. 14467/2004; Cass. Pen., Sez. I, n. 2224/1995, in *CED*.

¹⁵ Cfr. A. ALESSANDRI, *Concorrenza illecita con minacce o violenza*, cit., p. 415; G. FIANDACA, *Commento all'art. 8 l. 13 settembre 1982, n. 646 (art. 513-bis c.p.)*, cit., p. 280; G. MARINI, *Industria e commercio (delitti contro l')*: *illecita concorrenza con violenza o minaccia*, cit., p. 170; S. SEMINARA, *L'impresa e il mercato*, cit., p. 673.

¹⁶ Cfr. E. MEZZA, *Illecita concorrenza con minaccia o violenza: l'affannosa ricerca di una tipicità sfuggente*, cit., p. 327 e ss.

¹⁷ Cass. Pen., Sez. II, n. 53139/2016; Cass. Pen., Sez. fer., n. 45132/2014; Cass. Pen., Sez. II, n. 5793/2013; Cass. Pen., Sez. I, n. 24172/2010; Cass. Pen., Sez. II, n. 46992/2008; Cass. Pen., Sez. V, n. 27335/2007; Cass. Pen., Sez., n. 14467/2004, in T. PADOVANI, *Codice penale*, cit., p. 3432.

¹⁸ Cass. Pen., Sez. II, n. 15781/2015 in T. PADOVANI, *Codice penale*, cit., p. 3432.

¹⁹ Cass. Pen., Sez. fer., n. 45132/2014, in T. PADOVANI, *Codice penale*, cit., p. 3432.

²⁰ Cfr. A. ALESSANDRI, *Concorrenza illecita con minacce o violenza*, cit., p. 416; L. MAZZA, *L'art. 513-bis del codice penale e la lotta agli atti di concorrenza compiuti con violenza o minaccia*, cit., p. 739.

quale ha preso forma: il delitto di turbata libertà dell'industria e del commercio ai sensi dell'art. 513 c.p. Tale fattispecie svolge una funzione sussidiaria per la clausola di riserva in essa contenuta, offrendo ulteriori spazi di tutela penale, poiché procede a perseguire anche le condotte di soggetti non imprenditori²¹.

Secondo la giurisprudenza, invece, la disciplina del concorso troverebbe applicazione in relazione ai "delitti associativi", sia in forma semplice (art. 416 c.p.) sia nella forma aggravata dallo stampo mafioso (art. 416-bis c.p.), in quanto l'illecito di cui all'art. 513-bis c.p. ha natura episodica, e non continuativa come i reati associativi, e conserva il fine di alterare la concorrenza, non già di mantenere e rafforzare il potere dell'associazione delinquenziale generica o mafiosa²².

Infine, un'unica decisione della Suprema corte ritiene il delitto di illecita concorrenza con violenza o minaccia qualificabile come reato-presupposto del delitto di riciclaggio²³.

2.2 L'elemento soggettivo e l'interesse giuridico tutelato

La presenza del contrasto giurisprudenziale circa la natura degli atti integrativi dell'illecito si rifletteva inevitabilmente anche sulla **determinazione dell'elemento soggettivo del reato**. L'**opinione diffusa** voleva la sussistenza del **dolo specifico**, dato il fine perseguito di eliminare o scoraggiare l'altrui concorrenza; naturalmente, tale considerazione poggiava le sue basi sulla prospettiva che l'illecito di cui all'art. 513-bis c.p. punisse atti di violenza o minaccia diretti a scoraggiare il meccanismo concorrenziale, divenendo, quindi, il fine anticoncorrenziale l'oggetto del

dolo e di conseguenza punibile la condotta violenta o intimidatoria solo se orientata a tale scopo²⁴.

Per converso, la **tesi restrittiva** che sosteneva, invece, ai fini della configurabilità del delitto, la necessità del compimento di un atto concorrenziale, affermava la sussistenza del **dolo generico**²⁵. Naturalmente, dal riconoscimento del dolo generico deriva, consequenzialmente, la possibilità che il delitto possa ritenersi integrato anche per mezzo della forma del dolo eventuale con tutte le relative questioni connesse in tema di accertamento dell'elemento soggettivo e della prova del reato²⁶.

Giova sottolineare, comunque, che entrambi gli orientamenti si sforzavano, *pro libertate*, nel limitare un'ingenerosa estensione delle maglie punitive della fattispecie: la tesi restrittiva attraverso il richiamo alle condotte tipiche e ad una stretta osservanza della lettera della norma; la tesi estensiva attraverso il richiamo al fine della concorrenza sleale e, dunque, sulla presenza del dolo specifico.

L'incertezza sull'elemento soggettivo, frutto dell'indeterminata natura degli atti costitutivi del reato, si rifletteva anche sul **bene giuridico** tutelato: principalmente, come risulta anche dalla stessa collocazione codicistica, l'interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 513-bis c.p. deve individuarsi nell'ordine economico, che in via pretoria viene inteso come «*il normale svolgimento delle attività produttive ad esso inerenti*»²⁷. In altre decisioni la giurisprudenza annoverava anche la libertà di concorrenza e la liceità della sua attuazione ed indirettamente la libertà delle persone di determinarsi nel settore²⁸. In dottrina, invece, si insisteva

²¹ Cfr. T. PADOVANI, *Codice penale*, cit., p. 3432; G. Fiandaca *Commento all'art. 8 l. 13 settembre 1982, n. 646 (art. 513-bis c.p.)*, cit., p. 280; L. MAZZA, *L'art. 513 bis del codice penale e la lotta agli atti di concorrenza compiuti con violenza o minaccia*, cit., p. 735.

²² Si veda T. PADOVANI, *Codice penale*, cit., p. 3432.

²³ Cass. Pen., Sez. I, n. 1439/2009, in T. PADOVANI, *Codice penale*, cit., p. 3432.

²⁴ Cfr. G. FIANDACA, *Commento all'art. 8 l. 13 settembre 1982, n. 646 (art. 513-bis c.p.)*, cit., p. 279.

²⁵ Cfr. N. MAZZACUVA, *I delitti contro l'economia pubblica*, cit., p. 303; S. Seminara, *L'impresa e il mercato*, cit., p. 672.

²⁶ Cfr. G. MARINI, *Industria e commercio (delitti contro l')*: *illecita concorrenza con violenza o minaccia*, cit., p. 169.

²⁷ T. PADOVANI, *Codice penale*, cit., p. 3426.

²⁸ Cass. Pen., Sez. II, n. 5793/2014; Cass. Pen., Sez. V, n. 27335/2007; Cass. Pen., Sez. I, n. 2224/1996, Buzzone; Cass. Pen., Sez. I, n. 131/1998, Sciacca;

sull'accezione di ordine economico quale buon funzionamento dell'intero sistema economico contro il rischio dell'eliminazione degli stessi presupposti della concorrenza, e, quindi, della libertà d'impresa, attraverso comportamenti violenti o minatori, come, del resto, è desumibile anche dalla stessa perseguibilità d'ufficio dell'illecito²⁹, con la conseguenza che l'interesse relativo alla sfera soggettiva di libertà personale del singolo operatore economico poteva risultare solo concorrente³⁰.

Secondo altri autori, al contrario, il bene giuridico tutelato dalla norma in esame consisteva nell'ordine pubblico tutelato «attraverso la protezione del libero svolgimento delle attività economiche»³¹.

Ne discendeva che al variare dell'oggetto di tutela variava anche la stessa portata applicativa della norma, svelando una falla sul fronte della "certezza del diritto" nel tessuto dell'ordinamento penale, con pericolose conseguenze in ordine di garanzia individuale e di libera autodeterminazione dei singoli individui.

3 La soluzione della Corte

Pertanto, riconosciuto il conflitto giurisprudenziale e a seguito della richiesta d'intervento da parte della terza sezione penale con l'ordinanza n. 26870/2019, le Sezioni unite, appurata la sussistenza del contrasto insita nell'ambigua formulazione dell'art. 513-bis c.p., chiariscono il concetto di "atti di concorrenza", sciogliendo il nodo interpretativo che affliggeva la giurisprudenza di legittimità da lungo tempo.

Nella pronuncia in commento il massimo organo nomofilattico osserva, inizialmente, che il contrasto giurisprudenziale trae origine dalla scarsa chiarezza del testo normativo che «sebbene la proiezione storico-politica

della norma introdotta con l'art. 513-bis rifletta l'intento, generalmente avvertito, di fronteggiare l'emergenza legata ad un contesto socio-economico caratterizzato dalla crescente incidenza di fenomeni criminali legati alle attività della c.d. "mafia imprenditrice", è agevole rilevare come la struttura della fattispecie incriminatrice sia stata congegnata dal legislatore in maniera del tutto indipendente dal peculiare contesto in cui ha visto la luce, delineandone un ambito di applicazione generale, non limitato alle condotte tipiche della criminalità organizzata e privo di qualsiasi connotazione specializzante anche sotto il profilo soggettivo, in quanto la condotta può essere materialmente realizzata da "chiunque", sia pure nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o produttiva»³².

Per tali ragioni, sottolinea la Corte, l'interprete inquadrava con difficoltà la figura del reato in esame: le motivazioni del legislatore sottese alla sua introduzione nell'ordinamento penale non avevano, poi, preso concretamente forma in sede di redazione, determinando così un «disallineamento [...] tra l'*intentio legis*, la formulazione lessicale del dettato normativo e la successiva opera di esegesi compiuta in sede dottrinale e giurisprudenziale»³³.

Alla luce di questa premessa, le Sezioni unite, superando il conflitto interpretativo attraverso la valorizzazione della "terza via" emersa in seno all'orientamento estensivo, rigettano i due principali orientamenti elaborati dai giudici di legittimità, in quanto la tesi restrittiva, focalizzandosi sul rispetto della tassatività della norma, limitava l'ambito di punibilità ai soli atti concorrenziali previsti ex art. 2598 c.c., frustrandone le potenzialità applicative, mentre quella estensiva, allargandosi anche agli atti diretti ad impedire la concorrenza altrui

Cass. Pen., Sez. VI, n. 180706/1989, Spano; Cass. Pen., Sez. III, n. 46756/2005 in CED.

²⁹ Cfr. sul punto F. BRICOLA, *Premessa al commento della l. 13 settembre 1982, n. 646*, cit., pp. 241-242; G. FIANDACA, *Commento all'art. 8 l. 13 settembre 1982, n. 646 (art. 513-bis c.p.)*, cit., p. 280.

³⁰ In tal senso G. MARINI, *Industria e commercio (delitti contro l')*: *illecita concorrenza con violenza o minaccia*, cit., p. 176.

³¹ G. FORNASARI, *L'art. 513-bis*, cit., p. 110.

³² Cass. Pen., Sez. Un., n. 13178 del 28 novembre 2019, p. 10, in commento.

³³ P. 11 sentenza in commento.

nell'ottica della prospettiva teleologica dell'azione, si slegava dal contesto letterale della norma, violando palesemente il principio di legalità nell'accezione della tassatività.

Nel tentativo di superare l'*impasse*, la Corte, secondo la più classica metodica hegeliana, fa **convergere le due tesi opposte in un'unica sintesi** nella quale gli elementi caratterizzanti di entrambe le visioni (la concorrenzialità degli atti e il fine di ostacolare la libera concorrenza) si legano attraverso il richiamo alla disciplina della concorrenza di matrice sovranazionale, realizzando il calco del fatto tipico degli atti costitutivi del reato.

Al fine di ottenere il precipitato tipico nel rispetto del principio di legalità, le Sezioni unite si richiamano ad un **nuovo concetto di concorrenza** «profondamente mutato rispetto a quello che vide l'inserimento nel sistema codicistico della predetta fattispecie di reato: un contesto "multilivello", dunque più ampio e complesso, le cui numerose articolazioni forniscono oggi all'interprete parametri di riferimento utili per meglio inquadrare nel sistema le scelte di incriminazione a suo tempo operate dal legislatore»³⁴. E, infatti, la Corte evidenzia il "nuovo volto" della nozione di concorrenza a seguito del recepimento nell'ordinamento nazionale della normativa euro-comunitaria che, ampliando il concetto di libera concorrenza, permette una più pregnante e completa interpretazione dell'art. 41, co. 1, Cost. che, proprio per tramite di questa interpretazione evolutiva, offre tutela non solo alla libera iniziativa economica dei privati, ma anche alla libera concorrenza tra privati³⁵.

La libera concorrenza tra privati rappresenta, dunque, un aspetto imprescindibile della libera iniziativa economica privata, alla quale viene riconosciuta formalmente rilevanza

costituzionale in virtù dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost., stabilendo che, «[...] "in quanto libertà di tutti", la libertà d'iniziativa economica privata può essere esercitata, dunque, *erga omnes*, come "eguale possibilità" di tutti i privati "di attivarsi materialmente e giuridicamente nello stesso settore" e, quindi, "di confrontarsi vicendevolmente, sottoponendo al giudizio del mercato la valutazione, e il conseguente successo, delle reciproche iniziative, necessariamente sempre nuove e diverse, in una competizione senza fine". Se dal riconoscimento della libertà d'iniziativa economica deriva, quale naturale corollario, quello del principio di eguaglianza nei rapporti economici, è evidente che la repressione delle forme di concorrenza sleale s'innesta proprio su quest'ultimo versante del precetto costituzionale, offrendo una specifica tutela nei confronti di comportamenti posti in essere dall'imprenditore allo scopo di assicurarsi indebite posizioni di vantaggio che non ledono tanto (o soltanto) l'economia nazionale astrattamente considerata, ma sono idonei a ledere anche, e soprattutto, l'esercizio dell'altrui libertà di iniziativa economica»³⁶.

In sostanza, la Corte, elevando a sistema «il metodo competitivo» attraverso un'interpretazione "comunitariamente" orientata dell'art. 41, co. 1, Cost. e consacrando così la leale concorrenza a principio dell'ordinamento, la definisce un **interesse socialmente rilevante degno di assurgere a dignità costituzionale, non solo nella sua accezione estrinseca o negativa, cioè come assenza di condizionamenti indebiti all'esercizio della libertà di concorrenza, ma anche in positivo, intesa come facoltà di agire in**

³⁴ P. 12 sentenza in commento.

³⁵ Sul punto appare opportuno citare: G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, Il Mulino, Bologna, 1992; G. AMATO, *La nuova Costituzione economica*, in G. RACANANEO-G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Il Mulino, Bologna, 1998; G. AMATO-R. GAROFOLI (a cura di), *I tre assi. L'Amministrazione tra*

democratizzazione, efficientismo e responsabilità, Nel diritto editore, 2009, al quale si riconosce il merito di essere stato uno dei primi studiosi ad aver interpretato l'art. 41, co. 1, Cost. in chiave concorrenziale, rinvenendo, così, la presenza del principio di libera concorrenza tra privati in Costituzione.

³⁶ P. 15 sentenza in commento.

concorrenza tra privati³⁷, e suscettibile, pertanto, di tutela penale.

Di conseguenza, la disciplina concorrenziale nazionale risulta notevolmente rinnovata nella sua effettiva applicazione, finendo per estendersi su atti e misure che fino ad allora non erano marginalmente lambite, se non addirittura escluse, dal concetto di concorrenza. «Il principio cardine della legislazione europea in tema di regole della concorrenza, pienamente recepito, come si è osservato, anche nell'ordinamento interno, è quello secondo cui la libertà di iniziativa economica e la competizione fra le imprese non possono tradursi in atti e comportamenti pregiudizievoli per la struttura concorrenziale del mercato»³⁸; pertanto, l'estrinsecazione più immediata di tutela offerta dall'ordinamento consiste nella disciplina della concorrenza sleale che nella normativa nazionale trova sede all'art. 2598 c.c. Naturalmente la portata applicativa della norma risulta ampliata proprio dal confronto con la normativa comunitaria, in particolare gli artt. 101 e 102 TFUE sugli accordi tra imprese al fine di escludere la concorrenza e sull'abuso di posizione dominante, che permettono di individuare le diverse modalità attraverso cui tale concorrenza sleale si concretizza. Inoltre, nella sentenza in commento, i giudici della Corte si impegnano in un lungo *excursus* che ricomprende tutte le disposizioni nazionali e sovranazionali in materia di concorrenza in modo da individuare quei comportamenti pericolosi per la struttura concorrenziale del mercato; dunque, non soltanto gli artt. 101 e 102 TFUE, ma anche l'art. 16 della Carta di Nizza sulla libertà d'impresa, la legge italiana n. 287 del 12 ottobre 1990 sulle intese restrittive della libertà di concorrenza, abuso di posizione dominante e concentrazioni fra imprese in cartelli o *trust*, la successiva legge n. 192 del 18 giugno 1998 sull'abuso dello stato di dipendenza economico, ossia di quella condizione nella quale

³⁷ Qui si richiama la tradizionale distinzione di Isaiah Berlin tra libertà "di" (libertà positiva) e libertà "da" (libertà negativa) in I. BERLIN, *Quattro saggi sulla libertà*, Feltrinelli, Milano, 1989. Tale indicazione si appresta a precisare il richiamo operato dalle Sezioni unite per

un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio normativo e, infine, anche la legge n. 180 del 11 novembre 2011, recante "norme per la tutela della libertà d'impresa", che delimita lo "statuto delle imprese" proprio in funzione della libertà d'iniziativa economica privata in conformità agli artt. 35 e 41 della Costituzione.

Dunque, **l'art. 2958 c.c. presenta un catalogo "aperto"**: non soltanto le condotte espressamente indicate ai nn. 1 e 2 ma anche tutte quelle che si avvalgono «di ogni mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale idoneo a danneggiare l'altrui azienda», rientranti nella generica indicazione del n. 3. In tale "clausola di chiusura" la Suprema corte, rifacendosi alle «decisioni in ordine ai criteri di interpretazione della nozione di "concorrenza" di cui all'art. 117, secondo comma, Cost. [su cui] si è mossa l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di cassazione nel settore civile (Sez. 1 civ., n. 14394 del 10/08/2012)»³⁹, riconduce alcune figure tipiche, come il boicottaggio economico, la sistematica vendita sottocosto (c.d. *dumping*), lo storno dei dipendenti, la concorrenza parassitaria, la pubblicità menzognera, le scorrette informazioni commerciali o industriali, la violazione di norme pubblicitiche.

In definitiva, per il collegio gli atti concorrenziali sarebbero determinati, o comunque, determinabili e, in mancanza di una definizione penalistica di "concorrenza", l'elaborazione dottrinale la giurisprudenza in materia civile confluiranno anche nel solco penale alla luce della pertinente normativa sovranazionale ed interna che disciplina i presupposti e le regole di funzionamento della libertà di concorrenza, costruendo le fondamenta del fatto tipico sulla qualità materiale degli atti che vi danno corpo, ossia sulla

segnalare l'ampia tutela offerta alla libera concorrenza tra privati dall'ordinamento interno.

³⁸ P. 18 sentenza in commento.

³⁹ P. 21 sentenza in commento.

loro qualificazione in senso anticoncorrenziale e non sulla loro direzione teleologica.

Soffermandosi, inoltre, sui soggetti protagonisti della fattispecie, la Corte prosegue sostenendo la **necessità**, ai fini della realizzazione del reato, non solo della qualifica di imprenditore in capo al soggetto attivo del reato, ma anche di un **rapporto di competizione economica** tra questi e il soggetto passivo, i quali devono tendenzialmente offrire nello stesso ambito di mercato beni o servizi che siano destinati a soddisfare, anche in via succedanea, lo stesso bisogno dei consumatori o, comunque, bisogni complementari o affini, tenendo conto, però, del fatto che il rapporto di concorrenza si instaura anche fra operatori che agiscono a livelli economici diversi (ad es.: produttore-rivenditore o grossista-dettagliante), coinvolgendo «tutte le imprese i cui prodotti e servizi concernano la stessa categoria di consumatori e che operino quindi in una qualsiasi delle fasi della produzione o del commercio destinate a sfociare nella collocazione sul mercato di tali beni. Quale che sia, infatti, l'anello della catena che porta il prodotto alla stessa categoria di consumatori in cui si collochi un imprenditore, questi viene a trovarsi in conflitto potenziale con gli imprenditori posti su anelli diversi, proprio perché è la clientela finale quella che determina il successo o meno della sua attività, per cui ognuno di essi è interessato a che gli altri rispettino le regole di cui all'art. 2598 cit.»⁴⁰.

Ai fini della sussistenza del reato i giudici di legittimità osservano, però, che **la qualifica di imprenditore non deve essere intesa in senso formalistico**: non è necessario che i soggetti attivi e passivi del reato possiedano tutti i requisiti richiesti dalla disciplina civilistica ai sensi dell'art. 2082 c.c., ma è sufficiente che svolgano un'attività commerciale, industriale o produttiva, acquisendo così rilevanza, ai sensi della norma incriminatrice, tanto gli "atti diretti" dell'imprenditore soggetto

attivo commessi nei confronti dell'imprenditore concorrente o di un soggetto diverso comunque a quest'ultimo riconducibile, quanto quelli commessi da altri individui, come ausiliari o collaboratori, nel suo interesse e dietro sua istigazione o specifico incarico.

Determinando, dunque, i confini della condotta punibile, le Sezioni unite si sono soffermate anche sul contenuto e sulle finalità del bene giuridico tutelato dalla norma, mancando anche in questo caso un accordo unanime; difatti, avvalorando la natura di reato plurioffensivo, la Corte, oltre al corretto funzionamento del sistema economico, inteso come bene finale, (data anche la collocazione del delitto all'interno del codice), insiste sulla protezione di un diverso interesse, quale bene strumentale, inteso come la libertà di ciascuno di autodeterminarsi nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva⁴¹.

In definitiva, per la Suprema corte il "sistema concorrenziale", il contenuto del bene giuridico protetto e il contesto storico della norma penale esaminata fondano la tipicità della fattispecie incriminatrice, la cui condotta macchiata di violenza o minaccia assume rilievo penale, integrando lo schema delittuoso previsto dalla norma anche senza che il soggetto passivo venga effettivamente intimidito o si alterino concretamente gli equilibri del mercato. «Attorno alle componenti oggettive della violenza e della minaccia, che non vi figurano come elementi finalisticamente orientati, bensì come elementi costitutivi della condotta, concorrendo a delinearne la tipicità attraverso una previsione in forma alternativa del suo aspetto modale, ruota dunque la sfera di offensività dell'intera fattispecie»⁴²; pertanto, gli elementi della violenza e della minaccia assegnano un *quid pluris* alle condotte concorrenzialmente sleali che, già di per sé punite dal diritto civile, divengono così illecite anche per l'ordinamento penale⁴³.

⁴⁰ P. 23 sentenza in commento.

⁴¹ Si veda p. 24 sentenza in commento.

⁴² P. 26 sentenza in commento.

⁴³ Si veda a riguardo: A. ABUKAR HAYO, *La determinazione degli "atti di concorrenza" ex art. 513-bis c.p. alla luce della sentenza delle Sezioni unite n. 13178/2019*, cit., p. 13.

Sotto altro profilo, *obiter dictum*, avendo tratteggiato la tipicità del delitto di illecita concorrenza, la Suprema corte sostiene, infine, l'inapplicabilità del criterio di specialità ex art. 15 c.p. in relazione alla fattispecie di estorsione, sia essa tentata o consumata; i due reati, al di là della diversa collocazione sistematica e di conseguenza dei differenti interessi giuridici tutelati, presentano una struttura tipica necessariamente incompatibile: gli elementi emersi nella riflessione della sentenza in commento impediscono l'assorbimento della condotta ai sensi dell'art. 513-bis c.p. nella fattispecie più grave di cui all'art. 629 c.p., in quanto, quest'ultima, incidendo sul patrimonio del soggetto passivo al fine di ottenere un ingiusto profitto con danno altrui, non si traduce in una manipolazione dell'attività economica concorrente con mezzi violenti, dandosi luogo, così, a concorso formale di reati ove ricorrano i presupposti materiali di entrambi i delitti menzionati.

La Corte conclude statuendo il seguente principio di diritto «*ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 513-bis cod. pen. è necessario il compimento di atti di concorrenza che, posti in essere nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva, siano connotati da violenza o minaccia e idonei a contrastare od ostacolare la libertà di autodeterminazione dell'impresa concorrente*» e alla stregua di ciò rigetta il ricorso dei ricorrenti, condannandoli al pagamento delle spese processuali.



Independence Day, l'astratto a fuoco

4. Conclusioni, profili critici e riflessioni a margine

La sentenza in commento presenta il pregio di aver posto fine ad una questione annosa particolarmente dibattuta, fissando un punto fermo rispetto a questioni risalenti mai risolte. Naturalmente, la decisione della Corte porta alla luce **nuovi interrogativi**, che nonostante un generale ma timido apprezzamento da parte della dottrina, risentono l'eco delle vecchie questioni e ne aggiungono delle nuove. Il valore della pronuncia annotata risiede, comunque, nell'aver ricavato da entrambi gli orientamenti contrapposti elementi utili all'elaborazione di una "terza via" che permettesse di tenere conto dei diversi spunti di riflessione emersi nel corso degli anni sulla natura degli atti costitutivi del reato in esame e, più in generale, sulla stessa tipicità della fattispecie incriminatrice. L'aggancio alla disciplina civilistica della concorrenza sleale, in particolare alla giurisprudenza civile di legittimità comprensiva anche dei risultati della giurisprudenza sovranazionale, ha permesso alle Sezioni unite di **tracciare un confine più netto del fatto tipico dell'illecita concorrenza con mezzi vessatori**, se non altro per i permanenti e pervicaci dubbi sull'effettiva conformità della fattispecie al principio di legalità.

Il *punctum dolens* della vicenda riguardava proprio la sfuggente determinatezza degli atti costitutivi del reato che i giudici di legittimità recuperano attraverso il ricorso alla giurisprudenza civile in tema di concorrenza che, attraverso il richiamo dell'art. 2598 n. 3 c.c., tipizza un novero di condotte ritenute sleali, oltre al richiamo delle figure tipizzate dal diritto e dalla giurisprudenza comunitari.

Dunque, riprendendo letteralmente la sentenza in commento, «determinata, o comunque determinabile, deve pertanto ritenersi la categoria degli atti di concorrenza sleale», eliminando così il problema di indeterminatezza della norma e rendendo più efficace la fattispecie che risentiva di deficit di applicabilità in relazione a tutte quelle condotte che, pur concorrenzialmente sleali, non erano ricomprese dai parametri normativi di riferimento.

Tale soluzione, però, porta con sé dei dubbi di non poco conto: il ricorso alla normativa, nonché alla giurisprudenza comunitarie, rappresenta una **violazione del principio di legalità** nella sua forma più genuina, ovverosia, la riserva di legge. Come già osservato anche dai primi commentatori della sentenza in esame⁴⁴, l'impiego di fonti eurounitarie, in particolare la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), che quale organo supremo ha il controllo della giurisdizione sui Trattati dell'Unione, assume automaticamente valenza incriminatrice in opposizione alla legge italiana, e alla tradizione penalistica continentale, che vuole il legislatore a capo delle scelte di politica criminale.

Difatti, alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo si affiderebbe il potere di criminalizzare le condotte individuali, mancando, però, quella base democratica e dunque quella rappresentatività elettorale, che fa sì che una legge sia il risultato della volontà popolare. La precarietà della decisione annotata risiede, inoltre, nell'appoggio mutuato dal diritto civile che per sua natura e funzione non osserva strettamente il principio di legalità. Difatti, benché nemmeno al giudice civile sia consentito di "creare" diritto in modo arbitrario, egli dispone tuttavia di strumenti ermeneutici (su tutti, l'interpretazione analogica⁴⁵) che gli consentono di riconoscere tutela a figure che, ancorché non previamente poste dal legislatore, sono, però, ricavabili da altri luoghi del sistema: tale duttilità, "tipica" nel modo civilistico, cozza, però, con le esigenze e le ragioni del principio di legalità penalistico; motivo per cui il ricorso alla giurisprudenza civile risulta piuttosto rischioso.

Non da ultimo, anche la possibilità di un ricorso a fonti sublegislative attraverso il rinvio, ad esempio, a tabelle tecniche ministeriali, come per le categorie di stupefacenti, non è

immune da obiezioni: la materia concorrenziale è soggetta ad un'evoluzione repentina, per cui sarebbe necessaria un'opera di tipizzazione particolarmente complessa, nonché esposta al rischio di anacronismo, con l'effetto di sanzionare condotte già scomparse dalla prassi commerciale, oltre alla considerazione preponderante che *in specie* il rinvio tecnico realizza un effettivo spostamento del peso della decisione in capo all'autorità amministrativa che avrà il compito così di descrivere interamente la condotta punibile⁴⁶.

In definitiva, è comunque condivisibile la decisione della Suprema corte, se inserita nel tracciato di mezzo della "riserva di legge tendenzialmente assoluta", tuttavia, per chi scrive, in conformità ad una più rigida applicazione del principio di legalità e a un recupero del suo valore più genuino, il richiamo operato alla giurisprudenza eurounitaria non si pone come fonte secondaria riempitiva di quegli spazi marginali della fattispecie incriminatrice, ma opera una definizione *ab imis* della figura di reato, andando ad indicare quali condotte siano penalmente rilevanti e sottraendosi al primato del legislatore.

Un'ulteriore considerazione viene in merito alla nuova portata della fattispecie incriminatrice e il **rapporto con il principio di offensività**: il principio di diritto espresso dalle Sezioni unite estende la punibilità ad ogni condotta vessatoria inserita in un contesto concorrenziale, senza, però, accertare l'efficacia causale della minaccia. In sostanza, da un lato, la minaccia non consiste in una coazione nei confronti del soggetto passivo e, dall'altro lato, non è necessario che tale minaccia alteri la dialettica concorrenziale per la sussistenza del reato, essendo sufficiente una sua potenziale idoneità. La conseguenza è una notevole anticipazione della tutela penale in relazione a comportamenti poco lesivi o comunque non tali da giustificare un così gravoso

⁴⁴ Cfr. A. ABUKAR HAYO, *La determinatezza degli "atti di concorrenza" ex art. 513-bis c.p. alla luce della sentenza delle Sezioni unite n. 13178/2019*, cit., p. 14 e ss.; E. MEZZA, *Illecita concorrenza con minaccia o violenza: l'affannosa ricerca di una tipicità sfuggente*, cit., p. 323 e ss.

⁴⁵ Su cui si veda A. BELFIORE, *Interpretazione della legge: l'analogia*, in *Studium iuris*, 2008, p. 421 e ss.

⁴⁶ Cfr. E. MEZZA, *Illecita concorrenza con minaccia o violenza: l'affannosa ricerca di una tipicità sfuggente*, cit., p. 326 e ss.

arretramento di tutela. Il principio di offensività funge proprio da regolatore dell'intensità della potestà punitiva, escludendo la reazione sanzionatoria nei confronti di quei comportamenti sì penalmente rilevanti ma "quasi" inoffensivi; nel caso di specie verrebbero punite molto severamente delle condotte intimidatorie del mercato concorrenziale che a stento raggiungono la forma del tentativo e si pongono nell'area del pericolo astratto, con tutte le conseguenze del caso in materia di proporzionalità e sussidiarietà dell'intervento penale⁴⁷.

Sempre in merito agli atti concorrenziali, un'ultima riflessione involge **l'elemento soggettivo, con una maggiore attenzione alla figura del dolo eventuale**. Il principio di diritto enunciato dalla Corte tipicizza le condotte concorrenziali volte "a contrastare od ostacolare la libertà di autodeterminazione dell'impresa concorrente", configurando così il contrasto o ostacolo alla libertà d'impresa non più come fine della condotta, ma come un suo elemento fondante. Il risultato è la vigenza del dolo generico in luogo di quello specifico con la possibile conseguenza di un'attribuzione di responsabilità anche a titolo di dolo eventuale, essendo sufficiente la coscienza e la volontà di compiere un atto anti-concorrenziale; tuttavia, il possibile ricorso al dolo eventuale non è una questione marginale: la poliedricità della condotta tipica non solo attesta un più complesso accertamento probatorio sulla sussistenza dell'atto ma anche sulla presenza dell'elemento soggettivo, rendendo altrettanto dubbioso il riconoscimento di una responsabilità per dolo eventuale.

Per chi scrive, dunque, appare inopportuno l'impiego della figura del dolo eventuale: atteso che il reato in questione è punito esclusivamente a titolo di dolo, la riconducibilità al *dolus eventualis*, stante i suoi confini piuttosto vaghi, dà luogo ad una scelta tra punibilità e

irrilevanza penale della condotta, con uno scarto piuttosto evidente, alla luce soprattutto della nuova ricostruzione, fortemente anticipatoria del reato, per la quale rientrano anche comportamenti che, seppur illeciti per il diritto civile, esulano dalla rilevanza penale.

Inoltre, sempre in merito all'elemento soggettivo, la Corte sostiene di aver accantonato "la direzione teleologica dell'azione" in virtù di un'idoneità materiale a contrastare o ostacolare la libera concorrenza.

Orbene, proprio guardando al caso di specie, si pone un problema in merito alle condotte vessatorie per così dire "neutre", cioè non immediatamente riconducibili ad un assetto concorrenziale; i "calci, pugni e minacce" menzionati, così come altre condotte vessatorie, non possono essere inquadrati come atti concorrenziali, deducendosi che la loro riconducibilità nell'alveo dell'art. 513-*bis* c.p. sia dettata proprio dal fine per il quale siano stati compiuti, ovverosia, il contrasto o l'ostacolo alla concorrenza, conseguendone una **discrasia tra il principio di diritto statuito e il suo risvolto pratico**. Infine, come prospettato già dai primi commentatori⁴⁸, *de iure condendo*, **sarebbe auspicabile l'abrogazione del reato in esame e la creazione di una circostanza soggettiva aggravante *ad hoc*** da applicare ai delitti di cui agli artt. 581, 610, 612 e 612-*bis* c.p. Tale soluzione, con la seguente formulazione "*impedire o turbare un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva altrui*", apparirebbe conforme ai principi di tassatività, offensività e sussidiarietà e ricomprenderebbe anche quegli atti vessatori non concorrenziali che comunque influiscono sul meccanismo della libera iniziativa dei privati, ricongiungendosi così anche alle originarie intenzioni del legislatore del 1982. Infatti, come è già stato notato, le condotte punite dall'art. 513-*bis* c.p. sono previste anche da altre fattispecie di reato con un grado di offensività maggiore; in

direzione dell'intimidazione, il problema resta l'equivoco sugli atti di concorrenza, cit., p. 3825 e ss.

⁴⁸ Cfr. E. MEZZA, *Illecita concorrenza con minaccia o violenza: l'affannosa ricerca di una tipicità sfuggente*, cit., p. 327 e ss.

⁴⁷ Si veda sul punto: E. MEZZA, *Illecita concorrenza con minaccia o violenza: l'affannosa ricerca di una tipicità sfuggente*, cit., p. 326; E. D'IPPOLITO, *L'illecita concorrenza con violenza o minaccia: tra metodo mafioso e*

ragione di ciò una riduzione allo stato di circostanza risponderebbe più propriamente a quelle esigenze di sussidiarietà e proporzionalità dell'intervento penale, oltre a limitare l'ipertrofia di leggi del sistema, la cd. nomorea penale.

Del resto, l'illecito esaminato rispondeva ad un'esigenza specifica, cioè colmare il vuoto di tutela lasciato dall'art. 513 c.p.⁴⁹, ponendosi a metà tra il delitto di estorsione e il delitto di turbata libertà dell'industria e del commercio. Tuttavia, la sua difficoltosa applicazione pratica, oltre alla sua riconducibilità a fattispecie più gravi, ne hanno svalutato la portata, rendendola, secondo diverse voci autorevoli, un esempio di legislazione simbolica, cioè dalla scarsa utilità pratica⁵⁰. Da qui l'auspicio in dottrina di una sua più felice riqualificazione e collocazione nel sistema dell'ordinamento penalistico moderno.

Non si può, dunque, sottacere il **valore della decisione annotata** cui si riconosce il **merito di un'elaborazione raffinata ed esauritiva** in relazione ad una questione piuttosto intricata. Il suo particolare apprezzamento, nel *mare magnum* della controversia, deriva proprio dall'aver cercato di combinare tutti i punti nodali della matassa al fine di contribuire a fornire nuova linfa alla fattispecie

penale attraverso una nuova interpretazione in linea con i parametri europei. Difatti, la sentenza delle Sezioni unite si pone sul solco ormai tracciato da anni dalla Corte di cassazione, di giungere a "soluzioni di sintesi" di modo da evitare un contrasto diretto con il legislatore.

Tuttavia, **nonostante la pregevole operazione, non si può omettere di segnalare che l'essersi serviti della giurisprudenza civile e unionale per fondare il fatto tipico del reato rappresenta un problema di tipica attività interpretativa e, dunque, di legalità.**

I giudici di legittimità, ricorrendo all'opera dei propri omologhi in sede civile interna e sovranazionale, danno vita a nuove ricostruzioni ermeneutiche che di fatto esulano dal dettato normativo e si attribuiscono quel potere di scelta che la tradizione, nonché la legge, riconoscono ai rappresentanti dei cittadini⁵¹.

Sicuramente, si tratta di meccanismi che intervengono per la "necessità di giudicare" e sono frutto di una totale assenza del legislatore, che preso dalla smania di creare nuovi reati, non si occupa, però, di governare il sistema, lasciando indebitamente il gravoso compito all'interprete. Tuttavia, piegare il sistema, piuttosto rigido, su cui è costruito

⁴⁹ Cfr. E. MEZZA, *Illecita concorrenza con minaccia o violenza: l'affannosa ricerca di una tipicità sfuggente*, cit., p. 324 e ss.

⁵⁰ Si veda sulla effettiva portata della fattispecie: G. FIANDACA, *Commento all'art. 8 l. 13 settembre 1982, n. 646 (art. 513-bis c.p.)*, cit., p. 279 e ss.; A. ALESSANDRI, *Concorrenza illecita con minacce e violenza*, cit., p. 415; F. BRICOLA, *Premessa al commento della l. 13 settembre 1982, n. 646*, cit., p. 237 e ss.; L. MAZZA, *L'art. 513-bis del codice penale e la lotta agli atti di concorrenza compiuti con violenza o minaccia*, cit., p. 730 e ss.; E. D'IPPOLITO, *L'illecita concorrenza con violenza o minaccia: tra metodo mafioso e direzione dell'intimidazione, il problema resta l'equivoco sugli atti di concorrenza*, cit., p. 3820 e ss.; S. SEMINARA, *L'impresa e il mercato*, cit., p. 671; S. BERNARDI, *Alle Sezioni unite il compito di fare chiarezza intorno al concetto di "atti di concorrenza" nel delitto di cui all'art. 513-bis c.p. (illecita concorrenza con minaccia o violenza)*, cit.; E. MEZZA, *Illecita concorrenza con minaccia o violenza: l'affannosa ricerca di una tipicità sfuggente*, cit., p. 326; A. ABUKAR HAYO, *La determinatezza*

degli "atti di concorrenza" ex art. 513-bis c.p. alla luce della sentenza delle Sezioni unite n. 13178/2019, cit., p. 4.

⁵¹ Sul punto l'elaborazione dottrinale è stata prolifica, a seguito della celebre sentenza Taricco, che ha scatenato la dibattuta questione sulla determinazione del principio di legalità e, *in specie*, sulla natura della prescrizione. Si veda a riguardo: E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 2017; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 2015; D. PULITANÒ, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte Cost. n. 24/2017*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 2017; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 2017; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 2017.

l'ordinamento penale italiano, non è la soluzione, ma un sintomo del problema; certamente non si può pensare ad un giudice mera "bouche de loi", dimesso dal proprio ruolo di interprete, tuttavia, l'ermeneutica deve rispondere comunque a precisi riferimenti, incardinati nel sistema, che rappresentano e costituiscono il sistema stesso; in poche parole, sebbene sia impensabile privare il giudice contemporaneo degli strumenti dell'interpretazione estensiva o del ricorso alle clausole generali, consistendo il proprio compito

nel mediare tra passato e presente, generale e particolare, astratto e concreto, **l'attività ermeneutica deve rispondere a quella stessa razionalità giuridica su cui si è innestato l'intero sistema giuridico.** In definitiva, l'attività ermeneutica per sfuggire alle critiche di "creazionismo" deve svilupparsi tecnicamente, assumendo un'elevata qualificazione; solo così, riflettere quella razionalità del sistema, da sempre agognata dagli studiosi, e eviterebbe di perdersi nei meandri della discrezionalità del giudicare.



Independence Day, l'astratto a fuoco

Da consigliere a “consiglieri”: la responsabilità penale del difensore nei procedimenti di criminalità organizzata, tra ermeneutica di garanzia ed esigenze di politica criminale

From advisers to consiglieri: the criminal liability of the lawyer in organized crime proceedings, between hermeneutics of guarantee and criminal policy requirements

di [Emanuele Damante](#)

ABSTRACT

Il presente lavoro analizza il tema delicato inerente al rapporto tra esercizio dell'attività di difesa e rischio penale in materia di criminalità organizzata. Più in dettaglio, l'articolo si concentra sui pericoli di incriminazione che incombono sul professionista legale, qualora quest'ultimo si trovi ad assistere uno o più clienti affiliati a consorterie di stampo mafioso, e ponga in essere attività di consulenza che, in qualche modo, si pongono ai margini di un legittimo e doveroso espletamento dell'incarico professionale.

Scopo del contributo è quello di individuare correttamente il discrimen tra attività lecita e attività illecita dell'avvocato, specie nel caso in cui la magistratura requirente ipotizzi condotte di reato quali il concorso esterno ovvero la partecipazione ad associazione mafiosa.

This paper analyzes the delicate issue inherent in the relationship between the exercise of defense activities and criminal risk in the field of organized crime. In details, the paper focuses on the dangers of incrimination that are incumbent on the legal professional, if the latter is to assist one or more clients affiliated with mafia-type factions, and carries out consultancy activities that, in some way, are placed on the margins of a legitimate and dutiful fulfillment of the professional assignment.

The purpose of the contribution is to correctly identify the distinction between lawful activity and illegal activity of the lawyer, especially in the event that the prosecuting judiciary hypothesizes criminal conduct such as external cooperation or participation in a mafia association.

Sommario

1. Attività difensiva e contiguità alla mafia: brevi riflessioni preliminari
2. I rischi del mestiere: la deontologia del difensore in “terra” di mafia
3. Profili problematici in punto di segreto professionale
4. Il rischio penale connesso all'attività di consulenza ante factum
5. Le garanzie di cui all'art. 103 c.p.p. e l'esposizione del difensore ad atti di indagine presso lo studio professionale.
6. L'avvocato “consiglieri” nella recente prassi giurisprudenziale
 - 6.1 Segue: la punibilità del difensore a titolo di concorso esterno ovvero di partecipazione nell'associazione di cui all'art. 416-bis c.p.
 - 6.2 Segue: il problema della causalità nel concorso esterno del difensore. In particolare, la causalità psichica c.d. da “rafforzamento dell'organizzazione criminale” e la rilevanza delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia
7. Qualche riflessione conclusiva alla luce di recenti casi di cronaca giudiziaria

Summary

1. Defensive activity and contiguity to the mafia: brief preliminary reflections
2. The risks of the trade: the deontology of the defender in “land” of the mafia
3. Problematic profiles in terms of professional secrecy
4. The criminal risk associated with preventive consultancy
5. The guarantees referred to in article 103 of the Italian Criminal Procedure Code and the exposure of the lawyer to investigative acts at the professional firm

6. The “consiglieri” lawyer in recent jurisprudential practice
 - 6.1 Follows: the punishment of the defender by way of external cooperation or participation in the association referred to in article 416-*bis* of the Italian Criminal Code
 - 6.2 Follows: the problem of causality in the external cooperation of the defender. In particular, the so-called psychic causality from “strengthening the criminal organization” and the relevance of the statements of collaborators of justice
7. Some conclusive reflections in the light of recent cases of judicial news

1. Attività difensiva e contiguità alla mafia: brevi riflessioni preliminari

In tempi recenti, il prestigio della professione forense è stato messo a dura prova per effetto di complesse e altisonanti vicende giudiziarie¹ che hanno coinvolto, in particolare, alcuni difensori sospettati di intessere oscure trame con i loro assistiti, questi ultimi membri di importanti famiglie mafiose.

In realtà, non si tratta di un tema di nuova emersione nella prassi giurisprudenziale.

Il mestiere dell’avvocato, infatti, è tra i più delicati e complessi, anche perché la linea di demarcazione che separa attività lecita del professionista – espressione del diritto di difesa e del rapporto fiduciario che intercorre con il cliente – e attività illecita – esorbitante dal mandato difensivo e contraria alle leggi penali – è, molto spesso, sottile ed evanescente.

La questione, poi, si complica ancor di più nei contesti associativi, cioè nei casi in cui il difensore assista uno o più soggetti appartenenti ad organizzazioni malavitose. È altissimo, infatti, il rischio che lo stesso rimanga coinvolto in attività – in qualche modo – esulanti dal legittimo mandato e finisca, conseguentemente, per concorrere nei reati contestati ai propri clienti. Ciò a causa delle seguenti circostanze, sempre più frequenti purtroppo nella prassi applicativa: a) che i membri della consorteria delinquenziale guardino al professionista come loro “uomo di fiducia”

– situazione questa, come si vedrà, tutt’altro che irrilevante sotto il profilo probatorio –; b) che la trama associativa finisca, di fatto, per “affascinare” – per così dire – gli organi inquirenti e giudicanti, a tal punto da spingerli a guardare con occhi sospetti i difensori dei membri dell’organizzazione, finendo così per imputare ai primi gli stessi reati dei loro assistiti².

D’altronde, non è certamente un caso che, già durante l’epoca dell’associazionismo politico-terroristico³, la figura del “difensore-complice” delle bande armate aveva suscitato un certo interesse all’interno del dibattito dottrinario. Non solo e non tanto perché si discuteva, già in quelle vicende giudiziarie, circa l’ammissibilità o meno di un “concorso eventuale” nei delitti associativi (nello specifico, nella fattispecie plurisoggettiva di cui all’art. 306 c.p.⁴); ma in quanto erano emersi, dal punto di vista applicativo, i profili problematici sopra segnalati e inerenti, appunto, alla punibilità delle condotte di quei professionisti legali che, andando oltre i limiti di un ordinario mandato difensivo, finivano poi per svolgere attività in favore di soggetti gravitanti nell’orbita delle consorterie terroristiche.

Orbene, quando e fino a che punto l’attività “*ultra mandatam*” esercitata dal difensore in favore di singoli membri di compagini delinquenziali si trasforma in attività prestata a vantaggio dell’associazione nel

¹ Il riferimento è, soprattutto, a due recenti operazioni giudiziarie contro la ‘ndrangheta che hanno coinvolto avvocati di origine calabrese (per i dettagli delle vicende si veda *infra*, par. 7).

² Pericolo ben messo in evidenza da VISCONTI, C., *Difesa di mafia e rischio penale*, in *Foro it.*, II, 1997, c. 611 ss.

³ PULITANÒ, D., *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Milano, 1984, 244; più

diffusamente VISCONTI, C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, Giappichelli, 2003, 87 ss.

⁴ In questo senso Cass., 25 ottobre 1983, Arancio, in *Giust. Pen.*, 1984, I, 469, riguardante il caso dell’avvocato Sergio Spazzali, condannato per concorso nel delitto di banda armata (ex artt. 110 e 306, co. 2, c.p.) per aver fatto da tramite tra i membri delle Brigate Rosse ristretti in carcere e quelli ancora in libertà.

suo complesso? Quando tali attività possono dirsi idonee a configurare una responsabilità penale in capo al professionista?

Questi interrogativi, che già agitavano la dottrina⁵ penalistica durante gli “anni di piombo”, hanno suscitato un rinnovato e accentuato interesse in seguito alla progressiva affermazione giurisprudenziale del concorso esterno in associazione di tipo mafioso, da un lato, e alla contestuale emersione di studi socio-criminologici sul fenomeno della c.d. “**contiguità alla mafia**” dei professionisti, dall’altro. Sotto il primo punto di vista, va osservato che la natura penetrante e, per certi versi, aleatoria della nuova tipologia delittuosa – frutto, come noto, di una operazione d’innesto derivante dall’applicazione della disciplina concorsuale di cui all’[art. 110 c.p.](#) alla fattispecie associativa mafiosa – ha finito, inevitabilmente, per travolgere tutta una serie di condotte “atipiche”, come tali non riconducibili direttamente allo schema partecipativo tassativizzato nei primi due commi dell’[art. 416-bis c.p.](#) In questo senso, la figura del concorso esterno ha assolto, essenzialmente, una funzione integratrice ed estensiva della punibilità – tipica, peraltro, del modello concorsuale di cui all’art. 110 c.p. –, in quanto finalizzata a

colmare taluni *deficit* di criminalizzazione di stereotipi criminali complessi, che da tempo sfuggivano allo stigma penale.

Sotto il secondo profilo, va invece segnalato che i rapporti tra i professionisti e le organizzazioni mafiose sono da tempo oggetto di studi e ricerche nell’ambito delle scienze socio-criminologiche. D’altronde, che la vera forza della mafia sia ormai da ricercare in quelle “relazioni esterne”, è assunto oggi largamente condiviso dagli studiosi di sociologia⁶ e, in certa misura, anche dagli operatori giuridici⁷.

Il rapido evolversi della storia – specie degli ultimi trent’anni – ha permesso, infatti, di fotografare chiaramente il trapasso da una fase (per lo più coincidente con la c.d. “strategia stragista” della mafia corleonese) in cui le consorterie mafiose depredavano le risorse produttive attraverso il controllo para-militare del territorio a una fase (c.d. “della sommersione”), decisamente più articolata e complessa, ove gli stessi sodalizi criminali tendono a interloquire direttamente con i rappresentanti del potere finanziario e politico, finendo per dar vita a reti di relazioni capaci di raggiungere perfino i contesti istituzionali⁸.

⁵ Cfr. VISCONTI, C., *Difesa di mafia e rischio penale*, cit., 611 ss.; PULITANÒ, D., *op. cit.*, 185 ss. In verità, il rapporto tra difesa tecnica e responsabilità penale del difensore è stato approfondito in ambito dottrinario, per lo più, in riferimento al delitto di favoreggiamento personale. A tal proposito, per dare piena esplicitazione al diritto di difesa tutelato all’art. 24 Cost., si è richiamata l’operatività della scriminante dell’esercizio di un diritto, ex art. 51 c.p., in riferimento alle prestazioni intellettuali rese dall’avvocato e costituenti espressione del rapporto di fiducia che intercorre con il cliente.

⁶ Fra tutti si vedano SCIARRONE, R., «*Il capitale sociale della mafia*», in *Quaderni di sociologia*, 1998, 18, 60 ss.; DALLA CHIESA, N., *La convergenza. Mafia e politica nella Seconda Repubblica*, Milano, Melampo Editore, 2010, 4, il quale afferma testualmente: “*La forza della mafia sta “fuori” della mafia*”.

⁷ A tal proposito POMANTI, R., *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l’art. 416-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, 1, osserva che «è [...] un dato acquisito come la mafia, nel patrimonio giurisprudenziale, non debba più risultare necessariamente

caratterizzata dal sangue e dal terrore». Aggiunge, inoltre, che «*d’altra parte, che la mafia non sia più quel fenomeno caratterizzato dalle “coppole e lupare”, è oramai una considerazione banale*». In verità, già Leopoldo Franchetti – più di un secolo fa – parlava di «*borghesia mafiosa*», alludendo con tale terminologia alle relazioni esistenti «*tra i malfattori di mestiere e le classi agiate e ricche della popolazione*», e specificava come quasi tutti i capi-mafia fossero, in realtà, «*facinorosi della classe media*», cioè appunto colletti bianchi (cfr. SCARPINATO, R., *Crimini dei colletti bianchi e attacco alla democrazia*, in DINO, A., (a cura di), *Criminalità dei potenti e metodo mafioso*, Milano-Udine, Mimesis, 2009, 88).

⁸ SCIARRONE, R., *Mafie vecchie, mafie nuove: radicamento ed espansione*, Roma, Donzelli, 1998, 4; CENTONZE, A., TINEBRA, G., *Il concorso eventuale nell’associazione di tipo mafioso e la delimitazione delle aree di contiguità nell’esperienza giurisprudenziale*, in ROMANO, B., TINEBRA, G., (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, Giuffrè, 2013, 161 ss.

È, per usare una terminologia cara alle scienze sociali, la criminalità della c.d. “**zona grigia**”.⁹

Tra le varie prestazioni professionali suscettibili di rafforzare o comunque avvantaggiare le consorterie criminali, l’attività forense è spesso indicata dagli studiosi¹⁰ di sociologia del diritto come quella più idonea: tutti i sistemi di elusione, di riciclaggio dei capitali illeciti e di infiltrazione nella società civile, sono resi possibili anche grazie alle sofisticate competenze e consulenze di avvocati i quali – avvalendosi del *know-how* inerente alle loro funzioni e attività, e suggerendo modalità o sistemi di elusione fraudolenti delle leggi – da consiglieri finiscono per trasformarsi in «**oscuri consiglieri**» (così li definisce testualmente Cass., Sez. II, 29 aprile 2014, ud. 25 marzo 2014, n. 17894, facendo propria una terminologia tipica del linguaggio della mafia italo-americana), cioè uomini di fiducia al servizio delle associazioni di tipo mafioso. Ora, a ben vedere, su queste affermazioni potrebbe anche convenirsi, dal momento che esse esprimono, sostanzialmente, il bisogno di studiare, approfondire e cogliere la reale natura e le molteplici sfaccettature che contraddistinguono il fenomeno della contiguità

⁹ Sul concetto di “zona grigia” (o “area grigia”) si esprime SCIARRONE, R., *La mafia, le mafie: capitale sociale, area grigia, espansione territoriale*, in *L’Italia e le sue regioni. L’età repubblicana. Società*, volume IV, 223 ss.: «Area grigia è un’espressione suggestiva, che rappresenta una metafora efficace per descrivere lo spazio opaco in cui prendono forma relazioni di collusione e complicità con la mafia, coinvolgendo un’ampia varietà di attori, diversi per competenze, risorse, interessi e ruoli sociali. Tra i mafiosi e i soggetti che si muovono nell’area grigia è ravvisabile un processo di vicendevole riconoscimento, in base al quale si scambiano beni e servizi, si avvalgono gli uni delle risorse e delle competenze degli altri, si sostengono per conseguire specifici obiettivi, e in alcuni casi costituiscono alleanze organiche per tutelare o perseguire interessi comuni»; in senso analogo SIRACUSANO, F., *La contiguità alla mafia tra paradigmi sociologici e rilevanza penale*, in *Arch. pen.*, 1, 2016, 115, secondo cui «l’area grigia è, quindi, il luogo ideale in cui si sviluppano i rapporti di complicità tra soggetti esterni all’organizzazione criminale e i membri dell’associazione, la zona nella quale si instaurano vincoli affaristici e legami di

alla mafia dei professionisti; bisogno che, ovviamente, non può essere soddisfatto muovendo da un approccio esclusivamente di tipo penalistico. Tuttavia, volgendo al termine di questa premessa introduttiva e avviandoci nel cuore della tematica, si impone preliminarmente una doverosa precisazione: bisogna respingere l’idea – molto spesso presupposta dagli studiosi di sociologia¹¹ – per cui ogni forma di “connivenza” tra professionisti legali e membri di organizzazioni criminali, od ogni attività dell’avvocato estranea al mandato defensionale, debba poi necessariamente tradursi in una condotta di contiguità penalmente perseguibile, specie se a titolo di partecipazione all’associazione ex art. 416-bis c.p. ovvero di concorso eventuale nel predetto reato. Siffatto modo di ragionare potrebbe, infatti, essere rischiosissimo se automaticamente trapiantato *tout court* sul terreno proprio del diritto penale, poiché andrebbe verosimilmente ad alimentare atteggiamenti giurisprudenziali “di sospetto” esasperatamente repressivi ed orientati a soddisfare, per lo più, esigenze di politica criminale (c.d. “giurisprudenza di lotta”).

Ecco perché, allo stato attuale, perfino i pur importanti apporti delle scienze sociali, non

solidarietà tra il colluso e gli appartenenti al sodalizio, il territorio dove consolida il proprio.

*ruolo la “borghesia mafiosa”»; sul punto si veda anche l’interessante analisi di MAZZANTINI, E., *Il delitto di associazione di tipo mafioso alla prova delle organizzazioni criminali della “zona grigia”. Il caso di Mafia capitale*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 5 ss.*

¹⁰ PELLEGRINI, S., *L’impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell’economia legale. Un’analisi sociologico-giuridica*, Roma, Ediesse, 2018, 179 ss.

¹¹ *Ibid.*, 191 ss., secondo cui «se nell’esercitare il mandato di difesa, egli (l’avvocato, N.d.R.) violi la legge o infranga i limiti della disciplina deontologica, allo scopo di ottenere, costi quel che costi, il risultato, ovvero compia azioni estranee allo stesso mandato defensionale, si potranno ravvisare a suo carico delle prospettive di incriminazione». E ancora, a parere dell’Autrice, un sicuro indice di responsabilità potrebbe derivare dalla circostanza per cui «il professionista è diventato puntello importante dell’organizzazione criminale». Sul punto cfr. anche GROSSO, C. F., *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 1993, 1205.

sembrano in grado di offrire idonei parametri-guida utilizzabili dall'interprete giudiziale, e alla cui stregua tentare di rispondere agli interrogativi suesposti.

Allora, emerge chiaramente come **la soluzione della *quaestio* non possa che derivare da un equo e ragionevole bilanciamento degli interessi in giuoco: da un lato, l'interesse ad una corretta amministrazione della giustizia e alla repressione dei reati**, che richiede l'eliminazione di possibili "zone franche" immuni da responsabilità penale; dall'altro, **la piena esplicazione del diritto di difesa – costituzionalmente tutelato all'art. 24 Cost. – cui sono a ciò funzionali tutte le garanzie previste dal codice di procedura penale all'art. 103**, quali il divieto di procedere ad ispezioni e perquisizioni presso lo studio del difensore, nonché l'importante divieto di utilizzare intercettazioni relative a conversazioni fra costui ed il suo cliente.

2. I rischi del mestiere: la deontologia del difensore in "terra" di mafia

Ai sensi dell'art. 24, co. 2, della Costituzione: «*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*». Tale disposizione deve coniugarsi con quanto statuito all'art. 111 Cost. a seguito della novella attuata con legge costituzionale del 23 novembre 1999 n. 2, il quale, dopo aver sancito che «*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*», afferma che «*ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale [...]*».

Da siffatte norme costituzionali emerge, dunque, l'importanza fondamentale che riveste il ruolo del difensore nell'ambito di un ordinamento, quale il nostro, di stampo liberal-democratico, poiché esso «*deve garantire il rispetto dello Stato di Diritto e gli interessi di coloro di cui difende i diritti e le libertà*».

L'avvocato ha il dovere non solo di difendere la causa del proprio cliente ma anche di essere il suo consigliere. Il rispetto della funzione professionale dell'avvocato è una condizione essenziale dello Stato di diritto e di una società democratica»¹².

Tali principi sono suscettibili di acquisire un più pregnante e denso significato soprattutto nei procedimenti di criminalità organizzata, caratterizzati come noto da alcune peculiarità: l'elevato numero degli imputati e, di conseguenza, dei difensori coinvolti; la "spettacolarizzazione" massmediatica dei processi; la concreta possibilità che l'avvocato si trovi a dover difendere uno o più soggetti collaboranti con l'Autorità giudiziaria o imputati accusati di crimini efferati (quali omicidi o stragi)¹³. Ciò perché, essendo particolarmente gravi e pesanti le accuse mosse in tali procedimenti, il mestiere dell'avvocato finisce inevitabilmente per colorirsi di complessità e delicatezza. Da un lato, in ossequio ai principi costituzionali di difesa e di giusto processo, egli ha il compito di difendere – al meglio delle sue capacità – anche soggetti accusati di gravi delitti quali quelli mafiosi (ferma restando la possibilità in capo al difensore di non accettare l'incarico professionale ovvero di rinunciare in corso di causa); dall'altro, però, il professionista, ove decida di instaurare un rapporto di fiducia con soggetti accusati del reato associativo ex art. 416-bis c.p. o di altri reati simili, deve essere ben consapevole di addentrarsi all'interno di un "oscuro limbo" che, in alcuni casi, potrebbe esporlo a forme di responsabilità sia disciplinari sia penali.

Si intende alludere, più specificamente, a plurimi **profili di estrema delicatezza** (*in primis*, i rapporti con la parte assistita e i colleghi) **che, complici visioni enfatizzate di alcune componenti della magistratura requirente, talvolta finiscono per rendere evanescente la linea di demarcazione tra attività lecita e illecita del professionista legale**¹⁴.

¹² Codice Deontologico degli Avvocati Europei, articolo 1.1.

¹³ Più diffusamente GALATI, M., *La deontologia del difensore nei processi di criminalità organizzata*, in AA.

VV., *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., 505 ss.

¹⁴ *Ibid.*

Ecco perché, specie *in subiecta materia*, diviene anzitutto fondamentale la puntuale osservanza delle norme deontologiche e processuali da parte del difensore. Come è stato brillantemente osservato, **la più importante virtù dell'avvocato è l'indipendenza: è dovere di ogni difensore «essere indipendente da ogni interesse personale, da ogni intrigo, da ogni influenza esterna di ogni cliente per quanto importante, da ogni condizionamento»**¹⁵. Tale requisito si riferisce, soprattutto, all'esigenza che l'avvocato non si identifichi con il suo assistito, finendo con l'appiattirsi ad una logica di asservimento degli interessi processuali ed extraprocessuali di quest'ultimo¹⁶.

Fatta questa breve premessa, risulta adesso opportuno evidenziare alcuni principi e regole di condotta contenuti nel Codice Deontologico Forense, suscettibili di acquisire una

certa rilevanza nei procedimenti di criminalità organizzata, la cui violazione comporta – ai sensi dell'art. 20 del predetto codice – l'applicabilità di sanzioni di natura disciplinare¹⁷.

Il principale punto di riferimento è rappresentato dalla regola generale desumibile dall'attuale articolo 9: «L'avvocato deve esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa, rispettando i principi della corretta e leale concorrenza. L'avvocato, anche al di fuori dell'attività professionale, deve osservare i doveri di probità, dignità e decoro, nella salvaguardia della propria reputazione e della immagine della professione forense». Analogo principio si ritrova anche nel Codice Deontologico degli Avvocati Europei¹⁸.

¹⁵ HAZARD, G. C., DONDI, A., *Etiche della professione legale*, Bologna, Il Mulino, 2005, 228. Del resto, il previgente art. 10 del Codice Deontologico Forense stabiliva che «nell'esercizio dell'attività professionale l'avvocato ha il dovere di conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti esterni». Nel codice attuale, in vigore dal 12 giugno 2018, il dovere di indipendenza è citato nell'art. 6, ai sensi del quale «l'avvocato non deve svolgere attività comunque incompatibili con i doveri di indipendenza, dignità e decoro della professione forense». Il requisito della indipendenza è espressamente previsto all'art. 2.1. del Codice Deontologico degli Avvocati Europei: «I numerosi obblighi a carico dell'avvocato rendono necessaria la sua assoluta indipendenza da qualsiasi pressione e in particolare da quelle esercitate da suoi interessi personali o da influenze esterne. Questa indipendenza è necessaria per la fiducia nella giustizia quanto l'imparzialità del giudice. L'avvocato deve pertanto impedire ogni attentato alla propria indipendenza e fare attenzione a non venir meno alle norme deontologiche per compiacere i clienti, i giudici o terzi».

¹⁶ FERRAJOLI, L., *Sulla deontologia professionale degli avvocati*, in *Questione giustizia*, 2011, 6, 95. Secondo l'Autore, l'avvocato non deve quindi agire in una logica di difesa del proprio cliente dal processo, ma esercitare nel miglior modo la difesa nel processo.

¹⁷ Assume, a tal proposito, rilievo anche l'art. 4 del codice deontologico, ai sensi del quale: «La responsabilità disciplinare discende dalla inosservanza dei doveri e delle regole di condotta dettati dalla legge e dalla deontologia, nonché dalla coscienza e volontà delle

azioni od omissioni. L'avvocato, cui sia imputabile un comportamento non colposo che abbia violato la legge penale, è sottoposto a procedimento disciplinare, salva in questa sede ogni autonoma valutazione sul fatto commesso». Quanto alla natura delle sanzioni, l'art. 22.1 del codice prevede che: «Le sanzioni disciplinari sono: a) Avvertimento: consiste nell'informare l'incolpato che la sua condotta non è stata conforme alle norme deontologiche e di legge, con invito ad astenersi dal compiere altre infrazioni; può essere deliberato quando il fatto contestato non è grave e vi è motivo di ritenere che l'incolpato non commetta altre infrazioni. b) Censura: consiste nel biasimo formale e si applica quando la gravità dell'infrazione, il grado di responsabilità, i precedenti dell'incolpato e il suo comportamento successivo al fatto inducono a ritenere che egli non incorrerà in un'altra infrazione. c) Sospensione: consiste nell'esclusione temporanea, da due mesi a cinque anni, dall'esercizio della professione o dal praticantato e si applica per infrazioni consistenti in comportamenti e in responsabilità gravi o quando non sussistono le condizioni per irrogare la sola sanzione della censura. d) Radiazione: consiste nell'esclusione definitiva dall'albo, elenco o registro e impedisce l'iscrizione a qualsiasi altro albo, elenco o registro, fatto salvo quanto previsto dalla legge; è inflitta per violazioni molto gravi che rendono incompatibile la permanenza dell'incolpato nell'albo, elenco o registro».

¹⁸ «I rapporti di fiducia possono esistere solo se non vi sono dubbi sull'onorabilità, l'onestà e l'integrità dell'avvocato. Per un avvocato queste virtù tradizionali costituiscono obblighi professionali», così testualmente recita l'art. 2.2.

L'aspetto più interessante è che i suddetti obblighi di condotta devono essere rispettati dal difensore **«anche al di fuori dell'attività professionale»**: ciò significa che i doveri di indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza devono caratterizzare *in toto* l'attività del difensore anche nell'ambito della propria vita privata, specialmente nei casi in cui la violazione di tali doveri sia comunque in grado di ripercuotersi negativamente sulla sua reputazione personale, compromettendo altresì l'immagine della classe forense e suscitando il clamore dell'opinione pubblica (c.d. *“strepitus fori”*)¹⁹.

Il principio in questione, specie se inquadrato nell'ambito che qui maggiormente interessa, si traduce essenzialmente in un monito all'avvocato di rispettare, anche al di fuori della propria attività professionale, condotte di vita che garantiscano, soprattutto, il necessario distacco da determinate categorie di soggetti o di situazioni.

A conferma dell'assunto, va osservato, che secondo l'interpretazione del C.N.F., la reputazione e l'immagine della classe forense sarebbero già compromesse (e dunque legittimerebbero le sanzioni disciplinari) in tutti i casi in cui il difensore intrattenga frequentazioni con soggetti – *anche solo considerati*²⁰ – appartenenti a consorterie di stampo mafioso. Così è stato, ad esempio, affermato che *«l'avvocato che frequenti continuamente un ambiente ritenuto il “domicilio” di un'associazione a delinquere di stampo mafioso; che*

utilizzi espressioni di tono familiare (dandosi del “tu” con un noto capo di un'associazione criminosa) e adotti un comportamento senza il necessario distacco da persone chiaramente tese a propositi delittuosi; che prospetti l'ipotesi di una testimonianza volta a provocare la revisione di un processo pone in essere un comportamento contrario ai doveri di lealtà, probità e decoro» (così C.N.F., 27 luglio 1994, n. 74, in *Rassegna Forense*, 1994, 325). Va poi osservato che, nel caso in cui il difensore venga condannato (o persino indagato) per il reato di cui all'art. 416-bis c.p. o per altre fattispecie simili, nei suoi confronti potranno essere applicate le sanzioni della radiazione ovvero della sospensione cautelare dall'Albo degli avvocati. Quest'ultima, in particolare, non ha natura di mera sanzione disciplinare ma è un provvedimento amministrativo precauzionale, per la cui applicazione *«non è necessario che il C.d.O. apra un procedimento disciplinare e valuti la fondatezza delle incolpazioni o delle imputazioni penali, ma solo la gravità delle stesse e l'opportunità della sospensione, ove ritenga possa configurarsi, a causa del comportamento del professionista, una situazione di allarme per il decoro e la dignità dell'intera classe forense»* (cfr. C.N.F., 5 luglio 1999, n. 86, in *Rassegna Forense*, 1999, 933. Nel caso di specie, il professionista legale era stato condannato per associazione mafiosa e nei suoi confronti era stata emessa ordinanza di custodia cautelare in carcere)²¹.

¹⁹ DANOVÌ, R., *Commentario del codice deontologico forense*, Milano, Giuffrè, 2006, 140; sul punto si veda anche GALATI, M., *op. cit.*, 509.

²⁰ GALATI, M., *op. cit.*, 510, considera *«discutibile»* la scelta di applicare sanzioni di natura deontologica nei casi di mera frequentazione con soggetti la cui mafiosità non sia stata ancora giudizialmente accertata.

²¹ Più recentemente, si vedano pure C.N.F., 30 aprile 2012, n. 79, relativa alla radiazione dall'Albo inflitta ad un avvocato poiché condannato in qualità di partecipe ad una cosca mafiosa; C.N.F., 19 dicembre 2014, n. 192, riguardante la sospensione cautelare dall'esercizio della professione di un legale indagato per concorso esterno in associazione mafiosa. La rigidità del meccanismo relativo all'applicazione *“automatica”*

delle sanzioni deontologiche è stata, tuttavia, temperata da due recenti interventi delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione. Con il primo intervento (Cass., Sez. Un. Civ., sent. n. 3182 del 1° marzo 2012), la Suprema Corte ha annullato un provvedimento di sospensione cautelare dall'esercizio della professione, emesso da un Consiglio dell'Ordine territoriale nei confronti di un professionista legale indagato per il reato di cui all'art. 416-bis c.p. e di altri a questo strumentali. Nel caso specifico, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati competente aveva disposto la sospensione in via cautelare dall'esercizio della professione forense a tempo indeterminato, senza averlo convocato né tanto meno ascoltato, in violazione delle regole stabilite dal r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578

3. Profili problematici in punto di segreto professionale

Un primo punto critico nei rapporti tra difesa tecnica, rischio penale e doveri deontologici è costituito dalla disciplina del segreto professionale²². Si tratta di un profilo estremamente delicato, poiché il **discrimen tra attività lecite e illecite del professionista legale inizia ad apparire decisamente più sfumato e oscuro**. Ciò a causa, per un verso, del difficile coordinamento tra le diverse discipline coinvolte; per altro verso, dell'esistenza di orientamenti giurisprudenziali spesso poco attenti alle garanzie della funzione difensiva e indirizzati, al contrario, a salvaguardare a tutti i costi il sapere cognitivo in materia di mafia (peraltro, tale ultima circostanza tende ormai a diventare una costante nei processi *de quo*). L'istituto in questione rappresenta il risultato della lettura combinata e sistematica delle disposizioni contenute nell'art. 622 c.p. e nell'art. 200 del codice di rito, da coordinarsi altresì con le norme che il Codice Deontologico Forense dedica espressamente alla riservatezza e al segreto professionale.

(Legge Professionale Forense), il cui art. 43, comma 3, prevede che «La sospensione dall'esercizio della professione è dichiarata dal Consiglio dell'Ordine sentito il professionista. Il Consiglio può pronunciare, sentito il professionista, la sospensione dell'avvocato sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale o contro il quale sia stato emesso ordine di comparizione o di accompagnamento». A parere delle Sezioni Unite, dunque, **in ossequio al principio del contraddittorio di cui all'art. 111 Cost., anche nel procedimento disciplinare deve essere sempre garantito all'incolpato il diritto di essere convocato ed esporre le proprie difese innanzi al plenum del Consiglio dell'Ordine**. Con il secondo intervento (Cass., Sez. Un. Civ., sent. 18 febbraio 2015, n. 3184), gli Ermellini hanno affermato che **la sospensione cautelare dall'esercizio della professione di un avvocato sottoposto a procedimento penale è legittima solo se il pericolo di "strepitus fori" presenta i caratteri dell'attualità e della concretezza**. Per un commento alla sentenza da ultimo citata si veda Filodiritto Editore, *Cassazione SU: la sospensione dell'avvocato è legittima se lo strepitus fori è attuale e concreto*, in *Filodiritto*, 18 marzo 2015, <https://www.filodiritto.com/cassazione-su-la-sospensione-dellavvocato-e-legittima-se-lo-strepitus-fori-e-attuale-e-concreto>.

Ai sensi dell'art. 13 del predetto codice, «l'avvocato è tenuto, nell'interesse del cliente e della parte assistita, alla **rigorosa osservanza del segreto professionale e al massimo riserbo su fatti e circostanze in qualsiasi modo apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale e comunque per ragioni professionali**»²³. Si tratta, com'è intuibile, di un profilo di estremo rilievo nel rapporto difensore-cliente e che può essere considerato una concreta esplicazione del più generale principio di fiducia. È frequentissimo infatti, specie assistendo membri di consorterie di stampo mafioso, che l'avvocato riceva informazioni relative a fatti o avvenimenti concernenti l'attività svolta o premeditata nell'ambito del contesto associativo. Orbene, al riguardo è opportuno segnalare che, a norma dell'art. 28 del codice deontologico, «è dovere, oltre che diritto, primario e fondamentale dell'avvocato mantenere il segreto e il massimo riserbo sull'attività prestata e su tutte le informazioni che gli siano fornite dal cliente e dalla parte assistita, nonché su

²² LUPINACCI, S., *il segreto professionale: codice deontologico forense, sviluppi e prospettive*, in *Giurisprudenza Penale*, 23 novembre 2014, <https://www.giurisprudenzapenale.com/2014/11/23/il-segredo-professionale-codice-deontologico-forense-sviluppi-e-prospettive/>; GALATI, M., *op. cit.*, 510 ss.

²³ Principio analogo è desumibile dall'art. 2.3. del Codice Deontologico degli Avvocati Europei, il quale testualmente recita: «È nella natura stessa della funzione dell'avvocato che egli sia depositario dei segreti del suo cliente e destinatario di comunicazioni riservate. Senza la garanzia della riservatezza, non può esservi fiducia. Il segreto professionale è dunque riconosciuto come un diritto e un dovere fondamentale e primario dell'avvocato. L'obbligo dell'avvocato di rispettare il segreto professionale è volto a tutelare sia gli interessi dell'amministrazione della giustizia che quelli del cliente. È per questo che esso gode di una speciale protezione da parte dello Stato. L'avvocato deve mantenere il segreto su tutte le informazioni riservate di cui venga a conoscenza nell'ambito della sua attività professionale. Tale obbligo di riservatezza non ha limiti di tempo. L'avvocato deve esigere il rispetto del segreto professionale dai suoi dipendenti e da chiunque collabori con lui nell'esercizio della sua attività professionale».

quelle delle quali sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato». Va poi specificato che l'obbligo del segreto grava in capo al difensore anche con riferimento a informazioni o notizie ricevute da soggetti non più assistiti, essendo il relativo mandato stato adempiuto o perfino rinunciato e non accettato.

Nonostante l'ambito di operatività del divieto *de quo* sia particolarmente ampio, tanto da coinvolgere tutta l'*équipe* dello studio professionale (dipendenti, praticanti, consulenti e collaboratori, anche occasionali), non ha carattere assoluto. Ed infatti, l'art. 28.4. del CDF prevede **alcune ipotesi che derogano alla regola generale** e in presenza delle quali l'avvocato è legittimato a divulgare quanto appreso nell'esercizio della propria attività, sempre che tale divulgazione risulti necessaria: *«a) per lo svolgimento dell'attività di difesa; b) per impedire la commissione di un reato di particolare gravità; c) per allegare circostanze di fatto in una controversia tra avvocato e cliente o parte assistita; d) nell'ambito di una procedura disciplinare. In ogni caso la divulgazione dovrà essere limitata a quanto strettamente necessario per il fine tutelato»*. Per i fini che qui interessano, assume una certa importanza la deroga sub *b)*, allorché il difensore venga reso edotto dal proprio assistito circa l'intenzione di questi di commettere gravi ed efferati reati. In questi casi, parte della dottrina²⁴ ritiene che, onde gestire nel migliore dei modi la situazione e rispettare pedissequamente il segreto professionale, l'azione dell'avvocato debba svolgersi nei seguenti modi: dovrà, innanzitutto, allertare il proprio cliente circa il contenuto e i limiti del dovere di cui all'art. 28 del codice; se, nonostante la precisazione, la parte assistita continui nelle proprie sciagurate intenzioni, il legale dovrà immediatamente interrompere i rapporti professionali e comunicare le informazioni ricevute alla competente Autorità giudiziaria.

Tuttavia, il comportamento deontologicamente corretto del difensore – se da un lato

lo mette al riparo da possibili sanzioni disciplinari – non elimina assolutamente tutti i problemi, atteso che il professionista deve comunque fare i conti con l'arduo coordinamento di discipline che si ricava dalle norme che il codice penale e il codice di procedura penale dedicano rispettivamente al segreto professionale.

A tal proposito, **l'art. 622 c.p. stabilisce un divieto di rivelazione «senza giusta causa»** in capo a chiunque, soggetto privato o pubblico, abbia avuto notizia di un fatto segreto per ragione del proprio *«stato o ufficio, o della propria professione o arte»*, sempre che dal fatto derivi nocumento alla persona che si è rivolta al professionista. La rivelazione è punita con la reclusione fino ad un anno o con la multa da € 30 a € 516.

Come già accennato, la norma incriminatrice *de qua* deve essere attentamente coordinata con la disciplina tracciata dal codice di procedura penale, e in particolare con quanto stabilito all'**art. 200 c.p.p.** Quest'ultimo riconosce, solo in capo ai professionisti ivi tassativamente elencati (c.d. "professionisti qualificati"²⁵), **la facoltà di non deporre su fatti coperti da segreto professionale e appresi «per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria»**. Va specificato che il codice include gli avvocati tra i soggetti che non possono essere obbligati a rendere dichiarazioni su fatti conosciuti in ragione dell'attività professionale.

I profili problematici della questione derivano essenzialmente, per un verso, dalla previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 200 c.p.p.; per altro verso, dal difficile rapporto che si viene ad instaurare fra il ruolo di difensore e l'ufficio di testimone.

Quanto al primo profilo, va osservato che **l'art. 200, co. 2, c.p.p. attribuisce al giudice un potere di accertamento relativo alla fondatezza del segreto opposto dal professionista**. Se la dichiarazione resa per esimersi dal

²⁴ GALATI, M., *op. cit.*, 511.

²⁵ TONINI, P., *Manuale di procedura penale*, XIX ed., Milano, Giuffrè, 2018, 305 ss.

deporre risulti al giudice infondata, questi ordina che il testimone deponga. Al tempo stesso, tuttavia, rimane comunque operativa la disciplina di cui all'art. 622 c.p.

Dal combinato disposto delle due norme parrebbe dunque evincersi, salvo eventuali obblighi giuridici di riferire comunque i fatti all'Autorità giudiziaria, che il difensore sia titolare di un "potere-dovere" di rifiutarsi di rispondere alle singole domande che lo inducano a rilasciare dichiarazioni in ordine a fatti segreti o circostanze confidenziali appresi nell'esercizio della sua professione; se l'avvocato decida comunque di deporre su tali fatti, egli non potrà invocare la "giusta causa" e risponderà, pertanto, del delitto di cui all'art. 622 c.p.²⁶

Una simile interpretazione, tuttavia, oltre a risultare estremamente rigida, rischia di tradursi in un vero e proprio controsenso: il difensore, infatti, si verrebbe paradossalmente a trovare nella scomoda situazione di dover scegliere tra rispondere all'Autorità giudiziaria – e dunque andare incontro alla incriminazione per rivelazione del segreto professionale (oltreché alle sanzioni disciplinari previste nel codice deontologico) – ovvero rifiutarsi di rispondere alle domande del giudice o del pubblico ministero nonostante l'ordine di deporre, con il rischio di essere incriminato, a seconda dei casi, per i delitti di cui agli artt. 371-bis o 372 c.p.

A parere di chi scrive, la soluzione va ricercata muovendo da un'interpretazione sistematica e teleologica delle disposizioni di cui agli artt. 622 c.p. e 200 c.p.p., senza al tempo stesso arrecare un *vulnus* alla effettività del diritto di difesa. Perciò, una volta chiamato a deporre il difensore ed avendo questi opposto il segreto, ove il giudice accerti ex art. 200, co. 2, c.p.p. l'infondatezza della dichiarazione resa dal professionista per esimersi dal deporre e ordini pertanto a quest'ultimo di testimoniare, l'eventuale risposta del difensore –

limitata ovviamente a quanto strettamente necessario – non varrebbe ad integrare comunque il delitto di cui all'art. 622 c.p., potendo l'ordine di deporre impartito dal giudice essere considerato una "giusta causa" ai sensi della fattispecie incriminatrice *de qua*.

Il difficile coordinamento delle varie discipline coinvolte esprime, in sostanza, il complesso bilanciamento tra i diversi interessi in giuoco: da un lato, l'interesse della giustizia all'accertamento e alla repressione dei reati, che tende a spingere verso un'applicazione il più possibile generalizzata dell'obbligo di rispondere all'Autorità giudiziaria secondo verità; dall'altro, l'interesse individuale protetto dal segreto professionale "qualificato", volto ad esonerare dall'obbligo di deporre le persone che a causa della loro professione sono depositarie di informazioni delicate, la cui eventuale rivelazione andrebbe a coinvolgere interessi di rilevanza costituzionale (quale, ad esempio, l'art. 24 Cost.).

Quanto al secondo profilo, **la disciplina sul segreto professionale è in grado di incidere in misura rilevante anche in ordine ai rapporti fra il ruolo di difensore e l'ufficio di testimone.** Secondo un orientamento granitico della giurisprudenza di legittimità, «*non sussiste l'incompatibilità a testimoniare del legale che, dimesso l'ufficio di difensore dell'imputato abbia poi assunto nello stesso procedimento quello di teste e, in tale veste sia escusso dal giudice, in quanto, nel vigente ordinamento, l'incompatibilità del difensore sussiste solo nel caso di contestuale esercizio delle due funzioni in questione, potendo tale ipotesi assumere rilevanza soltanto sul piano della deontologia forense. Ne deriva che, in tal caso, non è applicabile la previsione di cui all'art. 197 comma 1 lett. d) c.p.p., la quale circoscrive l'incompatibilità con l'ufficio di testimone, alla sola ipotesi del difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva*» (così Cass. Pen., Sez. V, 5 febbraio

²⁶ *Ibid.*; si dimostra critico GALATI, M., *op cit.*, 512 ss., il quale sostiene che l'ordine di deporre impartito dal giudice ex art. 200, co. 2, c.p.p. andrebbe considerato quale "giusta causa" allorché il magistrato abbia

concretamente accertato l'infondatezza del segreto opposto dal difensore. In caso contrario, verrebbe irrimediabilmente pregiudicata la funzione difensiva.

2010, n. 16255, in *Cass. pen.*, 2011, 6, 2301; più di recente, tale indirizzo è stato confermato anche da *Cass. Pen.*, Sez. II, 28 marzo 2017, n. 22954, fattispecie in cui la Suprema Corte ha escluso che fosse applicabile la previsione di cui all'art. 197, comma primo, lett. d), c.p.p., nell'ipotesi di testimonianza "assistita" resa da soggetto che era stato avvocato di fiducia dell'imputato nel primo grado di giudizio e, dopo essere stato arrestato per altri fatti, aveva deciso di collaborare con la giustizia rendendo dichiarazioni accusatorie con le garanzie difensive, ai sensi dell'art. 197-bis, comma secondo, c.p.p., nonostante fosse stato anche avvertito della possibilità di avvalersi del segreto professionale).

Va specificato poi che, secondo l'interpretazione fornita dalla Cassazione, il "potere-dovere" dell'avvocato di astenersi dal deporre come testimone va comunque riferito solo a quelle circostanze che siano state apprese nell'esercizio della propria attività e siano, dunque, inerenti a uno specifico mandato professionale ricevuto dal cliente (così *Cass. Pen.*, Sez. VI, 2 aprile 2013, n. 15003). Orbene, ciò rischia di entrare palesemente in conflitto con quanto stabilito invece dalle norme deontologiche, a seguito dell'entrata in vigore delle modifiche apportate con delibera del Consiglio Nazionale Forense del 31 gennaio 2014. Ai sensi dell'attuale art. 51 del Codice Deontologico Forense, «*l'avvocato deve astenersi, salvo casi eccezionali, dal deporre, come persona informata sui fatti o come testimone, su circostanze apprese nell'esercizio della propria attività professionale e ad essa inerenti*». La norma appena citata, cioè, parrebbe estendere l'obbligo di astensione a tutta l'attività professionale svolta dal difensore, dunque anche alle informazioni ricevute dalla parte assistita in un momento prodromico all'effettivo conferimento dell'incarico defensionale²⁷.

In definitiva, laddove l'avvocato ottemperi all'ordine del giudice ex art. 200, co. 2, c.p.p.,

e considerando altresì operativa nel caso *de quo* la eccezione della "giusta causa" di cui all'art. 622 c.p., a quest'ultimo potranno comunque essere applicate le sanzioni disciplinari derivanti dal mancato rispetto dei doveri deontologici di cui agli artt. 13, 28 e 51 CDF sopra descritti.

Si tratta, com'è di tutta evidenza, di una disciplina assai oscura e che non è, allo stato, in grado di offrire al professionista legale la soluzione migliore onde consentirgli di sfuggire a forme di responsabilità, sia penali che disciplinari.

4. Il rischio penale connesso all'attività di consulenza *ante factum*

Il segreto professionale sopra illustrato non è certamente l'unico profilo a destare problemi. Diverse insidie si nascondono, infatti, anche nell'**attività di consulenza** legale *anche factum*, vale a dire quella attività – costituita prevalentemente da pareri, consigli e investigazioni preventive – svolta dal difensore in favore del cliente prima della formale iscrizione a ruolo di un procedimento penale²⁸.

È soprattutto in questo ambito, infatti, che i suggerimenti forniti alla parte assistita (e le altre attività svolte dal professionista sempre nell'interesse della stessa) rischiano maggiormente di apparire agli occhi degli organi inquirenti quali condotte passibili di integrare fattispecie di reato quali favoreggiamento personale, rivelazione e utilizzazione di segreti d'ufficio se non addirittura ipotesi di concorso nei reati contestati al cliente.

Ciò è tanto più vero nei processi di criminalità organizzata. La complessità che notoriamente caratterizza l'accertamento dei fatti nei contesti associativi e l'elevato numero degli indagati e/o imputati in tali procedimenti, uniti alle difficoltà connaturate all'esercizio dell'attività difensiva, potrebbero infatti indurre i magistratiquirenti a guardare con occhi repressivi ogni singolo comportamento del legale. In questi casi, la trama associativa e la

²⁷ Così anche LUPINACCI, S., *op. cit.*, la quale auspica un sensibile mutamento nell'atteggiamento della

giurisprudenza della Cassazione in ordine al dovere di astensione del difensore.

²⁸ GALATI, M., *op. cit.*, 516.

fitta e complessa rete relazionale che caratterizza le associazioni mafiose finiscono, molto spesso, per rappresentare una «*pericolosa ragnatela che cattura i professionisti con i quali entra in contatto*»²⁹. Beninteso, è ovviamente possibile che sia lo stesso difensore a travalicare i limiti posti dal diritto penale all'esercizio del mandato conferito dal cliente, finendo la sua condotta per integrare pienamente ipotesi delittuose.

Allo scopo di individuare correttamente quale libertà d'azione sia concessa dalla legge all'avvocato, pare anzitutto opportuno segnalare i più importanti principi e canoni comportamentali che il Codice Deontologico Forense dedica espressamente al rapporto tra il difensore e la parte assistita.

A tal proposito, assumono innanzitutto rilievo l'art. 10 sul "dovere di fedeltà" – ai sensi del quale «*l'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa*» – e l'art. 27 sui "doveri di informazione" – secondo cui «*l'avvocato deve informare chiaramente la parte assistita, all'atto dell'assunzione dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza di quest'ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione [...] L'avvocato, ogni qualvolta ne venga richiesto, deve informare il cliente e la parte assistita sullo svolgimento del mandato a lui affidato e deve fornire loro copia di tutti gli atti e documenti, anche provenienti da terzi, concernenti l'oggetto del mandato e l'esecuzione dello stesso sia in sede stragiudiziale che giudiziale. [...] L'avvocato deve riferire alla parte assistita, se nell'interesse di questa, il contenuto di quanto appreso legittimamente nell'esercizio del mandato*».

Le presenti disposizioni vanno tuttavia lette sistematicamente con quanto statuito all'art. 23, i cui canoni comportamentali IV, V, e VI individuano **precisi limiti allo svolgimento della funzione difensiva**: a) l'avvocato non

deve consigliare azioni inutilmente gravose; b) l'avvocato è libero di accettare l'incarico, ma deve rifiutare di prestare la propria attività quando, dagli elementi conosciuti, desuma che essa sia finalizzata alla realizzazione di operazione illecita; c) l'avvocato non deve suggerire comportamenti, atti o negozi nulli, illeciti o fraudolenti.

Va specificato che, mentre la violazione del canone sub a) comporta l'applicazione della sanzione disciplinare dell'avvertimento, la violazione dei successivi doveri deontologici è invece causa di sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da uno a tre anni.

Ulteriori limiti si ricavano, infine, dall'attuale art. 50 del codice deontologico e attengono, sostanzialmente, all'introduzione nel procedimento di prove, elementi di prova o documenti che il professionista sappia essere falsi: l'avvocato che apprenda, anche successivamente, dell'introduzione nel procedimento di prove, elementi di prova o documenti falsi, provenienti dalla parte assistita, «*non può utilizzarli o deve rinunciare al mandato*».

Anche in questo caso, è prevista la sanzione della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da uno a tre anni.

Oltre a violazioni deontologiche, come già avvertito sopra, l'espletamento dell'attività di consulenza potrebbe esporre il difensore a forme di responsabilità penale. Atteso che per costante giurisprudenza l'avvocato non ha il dovere di cooperare alla ricerca della verità³⁰ o comunque di concorrere a creare le condizioni di una sentenza giusta, fino a che punto può dunque spingersi l'attività del legale?

Per migliore chiarezza espositiva, può essere utile considerare i seguenti casi: a) il difensore, prendendo legittima visione degli atti processuali, rende edotto il proprio cliente circa la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza a suo carico e lo informa tempestivamente della possibilità che venga emessa nei suoi confronti una misura cautelare; b) il difensore, ricevute le confidenze di un suo

²⁹ L'illuminante analisi è di VISCONTI, C., *Difesa di mafia e rischio penale*, cit., c. 615.

³⁰ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 27 giugno 2006, n. 32009.

assistito in ordine alla commissione di un determinato reato, fornisce a questi suggerimenti “spregiudicati” (ad esempio, consigliandogli di far sparire le fonti di prova o di “sistemare” la propria situazione bancaria in vista di un imminente controllo giudiziario); c) il legale rivela notizie o atti di indagine coperti da segreto al proprio cliente, dopo averli acquisiti in maniera illegittima o comunque fraudolenta. Ora, a ben vedere, nessun dubbio può aversi circa la legittimità della condotta di cui al caso a), dal momento che la divulgazione di atti processuali – legittimamente e ritualmente acquisiti – al proprio assistito e relativi ad un procedimento a carico di quest’ultimo rientra certamente nell’ambito dell’ordinario svolgimento dell’incarico difensivo, rappresentando nient’altro che una semplice esplicazione del principio di fiducia e fedeltà che caratterizza il rapporto difensore-cliente.³¹ A nulla varrebbe poi obiettare che l’eventuale divulgazione sia teoricamente suscettibile di integrare l’aiuto favoreggiatore: in circostanze simili, infatti, verrà in soccorso dell’avvocato la scriminante dell’esercizio di un diritto di cui all’art. 51 c.p., trattandosi di prestazione intellettuale resa da un professionista nell’ambito del rapporto di fiducia e assistenza caratteristico della funzione difensiva costituzionalmente tutelata. Parimenti esente da responsabilità penale sarà il difensore del caso b). Ciò perché, pur trattandosi di una condotta riprovevole dal punto di vista morale e persino contraria ai doveri deontologici sopra considerati, secondo la maggior parte della dottrina si tratterebbe comunque di un’ipotesi di istigazione al c.d. auto favoreggiamento, non perseguibile penalmente ai sensi dell’art. 378 c.p.³²

³¹ «**Non integra il delitto di favoreggiamento personale la condotta del difensore che, avendo ritualmente preso visione di atti processuali dai quali emergano gravi indizi di colpevolezza a carico del proprio assistito, lo informi della possibilità che nei suoi confronti possa essere applicata una misura cautelare (nella specie effettivamente disposta e non eseguita per la latitanza dell’indagato), atteso che la legittima acquisizione di notizie che possono interessare la posizione processuale dell’assistito ne rende legittima la rivelazione a quest’ultimo in**

Diversa è la soluzione, invece, nel caso c). In situazioni del genere – come nel caso di concorso nel delitto di rivelazione o di utilizzazione di segreti d’ufficio ex art. 326 c.p. o nella fraudolenta presa visione o estrazione di copie di atti che, invece, avrebbero dovuto rimanere segreti – potrebbe tranquillamente configurarsi in capo all’avvocato una responsabilità penale poiché, essendo l’acquisizione di notizie avvenuta in maniera illegale, «**si verifica una sorta di “solidarietà anomala” con l’imputato in virtù della quale l’aiuto del difensore è strumentale non già alla corretta, scrupolosa e lecita difesa ma alla elusione o deviazione delle investigazioni e, quindi, al turbamento della funzione giudiziaria rilevante ai sensi dell’art. 378 c.p.**».³³ Va poi specificato che, ove la condotta ausiliaria venga posta in essere nei confronti di un soggetto indagato o imputato del reato di cui all’art. 416-bis c.p., potranno ravvisarsi in capo al professionista le condizioni per l’applicabilità della circostanza aggravante di cui al secondo comma dell’art. 378 c.p. e di quella ex art. 7 l. 203/1991 (oggi art. 416-bis 1. c.p.).

Per quanto sinora esposto, la linea di demarcazione tra attività lecita e attività illecita del legale parrebbe, dunque, poggiare sulle **modalità di acquisizione delle notizie o degli atti di indagine**: talché sarebbero da considerare penalmente perseguibili quelle condotte del difensore frutto di una mancata osservanza, oltre che delle norme deontologiche, anche delle norme processuali.

Senonché un tale criterio, pur teoricamente corretto, rischia di risultare del tutto

virtù del rapporto di fiducia che intercorre tra professionista e cliente e che attiene al fisiologico esercizio del diritto di difesa [...]», così Cass. Pen., Sez. VI, 29 marzo 2000, n. 7913, in *Riv. pen.*, 2000, 893.

³² VISCONTI, C., *Difesa di mafia e rischio penale*, cit., c. 616; Pulitanò D., *op. cit.*, 197; GALATI, M., *op. cit.*, 516 ss.; INSOLERA, G., ZILLETTI L., *Il rischio penale del difensore*, Milano, Giuffrè, 2009, 108. Si esprime così anche Cass. Pen., 2 dicembre 2014, n. 52118.

³³ In questi termini Cass. Pen., Sez. VI, 29 marzo 2000, cit.

insufficiente nei procedimenti di criminalità organizzata, la cui complessità (come si è più volte accennato) è dovuta soprattutto all'elevato numero degli indagati/imputati e, di conseguenza, dei difensori coinvolti. È caratteristico di tali procedimenti, inoltre, che la strategia processuale sia molto spesso comune a più difese – specie per quei giudizi che riguardano una stessa famiglia mafiosa – e, conseguentemente, sono frequentissime forme di collaborazione tra i vari professionisti coinvolti. In proposito, l'art. 46 del Codice Deontologico Forense stabilisce, ai canoni comportamentali nn. V e VI, che «*l'avvocato, nell'interesse della parte assistita e nel rispetto della legge, collabora con i difensori delle altre parti, anche scambiando informazioni, atti e documenti. L'avvocato, nei casi di difesa congiunta, deve consultare il codifensore su ogni scelta processuale e informarlo del contenuto dei colloqui con il comune assistito, al fine della effettiva condivisione della difesa*». Orbene, come correttamente evidenziato da parte della dottrina³⁴, il contenuto di tale disposizione potrebbe creare qualche problema nel caso in cui il difensore di uno dei coindagati sottoposto a misura cautelare, dopo aver avuto la possibilità di visionare atti processuali ed estrarne copia, li trasmetta, in ossequio al dovere deontologico sopra riportato, ad un collega che assiste, invece, un soggetto non sottoposto ad alcuna misura cautelare e che, ovviamente, non conosce ancora gli atti processuali. È evidente come, da un lato, la trasmissione degli atti in questione sia idonea a configurare il delitto di cui all'art. 326 c.p. in capo al primo avvocato; al tempo stesso, tuttavia, sembrerebbe eccessivo imporre al secondo legale di tacere la notizia – acquisita in maniera illegittima ma involontaria – al proprio assistito in attesa dell'applicazione della misura cautelare

³⁴ GALATI, M., *op. cit.*, 515; VISCONTI, C., *Difesa di mafia e rischio penale*, cit., c. 614 ss.

³⁵ Il caso è tratto da Trib. Palermo, sent. 18 novembre 1996. I giudici di merito, nel caso di specie, non hanno attribuito rilievo penale alla condotta *de qua* poiché la notizia trasmessa dal difensore all'esponente di vertice della consorteria era stata acquisita nel corso di una

anche nei suoi confronti, specie ove tale notizia sia in grado di incidere sulla strategia processuale e dunque sul concreto esercizio della difesa tecnica.

Problemi in parte analoghi si avrebbero nel caso in cui un difensore, avendo assistito per ragioni professionali ad una sede dibattimentale pubblica ove un collaboratore di giustizia rendeva dichiarazioni accusatorie a carico di un esponente di vertice di un'associazione mafiosa, avvisi quest'ultimo – in assenza di uno specifico incarico professionale – dei contenuti sfavorevoli della deposizione resa dal collaborante³⁵. A ben vedere, se da un lato la pubblicità del dibattimento esclude la rilevanza penale della condotta dell'avvocato, dall'altro non può sottacersi come l'informazione fornita al boss mafioso travalichi nettamente il limite di un espletamento doveroso del mandato, in questo caso addirittura neanche sussistente. Ad ogni modo, il comportamento del professionista, di per sé privo di rilevanza penale, se letto congiuntamente ad altre evidenze probatorie, potrà essere valutato dagli organi inquirenti quale indice di una "solidarietà anomala" con il capo mafia.

Più in generale, può dirsi che **quando il flusso di informazioni esorbita da un preciso e specifico rapporto difensore-cliente (come nei casi sopra riportati), il comportamento del professionista rischia maggiormente di essere qualificato come penalmente rilevante.**

In materia di mafia, è poi opportuno anticipare che l'inosservanza dei doveri deontologici e delle norme processuali che regolano l'acquisizione degli atti di indagine, il flusso anomalo delle informazioni tra i difensori ovvero tra questi e soggetti non assistiti, e finanche la sola frequentazione con soggetti condannati per reati associativi in assenza della formalizzazione di uno specifico mandato, sono tutti

rogatoria internazionale pubblica, sicché, a parere del decidente, non può ritenersi che l'avvocato «*abbia violato il segreto istruttorio od anche specifiche regole deontologiche, essendosi limitato ad informare un imputato, seppur dallo stesso non assistito, circa gli elementi emersi a suo carico in altra sede dibattimentale pubblica*».

elementi che potrebbero essere valutati dagli organi inquirenti come indicativi di una “eccessiva vicinanza” del difensore alle congregate malavitose. In questi casi, la condotta del professionista finisce dunque per essere trahettata all’interno di una “zona d’ombra”, entro la quale quest’ultimo rischia di rimanere vittima della natura “onnivora” e penetrante del concorso esterno in associazione mafiosa³⁶.

A questo punto, il nodo della questione non sarà più l’individuazione dei limiti di uno specifico mandato difensivo, quanto la stessa rilevanza causale del contributo apportato dal difensore all’organizzazione criminale nel suo complesso (si veda *infra*, par. 6).

5. Le garanzie di cui all’art. 103 c.p.p. e l’esposizione del difensore ad atti di indagine presso lo studio professionale

Ulteriore e significativa conseguenza dell’agire “spregiudicato” del difensore in contesti associativi, potrebbe essere quella di esporlo ad attività di indagine presso il proprio studio professionale.

A tal proposito, vale la pena evidenziare che **il legislatore ha assicurato all’avvocato, attraverso le previsioni contenute nel codice di rito all’art. 103, la possibilità di svolgere ed effettuare la propria attività professionale e di consulenza in favore della parte assistita in maniera libera da condizionamenti e/o da ingerenze esterne** ad opera delle autorità inquirenti.³⁷ Le garanzie ivi previste, perciò, rappresentano piena esplicazione della funzione difensiva tutelata all’art. 24 Cost., in quanto ad essa direttamente strumentali.

Più nello specifico, l’art. 103 c.p.p. predispone tutta una serie di tutele particolari volte al libero dispiegamento dell’attività difensiva

all’interno degli studi professionali (e non solo).

Le ispezioni e le perquisizioni sono innanzitutto consentite solamente in due casi tassativamente indicati: a) quando i difensori (o le altre persone che svolgono stabilmente attività nello stesso ufficio) **sono imputati**, «*limitatamente ai fini dell’accertamento del reato loro attribuito*»; **b) per rilevare tracce o altri effetti materiali del reato o per ricercare cose o persone specificamente predeterminate** (art. 103, co. 1, c.p.p.).

Il sequestro di carte o documenti relativi all’oggetto della difesa è di regola vietato, salvo in relazione ad oggetti «che costituiscono corpo del reato» (art. 103, co. 2, c.p.p.).

Va osservato che, mentre per le ispezioni e per le perquisizioni la garanzia è ricollegata dal codice agli «*uffici dei difensori*» e dunque ai locali dello studio professionale, per quanto riguarda i sequestri – ma lo stesso dicasi in riferimento alle intercettazioni e al controllo della corrispondenza tra l’avvocato ed il cliente – essa è invece assicurata, come si ricava dall’espressione «*presso i difensori*» contenuta nel secondo comma, direttamente alla persona del professionista e dei suoi collaboratori. Dunque, come specificato da attenta dottrina³⁸, il divieto in parola è suscettibile di operare non solo quando il sequestro avvenga presso lo studio legale, ma anche qualora esso si verifichi in altro luogo idoneo allo svolgimento dell’attività difensiva.

I successivi commi 3 e 4 dell’art. 103 c.p.p. prevedono poi che **i sequestri, le ispezioni e le perquisizioni devono avvenire col rispetto di determinate modalità**.

È innanzitutto previsto, a pena di nullità, un preavviso al Consiglio dell’Ordine Forense

³⁶ Sul punto, osserva giustamente VISCONTI, C., *Contiguità alla mafia e rischio penale*, cit., c. 615, che il vero problema è costituito dalla «*capacità attrattiva verso l’area del penalmente rilevante che la figura del concorso esterno potrebbe esercitare per una serie di condotte realizzate dal professionista, le quali, ponendosi ai margini di un preciso mandato difensivo nei confronti di un singolo associato, rischiano di trasformarsi in*

contributi consapevolmente funzionali al mantenimento dell’organizzazione nel suo complesso».

³⁷ Cfr. TONINI, P., *Manuale di procedura penale*, cit., 153.

³⁸ GIGLIO, V., (a cura di), *Codice di procedura penale annotato con la giurisprudenza, commento sub art. 103*, Filodiritto Editore, consultabile in <https://www.filodiritto.com/codici/codice-di-procedura-penale>.

affinché il «*presidente ovvero un consigliere da questo delegato possa assistere alle operazioni. Allo stesso, se interviene e ne fa richiesta, è consegnata copia del provvedimento*». Secondo la giurisprudenza della Cassazione³⁹, la norma è volta alla tutela della funzione difensiva: di conseguenza, non è necessario procedere al preavviso qualora il difensore rivesta la qualifica di imputato del reato per cui si procede alle summenzionate attività.

In secondo luogo, è stabilito dal comma 4 che alle ispezioni, perquisizioni e sequestri deve procedere «*personalmente il giudice ovvero, nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero in forza di motivato decreto di autorizzazione del giudice*».

Non è poi consentita attività di intercettazione in relazione a conversazioni o comunicazioni dei difensori, consulenti tecnici e loro ausiliari, né a quelle tra costoro e le persone da loro assistite (art. 103, co. 5, c.p.p.).

Parimenti vietati sono il sequestro e ogni altra forma di controllo della corrispondenza tra l'imputato e il proprio avvocato «*in quanto riconoscibile dalle prescritte indicazioni, salvo che l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato*» (art. 103, co. 6, c.p.p.).

Ai sensi dell'ultimo comma, primo periodo, **i risultati delle ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni di conversazioni o comunicazioni**⁴⁰, eseguiti in violazione delle disposizioni di cui sopra, non possono essere utilizzati.

A questo punto, deve essere specificato che le tutele di cui all'art. 103 c.p.p., e soprattutto quelle riguardanti il divieto di captazione, sono apprestate non a garanzia del ruolo in

astratto ricoperto dal professionista legale, bensì a **salvaguardia della libera esplicazione dell'attività difensiva in concreto esercitata**. In altre parole, le disposizioni sopra esaminate si riferiscono al difensore nella sua dimensione operativa e dinamica e sempre in relazione ad uno specifico incarico professionale con il soggetto le cui conversazioni sono legittimamente intercettate⁴¹. Ciò perché scopo della tutela è, in sostanza, venire incontro all'esigenza di assicurare uno «*spazio protetto*» per l'esercizio dell'attività di difesa e libero da ingerenze esterne, non certo quello di assicurare l'impunità – una sorta di «odioso privilegio» – agli avvocati e alla loro *equipe* favorendo la creazione di «*santuari criminali*»⁴².

Muovendo da queste premesse, un costante orientamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione esclude l'operatività delle guarentigie di cui all'art. 103 c.p.p. – e dunque ritiene legittime le attività investigative svolte presso lo studio professionale – all'infuori dal concreto esercizio della funzione difensiva. Così, si è ad esempio affermato che «**le guarentigie previste dall'art. 103 c.p.p. non sono volte a tutelare chiunque eserciti la professione legale, ma solo chi sia "difensore" in forza di specifico mandato a lui conferito nelle forme di legge** (e ciò essenzialmente in funzione di garanzia del diritto di difesa dell'imputato), quindi non possono trovare applicazione qualora gli atti indicati nel citato art. 103 debbano essere compiuti nei confronti di esercente la professione legale» (nella specie, la Corte ha ritenuto legittima la perquisizione svolta presso lo studio di un avvocato poiché questa era stata operata nell'ambito di una complessa attività di indagine a carico

³⁹ Cass. Pen., Sez. II, 2 dicembre 1998, Benini, in CED 201270.

⁴⁰ Ai sensi dell'art. 271, co. 2, c.p.p., «*non possono essere utilizzate le intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni delle persone indicate nell'articolo 200 comma 1, quando hanno a oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione, salvo che le stesse persone abbiano deposto sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati*».

⁴¹ Cfr. SIRACUSANO, F., *Intercettazione di colloqui fra difensore e assistito. Soluzioni "poco convincenti" che pongono in pericolo lo "spazio protetto" per l'esercizio dell'attività difensiva*, in Arch. pen., 3, 2012, 4, il quale parla di «*tutela ad personam e ad acta, ma non nel senso di privilegio corporativo*».

⁴² Così CORDERO, F., *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, 299.

dell'imputato, che non era mai stato difeso dal predetto legale. Alla luce degli elementi di indagine, più nello specifico, vi era fondato motivo di ritenere che presso lo studio del difensore, attesi i rapporti economici e finanziari sussistenti fra l'avvocato, l'imputato e i suoi prestanome, vi fosse documentazione attinente all'attività illecita oggetto di indagine⁴³). Per ciò che concerne più in dettaglio il divieto di captazione, si è osservato che la tutela di cui al quinto comma dell'art. 103 c.p.p. «*riguarda l'attività captativa del difensore in quanto tale ed ha dunque ad oggetto **le sole conversazioni o comunicazioni – indivisibili, ai fini della loro inutilizzabilità, a seguito di una verifica postuma – inerenti all'esercizio delle funzioni del suo ufficio e non si estende ad ogni altra conversazione che si svolga nel suo ufficio o domicilio***» (così Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 55253 del 5 ottobre 2016). E ancora, «l'art. 103, comma quinto, c.p.p. [...] ha ad oggetto **le sole conversazioni o comunicazioni relative agli affari nei quali i legali esercitano la loro attività difensiva, e non si estende, quindi, alle conversazioni che integrino esse stesse reato**» (cfr. Cass. Pen., Sez. II, sent. n. 43410 del 6 ottobre 2015).

Dunque, nel caso in cui venga captato un colloquio fra l'indagato ed un avvocato legati da uno stretto rapporto di amicizia e familiarità, il giudice dovrà stabilire, all'esito di un esame complessivo e unitario dell'intera conversazione intercettata: a) *in primis*, se quanto detto dall'indagato sia finalizzato ad ottenere consigli o pareri difensivi ovvero non sia, piuttosto, una mera confidenza che potrebbe essere fatta a chiunque altro; b) *in secundis*, se quanto detto dal difensore sia di **natura professionale** (e dunque rientrante nell'ambito del mandato difensivo) **ovvero abbia una mera natura consolatoria ed amicale** a fronte delle confidenze ricevute⁴⁴. Nel primo caso, la conversazione captata sarà

inutilizzabile ai sensi dell'art. 103, co. 7, c.p.p.; nel secondo caso, invece, non opererà il divieto previsto nel quinto comma ed il colloquio intercettato potrà essere utilizzato.

Se gli orientamenti di legittimità sopra segnalati muovono da una premessa in linea di principio condivisibile, va segnalato tuttavia che tale linea ermeneutica ha spesso dato adito ad una pericolosa prassi della magistratura requirente (soprattutto in materia di criminalità organizzata) volta a stravolgere, o comunque a neutralizzare, il senso del divieto di captazione. Si intende alludere, cioè, alla **pratica dell'ascolto a priori**, da parte degli investigatori, di tutte le conversazioni che intercorrono tra il cliente-indagato (sulla cui utenza viene disposta l'attività captativa) e il suo difensore⁴⁵. La prassi in questione viene fondata su di un duplice ordine di ragioni: per un verso, si argomenta che il divieto di cui al comma 5 sarebbe inoperante se ad essere intercettata è l'utenza dell'indagato e non quella del suo difensore; per altro verso, si sostiene una sorta di "riserva *ex post* di inutilizzabilità": cioè che tali telefonate e comunicazioni – se intercettate illegittimamente (secondo una valutazione postuma) – non saranno utilizzate processualmente.

Per arginare tale fenomeno e allo scopo di rendere effettiva la tutela della riservatezza delle comunicazioni tra il difensore e il cliente, è intervenuto di recente il decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216 – attuativo della legge 103/2017 (c.d. "**riforma Orlando**") – il cui art. 2 ha aggiunto un secondo periodo al comma 7 dell'art. 103 c.p.p., a tenore del quale «*Fermo il divieto di utilizzazione di cui al primo periodo, **quando le comunicazioni e conversazioni sono comunque intercettate, il loro contenuto non può essere trascritto, neanche sommariamente, e nel verbale delle operazioni sono indicate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è avvenuta***».

⁴³ Cass. Pen., Sez. II, 16 maggio 2012, n. 32909.

⁴⁴ Cass. Pen., Sez. II, 18 giugno 2014 (ud. 29 maggio 2014), n. 26323, in *Giurisprudenza Penale*, 1° luglio 2014.

⁴⁵ Sul punto SIRACUSANO, F., *Intercettazione di colloqui fra difensore e assistito. Soluzioni "poco convincenti" che pongono in pericolo lo "spazio protetto" per l'esercizio dell'attività difensiva*, cit., 2 ss.

Nonostante i nobili intenti del legislatore, è dubbio che tale novella possa davvero incidere negativamente sulla prassi applicativa sopra segnalata. Va osservato infatti che, qualora gli operanti di Polizia giudiziaria intercettino il contenuto di conversazioni che potrebbero teoricamente rientrare nella sfera di tutela di cui all'art. 103 c.p.p., un eventuale dubbio in ordine alla attinenza del colloquio captato alla funzione difensiva dovrà in prima battuta essere risolto dal Pubblico ministero. Dunque, anche se emerge che l'intercettazione in corso è vietata, e fermo il nuovo divieto di trascrizione, **non sussiste in ogni caso un potere in capo agli organi di polizia giudiziaria di interrompere autonomamente l'attività di ascolto, per l'evidente necessità del controllo "ex post" il quale ricade sotto la responsabilità della magistratura requirente**⁴⁶.

Inoltre, si è anche visto nei paragrafi precedenti che, soprattutto nei contesti di criminalità mafiosa, le condotte contestate al difensore sono molto spesso di difficile inquadramento, poiché si prestano a letture e interpretazioni diverse. Ecco perché i singoli comportamenti o persino i singoli colloqui captati richiedono, inevitabilmente, una verifica approfondita da parte degli organi inquirenti già *ab*

origine. Sotto questo punto di vista, è anzi molto probabile che il contenuto di una conversazione intercettata – e che in teoria potrebbe rientrare nella sfera di garanzia di cui all'art. 103 c.p.p. – sia sottoposto a una vera e propria "operazione di scandagliamento" da parte delle procure, volta a verificare eventuali messaggi in codice (peraltro tipici del linguaggio mafioso) ovvero a decriptare il significato complessivo del dialogo tra il difensore ed eventuali associati suoi assistiti.

Probabilmente, il vero merito della novella è quello di aver contribuito a ridurre le possibilità che il contenuto di un colloquio intercettato tra difensore e assistito possa poi finire nelle prime pagine dei notiziari e soddisfare così l'appetito massmediatico, atteso il divieto di trascrizione (anche sommaria) che grava in capo agli organi di Polizia giudiziaria nel procedere all'ascolto.

In conclusione, salvo eventuali e improvvisi mutamenti nella giurisprudenza di legittimità (che per il momento non è dato registrare⁴⁷), la valutazione postuma dei risultati delle intercettazioni continuerà ad agitare il dibattito dottrinario ancora in futuro.

⁴⁶ Secondo SAU, S., *In tema di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: alcune riflessioni a margine di una recente inchiesta giudiziaria*, in *Processo penale e giustizia*, 2016, 189, sarebbe invece necessario disporre l'immediato distacco dall'utenza qualora emerga che l'intercettazione in corso è vietata ex art. 103 c.p.p. Sotto questo punto di vista, può essere utile analizzare brevemente il contenuto delle circolari di alcune procure in merito alla intercettazione di colloqui tra difensore e assistito. La circolare della Procura di Roma, per esempio, distingue tra intercettazioni dirette ed intercettazioni indirette. Quanto alle prime (che coinvolgono il difensore in quanto indagato o offeso), si precisa che esse saranno utilizzabili eccezion fatta per le conversazioni attinenti alla funzione difensiva (con soggetti estranei alle indagini ed inerenti alla attività professionale). In caso di dubbio, la Polizia giudiziaria dovrà rivolgersi al Pubblico ministero. Con riferimento alle intercettazioni indirette (attivate cioè sull'utenza dell'indagato che colloquia con il difensore), le conversazioni non potranno essere riportate nei brogliacci, in cui comparirà soltanto la dicitura

"conversazione con il difensore non utilizzabile" (cfr. circolare della Procura di Roma, in *Quest. Giust.*, 19 aprile 2016). Si esprime in maniera analoga anche la circolare della Procura di Bologna, ove a pagina 5 si legge che «è il Pubblico ministero a doversi esprimere definitivamente sull'utilizzabilità delle conversazioni e, quindi, sulla trascrivibilità delle stesse. Ciò a fortiori nei casi dubbi prospettati dalla Polizia giudiziaria» (cfr. circolare della Procura di Bologna, 23 agosto 2016). Più diffusamente si veda CONTI, C., *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando". Una tutela paternalistica della privacy che può andare a discapito del diritto alla prova*, in *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 3, 94 ss.; D'ANGELO, N., *La nuova disciplina delle intercettazioni dopo il d. lgs. 216/2017. Procedure e strategie difensive*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2017, 14 ss.

⁴⁷ Si muovono nello stesso solco tracciato dalla giurisprudenza precedente Cass. Pen., Sez. VI, sent. 10 gennaio 2018, n. 4146; Cass. Pen., Sez. V, sent. 26 giugno 2019, n. 45166.

6. L'avvocato "consiglieri" nella recente prassi giurisprudenziale

Come si è visto, è specialmente quando l'attività del difensore si pone ai margini di uno specifico incarico professionale, che diviene più forte il rischio che ogni singolo suo comportamento (ovvero persino il singolo suggerimento fornito alla parte assistita) si trasformi ex se in attività penalmente perseguibile.

Tale circostanza risulta addirittura amplificata ove il professionista si trovi ad assistere – come spesso accade nei procedimenti di criminalità organizzata – più soggetti accusati di far parte della stessa famiglia mafiosa. La casistica giurisprudenziale rivela che la trama associativa sovente è in grado di offrire agli organi inquirenti e giudicanti una chiave di lettura degli specifici fatti imputati ai difensori, senza la quale – come è stato osservato⁴⁸ – molto difficilmente si perverrebbe ad un'affermazione di penale responsabilità. In altri termini, la condotta che, di per sé, non appare suscettibile di integrare nemmeno l'aiuto favoreggiatore – perché magari trattasi di un semplice consiglio "spregiudicato" fornito dal difensore al proprio assistito (come tale, come si è visto sopra, non punibile ai sensi dell'art. 378 c.p.) –, letta e contestualizzata all'interno della dinamica associativa, finisce per acquisire i connotati del contributo punibile a titolo di concorso esterno ovvero le caratteristiche di una stabile ed effettiva "messa a disposizione" da parte del professionista nei confronti della struttura criminale. La stessa cosa può verificarsi qualora si interpretino gli specifici e plurimi mandati difensivi ricevuti da soggetti associati alla stregua di un unico e complesso rapporto intrattenuto dal difensore con l'intera organizzazione criminale: circostanza questa che vale a rendere il professionista "avvocato del gruppo", con la

⁴⁸ VISCONTI, C., *Difesa di mafia e rischio penale*, cit., c. 617.

⁴⁹ *Ibid.*, 618.

⁵⁰ Il tema non è certamente nuovo nella prassi giurisprudenziale, atteso che in materia di associazionismo politico-terroristico la Cassazione aveva già avuto modo di confrontarsi con fattispecie simili. Il riferimento è, soprattutto, alla vicenda processuale che aveva

conseguente configurazione a suo carico della fattispecie di cui all'art. 416-bis c.p.⁴⁹

Ecco perché, specie in *subiecta materia*, **diviene fondamentale individuare i requisiti e i caratteri "minimali" che la condotta del professionista deve possedere per giustificare, in ossequio al canone probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, la punibilità dello stesso – a seconda dei casi – a titolo di partecipazione ovvero di concorso esterno in associazione di tipo mafioso**. Solo individuando il preciso *quantum* di apporto causale sufficiente, sarà possibile distinguere un'attività lecita di consulenza, prestata magari dal difensore ad un esponente di vertice di una famiglia mafiosa, da un effettivo e rilevante contributo all'organizzazione nel suo complesso; una legittima attività di assistenza prestata a più associati, da un anomalo ruolo svolto dal difensore all'interno delle dinamiche del gruppo criminale; i suggerimenti leciti forniti dall'avvocato al singolo associato o ai suoi prossimi congiunti, da un contributo effettivo alle attività della cosca mafiosa; i legittimi colloqui in carcere del difensore con i propri assistiti, da un'attività penalmente illecita finalizzata a veicolare informazioni, notizie e persino ordini dai mafiosi detenuti in regime di 41-bis verso l'esterno delle carceri. In sostanza, in questo paragrafo si tenterà di rispondere al seguente interrogativo: **quand'è che l'avvocato da consigliere si trasforma in «oscuro consiglieri»?**

6.1 Segue: la punibilità del difensore a titolo di concorso esterno ovvero di partecipazione nell'associazione di cui all'art. 416-bis c.p.

Invero, pur trattandosi di un tema di non recente emersione nella prassi giurisprudenziale e applicativa⁵⁰, la punibilità

visto coinvolto l'avvocato Sergio Spazzali il quale, rinviato a giudizio in un primo momento ai sensi dell'art. 306, co. 1, c.p. (in qualità di «organizzatore» di una banda armata) e assolto in primo grado per non aver commesso il fatto, veniva poi condannato negli altri gradi di giudizio – all'esito di un lungo e tortuoso iter giudiziario – a titolo di concorso nel delitto di banda armata (di cui agli artt. 110 e 306, co. 2, c.p.), per aver

dell'avvocato a titolo di partecipazione ovvero di concorso eventuale nell'associazione prevista e punita dall'art. 416-*bis* c.p. non ha suscitato, salvo pochissime e illuminanti eccezioni⁵¹, un vivace confronto a livello

fatto da tramite tra i brigatisti ristretti in carcere e quelli in libertà, veicolando informazioni e messaggi. In un passo della pronuncia, gli Ermellini affermano testualmente che «**qualora la condotta del difensore travalichi i doveri defensionali nell'interesse del cliente e concreti attività a favore di gruppi clandestini, ai quali il cliente appartenga, tale condotta costituisce complicità nel reato, non avendo alcuna connessione con lo specifico impegno professionale**» (così Cass., 25 ottobre 1984, Arancio, cit.). Altra vicenda analoga veniva affrontata da Cass., 10 maggio 1993, Algranati, riguardante la punibilità a titolo di partecipazione a banda armata dell'avvocato G.L., riconosciuta poi colpevole di "militanza" nelle Brigate Rosse. Per commenti critici alle due pronunce, e più in generale sul tema della partecipazione e del concorso eventuale nei delitti associativi di tipo politico, si vedano VISCONTI, C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 87 ss.; VISCONTI, C., *Difesa di mafia e rischio penale*, cit., c. 619 ss. È interessante osservare, peraltro, che i principi e i criteri valutativi utilizzati dalla giurisprudenza sopra menzionata sono stati poi ripresi e sviluppati in materia di criminalità organizzata mafiosa. In questo senso vanno lette alcune prime sentenze – relative alla configurabilità del concorso esterno ovvero della condotta di partecipazione ex art. 416-*bis*, co. 1, c.p. nei riguardi di taluni professionisti legali accusati di "vicinanza" a Cosa Nostra –, nelle quali la Cassazione dimostra una più accresciuta maturità in ordine al percorso logico-argomentativo da seguire per addivenire al giudizio di colpevolezza dei difensori. Superando dunque il "criterio formalistico" rappresentato dalla mera attività del legale *ultra mandatum* ovvero *extra ordinem*, i giudici di legittimità iniziano ad attenzionare con maggior rigore la rilevanza causale del contributo del professionista. Così è ad esempio avvenuto in una pronuncia di annullamento con rinvio di una sentenza di condanna per partecipazione ad associazione mafiosa, emessa dai giudici di merito a carico di un difensore milanese (Cass., 16 ottobre 1990, Andraous, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Ordine pubblico*, n. 30). I giudici di merito, in particolare, avevano desunto la responsabilità penale dell'avvocato sulla base delle seguenti condotte agevolative: l'essersi attivato presso il capo di una famiglia mafiosa (suo assistito) affinché questi consentisse ad un suo affiliato (altro suo assistito) di rendere dichiarazioni confessorie che avrebbero potuto giovare processualmente a quest'ultimo; aver visitato in carcere alcuni detenuti su mandato di un esponente di spicco dell'organizzazione; aver consegnato ad un cliente affiliato alla

dottrinario e/o manualistico. L'interesse dei penalisti per la tematica del concorso esterno, infatti, è stato per lo più indirizzato, in un primo momento, verso la ricostruzione dogmatico-concettuale dell'istituto *de quo*⁵²; per

famiglia mafiosa una somma rilevante di denaro; aver informato un affiliato circa l'avvenuto ferimento del capo di una famiglia mafiosa e le modalità dell'agguato. A fronte della sentenza di condanna emessa dai giudici di appello, la Cassazione – annullando con rinvio – ha affermato che, nel caso di specie, i vari comportamenti contestati, seppur ai margini di un corretto esercizio della professione, non offrono «*un'inequivoca indicazione della prestazione di un contributo fattivo all'organizzazione, bensì l'interessamento attivo [...] per i singoli, assistiti come clienti [...] che i favoriti a costoro abbiano potuto risolversi in un indiretto vantaggio dell'associazione non risolve chiaramente il problema della dimostrazione di un contributo consapevole e diretto a quest'ultima per il conseguimento dei suoi scopi, non rilevando l'utilità riflessa, la quale può ben derivare pur anche dall'esercizio ineccepibile di un'opera defensionale svolta a beneficio di più appartenenti a un'associazione, in specie se si tratti di persone che abbiano un ruolo direttivo e organizzativo*». Si muove nella stessa direzione anche Cass., 6 giugno 1994, Bargi, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Concorso di persone nel reato*, n. 36.

⁵¹ Si vedano specialmente VISCONTI, C., *Difesa di mafia e rischio penale*, cit.; GUALDI, G., *Il concorso eventuale nel reato di associazione per delinquere con particolare riferimento alla figura del difensore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 300; VALIANTE, M., *L'avvocato dei mafiosi (ovvero il concorso eventuale di persone nell'associazione mafiosa)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 821.

⁵² Va sul punto segnalato che parte minoritaria della dottrina penalistica ha, soprattutto in origine, teso ad escludere in punto di diritto la stessa ammissibilità di un concorso eventuale nel reato associativo (così, ad esempio, INSOLERA, G., GUERINI T., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, Giappichelli, 2019, 119 ss.; SIRACUSANO, F., *Il concorso esterno e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.*, 1994, 1872). In giurisprudenza optano per la c.d. "tesi negazionista" Cass. Pen., 18 maggio 1994, Clementi, in *Foro It.*, 1994, II, 567 ss.; Cass. Pen., 18 marzo 1994, Mattina, in *Cass. Pen.*, 1994, 2685 ss. In verità, è opportuno precisare che il problema più discusso non atteneva tanto all'astratta ammissibilità di un concorso eventuale in un reato associativo, quanto piuttosto alla "compatibilità in concreto" dell'innesto dell'art. 110 c.p. sulle singole fattispecie incriminatrici di volta in volta considerate. D'altronde, lo stesso orientamento negazionista non arrivava ad affermare *tout court* la liceità penale

altro verso e più di recente, sugli effetti e sulle ricadute che la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo resa nel celebre "caso Contrada" ha comportato (e potrebbe ancora comportare) nel nostro ordinamento penalistico⁵³.

Eppure si tratta di un profilo, oltre che estremamente attuale, anche particolarmente

delle condotte generalmente riconducibili alla figura del concorso esterno, ma riteneva sostanzialmente che queste ultime fossero già qualificabili come vere e proprie condotte di partecipazione all'associazione. Più diffusamente si veda GIGLIO, V., (a cura di), *Codice penale annotato con la giurisprudenza, commento sub art. 416-bis c.p.*, Filodiritto Editore, <https://www.filodiritto.com/codici/codice-penale/dei-delitti-contro-lordine-pubblico/art-416-bis-associazioni-di-tipo-mafioso-anche-straniere-1>.

⁵³ Come noto, in tale pronuncia (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sent. 14 aprile 2015, ricorso n. 66655/13, Contrada c. Italia) la Corte di Strasburgo, accogliendo il ricorso proposto dall'ex vicedirettore del SISDE, ha sanzionato l'Italia per violazione dell'art. 7 della CEDU. Secondo i giudici europei, Bruno Contrada non doveva essere condannato per concorso esterno in associazione mafiosa perché, all'epoca dei fatti (1979-1988), il reato non «era sufficientemente chiaro e il ricorrente non poteva conoscere nello specifico la pena in cui incorreva per la responsabilità penale che discendeva dagli atti compiuti». Il punto più interessante della sentenza è laddove i magistrati affermano che «**il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è stato il risultato di un'evoluzione della giurisprudenza iniziata verso la fine degli anni '80 e consolidatasi nel 1994** (con la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite Demitry, N.d.R.) e che quindi la legge non era sufficientemente chiara e prevedibile per Bruno Contrada nel momento in cui avrebbe commesso i fatti contestatigli». Quanto all'asserita origine giurisprudenziale della figura in questione, va tuttavia specificato che, in primo luogo, la stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 48 del 2015 ha escluso tale evenienza, sostenendo che il reato scaturisce «dalla combinazione tra la norma incriminatrice di cui all'art. 416-bis e la disposizione generale in tema di concorso eventuale nel reato di cui all'art. 110»; in secondo luogo, più volte la Corte di Cassazione ha affermato che nel nostro ordinamento, governato dal principio di legalità formale e di tassatività, non può trovare ingresso una fattispecie penale di creazione giurisprudenziale, tale comunque non potendo definirsi il concorso esterno in associazione mafiosa, che è frutto della combinazione della norma speciale incriminatrice e della clausola più generale di cui all'art. 110 c.p. (cfr. Cass. Pen., Sez. I, 12 gennaio 2018, n. 8661); infine, va poi rilevato come lo stesso

complesso giacché, nonostante le diverse pronunzie delle Sezioni Unite intervenute nell'arco di un decennio (dal 1994 al 2005) – le quali hanno avuto l'effetto di cristallizzare⁵⁴ progressivamente a livello giuridico, sia pure con alcune oscillazioni, l'ammissibilità del concorso ex art. 110 in riferimento alla fattispecie associativa –, la linea di demarcazione

legislatore abbia fornito conferme testuali della configurabilità del concorso eventuale nei reati associativi: ed infatti, sia l'art. 307 c.p. (assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata) che l'art. 418 c.p. (assistenza agli associati ex artt. 416 e 416-bis) esordiscono con una iniziale clausola di riserva («fuori dei casi di concorso nel reato») che esclude la mera natura giurisprudenziale di tale peculiare figura di reato. In ordine a quest'ultimo profilo, si esprime così la Corte di Cassazione: «**Il c.d. "concorso esterno" in associazioni di tipo mafioso non è un istituto di (non consentita, perché in violazione del principio di legalità) creazione giurisprudenziale, ma è incriminato in forza della generale (perché astrattamente riferibile a tutte le norme penali incriminatrici) funzione incriminatrice dell'art. 110, che estende l'ambito delle fattispecie penalmente rilevanti, ricomprendendovi quelle nelle quali un soggetto non abbia posto in essere la condotta tipica, ma abbia fornito un contributo atipico, causalmente rilevante e consapevole, alla condotta tipica posta in essere da uno o più concorrenti, secondo una tecnica normativa ricorrente; la sua matrice legislativa trova una conferma testuale nella disposizione di cui all'art. 418, comma 1**» (così Cass. Pen., Sez. II, sent. 22447/2016). Sulla vicenda Contrada e sui possibili effetti della pronuncia della Corte EDU sull'ordinamento penale italiano si rinvia a DONINI, M., *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 gennaio 2017; VIGANÒ, F., *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*, *id.*, 2017, 9; MANNA, A., *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, *id.*, 4 ottobre 2016.

⁵⁴ Secondo una originale ricostruzione dottrina, la Corte riunita, optando per la costruzione del concorso esterno in termini di **concorso nell'associazione**, piuttosto che nelle singole condotte previste dai commi 1 e 2 dell'art. 416-bis c.p., lungi dal compiere una comune operazione d'innesto dell'art. 110 c.p. su una fattispecie esistente, ha, invero, creato un **nuovo reato monosoggettivo di evento**. Così MAIELLO, V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, Giappichelli, 2014, 24; GIUGNI, I., *Il problema della causalità nel concorso esterno*, 2017, 10, 21 ss.

tra le due forme di responsabilità (concorso esterno e partecipazione associativa) non è sempre stata ben chiara e definita.

Ciò è probabilmente dovuto al fatto che l'area "riservata" all'operatività del concorso esterno è in grado di dilatarsi ovvero di restringersi a seconda della qualificazione giuridica data alla condotta di partecipazione e alla stessa verificabilità processuale di quest'ultima, nel senso che laddove dal compendio probatorio emergano elementi dai quali desumere l'avvenuto inserimento del soggetto nella consorteria delinquenziale, con carattere di tendenziale stabilità e con l'assunzione di un ruolo dinamico e funzionale, si avrà la partecipazione; invece il concorso esterno è necessariamente ancorato ad un modello "causalmente orientato" e presuppone, per un verso, la presa d'atto da parte dell'organo giudicante circa il non inserimento del soggetto nella congrega criminosa, per altro verso la ricostruzione di una condotta capace di realizzare un contributo specifico, concreto e consapevole alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione nel suo complesso⁵⁵. Dunque, può definirsi **intranus** quel soggetto organico al sodalizio mafioso e, dunque, inserito all'interno della struttura organizzativa con un proprio ruolo, sia pur generico⁵⁶. Da ciò discende che la condotta tipica della partecipazione si realizzerà nel momento in cui risulterà accertato che il singolo soggetto sia attivamente inserito in tale tipo di tessuto organizzativo, del quale condivide finalità programmatiche e modalità di perseguimento. A tal proposito, andrà dimostrata dal punto di vista probatorio ciò che la dottrina definisce "**affectio societatis**"⁵⁷: vale a dire, **la consapevolezza e la volontà di far parte in modo effettivo della consorteria mafiosa, in modo tale da poter apportare alla stessa un contributo attuale, sia pure minimo ma non insignificante, anche in vista del perseguimento dei suoi obiettivi sociali.** Più

nello specifico, l'**intranus** dovrà porre in essere, sul piano fattuale, un ruolo dinamico e funzionale attraverso uno stabile, effettivo e concreto contributo (manifestabile in qualsiasi modo), destinato alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione. La Corte di Cassazione ha più volte precisato che «**il prendere parte**» al fenomeno associativo non implica necessariamente la commissione dei delitti-scopo del sodalizio, potendo coinvolgere solamente quelle attività funzionali al radicamento e all'infiltrazione dell'organizzazione nella società civile, ove la mafia sovente «**si presenta con il volto di personaggi insospettabili i quali, avvalendosi di specifiche competenze professionali, avvanzano l'associazione fiancheggiandola e favorendola nel rafforzamento del potere economico, nell'allargamento delle conoscenze e dei contatti con altri membri influenti della società civile**» (così Cass. Pen., Sez. II, n. 18798/2012).

Dunque il professionista, perché possa essere considerato partecipe, dovrà svolgere attività che, per le modalità attraverso cui sono realizzate ovvero per le finalità per le quali sono poste in essere, manifestino chiaramente l'**affectio societatis** e, dunque, la sua consapevolezza di contribuire, sia pure minimamente, al potenziamento della **societas sceleris** e al perseguimento dei suoi obiettivi criminali. Oltre a ciò, sarà poi necessario provare che i componenti della consorteria lo abbiano, in qualche modo, "accettato" come partecipe, seppur tale accettazione potrà risultare per **facta concludentia**, senza la necessità di specifici rituali interni⁵⁸.

Assume invece la qualità di **extraneus** colui che, **privo della affectio societatis ed estraneo alla struttura organizzativa dell'ente, fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo – dotato di effettiva rilevanza causale – ai fini della conservazione ovvero del**

⁵⁵ Cfr. GIGLIO, V., (a cura di), *op. cit.*

⁵⁶ SPAGNOLO, G., *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, Cedam, 1993, 85 ss.; TURONE, G., *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, Giuffrè, 2008, 355.

⁵⁷ *Ibidem*; VISCONTI, C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 129 ss.

⁵⁸ TURONE G., *op. cit.*, 355.

rafforzamento della compagine delinquenziale, e sia comunque diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima (cfr. Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, dep. 21 maggio 2003, Carnevale, CED-224181, in *Riv. it. proc. pen.*, 2004, 322 ss.). Va specificato che, seppur il concorrente esterno debba essere animato da una volontà di contribuire all'attuazione, anche parziale, del programma associativo (dolo diretto ma generico), si ritiene in giurisprudenza⁵⁹ e in dottrina⁶⁰ che il suo coinvolgimento possa essere indirizzato anche ad altre finalità di carattere individuale e/o egoistico.

Ciò detto in linea generale, è adesso opportuno verificare come la giurisprudenza abbia applicato i principi in questione alla materia che qui maggiormente interessa. A tal proposito, risulterà utile analizzare tre recenti pronunzie della Suprema Corte.

Una prima decisione rilevante è la numero 17894 della Seconda Sezione Penale della Cassazione, depositata il 29 aprile 2014, con cui la Suprema Corte ha affermato diversi principi di diritto in ordine alla **responsabilità a titolo di concorso esterno dell'avvocato che, lungi dal limitarsi a fornire attività di consulenza al proprio assistito** – fornendo pareri o consigli di natura professionale – **mantenendosi nell'ambito della legalità, abbia invece assicurato alla consorteria un'assistenza di natura tecnico-legale finalizzata a suggerire sistemi e modalità di elusione fraudolenta della legge.**

Secondo gli Ermellini, per individuare correttamente il *discrimen* tra condotta lecita e condotta illecita del professionista legale, occorre avere riguardo al "grado di coinvolgimento"

del difensore nelle attività del suo cliente, in modo tale da verificare l'indipendenza del primo rispetto agli interessi del secondo. Sulla base di questo ragionamento, **sarà lecita quell'attività in cui il professionista, senza lasciarsi coinvolgere nelle attività del cliente, si limiti a fornirgli pareri, consigli e assistenza** – sia per fatti compiuti sia per attività da compiere in futuro – **che si mantengano nell'ambito di un contesto lecito e consentito dalle leggi**⁶¹.

È invece illecita quella attività in cui l'avvocato si lasci coinvolgere in prima persona nelle attività del suo assistito, appiattendosi in una logica di asservimento degli interessi di quest'ultimo, abdicando così al proprio ruolo e diventando un socio in quella attività. Va specificato che anche laddove il difensore non partecipi attivamente e in prima persona all'attività del cliente associato, **potrà essere incriminato a titolo di concorso esterno** (ovvero interno, a seconda delle concrete situazioni) qualora **fornisca al mafioso consigli, pareri e assistenza *contra legem*, suggerendo** – in quanto esperto di leggi e meccanismi finanziari – **sistemi e modalità di elusione fraudolenti.** In questo caso, anche il singolo consiglio o suggerimento – poiché espressione del *know how* posseduto dal professionista nella sua area di competenza – è in grado di trasformarsi, secondo il ragionamento seguito dalla Cassazione, in un contributo specifico, consapevole, volontario e diretto al rafforzamento o alla conservazione della compagine associativa, se dotato di apprezzabile rilevanza causale. In tal caso, l'avvocato da consigliere si trasforma in «**oscuro consiglieri**», cioè «*il consigliere di fiducia della*

⁵⁹ Così ad esempio Cass. Pen., Sez. V, 15727/2012, in cui si è precisato che il rafforzamento del sodalizio può non essere l'unico o il primario obiettivo perseguito dall'agente, potendo concorrere con uno scopo individuale, ma deve essere previsto, accettato e perseguito come risultato quantomeno «*altamente probabile*» della sua condotta.

⁶⁰ Sul punto FIANDACA, G., *Questioni ancora aperte in tema di concorso esterno*, in *Foro it.*, 2012, 10, 2, c. 568, afferma che il concorrente eventuale può agire

«*per lo più con la (sola) volontà di realizzare un interesse proprio, avendo peraltro consapevolezza (non volontà in senso stretto) che il contributo fornito avvantaggia nel contempo l'associazione criminale*».

⁶¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. II, 25 marzo 2014 (ud. 29 aprile 2014), n. 17804/2014, reperibile in *Giurisprudenza Penale*, <https://www.giurisprudenzapenale.com/2014/05/06/sul-concorso-esterno-da-partedell'avvocato-consiglieri-della-associazione-mafiosa/>.

associazione mafiosa con il compito, in quanto esperto di leggi e di finanza, di suggerire sistemi e modalità di elusione fraudolenti. Di conseguenza, risponde di concorso (interno o esterno a seconda delle concrete situazioni) in associazione mafiosa l'avvocato che, lasciandosi coinvolgere nella attività del cliente mafioso, abdica al suo ruolo e, o diventando socio in quella attività, o fornendo consigli, pareri e assistenza contra legem, contribuisce con quella sua attività alla conservazione, rafforzamento e realizzazione del programma criminoso dell'associazione mafiosa»⁶².

In una seconda pronuncia, la Suprema Corte puntualizza e specifica quanto già affermato nella precedente statuizione.

Nella sentenza in questione, i giudici di legittimità erano chiamati a valutare la responsabilità penale di due difensori coinvolti in un procedimento di 'ndrangheta.

Il primo, F.C., era stato assolto nei primi due gradi di giudizio dall'accusa di favoreggiamento pluriaggravato (ex artt. 378, co. 2, e 7 l. 203/1991); il secondo, invece, V.M., era stato condannato per i reati di cui agli artt. 81, comma 2, 110 c.p., 12-quinquies legge 7 agosto 1992 n. 356, per avere cooperato nella intestazione fittizia ad un società di alcuni terreni riconducibili alla cosca mafiosa, e di cui agli artt. 110 e 416-bis c.p., per avere contribuito, pur senza farne parte, alla realizzazione degli scopi della famiglia di 'ndrangheta fornendo consigli, gestendone gli interessi economici e fornendo consulenza in materia finanziaria e di intermediazione immobiliare, anche mantenendo i rapporti fra gli associati carcerati e quelli rimasti liberi dopo l'arresto di molti componenti della cosca.

⁶² *Ibid.* Può essere interessante osservare – ricollegandoci con ciò a quanto detto sopra in ordine alla compatibilità di un interesse di natura personale concorrente con la volontà di contribuire alla (anche parziale) attuazione del programma criminoso dell'associazione – che l'avvocato M.G., imputato in quel giudizio, venne condannato in via definitiva per concorso esterno per aver apportato un «**contributo eziologicamente determinante al rafforzamento del sodalizio di riferimento, perseguendo nel contempo il**

Per la parte che qui interessa, il Procuratore Generale ricorreva in Cassazione e chiedeva l'annullamento della sentenza d'appello nella parte in cui aveva confermato l'assoluzione del primo avvocato, deducendo violazione degli artt. 125, comma 3, e 546, comma 1 lett. b), c.p.p. per avere omesso la valutazione di alcune prove dalle quali era desumibile la rilevanza penale della condotta contestata al predetto professionista. Più nello specifico, il Procuratore rilevava come quest'ultimo avesse interferito per evitare che un affiliato (suo assistito) cominciasse a collaborare con l'Autorità giudiziaria, avendo inoltre depositato una nomina, quale difensore di altro assistito-affiliato, retrodatata per non far verificare i contatti da questi intrattenuti con altro esponente della consorte.

La Cassazione, confermando sostanzialmente l'impianto scolpito da Cass. Pen., Sez. II, n. 17894/14, ha in proposito affermato il seguente principio di diritto: «**Il professionista nell'area legale (avvocato, notaio) che non si limiti a fornire al proprio cliente, che sia partecipe di una associazione a delinquere ex art. 416-bis cod. pen., consigli e pareri mantenendosi nell'ambito di quanto legalmente consentito ma si trasformi nel consigliere di fiducia del capo di una associazione mafiosa in quanto conoscitore delle leggi e dei modi per eluderle ("consiglieri", nel gergo italo-americano), assicurando un'assistenza tecnico legale finalizzata a suggerire sistemi e modalità di elusione fraudolenta della legge, risponde del delitto di partecipazione all'associazione, se ricorrono gli ulteriori presupposti della affectio societatis e dello stabile inserimento nella sua struttura organizzativa.**

proprio interesse professionale», dal momento che aveva addirittura ammesso, in un colloquio con un suo conoscente captato dagli investigatori, «*come il suo interesse professionale non fosse limitato all'operazione [...] da cui avrebbe ricavato un'elevata parcella, ma si proiettasse già verso futuri e più ampi scenari, confidando che la positiva conclusione di quella vicenda gli avrebbe consentito di porre a disposizione della cosa la propria attività, in modo da garantirsi lauti guadagni per gli anni a venire*».

Quando mancano questi ulteriori presupposti, **rimane configurabile il concorso esterno se la condotta costituisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo** (di natura materiale o morale) **dotato di apprezzabile rilevanza causale** per la realizzazione, anche parziale, del programma criminoso dell'associazione. In altri termini, per integrare l'elemento oggettivo nel concorso nel reato associativo è **sempre necessario che il contributo del concorrente valga a conservare o rafforzare le capacità operative dell'associazione e non soltanto gli interessi personali di alcuni suoi appartenenti**, anche se identificabili con i soggetti costituenti il nucleo egemone all'interno dell'associazione» (così Cass. Pen., Sez. VI, sent. 11 luglio 2018, n. 58411).

Nei passaggi successivi della pronuncia, la Corte individua altresì taluni comportamenti del professionista suscettibili di integrare il delitto di cui all'art. 378 c.p.: a) alterazione dei risultati delle indagini già svolte; b) sviamento dell'attività di ricerca e acquisizione della prova da parte della magistratura; c) acquisizione illegale della notizia circa l'emissione nei confronti del proprio assistito di una misura cautelare e contestuale informazione fornita a quest'ultimo, in modo da consentirgli di sottrarsi all'esecuzione della misura stessa e alle successive ricerche dell'autorità. In questi casi, come nel caso di concorso nel delitto di rivelazione o di utilizzazione di segreti d'ufficio o nella fraudolenta visione o estrazione di copie di atti che devono rimanere segreti, il difensore *«commette un favoreggiamento personale, che non ricorre, invece, nel caso del difensore che, avendo ritualmente conosciuto atti processuali da cui emergano gravi indizi di colpevolezza contro il suo assistito, lo informi della possibilità che gli sia applicata una misura cautelare nell'ambito del rapporto di fiducia che intercorre tra professionista e cliente e per il legittimo esercizio del diritto di difesa»*⁶³.

Sulla base di quanto sopra esposto, gli Ermellini hanno rigettato il ricorso del

Procuratore Generale ed hanno ritenuto che la condotta del primo professionista non aveva mai oltrepassato i limiti della normale difesa dei suoi assistiti.

Quanto al concorso esterno ascritto al secondo difensore, i giudici di legittimità – discostandosi dalle valutazioni espresse dai giudici di merito – hanno ritenuto che, di per sé considerate, le condotte di costui non erano illecite, trattandosi di fatti cronologicamente distanti fra loro e dei quali non era stato esaminato l'elemento psicologico in relazione al reato contestato, né la loro specifica valenza al fine di rafforzare o consolidare l'associazione di 'ndrangheta. Più in dettaglio, la Corte rileva che il consiglio del difensore dato ai suoi clienti-associati di essere cauti nei dialoghi perché potevano essere intercettati, l'atteggiamento di non immediata ripulsa di fronte alla richiesta di un suo assistito di occultare un fascicolo per giungere alla prescrizione del reato e l'avallo dato al proposito di un altro suo cliente di darsi alla latitanza in modo tale da evitare di essere raggiunto da una misura custodiale, **«costituiscono condotte censurabili sotto diversi profili, ma non si presentano come azioni di concreto ausilio alla realizzazione di uno o più degli scopi tipici del programma criminoso della associazione di stampo mafioso e vanno considerati anche alla luce del non agevole rapporto ventennale fra l'avvocato e i suoi clienti criminali»**⁶⁴.

In una terza e più recente pronuncia – emessa all'esito di un lungo e complesso iter giudiziario ove un altro difensore, G. B. S., era stato accusato di aver svolto la sua funzione in chiara violazione dei doveri professionali, mettendo stabilmente a disposizione la propria attività in favore degli affiliati ad un locale di 'ndrangheta – la Cassazione ha affermato che **«integra la condotta di “concorso esterno” l'attività del professionista che, in esecuzione di una promessa fatta ai vertici dell'associazione mafiosa, assicura il suo concreto impegno nell'irregolare gestione di un procedimento giudiziario,**

⁶³ Cass. Pen., Sez. VI, 11 luglio 2018, cit.

⁶⁴ *Ibid.*

posto che il sodalizio si rafforza comunque per effetto di quel contributo, non essendo necessario che i propositi delittuosi siano stati concretamente realizzati» (Cass. Pen., Sez. VI, sent. 4 giugno 2019, n. 32373).

Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto la sussistenza del reato contestato all'avvocato in quanto quest'ultimo, in assenza di un mandato difensivo o, comunque, travalicandone i limiti, aveva fornito suggerimenti per eludere le investigazioni, si era reso disponibile a portare all'esterno del carcere messaggi del capo e aveva tentato di influire illecitamente sugli esiti di procedimenti penali.



Independence Day, l'astratto a fuoco

6.2 Segue: il problema della causalità nel concorso esterno del difensore. In particolare, la causalità psichica c.d. da “rafforzamento dell'organizzazione criminale” e la rilevanza delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia

Volendo tracciare una *summa* delle indicazioni fornite dalla Corte di Cassazione nelle tre sentenze sopra menzionate, si può anzitutto rilevare che, onde valutare se la condotta del difensore sia punibile a titolo di concorso esterno ovvero di partecipazione ad associazione mafiosa, si impone all'organo giudicante un **peculiare giudizio di accertamento** – per così dire – “**bifasico**”. In una prima fase, il decidente dovrà verificare, secondo il suo prudente e rigoroso apprezzamento, se il comportamento del professionista – comprensivo di suggerimenti, pareri e

attività di consulenza *latu sensu* intesa – sia da ricondurre ad un legittimo e specifico incarico di natura professionale conferito da uno o più clienti, e sia soprattutto rispettoso – oltre che delle norme deontologiche – anche delle norme sostanziali e processuali che il diritto penale pone quali limiti invalicabili ad un corretto esercizio della funzione difensiva. In caso di risposta affermativa, la condotta del difensore sarà esente da responsabilità penale, trattandosi anzi di una concreta esplicazione del diritto di difesa costituzionalmente tutelato.

In caso di risposta negativa, invece, si aprirà la seconda fase, entro la quale il giudice dovrà apprezzare la rilevanza causale della condotta contestata al professionista.

Semplificando ulteriormente, nel corso di tale giudizio di accertamento l'organo giudicante potrebbe imbattersi nelle seguenti situazioni:

1) l'avvocato assiste più clienti-associati o persino un esponente di vertice della consorteria, fornendo a questi suggerimenti e svolgendo in suo favore attività di consulenza, ma l'operato del professionista si mantiene entro i limiti di legalità previsti dall'ordinamento. Nessuna forma di responsabilità (né penale né deontologica) potrà essere, in questo caso, invocata;

2) il professionista pone in essere una condotta che, di per sé considerata, pur ponendosi ai margini di uno specifico e doveroso incarico professionale, è priva di apprezzabile rilevanza causale ai fini del rafforzamento ovvero della conservazione della struttura organizzativa del sodalizio. Anche in questo caso, nonostante la riprovevolezza morale del comportamento del legale, e salve eventuali sanzioni di carattere deontologico, non potrà essere invocata la responsabilità a titolo di concorso (né esterno né interno) nel reato associativo. Può farsi l'esempio del difensore il quale, avendo assistito ad un dibattito pubblico ove un collaboratore di giustizia rilasciava pesanti accuse a carico di un esponente di vertice della consorteria, informi tempestivamente quest'ultimo circa i contenuti a sé sfavorevoli della deposizione resa dal pentito, in assenza della formalizzazione di uno

specifico mandato difensivo. Pur trattandosi di un comportamento certamente anomalo, la condotta del difensore è tuttavia priva di apprezzabile rilevanza causale, attesa la natura pubblica del contesto dibattimentale ove il collaborante rilasciava le dichiarazioni⁶⁵;

c) il difensore concretizza una condotta che, oltre ad essere *contra legem*, costituisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo (sia di natura materiale sia di natura morale) dotato di apprezzabile rilevanza causale per la realizzazione, anche parziale, degli scopi criminali dell'ente e che valga a conservarne ovvero a rafforzarne le capacità operative. In tal caso potrà configurarsi il concorso esterno in capo al difensore, dal momento che la stessa attività di consulenza e/o di assistenza è finalizzata a suggerire sistemi e modalità di elusione fraudolenta della legge;

d) infine, qualora emergano dalle evidenze probatorie, oltre a quanto già osservato sub c), gli ulteriori presupposti della *affectio societatis* e dello stabile inserimento all'interno della compagine associativa, il difensore risponderà a titolo di partecipe ex art. 416-bis c.p.

Posto quanto sopra, rimane a questo punto da chiedersi **in che modo debba essere valutata l'efficacia eziologica degli apporti causali provenienti dal difensore *extraneus***, rispetto al macro-evento rappresentato dal potenziamento (inteso sia come rafforzamento sia come conservazione) dell'associazione nel suo complesso.

I notevoli problemi di accertamento probatorio derivano, com'è stato già in passato segnalato da autorevole dottrina⁶⁶, dalla evidente sproporzione di scala sussistente tra i due anelli della relazione causale, specie se la consorceria è di vaste dimensioni (come spesso accade). Essendo dato ormai incontestabile che le associazioni mafiose, soprattutto quelle di matrice storica, si caratterizzano per la complessità della loro struttura

organizzativa "reticolare", **ai fini della sussistenza del nesso eziologico sarà sufficiente accertare una apprezzabile relazione causale tra il singolo contributo dell'agente *extraneus* e una parte del macro-evento associazione, quest'ultimo inteso quale potenziamento di una singola cosca mafiosa o di una sua diramazione territoriale** (e non, ovviamente, dell'intera associazione globalmente considerata). Al tempo stesso, tuttavia, il rafforzamento o la conservazione non devono riguardare solamente gli interessi personali di alcuni componenti della consorceria, anche se identificabili con i soggetti costituenti il nucleo egemone all'interno del sodalizio.

Ma il vero grattacapo, in verità, attiene all'individuazione dei criteri attraverso i quali l'organo giudicante è chiamato a verificare processualmente l'efficacia eziologica dei contributi "esterni". Atteso che la tematica acquisisce una certa rilevanza proprio in riferimento al caso degli avvocati, è necessario domandarsi, più nello specifico, se tali criteri richiedano una verifica di idoneità *ex ante* ovvero un giudizio di causalità *ex post e in concreto*. Sul punto, la giurisprudenza della Cassazione – nonostante gli interventi delle Sezioni Unite – è parsa alquanto oscillante.

In un primo momento, sostanzialmente coincidente con il primo *dictum* della Corte riunita nel 1994⁶⁷, era parso prevalere un metodo di accertamento della condotta dell'*extraneus* orientato alla **produzione di un vantaggio concreto** in favore dell'associazione mafiosa. Ed infatti, nella pronuncia Demitry – oltre a prendere una chiara posizione in favore dell'ammissibilità del concorso esterno nel reato associativo – la Suprema Corte tracciò la linea di demarcazione tra la condotta dell'*intraneus* e quella del concorrente esterno basandola sul piano delle rispettive funzioni: per un verso, cioè, si riconobbe al partecipe, compenetrato organicamente, un

⁶⁵ Il caso è tratto da Trib. Palermo, sent. 18 novembre 1996, cit.

⁶⁶ DE FRANCESCO, G. A., *Commento agli artt. 11-bis e 11-ter d. l. 8 giugno 1992 n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992*, in *Legisl. pen.*, 1993, 131; VISCONTI, C., *Il*

concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze di politica-criminale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1327 ss.

⁶⁷ Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Foro It.*, 1995, II, p. 422 ss.

ruolo dinamico e funzionale alla quotidianità dell'ente criminoso; per altro verso, la figura dell'*extraneus* venne relegata ad uno «*stato di fibrillazione*», da intendersi come una sorta di fase patologica della vita dell'associazione, cui egli era chiamato a risolvere attraverso il proprio determinante contributo⁶⁸.

Mediante detta configurazione, la Corte riunita richiedeva, in sostanza, l'effettiva dimostrazione della reale incidenza del contributo prestato dall'*extraneus* rispetto al mantenimento in vita della consorteria nel suo complesso (o di un suo settore di attività).

Senonché, allo scopo di alleggerire il *quantum* di prova richiesto alla magistratura requirente – e probabilmente per soddisfare esigenze di politica criminale – le Sezioni Unite nel 2002, sentenza Carnevale, invertivano rotta e mutavano drasticamente orientamento in ordine alla verificabilità processuale ed empirica dell'efficacia eziologica del contributo esterno, nonostante la fedeltà dichiarata ai principi espressi da Demitry. Superata la “tesi della fibrillazione” accolta nel 1994, gli Ermellini ricostruivano il giudizio di causalità alla stregua del concetto di «*idoneità*», dunque propendendo per una **verifica ex ante** e del tutto antitetica rispetto a quella proposta nel precedente menzionato. Nella sentenza si afferma, più nello specifico, che il contributo dell'*extraneus* «*deve poter essere apprezzato come idoneo, in termini di concretezza, specificità e rilevanza a determinare, sotto il profilo causale, la conservazione o il rafforzamento dell'associazione*»⁶⁹.

Come è stato osservato da recente dottrina⁷⁰, in detta statuizione la Suprema Corte sembra addirittura distinguere il giudizio di causalità a seconda del tipo di contributo esterno, se isolato ovvero di tipo continuativo e reiterato: nel primo caso sarebbe necessario un

accertamento causale di tipo logico/condizionalistico e dal quale desumere la produzione di un evento di significativa portata per la consorteria criminale; nel secondo caso, invece, «*può risultare non essenziale, ai fini della configurabilità del reato di concorso, l'esito favorevole delle condotte, vale dire l'effettivo “aggiustamento” di ogni procedimento o di ogni singola decisione, dal momento che è proprio nella reiterata e costante attività di ingerenza (...) che va ravvisata l'idoneità del contributo apportato dall'extraneus: non potendosi dubitare che la condotta posta in essere da quest'ultimo determina negli esponenti del sodalizio la **consapevolezza di poter contare sul sicuro apporto di un soggetto, qualificato, operante in istituzioni giudiziarie e un tale effetto costituisce, di per sé solo, un indiscutibile rafforzamento della struttura associativa***»⁷¹.

Da quest'ultima frase, soprattutto, si evince chiaramente l'impostazione “soggettivistica” fatta propria da Carnevale, che vale a rendere operativo *in subiecta materia* lo schema previsto dalla **causalità psichica c.d. da “rafforzamento dell'organizzazione criminale”**: alla stregua di tale impianto, cioè, la condotta dell'*extraneus* potrebbe essere considerata rilevante, ai fini della configurazione del concorso esterno, pur in assenza di un effettivo e specifico contributo materiale, qualora tale condotta sia in grado di suscitare nei membri dell'associazione mafiosa la fiduciosa consapevolezza di poter contare sul sicuro apporto di un professionista qualificato. Contro un tale metodo di accertamento della causalità, invero, possono sollevarsi almeno due obiezioni.

Da un punto di vista sostanziale, anzitutto, l'impostazione in esame rischia di entrare in contrasto con i principi cardine (*in primis*

⁶⁸ Cfr. GIUGNI, I., *Il problema della causalità nel concorso esterno*, cit., 23 ss.

⁶⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002 (dep. 21 maggio 2003), Carnevale, CED-224181, in *Riv. it. proc. pen.*, 2004, 322 ss. Sul punto si vedano le condivisibili note critiche di Visconti C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 240, secondo cui «*far leva sulla categoria dell'idoneità significa evocare, più che*

una causalità in concreto accertata ex post, un'attitudine ex ante di tipo generale e quindi, in altri termini, una causalità più che causalità in senso proprio».

⁷⁰ GIUGNI, I., *op. cit.*, 27; Maiello V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., 138.

⁷¹ Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002 (dep. 21 maggio 2003), Carnevale, cit.

materialità, offensività e colpevolezza) di un moderno *diritto penale del fatto*.

In secondo luogo, problemi sorgono anche da un punto di vista probatorio poiché, accogliendosi una tale costruzione, rischiano di risultare determinanti ai fini del giudizio di colpevolezza dell'*extraneus* le dichiarazioni accusatorie rese dai collaboratori di giustizia.

Non a caso, questi ultimi rivestono spesso un ruolo decisivo proprio in riferimento ai giudizi in questione. Ed infatti, spostandosi l'ago della bilancia dalla materialità del contributo causale alla "fiduciosa consapevolezza" suscitata nei membri dell'organizzazione, è molto probabile che l'organo decidente si lasci trasportare dal contenuto delle dichiarazioni dei pentiti, finendo per "appiattire" i contenuti processuali su queste ultime, tralasciando così la ricerca di ulteriori e diversi elementi di prova.

Posto che le condotte contestate ai concorrenti "esterni" sono molto spesso contributi continuativi e/o periodici, allo scopo di illustrare quanto potrebbe essere devastante *in subjecta materia* interpretare il giudizio di causalità alla stregua di cui sopra, si ponga a mente la condotta del difensore nel caso b). Come si è visto, il comportamento del legale (pur se discutibile da un punto di vista deontologico e addirittura morale), di per sé considerato era privo di rilevanza penale, vista la natura pubblica del dibattito ove aveva acquisito le informazioni poi fornite al capomafia. Orbene, la situazione potrebbe

drasticamente mutare se l'organo giudicante adottasse, in sede di valutazione probatoria, un criterio *ex ante* di idoneità – ispirato alla causalità psichica "da rafforzamento dell'organizzazione criminale" – e valorizzasse all'uopo una o più chiamate in correità, in cui i collaboratori dichiarino genericamente che il difensore era soggetto "vicino" alla consorteria di loro appartenenza, ovvero che normalmente "prestava il proprio contributo". Ecco che in tale contesto inizia nuovamente a delinearsi la trama associativa, e le chiamate in correità provenienti dai collaboratori rappresentano la "chiave di lettura" degli stessi comportamenti contestati al difensore, senza la quale non si perverrebbe a nessuna affermazione di penale responsabilità. Dunque, seguendo questo ragionamento, il giudice potrebbe essere indotto a ritenere che all'interno dell'organizzazione criminale vi fosse tra gli associati la generale consapevolezza di poter contare sul sicuro apporto del difensore, in quanto loro "uomo di fiducia". Tutto ciò, si ribadisce, in assenza di qualunque contributo materialmente apprezzabile⁷².

L'ultima pronuncia delle Sezioni Unite del 2005, c.d. sentenza Mannino-*bis*, ha nuovamente affrontato il tema della causalità nel concorso esterno. Facendo sostanziale applicazione dei principi elaborati nella celebre sentenza Franzese⁷³, la Corte riunita ha affermato che, ai fini della configurazione del concorso esterno, «*non è affatto sufficiente che il contributo atipico – con prognosi di*

⁷² Come noto, l'apporto conoscitivo derivante da tali peculiari fonti dichiarative è in grado di incidere, spesso in maniera decisiva, sulla stessa configurabilità del reato. Ciò perché, essendo le consorterie mafiose "strutture-chiuse", i collaboratori di giustizia rappresentano sovente l'unico "antidoto" capace di superare il tradizionale *impasse* derivante dall'omertà e, più in generale, dalla segretezza dei sodalizi. Per una più completa disamina del rapporto tra fatto tipico e accertamento probatorio in tema di art. 416-*bis* c.p., specie in riferimento al ruolo rivestito dai collaboratori di giustizia e alla necessità dei riscontri individualizzanti, si vedano MAGGIO, P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, in FIAN-DACA, G., VISCONTI, C., (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*,

Torino, Giappichelli, 2010, 491 ss.; VISCONTI, C., *Difesa di mafia e rischio penale*, cit., c. 625, il quale osserva che «**spesso assumono un ruolo decisivo le rivelazioni dei collaboratori di giustizia, le quali possono pure risentire di un tipo di rappresentazione dei fatti sostanzialmente autoreferenziale: una rappresentazione, cioè, influenzata dai codici sub culturali con i quali negli ambienti criminali viene descritta la realtà circostante e dunque anche il rapporto tra la propria organizzazione mafiosa e gli "estranei"**».

⁷³ Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2002, Franzese, in *Foro it.*, 2002, II, 601, scritta peraltro dallo stesso giudice estensore della sentenza Mannino-*bis*, il consigliere Canzio.

mera pericolosità ex ante – sia considerato idoneo ad aumentare la probabilità o il rischio di realizzazione del fatto di reato, qualora poi, con giudizio ex post, si riveli per contro influente o addirittura controproducente per la verifica dell'evento lesivo»⁷⁴. Gli Ermellini, in sostanza, optano anche in *subiecta materia* per il modello causale della **sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura**, respingendo l'impostazione della causalità psichica. A parere della Suprema Corte, infatti, va rifiutata «un'impostazione di tipo meramente “soggettivistico”», per via del pericolo che «operando una sorta di conversione concettuale (e talora di sovvertimento dell'imputazione fattuale contestata), **si autorizzi il surrettizio e indiretto impiego della causalità psichica c.d. da “rafforzamento” dell'organizzazione criminale per dissimulare in realtà l'assenza di prova dell'effettiva incidenza causale del contributo materiale per la realizzazione del reato: nel senso che la condotta atipica, se obiettivamente significativa, determinerebbe comunque nei membri dell'associazione criminosa la fiduciosa consapevolezza di poter contare sul sicuro apporto del concorrente esterno, e quindi un reale effetto vantaggioso per la struttura organizzativa della stessa»⁷⁵.**

Dunque, sia in presenza di contributi isolati sia nel caso di contributi continuativi e/o reiterati, il giudice dovrà verificare l'efficienza causale della condotta dell'*extraneus* rispetto agli eventi alternativi di conservazione o rafforzamento della consorterìa, attraverso un **giudizio ex post e in concreto, che abbia peraltro alla base «massime di esperienza di empirica plausibilità»**. All'esito di tale valutazione, ai fini dell'affermazione di penale responsabilità, dovrà necessariamente emergere che il contributo del concorrente abbia «*inciso immediatamente ed effettivamente sulle capacità operative dell'organizzazione criminale, essendone derivati concreti vantaggi o utilità per la stessa o per le sue*

articolazioni settoriali». Come brillantemente è stato osservato, cioè, la condotta dell'*extraneus* non deve tendere ad un incremento della semplice potenzialità operativa dell'organismo criminoso, ma deve in sostanza porsi quale «frammento» di una concreta utilità per la realizzazione di una delle molteplici attività espressive del programma criminoso, così da realizzare una contribuzione “percepibile” al mantenimento in vita dell'organismo criminale⁷⁶.

Va tuttavia segnalato che, nonostante il pregevole intervento “riparatore” da parte delle Sezioni Unite del 2005, la giurisprudenza successiva – pur dichiarando fedeltà ai *dicta* espressi dalla Corte riunita – ha progressivamente temperato i principi fatti propri da Maninno-*bis*, finendo molto spesso per riproporre, pur se in forma mascherata, giudizi di idoneità *ex ante* e finanche ispirati alla causalità psichica da rafforzamento. Limitandoci a un solo esempio, è curioso quanto si legge in un passo della recente sentenza emessa dalla Sesta Sezione Penale della Cassazione (esaminata alla fine del paragrafo precedente). I giudici di legittimità hanno infatti affermato, come si ricorderà, che «*integra la condotta di “concorso esterno” l'attività del professionista che, in esecuzione di una promessa fatta ai vertici dell'associazione mafiosa, assicura il suo concreto impegno nell'irregolare gestione di un procedimento giudiziario, posto che il sodalizio si rafforza comunque per effetto di quel contributo, non essendo necessario che i propositi delittuosi siano stati concretamente realizzati*» (Cass. Pen., Sez. VI, sent. 4 giugno 2019, n. 32373).

Leggendo tale passo di sentenza, pare che i giudici si siano accontentati di una nozione “anemica” di causalità, valorizzando eccessivamente – a parere di chi scrive – l'impegno “assicurato” dal difensore al sodalizio e

⁷⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, Maninno.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ La frase è di GIGLIO, V., (a cura di), *Codice penale annotato con la giurisprudenza, commento sub art. 416-bis*, cit.

allargando contestualmente la nozione di evento⁷⁷.

In futuro, è auspicabile che la giurisprudenza recuperi *in toto* l'impostazione garantista enucleata nel 2005 dalle Sezioni Unite, anche perché – salva un'eventuale (ancorché improbabile) tipizzazione normativa del concorso esterno – essa rappresenta l'unico espediente ermeneutico in grado di distinguere le condotte di contiguità penalmente perseguibili, in quanto oggettivamente capaci di rafforzare le associazioni criminali, da quelle meramente espressive di vicinanza o compiacenza, censurabili eventualmente da un punto di vista sociale ed etico.

7. Qualche riflessione conclusiva alla luce di recenti casi di cronaca giudiziaria

Giunti alla conclusione di questo lavoro, può essere interessante notare come tutte le problematiche sopra segnalate (il flusso di informazioni tra difensori e soggetti non assistiti, l'invasività degli atti di indagine compiuti negli uffici professionali, la difficile individuazione del *discrimen* tra attività lecite e illecite del professionista, il tema della causalità nel concorso esterno e l'eccessiva centralità attribuita ai collaboratori di giustizia) si siano puntualmente ripresentate in recenti casi di cronaca giudiziaria.

Il riferimento è, soprattutto, ad una recente maxi-operazione antimafia, coordinata dalla Procura Distrettuale di un'importante sede meridionale. L'imponente lavoro investigativo – che ha colpito e disarticolato alcune cosche

di 'ndrangheta radicate in diverse province dell'area territoriale di competenza – si è concluso con centinaia di indagati complessivi (molti dei quali destinatari di ordinanze applicative di misure cautelari), ritenuti responsabili, a vario titolo, di associazione di tipo mafioso, omicidio, estorsione, usura, fittizia intestazione di beni, riciclaggio, detenzione di armi, traffico di stupefacenti, truffe, turbativa d'asta, traffico di influenze e corruzione⁷⁸.

A causa dell'ingente numero di indagati ed arrestati, tra i quali figurano numerosi professionisti (imprenditori, politici, avvocati, sospetti esponenti della massoneria), l'inchiesta ha avuto una vasta eco mediatica ed è stata perfino accostata al notissimo maxiprocesso di Palermo istruito dai giudici Falcone e Borsellino.

Per altro verso, la vicenda ha fatto discutere anche per plurimi annullamenti delle ordinanze di custodia cautelare operata dalla Corte di Cassazione, all'esito dei vari procedimenti *de libertate*⁷⁹.

Tra gli arrestati, più in particolare, vi sono anche due difensori.

Uno di costoro, ritenuto dagli investigatori "figura centrale" del sistema di potere mafioso-affaristico colpito dal *blitz*, è stato tratto in arresto poiché, difendendo soggetti accusati di appartenere a cosche della 'ndrangheta, avrebbe finito per concorrere nei reati da questi commessi. Nello specifico, il penalista era accusato *ab origine* del reato di cui all'art. 416-*bis* c.p., commesso in qualità di partecipe, e dei reati di rivelazione di segreti d'ufficio e

⁷⁷ In verità, parte della dottrina sta da tempo denunciando il rischio della progressiva erosione dei principi in tema di causalità espressi da Mannino-*bis*. Sotto questo aspetto, una delle pronunce più criticate è Cass., Sez. V, 1° giugno 2007, n. 21648, Tursi Prato, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2194 ss., ove si era affermato, in riferimento alla configurabilità del concorso esterno di un uomo politico, che «*basta il mero scambio delle promesse tra esponente mafioso e politico per integrare il sinallagma significativo del concorso esterno e non sono necessarie verifiche in concreto in ordine al rispetto da parte del politico degli impegni assunti ove vi sia prova certa, come nella specie, della conclusione dell'accordo, perché è lo stesso accordo che di per sé avvicina l'associazione mafiosa alla*

politica facendola in qualche misura arbitro anche delle sue vicende elettorali e rendendola altresì consapevole della possibilità di influenzare perfino l'esercizio della sovranità popolare, e cioè del suo potere». Più diffusamente si veda Maiello V., *op. cit.*, 143 ss.

⁷⁸ Maggiori dettagli dell'operazione sono consultabili online: https://www.ilriformista.it/ndrangheta-maxi-blitz-dei-carabinieri-oltre-300-arresti-tra-boss-politici-e-imprenditori-25149/?refresh_ce.

⁷⁹ Per alcune note critiche, relative alla gestione "massmediatica" dell'indagine e all'eccessivo utilizzo della custodia cautelare in carcere, può leggersi il seguente articolo sul web: <https://www.ilriformista.it/gratteri-arresta-meta-calabria-giustizia-no-e-solo-show-25657/>.

di abuso in atti d'ufficio. A seguito di annullamento senza rinvio di questi ultimi capi di imputazione da parte della Cassazione, il professionista è tutt'oggi ristretto in carcere poiché accusato di concorso esterno in associazione mafiosa (questo il risultato della derubricazione operata dalla Suprema Corte). Secondo i giudici cassazionisti, «*non si trattava semplicemente di onorare un mandato difensivo, ma di fornire uno specifico contributo extra ordinem [...] è effettivamente ravvisabile la gravità indiziaria in ordine all'ipotesi di concorso esterno, connotato dalla capacità del ricorrente di costituire un valido punto di riferimento, ben oltre i limiti sottesi alla sua qualità di legale, tale da consentire agli esponenti della consorteria di operare in condizioni di maggiore sicurezza e avvedutezza*»⁸⁰.

Nello stesso procedimento è stato coinvolto anche un secondo avvocato (da diversi mesi ristretto in carcere, proprio come il primo). Anche per quest'ultimo l'accusa di associazione di tipo mafioso è stata ridimensionata, questa volta dal competente Tribunale del Riesame, in concorso esterno. Più in dettaglio, secondo l'accusa il legale – cui vengono, per la verità, attribuiti anche altri reati specifici (quali rivelazione di segreti d'ufficio e corruzione) – si sarebbe mostrato “disponibile” a compiere azioni illecite per conto di una cosca di ‘ndrangheta, avrebbe fornito informazioni su dichiarazioni di collaboratori di giustizia coperte da segreto istruttorio ed avrebbe altresì comunicato informazioni investigative, ottenute nell'ambito della sua attività professionale, ad affiliati dell'organizzazione criminale. I due casi sopra menzionati presentano, peraltro, numerose somiglianze con la vicenda giudiziaria (anch'essa recentissima) che ha riguardato un altro professionista legale di origini meridionali, coinvolto in una operazione investigativa eseguita contro una cellula di matrice ‘ndranghetista operante in Valle

⁸⁰ <https://www.stampalibera.it/>. Sulla delicatissima vicenda si è anche recentemente pronunciato, con una forte presa di posizione, il Presidente dell'Unione delle Camere Penali Italiane. L'intervento integrale può essere consultato online al seguente indirizzo: <https://www.ilriformista.it/>.

d'Aosta. Orbene, il predetto avvocato era accusato di concorso esterno in associazione mafiosa (ragion per la quale la sua custodia cautelare in carcere si è protratta per ben 18 mesi!), estorsione aggravata e traffico internazionale di stupefacenti. È da evidenziare che il materiale probatorio era in gran parte costituito dalle dichiarazioni di un collaboratore di giustizia al quale una sentenza definitiva aveva negato le misure premiali previste dalla legge sui pentiti. Giudicato nelle forme del rito abbreviato, il professionista è stato condannato alla pena di 4 anni e 6 mesi di reclusione, previa assoluzione “per insussistenza del fatto” dall'accusa di concorso esterno in associazione mafiosa e dalle aggravanti di agevolazione mafiosa inizialmente contestate⁸¹.

Lungi dall'entrare nel merito delle vicende in corso, è tuttavia doverosa una piccola riflessione.

L'impressionante similarità delle circostanze fattuali che hanno visto il coinvolgimento dei tre difensori – in riferimento alle accuse mosse a loro carico, alle diverse valutazioni del medesimo materiale probatorio effettuate dagli organi giudicanti chiamati a pronunciarsi, al ruolo centrale dei collaboratori di giustizia nella costruzione del materiale d'accusa, all'impiego protratto della misura della custodia cautelare in carcere – è sintomatica del progressivo consolidamento di prassi applicative e interpretative di notevole rigore nei confronti degli avvocati difensori di individui in odore di mafia ai quali si guarda talvolta come soggetti potenzialmente in grado di favorire le attività illecite dei loro assistiti e apportare vantaggi agli organismi associativi di cui fanno parte.

A ciò contribuiscono, probabilmente, l'assenza di una “afferrabile tipicità” in materia di reati associativi e gli altalenanti orientamenti della giurisprudenza della Cassazione

⁸¹ Sul punto si veda l'interessante riflessione di Musco S., «*Trattato come un boss solo perché è calabrese*», in *Il Dubbio*, 10 luglio 2020, <https://www.ildubbio.news/2020/07/10/trattato-come-un-boss-solo-perche-e-calabrese>.

(specie in materia di concorso esterno), che valgono a rendere quanto mai concreto il rischio di un utilizzo non sempre avveduto dell'arnese penale. Sotto questo punto di vista, la casistica giurisprudenziale rivela addirittura una sorta di "inseguimento del fatto" ad opera della fattispecie di cui all'art. 416-*bis* c.p. (sia in riferimento alle condotte tipiche di cui ai primi due commi, sia in riferimento alle condotte *ab externo* ex art. 110 c.p.) la quale, sovente, si presta a fungere il ruolo di "norma-paladina" dell'interno sistema criminal-repressivo delle strutture malavitose, stante il suo elevatissimo potenziale punitivo.

Pur riconoscendo in questa sede l'assoluta importanza ed utilità che spetta al diritto penale, ma non dimenticando al tempo stesso i devastanti effetti dello stigma mafioso, dall'analisi effettuata in questo lavoro è emerso, invero, come non tutti i comportamenti moralmente riprovevoli o deontologicamente scorretti degli avvocati raggiungano poi la soglia di rilevanza penale nei diversi gradi del giudizio, perché trattasi magari di condotte espressive di mera vicinanza o compiacenza (o alle volte addirittura di semplice stile professionale discutibile).

Di fronte a questo problema, allora, emerge chiaramente la necessità, da un lato, di porre

degli **argini ad una applicazione indiscriminata dell'istituto del concorso esterno**; dall'altro, di **ricercare**, magari rafforzandone efficacia e incisività, **modalità sanzionatorie alternative**.

Quanto al primo profilo, vanno sicuramente apprezzate quelle proposte dottrinali che da tempo sollecitano un intervento del legislatore *in subiecta materia*, così da «*sollevare la giurisprudenza dall'onere di compiere gravose scelte selettive dall'area del penalmente rilevante non confortate da precise indicazioni normative*»⁸².

Tuttavia, pur ad ammettere che l'attuale legislatore sia in grado di farsi carico di una tale responsabilità – e qualche dubbio in realtà si pone, visto anche l'attuale periodo di "oscurantismo" che vive il dibattito legislativo in materia di scelte politico-criminali – non resta che auspicare, oltre che il recupero dell'impostazione garantista accolta dalle Sezioni Unite nella sentenza Mannino-*bis*, un maggiore interesse della dottrina sulla tematica in questione, volto soprattutto a porre al centro del dibattito intellettuale la necessità di affrontare il complesso problema della contiguità mafiosa anche attraverso l'individuazione di sistemi sanzionatori alternativi allo stigma penale, specie per quei casi in cui la responsabilità del professionista è, prima di tutto, di natura etica⁸³.

⁸² VISCONTI, C., *Difesa di mafia e rischio penale*, cit., c. 630. Osserva, tuttavia, l'Autore che, pur lodevole, un eventuale intervento tipizzante non eliminerebbe tutti i problemi giacché, anche sotto l'imperio di una normativa chiara che faccia uso di parametri applicabili alle diverse tipologie di contiguità, rimarrebbe eccessiva la sproporzione di scala (e dunque identiche rimarrebbero le problematiche in tema di nesso eziologico) tra il singolo contributo dell'*extraneus* e l'evento di rafforzamento ovvero di conservazione dell'intera associazione. Per le proposte di intervento normativo si rinvia a FIANDACA, G., *La legislazione antimafia. Analisi e proposte*, in *Quaderni Alfonsiani*, 1997, 1/2, 85; ID., *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in *Foro it.*, 2010.

⁸³ Sotto questo profilo, può essere interessante rilevare come in seno alle scienze sociali stiano maturando studi volti al riconoscimento di una sorta di "**responsabilità sociale delle professioni**", finalizzata a tutelare la dignità e il decoro dei singoli ordini

professionali nel caso di condanna di un loro iscritto per reati inerenti al crimine organizzato. In questa direzione, ad esempio, si è mosso già dal 2011 il Comitato Unitario delle Professioni Intellettuali della Provincia di Modena (C.U.P.) il quale ha presentato la propria "Carta Etica contro mafia e corruzione". Quest'ultima prevede che i Consigli degli ordini o dei collegi, applicando i rispettivi codici deontologici, svolgano una continua e incessante attività di monitoraggio circa la condotta dei professionisti iscritti, anche attraverso l'infrazione di sanzioni disciplinari. Il principio sanzionatorio è ben disciplinato all'art. 10 della Carta Etica che prevede la radiazione dall'Albo nel caso in cui il professionista venga condannato, con sentenza passata in giudicato, per il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. o che i suoi beni vengano confiscati, con provvedimento definitivo, per le medesime ragioni. È prevista altresì la sospensione cautelare dalla professione nel caso in cui il professionista subisca una condanna non definitiva per i

Bibliografia e sitografia

- Romano, B., Tinebra, G., (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, Giuffrè, 2013.
- Conti, C., *La riservatezza delle intercettazioni nella “delega Orlando”. Una tutela paternalistica della privacy che può andare a discapito del diritto alla prova*, in *Rivista trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 3, 94 ss.
- Cordero, F., *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012.
- Dalla Chiesa, N., *La convergenza. Mafia e politica nella Seconda Repubblica*, Milano, Melampo Editore, 2010.
- D’Angelo, N., *La nuova disciplina delle intercettazioni dopo il d.lgs. 216/2017. Procedure e strategie difensive*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2017.
- Danovi, R., *Commentario del codice deontologico forense*, Milano, Giuffrè, 2006.
- De Francesco, G. A., *Commento agli artt. 11-bis e 11-ter d. l. 8 giugno 1992 n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992*, in *Legisl. pen.*, 1993, 131 ss.
- Donini, M., *Il concorso esterno “alla vita dell’associazione” e il principio di tipicità penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 gennaio 2017.
- Ferrajoli, L., *Sulla deontologia professionale degli avvocati*, in *Questione giustizia*, 2011, 6, 95.
- Fiandaca, G., *Questioni ancora aperte in tema di concorso esterno*, in *Foro it.*, 2012, 10, 2, c. 568 ss.
- Fiandaca, G., *La legislazione antimafia. Analisi e proposte*, in *Quaderni Alfonsiani*, 1997, 1/2, 85.
- Fiandaca, G., *Il concorso “esterno” tra sociologia e diritto penale*, in *Foro it.*, 2010.
- Filodiritto Editore, *Cassazione SU: la sospensione dell’avvocato è legittima se lo strepitus fori è attuale e concreto*, in *Filodiritto*, 18 marzo 2015, <https://www.filodiritto.com/cassazione-su-la-sospensione-dellavvocato-e-legittima-se-lo-strepitus-fori-e-attuale-e-concreto>.
- Giglio, V., (a cura di), *Codice di procedura penale annotato con la giurisprudenza*, Filodiritto Editore, consultabile in <https://www.filodiritto.com/codici/codice-di-procedura-penale>.
- Giglio, V., (a cura di), *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, Filodiritto Editore, consultabile in <https://www.filodiritto.com/codici/codice-penale>.
- Giugni, I., *Il problema della causalità nel concorso esterno*, 2017, 10.
- Grosso, C. F., *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 1993, 1205 ss.
- Gualdi, G., *Il concorso eventuale nel reato di associazione per delinquere con particolare riferimento alla figura del difensore*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 300 ss.
- Hazard, G. C., Dondi, A., *Etiche della professione legale*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- Insolera, G., Zilletti, L., *Il rischio penale del difensore*, Milano, Giuffrè, 2009.
- Insolera, G., Guerini, T., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, Giappichelli, 2019.
- Lupinacci, S., *Il segreto professionale: codice deontologico forense, sviluppi e prospettive*, in *Giurisprudenza Penale*, 23 novembre 2014, <https://www.giurisprudenzapenale.com/2014/11/23/il-segreto-professionale-codice-deontologico-forense-sviluppi-e-prospettive/>.
- Maggio, P., *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, in Fiandaca, G., Visconti, C., (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, Giappichelli, 2010, 491 ss.
- Maiello, V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, Giappichelli, 2014.

reati di mafia. Più diffusamente sull’argomento si veda
PELLEGRINI, S., *L’impresa grigia*, cit., 197 ss.

- Manna, A., *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 ottobre 2016.
- Mazzantini, E., *Il delitto di associazione di tipo mafioso alla prova delle organizzazioni criminali della "zona grigia". Il caso di Mafia capitale*, in *Arch. pen.*, 2019, 3.
- Musco, S., «*Trattato come un boss solo perché è calabrese*», in *Il Dubbio*, 10 luglio 2020, <https://www.ildubbio.news/2020/07/10/trattato-come-un-boss-solo-perche-e-calabrese>.
- Pellegrini, S., *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economica legale. Un'analisi sociologico-giuridica*, Roma, Ediesse, 2018.
- Pomanti, P., *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l'art. 416-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 2017, 1.
- Pulitanò, D., *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Milano, 1984, 244.
- Sau, S., *In tema di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: alcune riflessioni a margine di una recente inchiesta giudiziaria*, in *Processo penale e giustizia*, 2016, 189.
- Scarpinato, R., *Crimini dei colletti bianchi e attacco alla democrazia*, in Dino, A., (a cura di), *Criminalità dei potenti e metodo mafioso*, Milano-Udine, Mimesis, 2009.
- Sciarrone, R., «*Il capitale sociale della mafia*», in *Quaderni di sociologia*, 1998, 18.
- Sciarrone, R., *Mafie vecchie, mafie nuove: radicamento ed espansione*, Roma, Donzelli, 1998.
- Sciarrone, R., *La mafia, le mafie: capitale sociale, area grigia, espansione territoriale*, in *L'Italia e le sue regioni. L'età repubblicana. Società*, volume IV.
- Siracusano, F., *La contiguità alla mafia tra paradigmi sociologici e rilevanza penale*, in *Arch. pen.*, 1, 2016, 115.
- Siracusano, F., *Intercettazione di colloqui fra difensore e assistito. Soluzioni "poco convincenti" che pongono in pericolo lo "spazio protetto" per l'esercizio dell'attività difensiva*, in *Arch. pen.*, 3, 2012.
- Siracusano, F., *Il concorso esterno e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.*, 1994, 1872.
- Spagnolo, G., *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, Cedam, 1993.
- Tonini, P., *Manuale di procedura penale*, XIX ed., Milano, Giuffrè, 2018.
- Turone, G., *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, Giuffrè, 2008.
- Valiante, M., *L'avvocato dei mafiosi (ovvero il concorso eventuale di persone nell'associazione mafiosa)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 821 ss.
- Viganò, F., *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 9.
- Visconti, C., *Difesa di mafia e rischio penale*, in *Foro it.*, II, 1997, c. 611 ss.
- Visconti, C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, Giappichelli, 2003.
- Visconti, C., *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze di politica-criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1327 ss.



Independence Day, l'astratto a fuoco

Maru, ancilla Dei

di Andrea Erbosio

Il documento più antico conservato nell'Archivio di Stato di Venezia ci fornisce tante notizie e apre tante domande, una delle quali avrà presto risposta

Il documento

Il documento più antico conservato nell'Archivio di Stato di Venezia è il cosiddetto *testamento di Maru*.

Si tratta di una **pergamena redatta a Trieste sul finire della prima metà del IX secolo e appartenente al fondo archivistico dell'abbazia di Santa Maria in silvis di Sesto al Reghena (PN)**.

Nell'ambito del cd. diritto intermedio, è un atto privato con il quale Maru, che si autodefinisce *ancilla Dei*, dispone un **lascito a favore dell'abbazia** e, in particolare, del suo **abate Lupone**. Il termine *ancilla Dei*, spesso tradotto con *monaca*, sta più probabilmente a indicare un **legame di natura religiosa o devozionale** di carattere generale tra la donna e l'abbazia benedettina.

Nel documento Maru si dice malata, ma sana di mente e, dunque, prossima alla morte. Per questo richiede al notaio e chierico Domenico di redigere questa *cartula* al fine di **assegnare parte dei propri beni al monastero, nel rispetto del diritto vigente nella Trieste dell'epoca**. Si tratta, ovviamente, di un contesto giuridico vario e mutevole, in cui **elementi del diritto longobardo e bizantino coesistono con quelli di origine romana e franca**.

Il lascito di Maru consiste in **cinquantacinque ceste di olive da consegnare al granaio dell'abbazia**: un patrimonio notevole,

che lascia intuire l'appartenenza di questa donna a uno stato sociale piuttosto benestante.

Il documento è sottoscritto dal notaio, da diversi rappresentanti degli ordini civili e da Maru stessa che, con un **segno di croce tracciato prima del proprio nome**, assevera il contenuto della pergamena secondo l'uso del tempo.

L'importanza del *testamento di Maru*, oltre che nell'antichità, risiede proprio nella straordinaria figura di questa donna del IX secolo. Pur nel limitato contesto di un documento di natura "testamentaria", infatti, emerge l'immagine di una possidente che **dispone in autonomia del proprio patrimonio** destinando un'eredità a favore del fratello Giovanni e dei nipoti – sulla quale purtroppo non sappiamo nulla – e il lascito in natura, oggetto della *cartula testamenti*.

Proprio la libera disponibilità di un patrimonio suggerisce che **Maru non fosse una religiosa**: in tal caso, infatti, **avrebbe dovuto rinunciare ai propri beni all'atto della professione solenne o comunque disporre con l'assenso della propria badessa**, alla quale qui non si fa alcun cenno.

La sottoscrizione col segno di croce, lungi dall'essere indicatore di analfabetismo, è perfettamente coerente con questa tipologia di documentazione e in tutto simile a quella dei testimoni all'atto.

I documenti più antichi dell'abbazia di Sesto al Reghena, sopravvissuti nei secoli attraversando razzie e distruzioni, furono **raccolti nel 1754 dall'arciprete di Gemona Giuseppe Bini e riuniti nel cartulario oggi conservato presso l'Archivio di Stato**. L'abbazia di

Sesto, tutt'oggi attiva, costituiva un importantissimo **centro benedettino**, arricchitosi proprio grazie a donazioni e a lasciti come quelli di Maru. L'abbazia fu soppressa dal Senato della Serenissima nel 1789 per poi ripartire nel XIX secolo.

Stato e conservazione

Dal punto di vista conservativo, la pergamena è giunta a noi in **buono stato** ed è stata adagiata su un supporto di cartoncino a pH neutro, a sua volta inserito in una cartellina, sempre di carta neutra e trattenuta nel *recto* da due sottili fili di cotone. Questi accorgimenti ne consentono la conservazione ottimale e ne garantiscono una sicura manipolazione.

Per ragioni di tutela, la pergamena, come le altre contenute nell'unica busta appartenente al fondo dell'abbazia di Santa Maria in silvis, è **esclusa dalla consultazione**. Gli studiosi possono tuttavia visionare la documentazione attraverso le **fotoriproduzioni digitali di alta qualità disponibili presso la Sala di studio dei Frari**: un sistema che consente di conciliare le ragioni prioritarie della conservazione con le esigenze della fruizione da parte dei ricercatori.

Il giallo della data

Infine, un piccolo **giallo di cronologia e di diplomatica**. Negli ultimi anni la datazione del documento non è stata univoca. Gli studiosi, infatti, non sono concordi nel datare il *testamento di Maru* e propongono l'849 d.C. oppure l'847 d.C.

È stato, pertanto, nominato un gruppo di lavoro con **Alessandra Schiavon**, archivista dell'Archivio di Stato di Venezia, dove tuttora insegna diplomatica ed è stata docente della materia di **Gianni Penzo Doria**, attuale Direttore dell'Istituto e di **Andrea Erbosio**, a loro volta docenti della Scuola di archivistica, paleografia e diplomatica.

Tutti e tre stanno promuovendo una **nuova analisi diplomatistica e cronologica del testamento di Maru** che, coinvolgendo gli stessi allievi della Scuola APD, ha l'obiettivo

di giungere a una definizione del problema di cui daremo conto su Filodiritto il prossimo mese.

1^a puntata di *Pezzi unici* sul Canale YouTube dell'Archivio di Stato di Venezia: <https://youtu.be/HmTNzmYmy5Y>

Canale YouTube dell'Archivio di Stato di Venezia:

<https://www.youtube.com/c/ArchiviodiStato-diVenezia>

#ASVe #PEZZIUNICIVENEZIA #

Keyword: Maru; diplomatica; paleografia; archivistica; testamento; Scuola APD; Santa Maria in silvis di Sesto al Reghena; datazione

L'UNIVERSO DELLA PENA

È in questo spazio che ci confronteremo con ciò che segue al giudizio che abbia affermato una responsabilità e inflitto una sanzione. Non mancheranno le riflessioni tecniche sulla pena e sui meccanismi, ma ci interessa altrettanto indagare le ragioni che generano e giustificano l'istinto punitivo, l'atteggiamento istituzionale verso gli individui sanzionati, la ragionevolezza e la coerenza del trattamento che gli è riservato.

Etica della cura: una proposta per l'universo della pena

Ethics of care and punishment: an impossible marriage?

di [Costanza Porro](#)

ABSTRACT

In questo articolo mi propongo di difendere l'idea che uno dei doveri fondamentali dello stato nei confronti di coloro che subiscono una sanzione penale sia l'obbligo di cura. A partire da recenti lavori nell'ambito dell'etica della cura, in questo lavoro enucleo la giustificazione di questo dovere dello stato e discuto il modo in cui questo debba essere concepito e messo in pratica.

In this paper, I argue that one of the core obligations of the state towards those who undergo criminal punishment is a duty of care. Drawing on recent works in the ethics of care, I discuss the reasons why the state should be regarded as having this duty and how this duty should be understood and implemented.

Sommario

1. Introduzione
2. L'etica della cura e il suo ruolo nella sfera politica
 - 2.1 Origine e caratteristiche fondamentali
 - 2.2 Per una politica della cura
3. Il principio della cura e la pena: la giustificazione dei doveri dello stato
 - 3.1 Rispetto dell'individuo e i bisogni fondamentali
 - 3.2 Le vittime dimenticate della pena: le famiglie e i bambini
 - 3.3 Il ruolo rieducativo della cura
 - 3.4 La speciale responsabilità dello stato
4. Praticare la cura durante la pena: realtà o utopia?
 - 4.1 È possibile immaginare un sistema penale che si prende cura?
 - 4.2 Carcere e cura: alcune proposte pratiche
5. Conclusione

Summary

1. Introduction
2. The ethics of care and its role in politics
 - 2.1 For a different morality
 - 2.2 Towards a politics of care
3. Care and punishment: the duty of care of the state
 - 3.1 Respect and basic needs
 - 3.2 The hidden victims of punishment: children and families
 - 3.3 The rehabilitative role of care
 - 3.4 The state special care responsibility
4. Caring while punishing

4.1 Is a caring criminal justice system possible?

4.2 Prison and care: some proposals

5. Conclusion

1. Introduzione

L'etica della cura costituisce uno dei più rilevanti e influenti approcci all'etica degli ultimi cinquant'anni. Nata nell'ambito del pensiero femminista e di studi empirici che identificano un differente approccio delle donne ai problemi e ai conflitti morali¹, **l'etica della cura si propone di mettere in risalto concetti e criteri largamente ignorati dalle teorie morali tradizionali.** Centrale è in questa il prendersi cura dell'altro. Invece di organizzarsi intorno a principi astratti e assoluti e all'imperativo dell'imparzialità, tipici dell'etica tradizionale, questo approccio guarda agli individui, alle loro vulnerabilità, ai loro bisogni particolari e alle responsabilità reciproche, a motivo delle relazioni che tra noi intercorrono.² Questa teoria, originariamente sviluppata nell'ambito della filosofia morale e delle relazioni interpersonali della sfera privata, è stata proposta in anni più recenti come approccio rilevante anche nella sfera politica.³ Ne discende che il principio della cura dovrebbe modellare anche le decisioni dello stato e la relazione tra i cittadini in virtù della nostra comune natura, spesso ignorata dal pensiero liberale, di individui vulnerabili, dipendenti e bisognosi di cura.

In questo articolo, mi propongo di **rispondere alla domanda se il principio della cura possa e debba essere pensato anche come criterio guida della relazione tra lo Stato e una particolare categoria di cittadini, coloro che subiscono una sanzione penale.** Pensare alla cura nel contesto della

pena potrà sembrare a molti paradossale, soprattutto se consideriamo la prospettiva retributiva e punitiva prevalente nel dibattito pubblico e nelle scelte politiche. Il carcere, luogo paradigmatico della pena, è agito e inteso, con rarissime eccezioni, come antitesi della cura. In questo articolo, mi propongo di argomentare perché è importante affermare il principio secondo il quale se lo Stato ha il compito di rispondere ai bisogni fondamentali dei suoi cittadini, tali bisogni e la responsabilità dello stato di curarsi di essi non vengono cancellati in presenza di un reato.⁴

Il secondo obiettivo di questo articolo è **identificare alcune linee guida riguardo ai modi in cui il principio della cura può essere applicato all'universo della pena,** a partire da alcune proposte elaborate nel Regno Unito.⁵ Il nucleo centrale di questa analisi è la condizione dei detenuti, in ragione del fatto che tutti gli aspetti della loro vita, inclusa la tutela e la risposta ai loro bisogni primari, sono riposti nelle mani dello Stato. Ciò rende urgente un ripensamento del carcere in quanto istituzione totale come possibile luogo di cura degli individui che vi sono ristretti.

2. L'etica della cura e il suo ruolo nella sfera politica

2.1 Origine e caratteristiche fondamentali

L'etica della cura ha origine nella tradizione del pensiero femminista e in particolare negli studi della psicologia statunitense Carol Gilligan, che nel 1982 pubblica il suo *"In a*

¹ CAROL, G., *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, 2003.

² HELD, V., *The Ethics of Care: Personal, Political, and Global*, Oxford, New York, 2006; KITTAY, E. F., *Love's Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*, New York, 1999.

³ TRONTO, J. C., *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*, New York, 1993.

⁴ BROWN COVERDALE, H., *Punishment and Welfare: Defending Offender's Inclusion as Subjects of State*

Care, in *Ethics and Social Welfare* 12, no. 2, 2018; GELFAND, S. D., *The Ethics of Care and (Capital?) Punishment*, in *Law and Philosophy* 23, no. 6, 2004; CANTON, R., and DOMINEY, J., *Punishment and Care Reappraised*, in GELSTHORPE, L., MODY, P. AND SLOAN B., (a cura di), *Spaces of Care*, London, 2020.

⁵ BROWN COVERDALE, H., *Caring and the Prison in Philosophy, Policy and Practice: Under Lock and Key*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2020; CANTON, R., and DOMINEY, J., *op. cit.*

*Different Voice*⁶. In questo testo, la Gilligan mette in discussione uno dei modelli tradizionali della psicologia morale, difeso e sviluppato dal suo maestro Lawrence Kohlberg, secondo il quale il pieno sviluppo morale viene raggiunto dall'individuo quando questo diviene in grado di formulare e seguire principi morali universali e astratti, indipendenti dalle norme sociali interiorizzate e dall'appartenenza al gruppo.

Questo stadio, secondo Kohlberg, viene di rado raggiunto dalle donne che si fermano ad uno stadio ritenuto meno compiuto e caratterizzato dall'attenzione agli altri e dal concentrarsi sulle relazioni. Questo approccio alla morale non a caso è anche quello prevalente nella filosofia morale e nel pensiero liberale moderno e contemporaneo.

Gilligan nota come questa teoria dello sviluppo morale sia modellata sull'esperienza morale maschile. Il modo in cui **i bambini e i giovani maschi vengono socializzati** li porta **ad una maggiore separazione e astrazione dal contesto e ad una maggiore sensibilità per la propria autonomia**. Al contrario, **le bambine e le giovani donne vengono socializzate in un modo che favorisce l'attenzione all'altro** con cui sono in relazione e sviluppano un senso della morale in linea con queste aspettative e valori.

In ragione di questo, secondo Gilligan, **non si può parlare di un approccio alla morale**, quello maschile, che Gilligan chiama etica dei diritti, superiore, **ma si dovrebbe parlare di due differenti, e incommensurabili, modi di intendere la natura delle ragioni e delle scelte morali**. Quello femminile, più contestuale, relazionale e attento ai bisogni, viene denominato da Gilligan etica della cura.

Nei decenni successivi, l'etica della cura è stata oggetto di moltissime indagini e riflessioni, molto è cambiato dai primi lavori sull'etica della cura⁷, che non è più concepita

come un modo per descrivere l'esperienza femminile della morale, ma è ora formulata come una teoria morale alternativa a quelle tradizionali, che articola alcuni dei valori più significativi.

Sebbene diverse autrici declinino l'etica della cura in maniera diversa, si possono identificare alcuni aspetti centrali di questo approccio, che ci è utile passare in rassegna.

In primo luogo, **l'etica della cura è caratterizzata da una concezione dell'essere umano che si allontana in maniera significativa da quella delle teorie morali tradizionali e del pensiero liberale**. Mentre queste ultime concepiscono il soggetto come separato dagli altri, autonomo nel senso di autosufficiente, e razionale, il cui principale obiettivo è perseguire il proprio interesse, il soggetto dell'etica della cura è dipendente e bisognoso di cura e allo stesso tempo capace di curarsi degli altri.⁸ La nostra dipendenza è generata dal nostro essere corpi e dalla necessità dell'altro per soddisfare i nostri bisogni primari.⁹ Oltre alla dipendenza per la soddisfazione dei nostri bisogni fisici che viene esperita in maniera più pressante in alcune fasi della nostra vita, siamo costantemente dipendenti dagli altri per soddisfare i nostri bisogni psicologici ed emotivi. Gli effetti dell'assenza di relazione interpersonali e di relazioni di cura sul nostro benessere e stabilità psicologica sono deleteri.¹⁰

La nostra **natura relazionale è anche riscontrata nel fatto che la nostra identità di individui**, il come concepiamo noi stessi, è **profondamente influenzata dal nostro rapporto con gli altri e dalla realtà che ci circonda**. Formiamo la nostra identità a partire

⁶ GILLIGAN, C., *op. cit.*

⁷ GILLIGAN, C., *op. cit.*; NODDINGS, N., *Caring: A Feminine Approach to Ethics & Moral Education*, Berkeley, 2003.

⁸ HELD, V., *op. cit.*, cap. 1; KITTAY, E. F., *op. cit.*

⁹ FINEMAN, M., *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law & Feminism*, 2008.

¹⁰ BROWNLEE, K., *I The Lonely Heart Breaks: On the Right to Be a Social Contributor*, in *Aristotelian Society Supplementary Volume* 90, no. 1, 2016.

dai contesti culturali, sociali e politici di cui siamo parte.¹¹

Inoltre, se il far parte di relazione di amore e cura con i nostri affetti più stretti e di rispetto e riconoscimento con gli altri membri della nostra comunità ci permette di sviluppare una positiva relazione con noi stessi e il rispetto di noi stessi, l'assenza di tali rapporti, l'abbandono, la mancanza di cura e di riconoscimento sociale tende a portare ad una mancanza di rispetto di sé che spesso ha conseguenze drammatiche sul benessere dell'individuo. La nostra dipendenza, in quanto comune a tutti gli esseri umani, è in realtà una forma di interdipendenza: una forma di **reciproca necessità di affidarsi agli altri**. Esistiamo quindi in una **rete di rapporti di cura reciproca**.

Un secondo rilevante aspetto dell'etica della cura è, proprio a partire da questa concezione della persona, **un'attenzione ai bisogni e alle necessità di coloro con cui ci troviamo in relazione e di cui siamo responsabili**.¹² L'idea centrale, che si distacca in maniera significativa dal principio di imparzialità che caratterizza molta della morale tradizionale, è che i bisogni di coloro che ci sono vicini abbiano una rilevanza morale particolare per noi in ragione del fatto che questi individui, in quanto dipendenti non solo in assoluto, ma da noi in particolare, hanno bisogno della nostra cura.

In terzo luogo, **l'etica della cura rifiuta l'idea che il ragionamento morale debba essere condotto necessariamente nella maniera più astratta possibile**, per evitare arbitrarietà e favorire l'imparzialità.¹³ I principi universali e astratti, suggeriscono i teorici della cura, non sempre rappresentano la migliore guida nelle deliberazioni morali e in alcuni ambiti quali quello delle relazioni intime è opportuno che sia preferita l'attenzione all'altro particolare.

Il conflitto tra universale e particolare non è concepito, come in parte della tradizione,

come conflitto tra egoismo e i dettami della morale, come lotta tra desideri e interessi egoistici dell'individuo e la necessità di riconoscere e obbedire ai principi universali della morale.

È invece pensato come scontro tra due facce della morale, quella universale e quella particolare, che origina dalle nostre responsabilità di cura verso gli altri con cui siamo in relazione. In conseguenza di questi aspetti l'etica della cura pone l'attenzione della filosofia morale sulle relazioni, spesso involontarie, tra persone dipendenti, interconnesse e a volte ineguali, lontane dal modello del contratto sociale stipulato tra individui autosufficienti e indipendenti che scelgono razionalmente di relazionarsi per promuovere i propri interessi.

Infine, **l'etica della cura valorizza il ruolo delle emozioni come guida nelle nostre scelte morali**.¹⁴ L'etica tradizionale, soprattutto di matrice Kantiana, è eminentemente razionalista e afferma che solo il ragionamento razionale può portarci a comprendere la natura dei nostri obblighi morali e, secondariamente, che la ragione è l'unica fonte appropriata della motivazione ad agire secondo i dettami della morale. Al contrario per l'etica della cura emozioni come empatia e sensibilità sono da coltivare per aiutarci a riconoscere e seguire le nostre responsabilità morali. Queste emozioni non sono però da accettare e seguire ciecamente, ma da valutare e esaminare criticamente.

Nonostante in questa letteratura non si possa trovare una definizione univoca di cura, e forse tale definizione non sia necessaria, è importante fare alcune precisazioni su cosa si intenda per cura all'interno di un'etica della cura.

Prima di tutto **per cura si intende non solo una disposizione d'animo**, non solo l'idea di avere a cuore l'altro, **ma un'attività, o una serie di attività, un attivo prendersi cura**

¹¹ TAYLOR, C., *The Dialogical Self*, in *Rethinking Knowledge: Reflection Across the Disciplines*, GOODMAN, R. F., (a cura di), New York, 1995.

¹² HELD, V., *op. cit.*, cap. 1.

¹³ HELD, V., *op. cit.*, cap. 1-2-4-5.

¹⁴ HELD, V., *op. cit.*, cap. 2.

dell'altro.¹⁵ Prendersi cura necessariamente richiede attenzione e sensibilità nel comprendere e rispondere ai bisogni dell'altro; tuttavia, queste disposizioni non hanno necessariamente luogo all'interno di relazioni di amore. Mentre il modello dell'amore materno rimane centrale per l'etica della cura, la cura è agita in vari contesti e da diversi soggetti: nelle scuole, negli ospedali e nelle case da parte di infermieri/e, maestri/e, collaboratori e collaboratrici domestici, amici e familiari.¹⁶

In alcuni di questi contesti, ci troviamo di fronte a relazioni d'amore e di cura, in altri a relazioni di cura. Cura è anche lavoro, in alcuni casi retribuito ed in altri gratuito.¹⁷ Anche nei casi, come quello della cura dei figli da parte dei genitori, in cui la cura non è professionalizzata, definire la cura anche lavoro è importante perché sottolinea l'elemento di fatica e sforzo che la cura necessariamente richiede.

Infine, come sottolinea Virginia Held, **all'interno di una corretta definizione di cura deve trovare spazio anche una dimensione valutativa.**¹⁸ L'attenzione all'altro particolare, la presa di responsabilità dei propri obblighi relazionali, la sensibilità e la prontezza nel rispondere ai bisogni dell'altro sono i valori centrali della cura e di un'etica della cura.¹⁹ Singole pratiche di cura debbono essere valutate in relazione alla loro capacità di realizzare questi valori.

In ragione di questo, un'etica della cura non deve accettare cecamente tutti i modi in cui la cura è praticata, inclusi quelli che si discostano dai valori che la cura dovrebbe incarnare. Anzi, l'etica della cura deve essere usata come **strumento critico per valutare le pratiche di cura esistenti.**

¹⁵ TRONTO, J. C., *op. cit.*, cap 4-5.

¹⁶ HELD, V., *op. cit.*, cap. 3.

¹⁷ L'utilizzo del termine lavoro qui non è volto a suggerire che il lavoro di cura sia necessariamente da concepire in linea con il lavoro in senso proprio, nel senso di professione, impiego pagato, né che richieda una compensazione, sebbene alcune teorie femministe abbiano avanzato questa proposta.

2.2 Per una politica della cura

Varie sono le obiezioni che sono state mosse all'etica della cura: dalla preoccupazione che essenzializzi il femminile al rischio della trappola della cura, ovvero che queste teorie non forniscano strumenti di critica dell'oppressione che spesso caratterizza l'esistenza delle donne proprio in ragione delle responsabilità della cura.²⁰

Mentre queste critiche appaiono centrate nei confronti di alcune delle prime elaborazioni dell'etica della cura²¹, teorie più recenti, come quella elaborata da Eva Kittay, hanno portato avanti una critica puntuale e acuta dei modi in cui la cura può diventare fonte e ragione di oppressione.²² Inoltre, l'etica della cura non è volta tanto a descrivere e legittimare l'esperienza femminile della morale, ma a difenderla come teorie morale alternativa a quelle tradizionali di derivazione Kantiana e utilitarista.

Il problema più interessante dal nostro punto di vista è il **rapporto tra giustizia e cura.**

Come abbiamo osservato esiste una tensione tra etica della giustizia e dei diritti come concepita dal pensiero liberale ed etica della cura, in quanto questi due approcci concepiscono gli individui in maniera radicalmente diversa e mettono al centro aspetti diversi della nostra esperienza morale.

Alcune delle prime promotrici dell'etica della cura la concepivano come approccio morale indipendente e superiore a quello della giustizia.²³

In anni più recenti, da molte parti è stato rimarcato che se la giustizia senza cura è problematica perché dimentica aspetti fondamentali della nostra natura, come il nostro essere dipendenti, e della nostra vita morale, come la nostra responsabilità verso le persone con cui abbiamo relazioni

¹⁸ HELD, V., *op. cit.*, cap. 3.

¹⁹ TRONTO, J. C., *op. cit.*, cap. 5.

²⁰ OKIN, S. M., *Justice, Gender, and the Family*, New York, 1998.

²¹ NODDINGS, N., *op. cit.*

²² KITTAY, E. F., *op. cit.*

²³ NODDINGS, N., *op. cit.*

di cura, la cura senza giustizia è un approccio ugualmente parziale.

Imparzialità, equità, eguaglianza e diritti sono valori fondamentali che devono essere incorporati nel nostro orizzonte morale e politico. Inoltre, molte filosofe femministe considerano i diritti, dai diritti riproduttivi ai diritti all'interno della famiglia, come centrali nel combattere l'oppressione delle donne.²⁴ Proprio per questo **la maggior parte delle teoriche della cura contemporanee suggeriscono un'integrazione tra i valori della cura e della giustizia.** Come questa integrazione debba avere luogo è oggetto di varie discussioni.

Un approccio comunemente considerato insoddisfacente è quello di considerare la cura come centrale nella dimensione del privato, della famiglia e delle relazioni private, e la giustizia come valore cardine della dimensione pubblica.²⁵

L'etica della cura, come gran parte del pensiero femminista, è volta a scardinare la distinzione tra dominio privato, in cui lo stato non può e non deve intervenire, e dominio pubblico.

In primo luogo, riflettere sulla cura ha, tra gli altri, l'obiettivo di **portare l'attenzione pubblica sulla sua iniqua distribuzione e sulle ingiustizie che ne derivano all'interno della sfera privata.**

In secondo luogo, l'etica della cura ambisce a **ripensare la dimensione pubblica e le politiche pubbliche.** Abbandonare l'idea del soggetto autosufficiente e indipendente tipica del pensiero liberale in favore di un soggetto relazionale e dipendente ha come effetto un ripensamento della relazione tra stato e cittadini: l'obiettivo dello Stato non è più primariamente o esclusivamente proteggere i diritti negativi di una certa tradizione liberale, come la libertà individuale e la proprietà, ma

attivamente rispondere ai bisogni originati dalla dipendenza dei propri cittadini.²⁶ Prendere sul serio la dipendenza vuole dire anche prendere atto del fatto che non solo la possibilità di soddisfare i nostri bisogni primari, ma anche lo sviluppo delle nostre capacità, incluse la capacità di compiere scelte morali in maniera autonoma, così centrale per il pensiero politico e morale tradizionale, dipende dall'aver ricevuto e dal ricevere cura.²⁷ Dobbiamo quindi immaginare istituzioni e politiche pubbliche che forniscano cura e facilitino e supportino le relazioni di cura esistenti nella società.²⁸ Questo cambio di paradigma nel concepire il soggetto della morale e della politica permette inoltre l'inclusione di certe categorie, come i bambini e i disabili, tradizionalmente esclusi dal contratto sociale in quanto adulti non autosufficienti.²⁹

Un altro significativo cambio di paradigma risultante dal mettere la cura al centro della politica si riferisce non al nostro essere destinatari della cura, ma coloro che la cura la forniscono. Se pensiamo a noi stessi come individui perennemente inseriti in una rete di relazioni di cura, all'interno delle quali siamo attori di cura, possiamo immaginare il nostro rapporto con gli altri membri della comunità politica come intriso di cura reciproca.

Dal punto di vista dell'etica della cura, la questione, estremamente spinosa per il pensiero liberale del come motivare gli individui a mettere da parte i propri interessi egoistici per agire al servizio della collettività, diventa meno complessa. Inoltre, questo approccio prende atto dell'altra faccia dei nostri bisogni sociali fondamentali: il **bisogno di contribuire alla comunità** e di dare cura che, come descritto nei lavori di Kimberley Brownlee, se non soddisfatto ha un effetto estremamente negativo sul benessere individuale.³⁰

²⁴ HELD, V., *op. cit.*, cap. 6.

²⁵ HELD, V., *op. cit.*, cap. 4.

²⁶ FINEMAN, M., *op. cit.*

²⁷ MACKENZIE, C., *The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability*, in *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist*

Philosophy, MACKENZIE, C., ROGERS W., AND DODDS, S., (a cura di), New York, 2014.

²⁸ TRONTO, J. C., *op. cit.*

²⁹ NUSSBAUM, M., *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership in Cambridge, Massachusetts*; London, 2007.

³⁰ BROWNLEE, K., *op. cit.*

Dare spazio alla cura nell'ambito pubblico non richiede il concepire la società come una famiglia, intesa come un'unità armonica priva di conflitti e diseguaglianze di classe o di potere e, allo stesso tempo, non ci forza a concepire i cittadini come i bambini di uno Stato "madre", che devono essere guidati ed educati.

Questo è in ragione del fatto che non dobbiamo prendere a modello necessariamente la famiglia e la cura nel contesto delle relazioni familiari, e in particolare la relazione madre-figlio, come alcune delle prime teoriche della cura sostenevano.³¹

Sono invece i **valori dell'attenzione agli altri, della sensibilità ai bisogni e della responsabilità nei confronti degli altri che sono centrali nelle relazioni di cura anche al di fuori dell'ambito del materno che devono giocare un ruolo centrale nel nostro ripensamento delle istituzioni e politiche pubbliche e delle relazioni tra i cittadini.**

Inoltre, proprio in ragione del fatto che l'etica della cura, come concepita da molte delle sue promotrici, non si propone di sostituire l'etica della giustizia, ma di agire all'unisono con essa valori come il rispetto per la libertà, l'autonomia e i diritti individuali trovano comunque uno spazio significativo in questa visione di società.

3. Il principio della cura e la pena: la giustificazione dei doveri dello stato

Se concepire la cura come centrale in alcuni ambiti della politica, come nelle politiche di welfare o nella sanità non appare così estraneo nella misura in cui alcune di queste considerazioni sono già presenti nel modo in cui queste istituzioni e politiche sono immaginate e organizzate, meno intuitivo è pensare al principio della cura come rilevante nel contesto della pena e concepire, come mi propongo di fare in questo articolo, coloro che

subiscono una sanzione penale come destinatari di cura.

Virginia Held, una delle principali sostenitrici della **compatibilità e complementarità tra l'etica della giustizia e etica della cura** sostiene che sebbene entrambe debbano giocare un ruolo significativo in tutti gli ambiti della vita pubblica e privata, ci siano dei campi in cui considerazione derivanti da una o dall'altra debbano avere priorità.³²

Come esempio, Held porta l'ambito della legge, all'interno del quale considerazioni di giustizia, legate all'imparzialità e al rispetto dei diritti, devono avere la precedenza. Pur tuttavia, anche in questo campo, a suo avviso, considerazioni della cura devono giocare un ruolo.

Nel caso del diritto e dell'esecuzione penale, la cura può apparire persino meno appropriata se prendiamo in considerazione quelli che sono tipicamente concepiti come la natura e gli obiettivi del sistema penale. Se guardiamo alla giustificazione della pena, da una parte abbiamo teorie che guardano alle conseguenze della pena, e che la giustificano in ragione della prevenzione di futuri reati, da parte dalla persona punita (prevenzione speciale) e dal resto dei cittadini (prevenzione generale).³³

Dall'altra troviamo coloro che difendono teorie retributive della pena, secondo le quali la pena è la risposta appropriata al reato perché coloro che commettono reati si meritano di essere puniti.³⁴ Secondo varie versioni della teoria retributiva, la sofferenza di colui che vi è sottoposto è essenziale nella risposta al danno causato dall'atto criminale. In entrambi i casi, sia che la sofferenza sia fine in sé o mezzo per ottenere altri scopi, come la prevenzione, **la pena è concepita come necessariamente afflittiva.**

In questo quadro, in cui parte dello scopo e della natura della pena è causare sofferenza in colui che viene punito, può sembrare

³¹ HELD, V., *op. cit.*, cap. 4.

³² HELD, V., *op. cit.*, cap. 4.

³³ L'esempio classico di questo approccio si trova negli scritti di BENTHAM. BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789.

³⁴ L'esempio classico di questo approccio è la posizione di Hegel. HEGEL, G. W. F., *Scritti Di Filosofia Del Diritto*, Bari, 1961.

difficile immaginare che lo Stato che amministra questa sofferenza sia anche fornitore di cura.

Tuttavia, questo non è l'unico caso in cui una punizione viene amministrata in un contesto di cura: all'interno della famiglia, i genitori impartiscono punizioni nei confronti di loro figli, che spesso causano sofferenza o qualche tipo di privazione, in parte proprio perché motivati da responsabilità di cura.

Questa analogia tra i genitori e lo stato è stata recentemente usata da Scott Gelfand per difendere e sviluppare l'idea che la cura debba giocare un ruolo nella pena.³⁵ Ciò nonostante, come sottolineato prima, ci sono delle ottime ragioni per non usare la relazione genitoriale come modello per quella tra Stato e cittadino. Inoltre, semplicemente invocare l'analogia tra Stato e genitori non è sufficiente a spiegare le ragioni per cui si debba presumere che lo stato abbia degli obblighi di cura nei riguardi dei propri cittadini, considerate le significative differenze tra le responsabilità dello Stato verso i propri cittadini adulti e quella dei genitori verso i propri figli minori.

3.1 Rispetto dell'individuo e i bisogni fondamentali

Un'alternativa più promettente è quella elaborata da Helen Brown Coverdale che, partendo dall'analisi di Eva Kittay, difende **l'idea che il rispetto per le persone consista anche nell'assicurarsi che ogni individuo, inclusi coloro che si sono resi responsabili di un reato, abbia la possibilità di essere parte di relazioni di cura, il che include ricevere cura, ma anche essere messo nelle condizioni di fornire cura.**³⁶

Questo approccio è usato per spiegare le ragioni per cui lo Stato ha un dovere di cura verso i propri cittadini sottoposti ad una sanzione penale. Sebbene molti ritengano che l'aver commesso un reato porti alla temporanea sospensione di alcuni diritti fondamentali, come quello alla libertà, la stragrande maggioranza dei teorici concorda che coloro che

vengono sottoposti ad una sanzione penale mantengono alcuni diritti fondamentali.

Alcuni di questi come il diritto ad un giusto processo o la protezione contro il trattamento degradante e inumano sono diritti che sono rilevanti per coloro che sono perseguiti o puniti, ma coloro che hanno commesso reati conservano anche altri diritti fondamentali, come il diritto alla vita o quello alla salute.

Proprio in ragione di questi diritti, sebbene vengano spesso ignorati, ci sono limiti sostanziali ai modi in cui lo Stato può trattare coloro che si trovano sotto la sua custodia. Prendere in esame non solo l'ottica dei diritti, ma anche quella della cura ha come conseguenza la **presa di coscienza del fatto che non solo la tutela di alcuni diritti fondamentali, ma anche l'essere parte di relazione di cura è tra le cose fondamentali che lo Stato deve garantire ai propri cittadini**, inclusi coloro che si sono resi responsabili di un reato.

Questa presa di coscienza deriva dall'apprezzare il ruolo fondamentale della cura nella soddisfazione dei nostri bisogni primari, fisici, emotivi e psicologici, ma anche nello sviluppo e del mantenimento del rispetto e della stima di sé e della capacità di agire autonomamente e di seguire i dettami della morale. In ragione del suo carattere fondamentale l'essere parte di relazioni di cura non è qualcosa che può essere sottratto ai cittadini, anche qualora essi abbiano commesso un reato.

3.2 Le vittime dimenticate della pena: le famiglie e i bambini

Se la tutela dei bisogni fondamentali e il rispetto degli individui forniscono la giustificazione principale del dovere dello Stato di garantire e facilitare relazioni di cura, ci sono altre importanti ragioni per difendere questa posizione.

La prima considerazione riguarda **l'effetto di queste politiche sulle famiglie** di coloro che sono soggetti ad una sanzione penale, in

³⁵ GELFAND, S. D., *op. cit.*

³⁶ BROWN COVERDALE, H., *Punishment and Welfare*, *op. cit.*

particolare modo i familiari di coloro che si trovano in carcere.

Molti sono i modi in cui le famiglie sono danneggiate da una sanzione penale e in particolare modo della carcerazione: dallo stigma e l'esclusione derivanti da questa situazione, al trauma e la sofferenza psicologica risultante dall'assenza di un genitore o di un familiare, ai danni economici risultanti dalla perdita di una fonte di reddito, che, andando a colpire spesso situazioni di svantaggio socio-economico, possono facilmente sfociare in situazioni di povertà. **Gli effetti sui familiari di coloro che sono esposti ad una sanzione penale sono, con qualche eccezione, in larga parte ignorati dai teorici della pena.**³⁷

Ciò è altamente problematico soprattutto in ragione del fatto che ci troviamo davanti a danni significativi inflitti dallo stato a individui, spesso minori, che non sono in alcun modo responsabili del reato commesso. Che cosa debba derivare dal prendere in considerazione questi effetti della sanzione penale è una questione difficile da affrontare, che non sono nelle condizioni di trattare a fondo in questo articolo, ma alcune considerazioni relative al problema della cura possono essere fatte.

Come detto precedentemente ci sono due facce dell'obbligo dello Stato di garantire e facilitare le relazioni di cura: da una parte, lo Stato deve garantire che coloro che sono soggetti alla sanzione penale ricevano cura, il che include offrire loro cura; dall'altro che si trovino nelle condizioni di fornire cura.

Uno dei modi per realizzare questi obiettivi è **favorire relazioni di cura già esistenti**, che nel caso dei detenuti vuole dire in primo luogo consentire e facilitare un contatto più frequente e intimo con i propri familiari in spazi e tempi adeguati. Ciò potrebbe fornire essenziale cura e supporto psicologico non solo ai cittadini reclusi, ma anche ai loro familiari, e

soprattutto ai bambini che hanno un genitore in carcere.

Se da una parte quello che è necessario garantire sono effettive opportunità a coloro che sono reclusi di dare cura, è anche importante, come sostenuto da alcune teoriche della cura, che lo Stato garantisca un certo **livello di supporto sociale per permettere alle persone di prendersi al meglio cura degli altri**. Eva Kittay difende questa posizione quando discute il fatto che coloro che hanno dei significativi obblighi di cura, come le madri nella famiglia nucleare tradizionale o le donne migranti che spesso svolgono la maggior parte del lavoro di cura nei paesi Occidentali, si trovano spesso in situazioni di vulnerabilità e dipendenza, causate anche se non primariamente dai loro obblighi di cura.³⁸

Secondo Kittay, a questa categoria di persone debbono essere forniti i mezzi per non trovarsi in situazione di sfruttamento e vulnerabilità quando si curano degli altri, anche in ragione del fatto che ciò permetterebbe loro di svolgere il lavoro di cura il meglio possibile. Questo ragionamento può essere esteso alla realtà della pena.

In primo luogo, in alcuni casi coloro che subiscono una sanzione penale sono anche coloro che hanno già responsabilità di cura primarie per alcuni membri della propria famiglia. Questo è certamente il caso di molte donne e madri detenute, ma è anche il caso di alcuni uomini e padri, che costituiscono la stragrande maggioranza della popolazione detenuta. Possiamo facilmente immaginare come i programmi terapeutici e di cura volti a migliorare la salute e la stabilità psicologica di coloro che sono puniti dallo stato abbiano, se efficaci, abbiano anche l'effetto di rendere questi cittadini più capaci di dare cura.

Questo acquisisce una particolare rilevanza se pensiamo al tasso di persone con disagi psicologici, problemi di salute mentale o di

³⁷ Per una trattazione di questo problema si veda BÜLOW, W., *The Harms Beyond Imprisonment: Do We Have Special Moral Obligations Towards the Families and Children of Prisoners?*, in *Ethical Theory and*

Moral Practice 17, 2014; MANNING, R., *Punishing the Innocent: Children of Incarcerated and Detained Parents*, in *Criminal Justice Ethics* 30, no. 3, p. 201.

³⁸ KITTAY, E. F., *op. cit.*

dipendenza che sono soggetti a sanzione penale e soprattutto detenute.³⁹

Inoltre, come sostenuto da Brown Coverdale, possiamo presumere che, in ragione del fatto che la capacità di prendersi cura si acquisisce anche imparando dalle relazioni di cura, **il fatto che lo Stato si prenda cura dei detenuti abbia il probabile effetto di insegnare loro la cura**, più attenti e capaci di dare cura. La possibilità di imparare dalle relazioni di cura è ancora più importante nei casi in cui la persona in questione è cresciuta in un contesto di abuso o incuria e quindi non ha mai avuto l'opportunità di imparare la cura di sé e degli altri.⁴⁰

Queste iniziative potrebbero avere risvolti positivi, anche in quei casi in cui la persona reclusa non svolga già un ruolo di cura attivo nel contesto familiare. Il supporto psicologico e l'imparare dalle relazioni di cura potrebbero avere l'effetto di rendere la persona esposta alla sanzione penale più incline ad assumere su di sé maggiori responsabilità di cura.

Questa possibilità fa eco all'idea di alcune teoriche della cura che una società e uno Stato improntato sui principi della cura renda i cittadini più capaci e più pronti a dare cura.⁴¹ Questo vale soprattutto per gli uomini e i giovani maschi, la cui socializzazione è di rado improntata su queste pratiche. Società in cui la cura gioca un ruolo centrale potrebbero dunque anche essere società in cui i ruoli di genere divengono meno cristallizzati, almeno a questo riguardo, e la distribuzione degli obblighi di cura risulta meno iniqua.

Sebbene queste iniziative non siano sufficienti a risolvere le difficoltà delle famiglie di coloro che subiscono una sanzione penale, e soprattutto di coloro che sono in carcere, potrebbero alleviare alcune delle sofferenze psicologiche a cui sono esposti e in particolare

permettere ai figli dei detenuti di avere più opportunità di ricevere la cura dei genitori, così centrale per il benessere psicologico e lo sviluppo emotivo.

3.3 Il ruolo rieducativo della cura

Un'altra ragione per difendere l'idea che il principio della cura sia uno dei criteri guida della relazione tra lo Stato e coloro che subiscono una sanzione penale è da riscontrare nel **potenziale riabilitativo che la cura può avere**.⁴²

Questo appare ovvio se consideriamo che parte della cura che coloro che sono soggetti ad una sanzione penale devono ricevere si compone di programmi terapeutici e di sostegno psicologico, noti per avere effetti positivi sulla possibilità di commettere altri reati.

Inoltre, **la possibilità di coltivare relazioni di cura gioca un ruolo fondamentale nella riabilitazione di coloro che subiscono una sanzione penale**. Il supporto derivante da relazione solide con gli altri, soprattutto durante la detenzione carceraria, contribuisce alla stabilità psicologico-emotiva e alla capacità di mantenere o sviluppare un'identità positiva, non incentrata sull'atto commesso. Non soltanto il ricevere cura, ma anche il dare cura fornisce le risorse per sviluppare una nuova concezione del sé.

Inoltre l'essere parte di relazioni di cura e di supporto, è vista come **una delle principali ragioni per le quali le persone, una volta terminata la pena, non si trovano a compiere nuovamente reati**. In molti casi, purtroppo, la pena e soprattutto l'esperienza carceraria hanno invece l'effetto opposto su coloro che la attraversano.

Queste considerazioni derivate dal potenziale rieducativo della cura sono rilevanti se, come molti ritengono, uno degli obiettivi

³⁹ Al 31 dicembre 2017 i detenuti tossicodipendenti erano 14.706 su una popolazione ristretta complessiva di 57.608, rappresentando il 25,53% del totale. Fonte: XV rapporto sulle condizioni di detenzione, Associazione Antigone (<http://www.antigone.it/quindicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/droghe-e-dipendenze/>). L'incidenza del disagio psicologico e dei

disturbi psichiatrici è similmente molto elevata nelle carceri.

⁴⁰ BROWN COVERDALE, H., *Punishment and Welfare*, op. cit.

⁴¹ TRONTO, J. C., *Care as the Work of Citizens*, in *Women and Citizenship*, FRIEDMAN, M., Oxford, 2005.

⁴² BROWN COVERDALE, H., *Punishment and Welfare*, op. cit.; CANTON R. AND DOMINEY J., op. cit.

principali del sistema penale è ridurre il numero dei reati commessi. Sebbene il legame tra cura e un basso tasso di recidiva non possa essere assicurato in tutti i casi singoli, la sua probabilità statistica costituisce una ragione sufficiente in favore del principio della cura dal punto di vista dell'interesse collettivo. Inoltre, a prescindere dai benefici per la collettività, offrire ai cittadini reclusi programmi di rieducazione è un **modo per riconoscere la capacità degli individui di riscrivere la propria storia**.

In conclusione, è però importante reiterare che sebbene l'introduzione del principio della cura durante la pena spesso abbia conseguenze positive in termini di promozione dell'interesse collettivo, **la prima e principale ragione per difendere la sua introduzione nell'universo penale rimane il rispetto per coloro che subiscono una sanzione penale e le loro famiglie e la necessità di andare incontro ai loro bisogni fondamentali**.

3.4 La speciale responsabilità dello Stato

Un'ultima considerazione da fare in supporto alla tesi che il principio della cura debba ispirare l'azione dello Stato in materia penale riguarda il rapporto tra lo Stato e i cittadini che dallo Stato vengono puniti.

Se il potere dello Stato nei confronti dei cittadini è già considerevole in condizioni ordinarie, si fa necessariamente ancora più significativo nei confronti di coloro che subiscono una sanzione penale. La relazione tra lo Stato ed i suoi rappresentanti e i cittadini puniti è quindi inevitabile, intima e costante.

Una componente centrale di questa relazione è che colui che subisce la pena è in un senso o nell'altro affidato e dipendente dallo Stato. Nel caso del carcere questo appare ovvio, dato che lo Stato è responsabile per l'intera vita del detenuto e la soddisfazione di tutti i bisogni, inclusi i bisogni fisici primari. Negli altri casi questa dipendenza è meno estrema, ma comunque cospicua.

Guardare questo problema dal punto di vista dell'etica della cura può farci comprendere appieno la rilevanza morale di questa dipendenza di coloro che sono soggetti a una sanzione penale.

Una delle idee centrali dell'etica della cura, come discusso nella prima parte di questo articolo, è **l'importanza delle nostre responsabilità di cura nei confronti di coloro con i quali ci troviamo in relazione di dipendenza**, coloro che sono particolarmente vulnerabili alle nostre azioni e dipendono da noi per soddisfare i loro bisogni.

Promotrici dell'etica della cura sostengono che ci siano dei limiti alle responsabilità che un individuo può avere nei confronti dei soggetti dipendenti, limiti derivanti dall'autonomia e dai bisogni di coloro che debbono fornire la cura.⁴³ Questi limiti servono a proteggere coloro che la cura la forniscono, soprattutto le donne, da situazioni in cui la cura può diventare fonte di oppressione e sfruttamento.

Ciò nonostante, rimane centrale l'idea che abbiamo una responsabilità speciale nei confronti di coloro che da noi dipendono.

Secondo alcuni, questa deriva dal fatto che coloro da cui gli altri dipendono sono anche coloro che si trovano nella condizione privilegiata per rispondere a questa dipendenza, coloro le cui azioni possono essere più efficaci nell'andare incontro a questi bisogni.⁴⁴

Altri affermano che, anche a prescindere dalle conseguenze, il solo fatto di trovarsi in una relazione di dipendenza o di interdipendenza generi obblighi morali.⁴⁵

Entrambe le ragioni forniscono a mio avviso una giustificazione del fatto che **l'obbligo di fornire cura e rendere possibile la partecipazione in relazioni di cura a coloro che subiscono una sanzione penale è un dovere che in larghissima misura è nelle mani dello Stato**.

È inoltre importante sottolineare come le responsabilità di cura dello Stato nei confronti dei suoi cittadini che subiscono una sanzione

⁴³ KITTAY, E. F., *op. cit.*

⁴⁴ GOODIN, R. E., *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities*, Chicago, 1985.

⁴⁵ HELD, V., *op. cit.*; Tronto, J. C., *Moral Boundaries*, *op. cit.*

penale sia in molti casi resta ancor più cospicua in ragione del fatto che molti di coloro che vengono puniti dallo Stato provengono da situazioni di estremo svantaggio e marginalità economico-sociale.⁴⁶

In molti di questi casi, questa situazione di deprivazione e di esclusione è, quantomeno in parte, il frutto dell'azione o del mancato intervento dello Stato, dell'assenza di politiche di inclusione e di welfare efficaci.

Alcuni teorici sostengono che in questi casi lo Stato non abbia il diritto di punire perché è in parte responsabile di situazioni di estremo svantaggio in cui le persone non hanno valide alternative all'atto criminale.

Altri affermano che il cittadino che commette l'azione criminale in mancanza di alternative valide non possa essere considerato pienamente responsabile di questa.⁴⁷

Dal punto di vista dell'etica della cura, c'è un'altra considerazione da fare sul rapporto tra lo svantaggio socio-economico e la pena: in questi casi, le responsabilità dello Stato di prendersi cura della persona punita sono ancora maggiori in ragione del precedente fallimento dello Stato di adempiere i propri doveri di cura.

4. Praticare la cura durante la pena: realtà o utopia?

4.1 È possibile immaginare un sistema penale che si prende cura?

Una possibile reazione alla proposta di incorporare la cura nella pena, soprattutto la pena carceraria, è lo scetticismo riguardo alla

possibilità di immaginare e realizzare un carcere che si prende cura.

La realtà del carcere appare spesso così lontana da una realtà di cura che sembra impossibile riformarla in questa direzione.⁴⁸

La relazione tra coloro che sono puniti e lo Stato e i suoi rappresentanti è spesso caratterizzata da odio, paura e violenza. Questo non fa che alienare ulteriormente le persone che sono reclusi, che spesso già in partenza provengono da realtà di disagio ed esclusione sociale, dallo Stato e dalla comunità politica. Inoltre, le opportunità di mantenere relazioni di affetto e cura con la famiglia sono spesso inadeguate.

Di conseguenza, invece di coltivare le capacità individuali e in particolare la capacità di cura di sé stessi e gli altri, le carceri, in Italia ma in molti altri Paesi del mondo, tendono a consumare e logorare queste risorse degli individui.⁴⁹

Alcuni interpretano questa violenza e incuria come caratteristiche strutturali del carcere e per questo propongono la sua abolizione.⁵⁰ Il carcere, a loro avviso, non è riformabile.

Sebbene molte delle considerazioni sul carattere strutturale della violenza e dell'incuria del carcere siano condivisibili, **è importante fare alcune considerazioni sulla possibilità di riforme in linea con il principio della cura.**

In primo luogo, in risposta a questo scetticismo è importante sottolineare, come riscontrato da varie fonti, che **alcune pratiche di**

⁴⁶ Per un'analisi del caso italiano si veda il XVI rapporto dell'Associazione Antigone sulle condizioni detentive, parte 1. <https://www.antigone.it/news/antigone-news/3301-xvirapporto>

⁴⁷ Per entrambi le tesi si veda DUFF, R. A., *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, 2009; DUFF, R. A., *Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial*, Ratio 23, no. 2, 2010.

⁴⁸ Per un'analisi della condizione di estrema difficoltà in cui versano le carceri in Italia, che sono ulteriormente peggiorate durante l'emergenza sanitaria causata da COVID-19, si veda il XVI rapporto dell'Associazione Antigone sulle condizioni detentive, parte 1.

<https://www.antigone.it/news/antigone-news/3301-xvi-rapporto>.

⁴⁹ CARLEN, P., *Against Rehabilitation; for Reparative Justice*, in CARRINGTON, K., (a cura di), *Crime, Justice and Social Democracy International Perspectives*, Basingstoke, 2012.

⁵⁰ Tra le molte proposte per l'abolizione del carcere si veda DAVIS, A., *Are Prisons Obsolete?* New York, 2011 e per una presentazione del dibattito tra riforma e abolizione LIPPKE, R. L., *Rethinking Imprisonment*, Oxford; New York, 2007, cap. 11; Per una proposta in ambito italiano si veda MANCONI, L., (a cura di), *Abolire Il Carcere*, Milano, 2015.

cura sono già presenti nelle realtà carcerarie.⁵¹

Andare incontro ai bisogni primari dei detenuti è una delle attività che il carcere svolge. Sebbene, le pratiche di cura nelle carceri siano generalmente insufficienti e spesso non incarnino i valori che secondo l'etica della cura dovrebbero esservi centrali⁵², l'azione degli agenti carcerari è in alcuni casi ispirata da questo principio e percepita come tale dai detenuti.⁵³

In secondo luogo, **esistono realtà carcerarie in cui la violenza e l'incuria sono significativamente meno presenti.**

L'esempio spesso invocato è quello delle carceri nei Paesi del Nord Europa, dove uno dei principi fondamentali è quello di rendere l'esperienza carceraria più simile possibile alla vita civile.⁵⁴ Nelle carceri danesi e norvegesi, esiste un obbligo legale di fornire programmi di educazione e di supporto psicologico e le opportunità di interagire con i propri cari sono molto più adeguate. Questo non elimina il carattere afflittivo della pena, che rimane una privazione di libertà fondamentale, ma sembra avvicinarsi ad un modello di carcere come luogo (anche) di cura.

In terzo luogo sostenere che **il principio della cura** debba giocare un ruolo importante nel rapporto tra lo Stato e i cittadini che subiscono una sanzione penale **non è necessariamente in contraddizione con il progetto abolizionista.**

Da una parte, il principio della cura potrebbe contribuire alla realizzazione di un sistema penale più umano e giusto anche al di là dell'istituzione del carcere. Incorporare il principio della cura appare importante se pensiamo ad altre pene, altre misure di sicurezza, come la libertà vigilata,⁵⁵ e altri aspetti del

sistema penale⁵⁶. Dall'altra parte, come sottolineato da Brown Coverdale, anche se l'obiettivo ultimo è l'abolizione del carcere, dato che questo processo sarebbe graduale e probabilmente impossibile da realizzare nel breve-medio periodo, il principio della cura potrebbe fornire utili linee guida per costruire nel periodo di transizioni carceri più attente ai bisogni individuali.⁵⁷

Infine, il principio della cura potrebbe anche offrire degli spunti per **immaginare alternative alla pena carceraria.**

4.2 Carcere e cura: alcune proposte pratiche

Sebbene abbia già fornito alcune indicazioni a riguardo nella sezione precedenti, è importante trattare più sistematicamente il problema di come si possa praticamente incorporare il principio della cura nella pena. In questa sezione, mi concentrerò sul carcere, in ragione della sua rilevanza particolare per il problema qui trattato.

Per realizzare la cura in carcere è, in primo luogo, necessario che lo Stato si impegni del **soddisfare adeguatamente i bisogni primari dei detenuti**, un obiettivo che, seppur piuttosto minimo, spesso non viene raggiunto da carceri sovraffollate e con servizi insufficienti.

Inoltre, come già menzionato più volte, parte della cura dello Stato è fornire **programmi di supporto**, inclusi programmi terapeutici per problemi di salute mentale e di dipendenza, volti a sviluppare le capacità di prendersi cura di sé e degli altri.

Nel perseguire questi scopi, un aspetto dell'etica della cura che deve essere incarnato nell'azione dello Stato è **l'idea che la cura debba essere disegnata sui bisogni e**

⁵¹ CANTON, R., DOMINEY, J., *op. cit.*; BROWN COVERDALE, H., *Punishment and Welfare, op. cit.*; BROWN COVERDALE, H., *Caring and the Prison in Philosophy, Policy and Practice, op. cit.*

⁵² CANTON, R., DOMINEY, J., *op. cit.*

⁵³ BROWN COVERDALE, *Caring and the Prison in Philosophy, Policy and Practice, op. cit.*

⁵⁴ BROWN COVERDALE, *Caring and the Prison in Philosophy, Policy and Practice, op. cit.*

⁵⁵ CANTON, R., DOMINEY, J., *op. cit.*

⁵⁶ Per esempio, Canton and Dominey sostengono che l'adozione del principio della cura nel sistema penale ci fornisce ragioni per dare più spazio a pratiche di giustizia riparativa. CANTON, R., DOMINEY, J., *op. cit.*

⁵⁷ BROWN COVERDALE, *Caring and the Prison in Philosophy, Policy and Practice, op. cit.*

le caratteristiche particolari del singolo.

L'ascolto e il coinvolgimento del detenuto nell'immaginare come organizzare questa cura sono quindi fondamentali, e contribuiscono ad evitare il rischio del che la cura dello Stato sia caratterizzata da un tasso eccessivo di paternalismo. Immaginare una pena, e all'interno della pena una cura, più individualizzata appare dunque centrale.

Per assicurarsi che il detenuto sia destinatario di cura è inoltre centrale **fare in modo che sia in grado di avere costanti e significativi rapporti con i propri familiari.**

Assicurare questa possibilità non richiede solo un aumento del numero di visite e di occasioni di contatto con i familiari, ma anche immaginare tempi e luoghi dove questo rapporto di cura possa effettivamente avere luogo, prendendo, per esempio, a modello le prigioni scandinave. D'altra parte, come discusso precedentemente, è fondamentale per lo Stato **assicurarsi che i detenuti siano messi nelle condizioni di dare cura.** Il dare cura ha luogo nelle relazioni con i familiari, ma può anche avvenire nel contesto delle relazioni tra detenuti.

La creazione di programmi di supporto tra pari, esistenti in alcuni istituti, è significativa in quando questi possono svolgere un ruolo importante nel fare in modo che i detenuti ricevano e allo stesso tempo forniscano cura.

Inoltre, tali programmi possono contribuire a rendere i rapporti all'interno del carcere, non solo con gli agenti di polizia, ma anche tra i detenuti, relazioni ispirati dal principio della cura, fornendo ai detenuti ulteriori possibilità di sviluppare la propria capacità di cura di sé e degli altri.

Alcune di queste proposte di riforma sono state più volte avanzate in passato da attivisti e teorici della pena. Inoltre, vari documenti giuridici, a partire dalla nostra Costituzione, difendono principi, come l'esistenza i diritti inviolabili della persona (articolo 2) o il carattere rieducativo della pena (articolo 27), che possono facilmente essere invocati per difendere alcune di queste proposte di riforma.

Ciò nonostante, mentre altri principi, come quello del rispetto della dignità degli individui,

sono spesso invocati dai teorici della pena e nei documenti giuridici, il principio della cura è raramente menzionato.

A mio avviso, ci sono **svariati vantaggi** nel concepire queste riforme come espressione dell'obbligo di cura dello Stato nei confronti di coloro che subiscono una sanzione penale.

In primo luogo, il principio della cura ci permette di **giustificare diversi tipi di riforme** come espressione dello stesso principio, senza invocare concetti suggestivi, ma piuttosto indefiniti, come quello della dignità individuale, ma fornendo una spiegazione chiara del perché la cura è un bisogno fondamentale degli individui in virtù della nostra natura di essere dipendenti e relazionali. Inoltre, il principio della cura non giustifica queste proposte solo in ragione dei benefici che esse portano alla collettività, in ragione della loro funzione rieducativa, come spesso fatto da teorie rieducative della pena. Al contrario, se, in linea con l'etica della cura, pensiamo l'essere parte di relazioni di cura come un bisogno fondamentale degli individui, possiamo interpretare queste riforme come **espressione del rispetto che lo Stato deve mostrare nei confronti dei propri cittadini.**

In secondo luogo, questo principio ci permette di apprezzare l'importanza non solo del bisogno di ricevere cura, data la nostra natura di individui dipendenti, ma anche del nostro **bisogno di dare cura.** Questo secondo aspetto è largamente ignorato da vari approcci tradizionali che si concentrano sui diritti dei cittadini detenuti a determinati tipi di beni e servizi, invece che soffermarsi sul bisogno di ognuno di noi di contribuire alla comunità e vedere il proprio contributo riconosciuto. Riflettere sul nostro bisogno di dare cura è fondamentale per cogliere appieno la nostra natura di animali sociali e relazionali. Così facendo, diviene inoltre possibile soffermarci sui bisogni delle famiglie di coloro che subiscono una sanzione penale, e in particolare dei figli di ricevere cura dai genitori detenuti.

Infine, cogliere appieno la nostra natura di individui dipendenti e vulnerabili, così centrale nell'etica della cura, ci fa **comprendere il**

nostro bisogno di far parte di relazioni di cura per acquisire e mantenere molte delle nostre capacità, inclusa la capacità di prendersi cura di sé e degli altri.

5. Conclusione

In questo articolo, mi sono proposta di articolare e sostenere la tesi secondo la quale il **principio della cura debba essere uno dei principi guida dell'azione dello Stato nei confronti di coloro che subiscono una sanzione penale**.

In primo luogo, ho descritto le caratteristiche principali dell'etica della cura e fornito una giustificazione dell'idea che, in ragione della nostra natura di essere dipendenti e relazionali, la cura debba giocare un ruolo fondamentale nella sfera politica e figurare tra i doveri fondamentali dello Stato nei confronti dei propri cittadini.

Esaminando poi la relazione tra lo stato e i cittadini che subiscono una sanzione penale, ho difeso l'idea che dato il suo carattere fondamentale è essenziale che lo Stato garantisca a tutti i cittadini, inclusi coloro che sono stati giudicati colpevoli di un reato penale, l'opportunità di essere parte di relazioni di cura. Ho sostenuto che questo preveda, da una parte, che lo Stato fornisca direttamente cura a coloro che subiscono una sanzione penale, considerato anche il fatto che questi

si trovano in una condizione di particolare dipendenza nei suoi confronti.

La cura dello Stato consiste nel soddisfare i bisogni primari delle persone e nel fornire programmi terapeutici, di supporto e di inclusione.

D'altra parte, ho difeso la tesi che lo stato debba fornire le opportunità e il supporto per permettere a coloro che subiscono una sanzione penale di essere parte di altre relazioni di cura. Nel caso della pena carceraria, lo Stato deve rendere possibile e favorire la relazione con i familiari e quando possibile incentivare altre relazioni di cura, come quelle tra i detenuti. Sebbene la ragione principale per sostenere queste iniziative sia a mio avviso il rispetto per le persone e i loro bisogni, politiche e iniziative ispirate dal principio della cura hanno anche il vantaggio di permettere i familiari dei detenuti, i cui interessi e bisogni sono molto spesso ignorati dai teorici della pena, di mantenere una relazione di cura con la persona reclusa. Infine, questo tipo di iniziative ispirate dal principio della cura spesso hanno anche una funzione rieducativa.

In ragione delle molteplici considerazioni avanzate in questo lavoro, ritengo che il principio della cura debba giocare un ruolo centrale nel nostro (ri)pensare l'universo della pena.

Bibliografia:

- Jeremy, B., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789.
- Brownlee, K., *The Lonely Heart Breaks: On the Right to Be a Social Contributor in Aristotelian Society Supplementary Volume 90*, no. 1, 2016.
- Bülow, W., *The Harms Beyond Imprisonment: Do We Have Special Moral Obligations Towards the Families and Children of Prisoners?* in *Ethical Theory and Moral Practice* 17, no. 4, 2014.
- Canton, R., Dominey, J., *Punishment and Care Reappraised*, in Gelsthorpe, L., Mody, P. and Sloan B., a cura di, *Spaces of Care*, London, 2020.
- Carlen, P., *Against Rehabilitation; for Reparative Justice*, in Carrington, K., a cura di, *Crime, Justice and Social Democracy International Perspectives*, Basingstoke, 2012.
- Coverdale, H. B., *Caring and the Prison in Philosophy, Policy and Practice: Under Lock and Key*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2020.
- Coverdale, H. B., *Punishment and Welfare: Defending Offender's Inclusion as Subjects of State Care*, in *Ethics and Social Welfare* 12, no. 2, 2018.
- Davis, A., *Are Prisons Obsolete?* New York, 2011.
- Duff, R. A., *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford, 2009.

- Duff, R. A., *Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial*, in *Ratio* 23, no. 2, 2010.
- Fineman, M., *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law & Feminism* 20, no. 1, 2008.
- Gelfand, S. D., *The Ethics of Care and (Capital?) Punishment*, in *Law and Philosophy* 23, no. 6 2004.
- Gilligan, C., *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Massachusetts, 2003.
- Goodin, R. E., *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities*. Chicago, 1985.
- Hegel, G. W. F., *Scritti Di Filosofia Del Diritto*, Bari, 1961.
- Held, V., *The Ethics of Care: Personal, Political, and Global*. Oxford; New York, 2006.
- Kittay, E. F., *Love's Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*, New York, 1999.
- Lippke, R. L., *Rethinking Imprisonment*, Oxford; New York, 2007.
- Mackenzie, C., *The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability*, in Mackenzie, C., Rogers W., and Dodds, S., (a cura di), *Vulnerability: New Essays In Ethics And Feminist Philosophy*, New York, 2014.
- Manconi, L., (a cura di), *Abolire Il Carcere*, Milano, 2015.
- Manning, R., *Punishing the Innocent: Children of Incarcerated and Detained Parents*, in *Criminal Justice Ethics* 30, no. 3, 2011.
- Noddings, N., *Caring: A Feminine Approach to Ethics & Moral Education*, Berkeley, 2003.
- Nussbaum, M., *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge, Massachusetts; London, England, 2007.
- Okin, S. M., *Justice, Gender, and the Family*, New York, 1998.
- Taylor, C., *The Dialogical Self*, in Goodman, R. F, (a cura di), *Rethinking Knowledge: Reflection Across the Disciplines*, New York, 1995.
- Tronto, J. C., *Care as the Work of Citizens*, in Friedman, M., (a cura di) *Women and Citizenship*, Oxford, 2005.
- Tronto, J. C., *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*. New York, 1993.



Independence Day, l'astratto a fuoco

L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le corti. Ipotesi e aspettative di superamento

Life imprisonment without hope in the dialogue between the Courts. Hypotheses and expectations of overcoming

di [Maria Brucale](#)

ABSTRACT

L'ergastolo c.d. "ostativo" si pone, fin dai tempi della sua introduzione normativa, come una frattura della tensione costituzionale di ogni pena alla restituzione dell'individuo in società. Da anni, però, si assiste – nella giurisprudenza interna ed internazionale – ad una progressiva erosione dei meccanismi normativi di preclusione che impediscono l'accesso di ogni detenuto alla valutazione del proprio percorso individuale di cambiamento e dei propri traguardi trattamentali.

Life imprisonment without hope is, ever since it was provided for by law, a breach of the goal of the penalty according to the Constitution of returning man to society. For years, however, we have witnessed – in domestic and international jurisprudence – a progressive erosion of the regulatory mechanisms of foreclosure that prevent each prisoner from accessing the assessment of their individual path of change and their treatment goals

Sommario

1. L'ergastolo c.d. ostativo, fine pena 9999, la morte per pena
2. L'ergastolo "effettivo" nella Giurisprudenza della Corte EDU
3. Molto ancora c'è da fare. Le preclusioni assolute di cui agli artt. 4-*bis* e 58-*ter* O.P. tornano alla Consulta
4. Riflessi potenziali o sperati della sentenza 'Viola v. Italia' sull'art. 41-*bis*, co. II O.P.

Summary

1. Life imprisonment c.d. impediment, end of sentence 9999, death by penalty
2. The "effective" life sentence in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights
3. There is still a lot to do. The absolute foreclosures referred to in Articles 4-*bis* and 58-*ter* O.P. they return to the Constitutional Court
4. Potential or hoped-for reflections of the "Viola v. Italy" on art. 41-*bis*, co. II O.P.

1. L'ergastolo c.d. ostativo, fine pena 9999, la morte per pena

L'ordinamento giuridico italiano contempla, quale sanzione massima irrogabile in caso di commissione di gravi delitti, la pena dell'ergastolo.

Il c.d. "fine pena mai" è previsto dall'[art. 22 c.p.](#) che testualmente recita: «*La pena dell'ergastolo [c.p. 17, n. 2] è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno [c.p. 29, 32, 36, 72]. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto [c.p. 176]*»¹.

La norma fa esplicito richiamo a due disposizioni del codice penale: l'[art. 17](#), che prevede le pene principali stabilite per i delitti e per le contravvenzioni; l'[art. 176](#), che introduce la liberazione condizionale.

Il rinvio operato dall'art. 22 c.p. a tali articoli di legge assume estrema importanza. Per quanto concerne l'art. 17 c.p., pone in evidenza la necessità, per volontà del Costituente, che le pene siano previste dalla Legge. La libertà è, infatti, nel nostro sistema giuridico, un **diritto fondamentale protetto da un doppio schermo di tutela**: la riserva di legge e la riserva di giurisdizione. Ciò

¹ [corsivo nostro]

comporta che nessuna menomazione delle libertà individuali può intervenire se non è una legge (o un atto ad essa equiparato come decreto-legge o decreto legislativo delegato) a prevederlo e, inoltre, che la privazione della libertà deve avvenire sempre sotto lo stringente controllo del giudice competente. Per quanto concerne l'art. 176 c.p., radica un collegamento imprescindibile, anch'esso di matrice costituzionale, tra l'espiazione della pena e la possibilità di ravvedimento e di conseguente reinserimento in società.

Secondo l'art. 176 c.p. «*Il condannato a pena detentiva che, durante il tempo di esecuzione della pena, abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento, può essere ammesso alla liberazione condizionale, se ha scontato almeno trenta mesi e comunque almeno metà della pena inflittagli, qualora il rimanente della pena non superi i cinque anni.*

Se si tratta di recidivo, nei casi previsti dai capoversi dell'articolo 99, il condannato, per essere ammesso alla liberazione condizionale, deve avere scontato almeno quattro anni di pena e non meno di tre quarti della pena inflittagli.

Il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena. La concessione della liberazione condizionale è subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato [c.p. 185], salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle [c.p. 230]»².

L'inserimento dell'art. 176 nel codice penale ha pregnanza strutturale. Rappresenta icasticamente la pena e la sua funzione ordinamentale quale strumento non solo punitivo ma, soprattutto, restitutivo. **La pena ha senso se è diretta al ritorno della persona ristretta alla vita libera.**

La pena dell'ergastolo, infatti, in sé appare incoerente ed inconciliabile con il dettato dell'art. 27 della Costituzione secondo cui la pena non può consistere in trattamenti

contrari al senso di umanità e deve tendere alla rieducazione del condannato.

La prima parte della norma ha natura precettiva, crea un obbligo a carico dello Stato di Diritto che è di risultato immediato: ove la punizione comporti una lesione dei diritti soggettivi del ristretto che si traduca in *“trattamento inumano o degradante”*, è certamente illegittima. La seconda parte della norma ha, invece, portata programmatica. Anch'essa prevede obblighi positivi a carico dello Stato, ma sono quelli di offrire alle persone recluse gli strumenti per recuperarsi e non certo di garantire l'effettività del recupero o il risultato del ravvedimento.

E proprio la tensione al reinserimento del condannato appare un aspetto inconciliabile con l'ergastolo se sottraiamo dall'ordinamento la possibilità che la pena non sia effettivamente fino alla morte ma consenta al detenuto, che abbia dimostrato di meritarlo, una seconda opportunità.

La liberazione condizionale, dunque, costituisce la possibilità concreta per il recluso ravveduto di fare ritorno in società.

Alla stessa è previsto che la persona condannata possa giungere attraverso una osservazione intramuraria e, man mano che espia la sua pena, attraverso momenti di osservazione esterna via via più dilatati nel rispetto di un altro principio, anch'esso di valenza costituzionale: la progressione trattamentale. L'ordinamento, dunque, offre al detenuto l'opportunità di dimostrare l'effettività del proprio recupero gradatamente, risultando illogico che una persona torni libera in società senza che se ne sia testato il comportamento nell'approccio con il mondo esterno. **Ciò corrisponde innanzitutto a un'esigenza di sicurezza ma anche alla necessità che il ristretto riprenda il contatto con il contesto sociale in modo progressivo e non traumatico.** L'ordinamento penitenziario prevede, a tal fine, una serie di misure di reintegrazione: dal permesso premio, considerato parte del percorso trattamentale, che consente un primo, brevissimo, contatto con l'esterno, alle

² [corsivo nostro]

misure alternative alla detenzione (semilibertà, affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, fino alla liberazione condizionale).

Esiste, tuttavia, nell'ordinamento italiano una serie di reati, racchiusi nell'[art. 4-bis](#), comma I, dell'ordinamento penitenziario per i quali nessun beneficio premiale è consentito (così era fino alla sent. n. 252 del 2019 della Consulta³, v. *infra*).

La normativa speciale, art. 4-bis Ordine Penitenziario, è stata introdotta con il decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152⁴ (convertito nella legge 12 luglio 1991, n. 203) per rispondere ad un periodo di peculiare allarme sociale determinato dalla recrudescenza, soprattutto in Sicilia, del fenomeno mafioso in virtù del verificarsi di numerosi omicidi. In quegli anni, in particolare con l'impegno dei Giudici Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, si tentava di porre un freno alla ascesa criminale di un'associazione che appariva sempre più potente, sanguinaria ed inarrestabile. Lo strumento limitativo dell'art. 4-bis O.P., ponendosi come ostacolo per le persone detenute che avevano commesso reati di particolare pericolosità, tendeva ad incentivare la collaborazione con la giustizia.

La fruizione di ogni beneficio penitenziario, infatti, a partire dai permessi premio fino ad arrivare alla liberazione condizionale, era preclusa per i ristretti che, macchiatisi dei crimini individuati dalla norma di riferimento, non avessero offerto una collaborazione utile con l'attività investigativa dello Stato.

Non bastava, dunque, che il detenuto avesse apportato delle dichiarazioni di auto-accusa ovvero delle indicazioni a carico di altri. Per essere produttiva di effetti, la collaborazione doveva essere "utile", ossia idonea a raggiungere nuove persone con accuse di reità.

L'[art. 58-ter](#) O.P., infatti, individua la categoria delle "persone che collaborano con la

giustizia" nelle «persone condannate per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'art. 4-bis che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta degli elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati»⁵.

Tale sistema, tuttavia, conteneva in sé un'ambiguità che si traduceva in alcuni casi nella **impossibilità per il condannato di accedere ai benefici nonostante avesse la volontà di collaborare con la giustizia.**

Accadeva infatti che alcune persone, pur responsabili di reati associativi avessero avuto una partecipazione minima al consesso sociale tale che non avessero, in effetti, elementi di conoscenza sulle dinamiche interne ovvero sui soggetti coinvolti, anche in ragione dell'omertà e della segretezza connaturate a quei sodalizi delinquenziali.

Accadeva, ancora, che gli elementi di conoscenza di cui erano portatori, fossero già stati svelati dalle indagini giudiziarie per cui, incolpevolmente, non avevano ulteriori elementi da addurre, fatti da confessare, soggetti da accusare.

A sanare tale anomalia, è intervenuta la Corte Costituzionale dapprima con sentenza n. 68/1995⁶ e, successivamente con sentenza n. 357/1994⁷ ed ha rilevato come fosse illegittimo non tenere in considerazione, al fine di concedere i benefici, quelle situazioni in cui per partecipazione minima al fatto, obiettivo difetto di conoscenza o integrale accertamento dei fatti, non fosse possibile chiedere al condannato un apporto collaborativo, sempre che fossero stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

³ Corte cost., Sent. n. 252 del 22.10.2019, in www.cortecostituzionale.it

⁴ GIOSTRA, G., e INSOLERA, G., (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Milano, 1995; MARTINI, A., *Commento all'art. 19 d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, 212.

⁵ [corsivo nostro]

⁶ Corte cost., Sent. n. 68 del 22.02.1995, in www.cortecostituzionale.it

⁷ Corte cost., Sent. n. 357 del 19.07.1994, in www.cortecostituzionale.it

L'art. 4-bis, comma 1-bis, O.P., pertanto, dopo aver disposto che i condannati per una serie di "delitti ostativi" possono essere ammessi ai benefici penitenziari solo nei casi in cui collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-ter, stabilisce anche che i benefici possono essere ugualmente concessi a quei detenuti, «*purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti o delle responsabilità, operata con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia*»⁸.

Appare immediatamente evidente come la Corte Costituzionale si muova sempre, anche laddove riscontra la incoerenza di una norma rispetto al dettato costituzionale, ponendo in essere un difficile temperamento di interessi tra diritti aventi portata ordinamentale primaria o – per così dire – di pari rango.

Da un lato, infatti, si pone l'art. 27 della Costituzione e la tensione di ogni pena alla rieducazione ed al reinserimento della persona condannata; dall'altro si pone il diritto generale, che fa capo all'intera comunità, a che sia preservata la sicurezza sociale, compito particolarmente delicato ed impegnativo a fronte di pulsioni antisociali come quelle dei consessi associativi criminali.

Così, già la giurisprudenza meno recente poneva a perno della possibilità di ottenere benefici premiali per il ristretto riconosciuto come facente parte di una associazione delinquenziale, la dimostrabilità della interruzione dei suoi contatti o collegamenti con l'organizzazione di originaria appartenenza. Una dimostrazione non sempre agevole che spesso si traduce in una sorta di *probatio diabolica* che pone a carico del detenuto l'onere di offrire una tutt'altro che agile dimostrazione

in negativo a fronte della presunzione, che trae origine da massime di esperienza, della indissolubilità del vincolo di un sodalizio mafioso. E, tuttavia, la scelta legislativa avallata dalla Consulta si giustifica proprio con l'esigenza di uno Stato di Diritto di offrire protezione ai cittadini da un fenomeno la cui pervasività e la cui pericolosità sono tristemente noti.

Già nel lontano 1974, era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 del codice penale laddove contempla la pena dell'ergastolo.

La pena fino alla morte, si era detto, non può apparire coerente con la funzione rieducativa della pena. L'argomento logico appare stringente in effetti. Che senso avrebbe per la persona detenuta aderire all'offerta trattamentale, intraprendere percorsi di rivisitazione critica, risarcire i danni prodotti alle vittime di reato se non potrà mai aspirare ad una seconda opportunità?

La Consulta, tuttavia, aveva ritenuto la questione infondata⁹, affermando che: «*l'istituto della liberazione condizionale disciplinato dall'art. 176 c.p. [...] consente l'effettivo reinserimento anche dell'ergastolano nel consorzio civile*»¹⁰.

D'altronde, la Corte Costituzionale si era già pronunciata sull'importanza fondamentale dell'istituto della liberazione condizionale in rapporto all'art. 27 Cost.: «*l'istituto della liberazione condizionale rappresenta un particolare aspetto della fase esecutiva della pena restrittiva della libertà personale e si inserisce nel fine ultimo e risolutivo della pena stessa, quello, cioè, di tendere al recupero sociale del condannato. Per esso, infatti, il condannato che abbia, durante il tempo della esecuzione, tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento e che abbia soddisfatto, avendone la capacità economica, le obbligazioni civili derivanti dal commesso reato, può essere posto in libertà prima del termine previsto dalla sentenza definitiva di*

⁸ [corsivo nostro]

⁹ Corte cost., Sent. n. 264 del 21.11.1974, in www.cortecostituzionale.it

¹⁰ [corsivo nostro]

condanna, previa imposizione, da parte del giudice di sorveglianza, incaricato dell'esecuzione del provvedimento, di prescrizioni idonee ad evitare la commissione di nuovi reati (artt. 228, secondo comma, e 230, primo comma, n. 2, del codice penale).

Con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione l'istituto ha assunto un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine; rappresenta, in sostanza, un peculiare aspetto del trattamento penale e il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle.

Sulla base del precetto costituzionale sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale»¹¹.

La tenuta costituzionale dell'ergastolo risiederebbe, dunque, nel fatto che per il detenuto meritevole e ravveduto, trascorsi 26 anni di carcerazione, possano riaprirsi le porte alla libertà.

Il problema, tuttavia, si pone con l'introduzione di quella peculiare tipologia di ergastolo, ossia quello c.d. "ostativo".

Ostativo è il "fine pena mai" comminato per reati racchiusi nell'art. 4-bis O.P. in virtù del quale, come si è visto, è precluso l'accesso a qualsivoglia misura di favore se non si collabora con la giustizia.

La disarmonia di sistema che sembrava prospettarsi rispetto alle esigenze di reinserimento in società di qualunque detenuto veniva presto portata all'esame della Consulta. Quest'ultima, tuttavia, riteneva che **l'ergastolano che sceglie liberamente di non**

collaborare con la giustizia non può beneficiare dell'istituto della liberazione condizionale. Così dichiarava non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis dell'Ordinamento penitenziario nella parte in cui «in assenza della collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter del medesimo ordinamento, non consente al condannato alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti indicati nella disposizione censurata di essere ammesso alla liberazione condizionale». Secondo la Corte: «La preclusione prevista dall'art. 4-bis, comma 1, primo periodo, dell'ordinamento penitenziario non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare pur essendo nelle condizioni di farlo: tale disciplina non preclude pertanto in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta»¹².

Il presupposto della decisione della Corte Costituzionale, ossia che il detenuto possa liberamente scegliere se collaborare o non, tuttavia, presentava profili di criticità posti in rilievo negli anni da giuristi e accademici.

A destare dubbi è il concetto di **libera scelta** che presta il fianco a numerose eccezioni.

Libera è, infatti, una decisione che non comporti per il ristretto e per i suoi familiari pericoli di ritorsioni risultando ben noto come chi accusa taluno di un reato pone sé stesso ed i propri congiunti a rischio di vendette. Libera è, ancora, la volontà di chi non debba arrecare un danno alla vita dei propri cari come essere sradicati dal proprio contesto territoriale nel quale, magari, hanno costruito una vita sociale sana e un proprio nucleo familiare del tutto esule da dinamiche delinquenziali. Libera è, infine, la scelta di chi abbia commesso i crimini che gli sono contestati non potendo operare una presunzione di infallibilità del giudizio e risultando plausibile anche

¹¹ Corte cost., Sent. n. 204 del 04.07.1974, § 2 (Considerato in diritto), in www.cortecostituzionale.it [corsivo nostro]

¹² Corte cost., Sent. n. 135 del 24.04.2003, § 4 (Considerato in diritto), in www.cortecostituzionale.it [corsivo nostro]

l'ipotesi di una condanna emessa a carico di chi il reato non lo ha commesso¹³.

Vale appena il caso di evidenziare come la collaborazione nulla abbia a che vedere con la autenticità e compiutezza del ravvedimento. Spesso se non sempre è mossa da spinte meramente utilitaristiche, non è sincera e autentica, approda ad accuse false e a sentenze di condanna inique. «Ben può essere frutto», dice la Corte Costituzionale, «di mere valutazioni utilitaristiche»; «dalla mancata collaborazione non può trarsi [...] indice univoco che si mantengano legami di solidarietà con l'organizzazione criminale»¹⁴.

La pronuncia appena citata, pur respingendo la questione di legittimità dell'art. 4-bis, offre importanti riflessioni in tema di conciliabilità di ergastolo ostativo e art. 27 della Costituzione: «In questo quadro appare certamente rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa, la scelta del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia. Non si può tuttavia non rilevare come la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena. Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita. Inoltre, non può non destare serie perplessità, pur in una strategia di incentivazione della collaborazione, la vanificazione dei programmi e percorsi rieducativi (in atto magari

da lungo tempo) che sarebbe conseguita alla drastica impostazione del decreto-legge, particolarmente nei confronti di soggetti la cui collaborazione sia incolpevolmente impossibile o priva di risultati utili e, comunque, per i soggetti per i quali la rottura con le organizzazioni criminali sia adeguatamente dimostrata»¹⁵.

Premessa, dunque, la generale ed avvertita esigenza di protezione del tessuto sociale da una criminalità particolarmente aggressiva ed odiosa, la Consulta evidenziava, tuttavia, la sussistenza di un **problema di adattamento della disciplina di preclusione alle esigenze di rieducazione**.

Il concetto di dignità dell'uomo cui aspira l'intero tessuto costituzionale, viene, infatti, annichilito se la pena comporta lo spegnimento di ogni aspettativa futura¹⁶.

L'ergastolano ostativo si trova in un sistema in cui è chiamato alla rieducazione ma senza aspirazione al recupero sociale, un sistema espressione di una funzione etica e punitiva dello Stato che non tiene conto del soggetto come individuo ma lo racchiude all'interno di una categoria (il tipo di reato commesso) rispetto alla quale perde valore il suo comportamento e la sua spinta individuale al cambiamento¹⁷.

Non è una pena dinamica, in movimento, tesa ad accompagnare l'individuo al suo rientro nel sociale. È una pena in cui lo Stato esprime una preferenza per la protezione a svantaggio della rieducazione mancando, in tal modo, di offrire una **visione lungimirante dell'essenza e dello scopo della pena** assai più utile per la società se non ha tensione eliminativa bensì restitutiva; se è tesa a recuperare la persona che delinque anziché ad escluderla definitivamente dal consesso dei liberi.

¹³ <http://www.lifeimprisonment.eu>; PUGIOTTO, A., MUSUMECI, C., *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, 65 ss.

¹⁴ Corte cost., Sent. n. 306 dell'11.06.1993, §§ 9 e 13 (Considerato in diritto), in www.cortecostituzionale.it [corsivo nostro]

¹⁵ *Ibid.*, § 11 (Considerato in diritto) [corsivo nostro].

¹⁶ PUGIOTTO, A., in *Gli ergastolani senza Scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 91 ss.

¹⁷ GALLIANI, D., *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, 1156 ss.

Tale soluzione, seppure sorretta da una comprensibile necessità di prevenzione rispetto a una fenomenologia criminale di assoluta pericolosità, si traduce nella mortificazione del lavoro dei tanti soggetti che nelle carceri, insieme ai detenuti, perseguono quel traguardo di restituirli al contesto sociale: gli educatori, gli psicologi, la polizia penitenziaria, vedono interrotto il loro impegno di aiuto ai ristretti da uno sbarramento normativo che è comunque esclusione.

L'ergastolo ostativo è, ancora un **atto di sfiducia del legislatore nei confronti della Magistratura di Sorveglianza**.

Il Giudice di Sorveglianza, cui l'ordinamento assegna l'altissima funzione di vigilare sul detenuto e di garantire il rispetto dei suoi diritti, anche laddove l'osservazione lo convince di un cambiamento già intervenuto nel segno del rientro in società, dovrà arrestarsi davanti alla preclusione dell'art. 4-*bis*. Preclusioni assolute e automatismi normativi posti in più occasioni al bando dalla Corte costituzionale eppure ancora mantenuti per l'ergastolo ostativo sulla fallace argomentazione della possibilità di superamento attraverso la collaborazione con la giustizia¹⁸.

Assai rilevante, ai fini che qui interessano, appare la recente sentenza della Corte costituzionale n. 149/2018 che, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 58-*quater*, co. IV, l. n. 354/1975 nella parte in cui si applica ai condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato, fornisce importanti chiarimenti e spunti di riflessione in ordine all'ergastolo ostativo.

La Consulta rileva innanzitutto che subordinare l'accesso a qualsivoglia beneficio penitenziario all'avvenuta espiazione di almeno 26 anni di pena per i condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 c.p. che abbiano

determinato la morte della persona posta sotto sequestro stride irrimediabilmente con «*il principio – sotteso all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario in attuazione del canone costituzionale della finalità rieducativa della pena – della “progressività trattamentale e flessibilità della pena” [...], ossia del graduale reinserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale durante l'intero arco dell'esecuzione della pena*» (§ 5, Considerato in diritto) [corsivo nostro]¹⁹.

La Corte sottolinea l'importanza, ai fini del miglior esito del percorso rieducativo del condannato, del godimento nel tempo di benefici gradualmente proporzionati e dipendenti dalla correttezza del comportamento tenuto dal ristretto durante la detenzione e dalla conquista maturata di senso di responsabilità ed adesione a modelli comportamentali non deviati.

Ebbene, la disciplina censurata, secondo i Giudici di legittimità, «*sovverte irragionevolmente questa logica gradualistica [...] sterilizzando ogni effetto pratico delle detrazioni di pena a titolo di liberazione anticipata sino al termine di ventisei anni e riducendo fortemente, per il condannato all'ergastolo, l'incentivo a partecipare all'opera di rieducazione*»²⁰.

Un ulteriore profilo di illegittimità della disposizione in quella sede censurata (art. 58-*quater*, co. IV, O.P.) rilevato dalla Consulta è quello secondo cui il carattere automatico proprio della preclusione temporale all'accesso ai benefici stabilito dalla stessa disposizione priva il Giudice di ogni margine di valutazione in ordine agli esiti del percorso condotto dal condannato durante il periodo di pena già espiato.

Ebbene, «[T]ale automatismo» – prosegue la Corte nella sentenza n. 149/2018 – «*contrastata [...] con il ruolo che deve essere*

¹⁸ Sul punto, sia consentito rinviare a BRUCALE, M., *L'ergastolo in Europa e il “right to hope”. La sentenza “Petrukov v. Ukrain” nel panorama giurisprudenziale della Corte EDU*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2019, 1309.

¹⁹ Principio, quello riportato, già espresso con la Sent. n. 255 del 21.06.2006, in www.cortecostituzionale.it; in

senso conforme, Sent. n. 257 del 21.06.2006, *ivi*; n. 445 del 16.12.1997, *ivi*; n. 504 dell'11.12.1995, *ivi*.

²⁰ Corte cost., Sent. n. 149 del 21.06.2018, §§ 5 e 6 (Considerato in diritto), in www.cortecostituzionale.it [corsivo nostro]. In senso conforme, Corte cost., Sent. n. 186 del 17.5.1995 e Sent. n. 276 del 23.5.1990, entrambe in www.cortecostituzionale.it

riconosciuto, nella fase di esecuzione della pena, alla sua finalità di rieducazione del condannato; finalità ineliminabile [...], che deve essere sempre garantita anche nei confronti di autori di delitti gravissimi, condannati alla massima pena prevista nel nostro ordinamento, l'ergastolo»²¹.

Appare evidente che le considerazioni svolte dai Giudici della Consulta nella sentenza citata trascendono i confini propri della disciplina sottoposta al suo esame e, viceversa, involgono – decretandone nella sostanza l'illegittimità – l'istituto dell'ergastolo ostativo cui vengano condannati gli autori dei delitti compresi nell'elenco di cui all'art. 4-bis, co. I, O.P.²²

I profili di illegittimità rilevati che colpiscono una valutazione che non tenga conto dei traguardi raggiunti dal ristretto con l'adesione piena ai progetti trattamentali, valgono, a maggior ragione, per la disciplina di cui all'art. 4-bis O.P.

Nell'impianto dell'art. 4-bis neppure il decorso di un ampio lasso di tempo è considerato sufficiente; il godimento dei benefici appare, come noto, unicamente subordinato alla decisione del condannato di collaborare con la Giustizia cui è equiparata l'ipotesi in cui la collaborazione sia inutile o inesigibile, una scelta che a mente del legislatore costituisce una sorta di "indice legale di ravvedimento"²³.

Ancora, la Consulta ha chiarito che «*incompatibili con il vigente assetto costituzionale sono previsioni che precludano in modo assoluto, per un arco temporale assai esteso l'accesso ai benefici penitenziari a particolari categorie di condannati – i quali pure abbiano partecipato in modo significativo al percorso di rieducazione e rispetto ai quali non sussistano gli indici di perdurante pericolosità sociale individuati dallo stesso legislatore nell'art. 4-bis o.p. – 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 [...] [non] possono, nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena»²⁴.

2. L'ergastolo "effettivo" nella Giurisprudenza della Corte Edu

Il tema dell'ergastolo non rivedibile, non comprimibile o effettivo, è stato al centro del celebre ricorso '*Viola contro Italia*' (ric. n. 77633/2016) deciso dalla CEDU, Sezione I, il 13.06.2019.

Il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 3 CEDU in ragione dell'impossibilità, sancita da una preclusione legislativa, di accedere alle misure alternative alla detenzione, e il difetto di rilevanza di indici positivi di valutazione quale il lungo tempo in stato detentivo e la buona condotta intramuraria. Evidenziava che la condanna all'ergastolo non è *de jure et de facto* riducibile stante la mancata previsione di un tempo entro il quale il soggetto ristretto sarà rivalutato; l'inadeguatezza del criterio normativo della collaborazione con la giustizia a supportare una efficace verifica dei percorsi trattamentali compiuti dal condannato e dell'effettività del suo ravvedimento e, infine, a sancire la meritevolezza del ristretto di essere reinserito nel consesso sociale.

Tra i precedenti di particolare interesse, si segnala la pronuncia della Corte EDU *Trabelsi v. Belgio* del 4 settembre 2014²⁵.

In tale occasione, la Quinta Sezione della Corte EDU ha accolto il ricorso del proponente – estradato dal Belgio verso gli USA, per essere processato quale intraneo a cellule terroristiche – e ravvisato la violazione dell'articolo 3 della Convenzione. In

²¹ Corte cost., Sent. n. 149 del 21.06.2018, cit., § 7 (Considerato in diritto) [corsivo nostro].

²² GALLIANI, D., e PUGIOTTO, A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?* in *Rivista AIC*, n. 4/2017.

²³ GALLIANI, D., *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, cit.

²⁴ Corte cost., Sent. n. 149 del 21.06.2018, cit., § 7 (Considerato in diritto) [corsivo nostro].

²⁵ Corte EDU, Quinta Sezione, 4 settembre 2014, *Trabelsi v. Belgio*, in www.echr.coe.int

particolare, gli elementi che la Corte considera sono la presenza di un'eventuale "prospettiva di rilascio", o se il diritto statunitense preveda la "la possibilità di revisione" di un ergastolo" (commutazione, scarcerazione, liberazione condizionale, ecc.). La Corte ritiene che non vi siano reali rassicurazioni che l'ergastolo inflitto al ricorrente sia in concreto riducibile, mancando, negli Stati Uniti, la specifica previsione di procedure di revisione dell'ergastolo idonee a soddisfare i requisiti dell'articolo 3. Ove estradato negli Stati Uniti, il ricorrente avrebbe avuto quali prospettive di riduzione del "fine pena mai", unicamente la grazia presidenziale, la valutazione di una malattia terminale, la collaborazione con la giustizia "in investigating or prosecuting another person". Tale ultima prospettiva, all'evidenza richiama l'istituto interno della collaborazione utile con la giustizia, l'aiuto offerto all'Autorità nelle investigazioni ovvero nel perseguire altre persone.

Tali rimedi sono stati considerati insufficientemente concreti al fine di ritenere l'estradizione coerente al rispetto dell'art. 3 CEDU.

In data 13.06.2019, la Corte EDU ha accolto il ricorso "Viola" ritenendo che ci fosse una violazione dell'art. 3 della Convenzione EDU poiché **una pena senza fine si traduce in una menomazione della dignità umana** che «è nel cuore del sistema istituito dalla Convenzione e impedisce la privazione della libertà di una persona con la coercizione senza allo stesso tempo lavorare per reintegrarla e per fornirle una possibilità di recuperare questa libertà un giorno»²⁶.

La Corte Europea non esclude la legittimità della pena perpetua, ma afferma che **viola l'art. 3 CEDU una sanzione che non ammetta la speranza di restituzione in società al detenuto meritevole** (*prospect of release o possibility of review*)²⁷.

La speranza, intesa come possibilità che la pena tenda al recupero del condannato,

assurge a valore ordinamentale in difetto del quale la stessa condizione umana risulta menomata.

Prosegue la Corte: «La natura della violazione riscontrata ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione indica che lo Stato dovrebbe introdurre, preferibilmente per iniziativa legislativa, una riforma del regime dell'ergastolo che preveda la possibilità di un riesame di pena che consenta: alle autorità di determinare se, durante l'esecuzione, il detenuto si è evoluto così tanto e ha progredito sul sentiero dell'emendamento che nessuna ragione legittima di ordine penologico giustifichi ancora la sua detenzione, e, alla persona condannata, di godere del diritto di sapere cosa deve fare per essere considerato per il rilascio e quali sono le condizioni. La Corte ritiene, pur ammettendo che lo Stato possa richiedere la dimostrazione di "dissociazione" dall'ambiente della mafia, che questa rottura possa essere espressa diversamente che con la collaborazione con la giustizia e l'automatismo legislativo attualmente in vigore»²⁸.

La Corte EDU, dunque, esprime una piena consapevolezza del fenomeno mafioso in Italia e riafferma l'utilità di pratiche che tendano ad ottenere la collaborazione con la giustizia di persone condannate per reati di particolare gravità. Ribadisce la legittimità della pretesa da parte dello Stato italiano di ottenere la prova che il detenuto si sia dissociato dal crimine organizzato e tuttavia specifica che tale dimostrazione può essere fornita anche diversamente.

La pronuncia della Corte EDU è in linea con il precedente orientamento dell'Organo sovranazionale che fin dal 2013, con la pronuncia "Vinter contro Regno Unito" aveva affermato il diritto alla speranza come valore

²⁶ Corte EDU, Prima Sezione, 13 giugno 2019, Viola v. Italia, § 43, in www.echr.coe.int [corsivo nostro].

²⁷ Viganò, F., *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 Cedu: (poche) luci e (molte)*

ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2012.

²⁸ Corte EDU, Prima Sezione, 13 giugno 2019, Viola v. Italia, cit., § 43 [corsivo nostro].

fondamentale in difetto del quale la pena è contraria al senso di umanità²⁹.

Il Governo italiano impugnava la decisione della Corte sul caso Viola chiedendo che venisse investita di una rinnovata valutazione la Grande Camera.

Il sette ottobre il *panel* di cinque giudici della Cedu ha deciso: è inammissibile la richiesta del Governo italiano di assegnare alla Grande Camera di Strasburgo il caso “*Viola v. Italia*” in materia di ergastolo ostativo. L’esito, seppur non scontato, era in realtà, prevedibile. L’art. 43 della convenzione Edu, infatti, stabilisce che siano discusse alla Grande Camera soltanto le questioni che presentino seri dubbi interpretativi, mentre, come detto, l’indirizzo della Corte europea era ormai da anni stabile e coerente alla decisione “*Viola v. Italia*”.

La questione dell’ergastolo ostativo, pur circoscritta alla materia dei permessi premio, approdava successivamente anche al Giudice delle Leggi.

In data 20.11.2018, la Prima Sezione della Corte di Cassazione trasmetteva alla Consulta una questione di legittimità costituzionale dell’art. 4-bis O.P. «*nella parte in cui esclude che il condannato all’ergastolo per reati commessi con le modalità di cui all’art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare le associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio*». Successivamente, anche il Tribunale di Sorveglianza di Perugia sollevava questione di legittimità dell’art. 4-bis O.P. in relazione ai permessi premio, non limitando le proprie censure ai reati commessi a vantaggio del sodalizio mafioso bensì includendo nell’accertamento tutta la rosa dei reati racchiusi nell’art. 4-bis O.P., dunque anche la partecipazione, perfino con rango apicale, all’associazione mafiosa.

Le due questioni, pervenute alla Consulta, venivano successivamente riunite e discusse all’udienza del 22.10.2019.

All’esame della Consulta giungeva la compatibilità con la Costituzione ed in particolare, con gli artt. 3 e 27, di una normativa che stabilisce preclusioni assolute all’accesso a un beneficio penitenziario, il permesso, la cui natura è considerata del tutto peculiare.

Il permesso premio è, infatti, concepito come un momento trattamentale, fa parte, ossia, del programma di rieducazione del condannato e costituisce un primo momento di verifica esterna dei traguardi raggiunti dalla persona attraverso l’espiazione della pena e in termini di rivisitazione critica dei propri errori e in termini di capacità di essere reintrodotta in società e di responsabilità.

L’impossibilità per il detenuto di accedere a tale opportunità in virtù di un meccanismo di sbarramento normativo poneva problemi in rapporto alla vocazione rieducativa di ogni pena anche in rapporto alla constatazione che, oltre alla collaborazione con la giustizia, sussistono per il ristretto che non abbia più collegamenti con la criminalità organizzata, altri modi per dimostrare in modo fattivo la propria presa di distanza dal malaffare ed il proprio autentico ravvedimento.

La Corte Costituzionale ravvisava la dedotta incostituzionalità pur apportando specifiche e puntuali precisazioni.

Richiamava la sentenza n. 306 del 1993 che, pur dichiarando non fondate le questioni allora sollevate sull’art. 4-bis, comma 1, O.P., in relazione all’art. 27, terzo comma, Cost., «*osservò che inibire l’accesso ai benefici penitenziari ai condannati per determinati gravi reati, i quali non collaborino con la giustizia, comporta una “rilevante compressione” della finalità rieducativa della pena: “la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di “tipi d’autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere*

²⁹ Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, Vinter v. Regno Unito, § 108, in www.echr.coe.int

perseguita» in caso di mancata collaborazione»³⁰.

Dice la Corte: «Non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima. Non è infatti irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, purché si preveda che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e quindi possa essere vinta da prova contraria.

Mentre una disciplina improntata al carattere relativo della presunzione si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obbiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena, non regge, invece, il confronto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. – agli specifici e limitati fini della fattispecie in questione – una disciplina che assegni carattere assoluto alla presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Ciò sotto tre profili, distinti ma complementari. In un primo senso, perché all'assolutezza della presunzione sono sottese esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva che incidono sull'ordinario svolgersi dell'esecuzione della pena, con conseguenze afflittive ulteriori a carico del detenuto non collaborante.

In un secondo senso, perché tale assolutezza impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.

In un terzo senso, perché l'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione, che può essere invece contraddetta, a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza.

Dal primo punto di vista, il congegno normativo inserito nell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. dal d.l. n. 306 del 1992, come convertito, è espressione di una trasparente opzione di politica investigativa e criminale. In quanto tale, essa immette nel percorso carcerario del condannato – attraverso il decisivo rilievo attribuito alla collaborazione con la giustizia anche dopo la condanna – elementi estranei ai caratteri tipici dell'esecuzione della pena.

La disposizione in esame, infatti, prefigura una sorta di scambio tra informazioni utili a fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso di trattamento penitenziario.

Per i condannati per i reati elencati nella disposizione censurata, infatti, è costruita una disciplina speciale (sentenza n. 239 del 2014), ben diversa da quella prevista per la generalità degli altri detenuti.

Essi possono accedere ai benefici previsti dall'ordinamento penitenziario solo qualora collaborino con la giustizia, ai sensi dell'art. 58-ter ordin. penit. Se tale collaborazione non assicurino, ai benefici in questione non potranno accedere mai, neppure dopo aver scontato le frazioni di pena richieste quale ordinario presupposto per l'ammissione a ciascun singolo beneficio (previste per il permesso premio dall'art 30-ter, comma 4, ordin. penit.). E se invece collaborino secondo le modalità contemplate dal citato art. 58-ter, a tali benefici potranno accedere senza dover previamente scontare la frazione di pena ordinariamente prevista, in forza della soluzione interpretativa già individuata, sia da questa Corte (sentenze n. 174 del 2018 e n. 504 del 1995), sia dalla giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenze 3 febbraio 2016, n. 37578 e 12 luglio 2006, n. 30434).

La disciplina in esame, quindi, a seconda della scelta compiuta dal soggetto, aggrava il trattamento carcerario del condannato non collaborante rispetto a quello previsto per i detenuti per reati non ostativi, oppure, al

³⁰ Corte cost., Sent. n. 253 del 22.10.2019, in www.cortecostituzionale.it

contrario, lo agevola, giacché, in presenza di collaborazione, introduce a favore del detenuto elementi premiali rispetto alla disciplina ordinaria.

Ma, alla stregua dei principi di ragionevolezza, di proporzionalità della pena e della sua tendenziale funzione rieducativa, un conto è l'attribuzione di valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presta una collaborazione utile ed efficace, ben altro è l'inflizione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante, presunto *iuris et de iure* quale persona radicata nel crimine organizzato e perciò socialmente pericolosa».

[...] La giurisprudenza di questa Corte (in particolare sentenza n. 149 del 2018) ha del resto indicato come criterio costituzionalmente vincolante quello che richiede una valutazione individualizzata e caso per caso nella materia dei benefici penitenziari (in proposito anche sentenza n. 436 del 1999), sottolineando che essa è particolarmente importante al cospetto di presunzioni di maggiore pericolosità legate al titolo del reato commesso (sentenza n. 90 del 2017). Ove non sia consentito il ricorso a criteri individualizzanti, l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo (sentenza n. 257 del 2006), in contrasto con i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena (sentenza n. 255 del 2006)»³¹.

Le ragioni di carattere investigativo e repressivo, prosegue la Corte, «sono di notevolissima importanza e non si sono affatto affievolite in progresso di tempo.

[...] Nella fase di esecuzione della pena», tuttavia, afferma la Corte: «assume invece ruolo centrale il trascorrere del tempo, che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere, ed è questa situazione che induce a riconoscere carattere relativo alla presunzione di pericolosità posta a base

del divieto di concessione del permesso premio.

[...] Inoltre, una valutazione individualizzata e attualizzata non può che estendersi al contesto esterno al carcere, nel quale si prospetti la possibilità di un, sia pur breve e momentaneo, reinserimento dello stesso detenuto, potendosi ipotizzare che l'associazione criminale di originario riferimento, ad esempio, non esista più, perché interamente sgominata o per naturale estinzione»³².

La Corte Costituzionale, dunque, tiene ben presenti e riafferma come ineludibili, le esigenze di sicurezza del sistema ordinamentale a fronte della pervicacia di fenomeni criminali³³ violenti.

A tutela della sicurezza pubblica richiede, ancora, un regime probatorio che definisce “rafforzato”, da assolvere utilizzando tutte le informazioni degli organi di controllo quali le Procure delle Direzioni Distrettuali Antimafia e le Questure, un obbligo che «deve altresì estendersi all'acquisizione di elementi che escludono non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali»³⁴.

Di entrambi tali elementi – esclusione sia dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata che del pericolo di un loro ripristino – grava sullo stesso condannato che richiede il beneficio l'onere di fare specifica allegazione.

In ultima analisi, la Corte Costituzionale, nel dichiarare illegittima la norma di cui all'art. 4-bis O.P. laddove esclude la concessione di permessi a chi non collabora con la giustizia, premette la persistenza di un **giudizio di pericolosità qualificata delle persone condannate** per i delitti indicati nella norma in discorso ma ne sancisce una **possibilità di superamento diversa dalla collaborazione con la giustizia**, ferma la **necessità di**

³¹ *Ibid.*, §§ 8, 8.1, 8.2 [corsivo nostro]

³² *Ibid.*, §§ 8.3 [corsivo nostro]

³³ Volume *Amicus Curiae* 2019: *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *Quaderni Costituzionali*, Rassegna.

³⁴ Corte cost., Sent. 253 del 22.10.2019, cit., § 9 (Considerato in diritto) [corsivo nostro]

appurare la interruzione dei collegamenti con i sodalizi di origine e la impossibilità di ripristino di essi.

In tal modo la Corte contempera esigenze di prevenzione ed esigenze di rieducazione lasciando al detenuto richiedente la responsabilità del proprio percorso trattamentale e restituendo al Magistrato di Sorveglianza il compito di valutare in concreto, senza definitive preclusioni normative e senza preclusioni assolute, il percorso della persona ristretta.

3. Molto ancora c'è da fare. Le preclusioni assolute di cui agli artt. 4-bis e 58-ter O.P. tornano alla Consulta

Con ordinanza n. 18518/2020, depositata il 18.06.2020, la Prima Sezione della Cassazione ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata rilevante e non manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3, 27 e 117 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4-bis, comma 1, e 58-ter della legge n. 354 del 1975, e dell'art. 2 d.l. n. 152 del 1991, convertito, con modificazioni, nella legge n. 203 del 1991, nella parte in cui escludono 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 liberazione condizionale.

Ad oggi, infatti, si è determinata la situazione patologica per cui il detenuto in ragione di uno dei reati *ex art. 4-bis O.P.* che abbia ottenuto il permesso, nonostante le strettissime maglie della sentenza della Consulta e, dunque, sia riuscito a dimostrare la assenza di contatti o collegamenti con l'originaria associazione sociale e l'impossibilità del loro ripristino, troverà, comunque, davanti a sé lo sbarramento normativo di cui agli articoli 41-bis e 58-ter O.P. e vedrà incolpevolmente arrestarsi la progressione trattamentale espressione della vocazione costituzionale di ogni pena al reinserimento in società. L'ordinanza della Corte di Cassazione si inserisce in tale contesto e assume a paradigma di indagine tanto i limiti della pronuncia della Consulta quanto la

pronuncia Cedu "*Viola v. Italia*" e il riconoscimento nei meccanismi dell'ergastolo ostativo della violazione dell'art. 3 CEDU.

Sarebbero, secondo la Suprema Corte, in conflitto con la Costituzione le norme indicate poiché violerebbero l'uguaglianza sostanziale di tutti i cittadini davanti alla legge; l'aspirazione alla riabilitazione di qualunque sanzione penale; i vincoli convenzionali del nostro Paese.

Da porre a parametro, la cristallizzazione – e nella pronuncia della Cedu "*Viola c. Italia*", e nella pronuncia della Consulta, n. 253 del 2019 – di **alcuni principi**: la mancata collaborazione con la giustizia non costituisce indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, quindi, della mancanza del sicuro ravvedimento del condannato; non può sempre essere ricondotta ad una scelta libera e volontaria o, comunque, al fatto che siano mantenuti i legami con il gruppo criminale di appartenenza. Numerosi sono gli elementi che possono fare apprezzare l'acquisizione di progressi trattamentali del condannato all'ergastolo nel suo percorso di reinserimento sociale e occorre valutare che la dissociazione dall'ambiente criminale ben può essere altrimenti desunta. Il detenuto non può essere coartato dalla minaccia di non potere accedere alla speranza di essere reinserito in società attraverso l'obbligo di favorire l'attività investigativa dello Stato. La presunzione assoluta di permanenza dei legami criminali è incompatibile con una caratteristica propria della fase esecutiva, ossia col fatto che il trascorrere del tempo, durante la lunga detenzione, ben può determinare trasformazioni rilevanti sia della personalità del soggetto ristretto che del contesto esterno al carcere. Le presunzioni di permanenza dei legami criminali non possono, allora, che essere relative, dovendo sempre ammettersi la possibilità di una valutazione in concreto dell'incidenza avuta dal trattamento penitenziario sulla personalità del detenuto, proprio

in conformità alle previsioni di cui all'art. 27, co. III, Cost.³⁵

La questione sollevata, tuttavia, afferisce esclusivamente ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste.

Restano esclusi dalla censura di incostituzionalità i reati *ex art.* 416-*bis* c.p.

L'esclusione, in vero, appare incoerente con il percorso motivazionale dell'ordinanza di remissione; trova elemento giustificativo nelle premesse argomentative secondo cui il ricorrente avrebbe espiato la parte di pena riferibile al reato associativo e, tuttavia, non convince.

Il ricorrente è detenuto in virtù di un cumulo di pene per i reati di 416-*bis* c.p.; omicidio tentato; detenzione e porto illegale di armi, lesioni personali e rapine aggravate, omicidio aggravato dall'art. 7, l. 203 del 1991.

Le doglianze prospettate ai Supremi Giudici riguardano l'inammissibilità della richiesta di inesigibilità della collaborazione nonché l'inammissibilità della richiesta di liberazione condizionale poiché la pena in espiatione sarebbe relativa al solo reato di omicidio aggravato dall'art. 7 dl. 152 del 1991, delitto incluso nell'art. 4-*bis* O.P., mentre le pene ulteriori sarebbero già state interamente espiaate.

Unicamente sul reato di omicidio aggravato, dunque, afferma di doversi soffermare la Corte di Cassazione.

È noto, tuttavia, l'indirizzo giurisprudenziale dei Giudici di legittimità in materia di inesigibilità della collaborazione con la giustizia in ragione del quale **l'impossibilità o inesigibilità deve essere dimostrata per tutti i reati posti in esecuzione ovvero per tutti i reati**

avvinti dal vincolo della continuazione seppur estromessi dal cumulo o, addirittura, non eseguibili perché, ad esempio, indultati (Cass., Sez. I, sent. 43391/2014).

Insomma, ove la Corte Costituzionale accogliesse la questione prospettata con riferimento ai delitti commessi appannaggio delle associazioni sodali, il ricorrente si troverebbe ancora davanti a una preclusione normativa derivante dalla presenza, nel proprio cumulo di pene, del reato *ex art.* 416-*bis* c.p. e di nuovo non vedrebbe valutata la sua richiesta nel merito. La questione, allora, rischia il baratro dell'irrelevanza poiché l'accoglimento di essa non sarebbe idoneo a rimuovere gli ostacoli normativi che non consentono ai Giudici di Sorveglianza di entrare nel merito del percorso trattamentale compiuto dal ristretto al fine di verificare l'eventualità che lo stesso abbia maturato un sicuro ravvedimento nonostante non abbia prestato una collaborazione utile con la giustizia.

Va detto, tuttavia, e formulato quale auspicio, che la Consulta potrebbe superare il difetto di rilevanza accogliendo un principio giurisprudenziale ormai immanente, ispirato al crisma costituzionale del *favor rei*: «*Nel corso dell'esecuzione il cumulo giuridico delle pene irrogate per il reato continuato è scindibile, ai fini della fruizione dei benefici penitenziari, in ordine ai reati che di questi non impediscono la concessione e sempre che il condannato abbia espiato la pena relativa ai delitti ostativi*»³⁶.

4. Riflessi potenziali o sperati sul regime detentivo ex art. 41-*bis*, co. II O.P.

Con decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 (cosiddetto *Decreto Martelli-Scotti*), convertito in legge, 7 agosto 1992, n. 356³⁷, si introduce

*in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-bis, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza». I delitti compresi nel novero dell'art. 4-bis O.P., erano quelli commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare le associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p., 630 c.p., 74 d.p.r. 309 del 1990.*

³⁵ In merito, sia consentito il rinvio a Brucale, M., Liberazione condizionale agli ergastolani ostativi. L'art. 4 bis torna alla Consulta, in *Pen. Dir. e Proc.*, 19 giugno 2020.

³⁶ Cass., Sez. Un., 30 giugno 1999, n. 14, R., in *DeJure* [corsivo nostro]

³⁷ Veniva introdotto il comma 2 all'art. 41-*bis*: «*quando ricorrano gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'Interno, il Ministro di grazia e giustizia ha, altresì, la facoltà di sospendere,*

nell'ordinamento penitenziario, una norma che consente al Ministro della Giustizia (allora di Grazia e Giustizia) di sospendere, per gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica, le regole ordinarie di trattamento penitenziario nei confronti dei detenuti facenti parti dell'organizzazione criminale mafiosa. Obiettivo dichiarato della previsione di legge è recidere i contatti tra i sodali, isolarli, renderli inoffensivi. Il trattamento penitenziario che umanizza il carcere offrendone l'apparenza giustificatrice di strumento di rieducazione e di reinserimento, può essere sospeso in tutto o in parte, nei confronti di detenuti che, in situazioni di vistosa emergenza, destino particolare e motivato allarme per l'incolumità pubblica. **La Costituzione è sospesa.**

Il cibo e il vestiario sono ridimensionati; così i pacchi che possono essere ricevuti dai familiari; il tempo da trascorrere all'aperto; gli spazi dove svolgere attività fisica – quando esistenti – la possibilità di incontrare altri soggetti detenuti. La corrispondenza in entrata ed in uscita è soggetta a censura e ne conseguono indefinite attese per trasmettere o ricevere la posta.

Tempi indeterminabili si prospettano anche per consensi ed autorizzazioni dal Dap per consultare un medico di propria fiducia. E, infine, la più odiosa delle prescrizioni, quella che impone di vedere i propri familiari per una sola ora al mese. In alternativa, il detenuto potrà telefonare ai propri congiunti, presso altro carcere, per dieci minuti.

Il colloquio avviene *“con le modalità stabilite dall'art. 41-bis, comma 1 quater dell'Ordinamento Penitenziario”*, ossia quelle valutate come *“idonee ad impedire il passaggio di oggetti”* tra la persona detenuta e chi si reca a farle visita, da anni tradotte dall'amministrazione penitenziaria in un vetro divisore, a tutta altezza, un vetro antiproiettile, spesso, con una finestra chiusa a più mandate.

Non più di un'ora al mese. Un'ora da dividere per quanti sono presenti al colloquio. Un po' per uno al telefono.

Se il detenuto in 41-bis è padre o madre, potrà toccare i suoi bambini minori di dodici anni

al raggiungimento dei quali il minore non potrà più abbracciare il genitore recluso.

Dopo 28 anni dall'emergenza, l'essenza giustificatrice del 41-bis è mutata e mortificata. A seguito di due riforme normative e di numerosi rimbrotti da parte della Corte Europea – che ricorda all'Italia il carattere emergenziale della misura afflittiva e la necessità che la stessa non si protragga a carico di un soggetto per tempi illimitati in assenza di specifiche, motivate, ed attuali situazioni di pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblici – il 41-bis è entrato in modo permanente nell'ordinamento penitenziario e, diversamente dalla sua iniziale spinta giustificatrice, è esteso a ben più ampie categorie di detenuti. Basta la mera partecipazione a un sodalizio, contestata con un'ordinanza di custodia cautelare, perché un soggetto, ancora solo indagato, venga attinto dalla speciale misura restrittiva. La norma di ordinamento penitenziario non sembra mirare più, ormai, ad impedire il passaggio di comunicazioni vietate e pericolose ma si palesa apertamente come uno **strumento di punizione suppletiva e di pressione investigativa.**

Le restrizioni, le preclusioni del regime, appaiono spesso del tutto sconnesse da effettive esigenze di sicurezza e palesano una logica di mera afflizione, espressione plastica di una ragion di Stato pallido simulacro dello Stato di Diritto.

Il carcere duro, dunque, viene disancorato da una situazione di emergenza contingente e si giustifica sulla **pericolosità ontologica di fenomeni di criminalità associativa.** È l'esasperazione del “doppio binario”, un sistema parallelo di giustizia che restringe diritti e garanzie di chi è attinto dalle contestazioni di reato di cui all'art. 4-bis O.P., nella fase delle indagini, del processo, dell'esecuzione della pena.

Il decreto ministeriale con cui il regime è applicato, può essere prorogato all'infinito, *«purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con le associazioni criminali, terroristiche o eversive*

sia venuta meno»³⁸. Il provvedimento, che incide e con forza sui diritti fondamentali, è reclamabile al Tribunale di Sorveglianza competente in relazione al luogo di detenzione della persona ristretta.

L'essenza formale giustificatrice del 41-*bis* è impedire che vengano veicolati all'esterno messaggi o ordini che permettano a chi è recluso di perdurare nel comando e nel controllo della associazione di appartenenza. È **recidere il collegamento di chi è al comando** di un sodalizio con i suoi adepti, lasciare il gregge senza guida perché si disperda. Il 41-*bis* è per i boss.

Ai giudici spetta, dunque, verificare in primo luogo i presupposti soggettivi dell'applicazione del regime derogatorio, la qualità, cioè, in capo al soggetto attinto dal decreto, di capo di un organismo criminale contemplato dall'art. 4-*bis* O.P. Superato positivamente tale segmento di analisi, ai magistrati è richiesto di accertare la sussistenza della potenzialità della persona detenuta di esprimere all'esterno il proprio potere di vertice. Il meccanismo di tutela, tuttavia, si arresta a fronte della ambiguità della dicitura normativa³⁹ che, nel richiedere il venir meno della capacità del detenuto o dell'internato di mantenere contatti con le associazioni criminali, subordina la cessazione del regime di rigore alla dimostrazione di una circostanza in negativo e si traduce in una pressoché insuperabile *probatio diabolica*. Da un lato il Ministro della giustizia, suffragato dai pareri delle procure antimafia distrettuali e nazionali, afferma il persistere delle condizioni di pericolosità che legittimano la proroga del decreto, il più delle volte ancorando tale convincimento al ruolo di vertice rivestito dal detenuto prima del suo arresto ed alle vicende giudiziarie in cui è stato coinvolto e in ragione delle quali si trova in carcere. Dall'altro il soggetto che subisce la proroga del decreto, ha l'onere di dimostrare l'interruzione della *affectio societatis*. Accade così che il regime detentivo di rigore venga

ineluttabilmente rinnovato e si traduca nella diuturna sospensione, per le persone detenute, delle normali opportunità trattamentali offerte dal carcere, del progressivo ritorno in società, della tensione alla rieducazione, dell'art. 27 della Costituzione.

La diuturna soggezione di un detenuto al regime detentivo differenziato, rapportata ai recenti arresti giurisprudenziali delle Corti interne e internazionali, integra i trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 della CEDU.

Carcerazioni protratte per oltre un ventennio, per un tempo idoneo in astratto ad aspirare alla liberazione condizionale, si svolgono nella "sospensione delle ordinarie attività trattamentali", con tutti i limiti che la norma di riferimento impone alla libertà, alle opportunità risocializzanti, ai legami con i familiari, allo studio e alla lettura, alla corrispondenza libera e segreta, all'accesso al lavoro, alla possibilità di partecipare a rappresentanze sindacali, in una parola, alla rieducazione o, anche, alla speranza.

È evidente come, dopo vent'anni di soggezione alla detenzione speciale, senza alcun nuovo addebito, senza alcuna nuova indagine, senza che possa essere rilevata nell'alveo familiare del prevenuto alcuna disponibilità sospetta di somme di denaro, fruendo di colloqui sporadici nel tempo, senza che la condotta in carcere sia passibile di alcuna censura, alla persona detenuta si chiede una dimostrazione in negativo del tutto impossibile per cui più intenso e capillare dovrebbe essere lo sforzo del Tribunale di Sorveglianza, nell'esercizio del suo potere – dovere di controllo di legittimità sull'operato della pubblica amministrazione.

I dati fattuali allegati a pretesa dimostrazione di attualità, dunque, dovrebbero essere vagliati specificamente e capillarmente verificati per stabilire se essi possano dirsi pertinenti soggettivamente al reclamante ed allo stesso in qualunque misura addebitabili.

³⁸ Art. 4-*bis*, co. II-*bis*, O.P. [corsivo nostro]

³⁹ Art. 4-*bis*, co. II-*bis*, O.P.: «purché non risulti che la capacità del detenuto o dell'internato di mantenere

contatti con le associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno».

Diversamente, **si ammette che il 41-bis protragga all'infinito la sua efficacia mentre al detenuto è negata ogni tutela a fronte della allegazione di circostanze avulse dal suo operato e che non può in alcun modo smentire, controllare, contestare.**

Il ravvedimento di chi ha trascorso anni di carcerazione ripercorrendo il proprio vissuto in modo autenticamente critico, di chi ha riconosciuto il proprio errore e ne ha fatto occasione struggente di rimorso, quello, non conta nulla. Il regime differenziato si rinnova in modo automatico escludendo dagli indici valutabili l'evoluzione dell'individuo, il suo percorso proficuo di crescita, i suoi sforzi. E la dignità dell'uomo, cui aspira l'intero tessuto costituzionale, viene completamente annichilita perché non si può neppure immaginare un concetto di dignità coerente con lo spegnimento di ogni aspettativa futura, con la preclusione di ogni ideazione o progettualità, nella consapevolezza che la vita di domani è uguale a quella di ieri ed è sottratta al tuo libero arbitrio, governata e scandita dai tuoi custodi.

E proprio di dignità parla la pronuncia della Corte EDU "Viola v. Italia" che ha riconosciuto la violazione da parte dello Stato italiano dell'art. 3 CEDU in materia di ergastolo effettivo.

La Corte EDU ricorda che per il principio della "dignità umana" è **impossibile privare una persona della libertà senza al contempo lavorare per il suo reinserimento e senza offrirle la possibilità di recuperare un giorno questa libertà**: «Un detenuto condannato all'ergastolo ha il diritto di sapere fin dal principio cosa deve fare per garantire la sua liberazione e quali sono le condizioni (Vinter, cit., § 122).

[...] Le autorità nazionali devono dare ai prigionieri condannati al carcere a vita una reale possibilità di essere reintegrati (Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria, 15018/11 e 61199/12

⁴⁰ Corte EDU, Prima Sezione, 13 giugno 2019, Viola v. Italia, cit., § 113 [corsivo nostro].

nostra, § 264, CEDU 2014 (estratti). Esiste chiaramente un obbligo positivo di mezzi, non di risultato, che implica la necessità di garantire a questi detenuti l'esistenza di regimi penitenziari compatibili con l'obiettivo dell'emenda e che permettano di progredire su questa strada. (Murray, citata sopra, § 104). La Corte ha precedentemente accertato la violazione di tale obbligo, nel caso in cui il regime o le condizioni detentive erano d'ostacolo alla rieducazione dei detenuti»⁴⁰.

A livello interno, la Corte di Cassazione ha chiarito come «la previsione di modalità trattamentali differenziate in funzione del circuito penitenziario di assegnazione finisce per incidere significativamente (con conseguente configurazione anche della gravità del pregiudizio) con il diritto del detenuto ad una offerta trattamentale individualizzata, finalizzata al suo reinserimento sociale, in un quadro di interventi conformi al principio di umanizzazione della pena, anche alla stregua del parametro costituzionale dell'art. 27 Cost.»⁴¹.

Con la medesima pronuncia, la Suprema Corte ha anche specificato come le norme di cui agli artt. 13 e 14 O.P., 32 Reg. Esec., se conferiscono all'amministrazione penitenziaria il potere di differenziare vari circuiti penitenziari in ragione di esigenze di sicurezza, allo stesso tempo, però, configurano ogni regime differenziato quale eccezione rispetto alla regola che dovrebbe essere quella di garantire a tutti i ristretti eguali opportunità risocializzanti.

Da ciò la Suprema Corte trae la logica conseguenza che **la soggezione a circuiti più restrittivi debba essere mantenuta per tempi limitati e sia, in ogni caso, coerente e proporzionata agli obiettivi per cui è stata stabilita**. Ne deriva la necessità di una revisione a cadenze regolari durante la detenzione.

Il detenuto gode, dunque, di un «generale diritto ad un trattamento penitenziario "non

⁴¹ Cass., Sez. I, 20 aprile 2018, n. 16911, Fabiano, § 3.3 (Considerato in diritto), in www.italgiure.giustizia.it [corsivo nostro]

differenziato»⁴², un diritto soggettivo in virtù del quale è dato alla persona privata della libertà, di agire con lo strumento del reclamo giurisdizionale ove la prolungata soggezione a un circuito diversificato rischi di tradursi in un pregiudizio stante la sottrazione di una offerta trattamentale individualizzata e finalizzata al reinserimento del condannato.

La Corte Costituzionale ha, peraltro, nel tempo, riaffermato la piena operatività del principio della *“non regressione trattamentale incolpevole in ambito penitenziario”* (Corte Cost. sent. n. 445 del 1997 e n.137 del 1999 e da ultimo sentenza n. 257 del 2006 e n. 79 del 2007).

Accade assai spesso, però, proprio per i reati di cui all’art. 4-bis O.P. relativi ad associazioni delinquenziali, che un detenuto abbia rescisso ogni legame con la criminalità organizzata e, al di là delle contestazioni di reato tradottesi nelle condanne in esecuzione, non abbia più posto in essere alcuna condotta inalveabile in ambiti criminali e, tuttavia, venga descritto dalle relazioni provenienti dalle Procure competenti, come un ‘soggetto pericoloso’ in virtù della considerazione quanto mai astratta circa ‘l’impossibilità di escludere’ suoi collegamenti con contesti devianti.

Ciò si traduce nella **menomazione di un diritto soggettivo maturato nel tempo a progredire nel percorso trattamentale in coerenza con gli scopi della pena** secondo Costituzione riconosciuti, peraltro, anche da una del tutto inapplicata circolare Dap, la n. 157181 del 2015. La stessa, infatti, raccomanda alle Direzioni degli Istituti di pena, di dare impulso alle procedure di

declassificazione per i detenuti che si trovino da lungo tempo nel circuito AS, *“soprattutto in costanza di un’adesione a programmi di trattamento avanzati”*.

Il diniego di declassificazione si traduce, pertanto, in una forzata interruzione della tensione al reinserimento in società, in una vanificazione dell’impegno profuso nel recupero di sé e, in ultima analisi, in una violazione dei canoni convenzionali (e costituzionali) cui è ancorata la sanzione penale.

Per il ristretto in regime derogatorio ex art. 41-bis O.P., l’assenza di strumenti trattamentali comporta l’incapacità di costruire una immagine di sé diversa dal reato che ha commesso e per cui ha fatto ingresso in carcere che possa essere valutata dal magistrato di sorveglianza.

Qualunque agire positivo il detenuto ponga in essere è reso inutile dalla apodittica constatazione che la mafia ancora c’è, esiste.

In sostanza, **lo Stato italiano non assolve ai suoi obblighi positivi di offrire, a tutte le persone ristrette, concrete opportunità di reinserimento** attraverso il sostegno di interessi culturali, umani e professionali. Al detenuto è precluso conoscere quale condotta adottare, quale via seguire, per essere allocato in un circuito detentivo che gli consenta di accedere al trattamento ed alla rieducazione.

La collaborazione con la giustizia permane quale unica via anche per accedere all’ordinario regime carcerario, dunque, al trattamento penitenziario e alla speranza e ciò in vistosa violazione dei parametri di legittimità della pena, convenzionali, costituzionali.

Bibliografia:

- Giostra, G., e Insolera, G., (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Milano, 1995; Martini, A., *Commento all’art. 19 d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993. Pugiotta, A., [Musumeci](#), C., *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo*, Napoli, 2016. Galliani, D., *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull’ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018.

⁴² *Ibid.*, § 3.2. (Considerato in diritto)

Brucale, M., *L'ergastolo in Europa e il "right to hope". La sentenza "Petrukov v. Ukrain" nel panorama giurisprudenziale della Corte EDU*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2019.

Galliani, D., e Pugiotto, A., *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?* in *Rivista AIC*, n. 4/2017.

Viganò, F., *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 Cedu: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2012.

Volume *Amicus Curiae 2019: Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *Quaderni Costituzionali*, Rassegna.

Brucale, M., *Liberazione condizionale agli ergastolani ostativi. L'art. 4-bis torna alla Consulta*, in *Pen. Dir. e Proc.*, 19 giugno 2020.



Independence Day, l'astratto a fuoco

MONDI PARALLELI AL PENALE

Tra i suoi molteplici obiettivi, Percorsi Penali considera di particolare importanza l'esplorazione dell'ambito sempre più vasto che i giudici di Strasburgo identificano come "materia penale", cioè l'insieme degli strumenti capaci di generare, al di là della loro denominazione formale, sensibili limitazioni nella sfera personale e patrimoniale degli individui. Rifletteremo molto su questi strumenti e proveremo a descriverne la natura e gli effetti, convinti che la comunità giuridica non possa sottrarsi a questo confronto.

Controllo giudiziario delle aziende e impugnazione dell'informazione interdittiva antimafia: quale rapporto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa?

Judicial control of companies and appeal against anti-mafia interdictory information: what relation between ordinary and administrative jurisdiction?

di [Vincenzo Giglio](#)

ABSTRACT

Lo scritto analizza l'istituto del controllo giudiziario delle aziende sottoposte a informazione interdittiva antimafia e la relazione che esso crea tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa.

The paper analyzes the institution of judicial control of companies subjected to anti-mafia information and the relation it creates between ordinary jurisdiction and administrative jurisdiction.

Sommario

1. Premessa
2. Caratteristiche generali del controllo giudiziario delle aziende
3. Controllo giudiziario dell'impresa destinataria di un'informazione interdittiva antimafia
4. Considerazione giurisprudenziale del controllo giudiziario delle imprese interdette
5. L'informazione interdittiva antimafia
6. Impugnabilità dell'informazione interdittiva antimafia
7. Rapporto tra il controllo giudiziario *ex art. 34-bis*, comma 6, e il giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia: il dibattito nella giurisprudenza amministrativa
8. Focus sulla giurisprudenza del TAR Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria
9. Riflessioni conclusive

Summary

1. Introduction
2. Overall characteristics of the judicial control of companies
3. Judicial control of the company subjected to an anti-mafia interdictory information
4. Jurisprudential consideration of the judicial control of interdicted companies
5. The anti-mafia interdictory information
6. Possibility of appeal of the anti-mafia interdictory information
7. Relation between the judicial control pursuant to art. 34-*bis*, paragraph 6, and the appeal against the anti-mafia interdictory information: the debate in administrative jurisprudence
8. Focus on the jurisprudence of the TAR Calabria, branch of Reggio Calabria
9. Concluding reflections

1. Premessa

Due anni fa, in conseguenza dell'ampio intervento riformatore compiuto dalla legge 17 ottobre 2017, n. 61, l'armamentario delle misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca (Libro I, Titolo II, Capo V, d.lgs. 159/2011, meglio noto come Codice antimafia) è stato arricchito da un nuovo strumento, disciplinato dall'[art. 34-bis](#) e denominato **controllo giudiziario delle aziende**.

Lo scopo di questo scritto è esplorare la particolare conformazione assunta dall'istituto quando è attivato a richiesta di un'impresa che, dopo essere stata destinataria di un'informazione interdittiva antimafia, abbia impugnato il relativo provvedimento dinanzi al giudice amministrativo (art. 34-bis, commi 6 e 7). Interessa ancora più specificamente comprendere quale **rapporto** si instauri, e quali principi e regole normative siano pertinenti per la sua definizione, **tra la giurisdizione del giudice ordinario cui spetta la delibazione della richiesta di controllo giudiziario e la giurisdizione del giudice amministrativo cui spetta invece pronunciarsi sull'impugnazione del provvedimento prefettizio** che dà luogo all'informazione antimafia.

2. Caratteristiche generali del controllo giudiziario delle aziende

I primi cinque commi dell'art. 34-bis delineano compiutamente la disciplina del controllo giudiziario delle aziende.

Occorre anzitutto (art. 34-bis, comma 1), come si desume dall'esplicito richiamo all'agevolazione descritta nell'art. 34, comma 1, Codice antimafia, che, in virtù di una sufficiente base indiziaria, il libero esercizio di una determinata attività economica appaia capace di agevolare l'attività delle persone "controindicate" elencate dal medesimo comma e che tuttavia questa condizione strumentale sia non strutturale ma meramente occasionale.

Occorrono in aggiunta circostanze di fatto che consentano di affermare l'esistenza del pericolo concreto di infiltrazioni mafiose tali da poter condizionare l'attività.

In presenza di questo duplice requisito, il tribunale competente è tenuto, su impulso di parte o d'ufficio, a disporre il controllo giudiziario che può essere variamente modulato e ad intensità crescente (mera imposizione di obblighi comunicativi, nomina di un giudice delegato e di un amministratore giudiziario, assegnazione a quest'ultimo di poteri di controllo e intervento correttivo, autorizzazione di addetti della polizia giudiziaria ad accedere negli uffici dell'impresa e acquisire documenti e informazioni presso enti pubblici e organismi privati, passaggio all'amministrazione giudiziaria ove siano violate le prescrizioni impartite).

In via generale, dunque, **il controllo giudiziario delle aziende si staglia come uno strumento conservativo la cui funzione primaria è l'accompagnamento dell'impresa verso un percorso virtuoso**, sul presupposto che disponga degli anticorpi per liberarsi da un'influenza nociva ma contingente.

3. Controllo giudiziario dell'impresa destinataria di un'informazione interdittiva antimafia

I tratti caratterizzanti di questa seconda tipologia di controllo la differenziano non poco da quella descritta nel paragrafo precedente.

La prima ed essenziale particolarità è che **lo strumento è riservato a imprese che abbiano ricevuto un'informazione interdittiva antimafia** in applicazione dell'art. 84, comma 4, Codice antimafia, in quanto soggette a "eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa" tendenti a condizionarne le scelte e gli indirizzi e desunti da una o più delle situazioni elencate nel predetto comma.

Il secondo requisito è che **l'impresa interdetta abbia impugnato dinanzi al giudice amministrativo il provvedimento prefettizio** da cui discende l'interdizione.

In presenza di queste due condizioni l'impresa è legittimata a **chiedere di essere sottoposta a controllo giudiziario al tribunale delle misure di prevenzione** il quale a sua volta, se riconosce la ricorrenza dei presupposti, è tenuto a disporlo in esito ad una

procedura camerale cui sono ammessi ad intervenire ed esporre le rispettive ragioni il procuratore distrettuale e gli altri interessati.

Il controllo giudiziario di cui si parla produce un effetto di particolare rilevanza per le sorti dell'impresa che vi è sottoposta: sospende infatti gli effetti negativi dell'informazione interdittiva disciplinati dall'art. 94 Codice antimafia e libera quindi l'impresa dalle preclusioni previste nel suo comma 1 (art. 34-bis, comma 7). Resta da dire che, una volta disposto il controllo giudiziario, il tribunale può revocarlo così come può disporre altre misure di prevenzione.

Merita infine di essere segnalata, per la sua pertinenza al tema trattato, la **circolare n. 11001/119/20 emessa il 22 marzo 2018 dal Ministero dell'Interno** che ha posto a carico del prefetto l'obbligo di iscrivere *“nella white list¹ richiesta dall'azienda destinataria di informazione interdittiva che abbia impugnato il relativo provvedimento ed ottenuto dal Tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lett. b) del comma 2, dell'art. 34-bis. Se, infatti, la consultazione dell'elenco è la modalità obbligatoria attraverso la quale deve essere acquisita la documentazione antimafia per le attività a rischio, un eventuale rifiuto dell'iscrizione finirebbe con il vanificare la sospensione disposta dal Giudice, la cui finalità è proprio quella di incentivare l'adesione spontanea dell'impresa a questo nuovo strumento di autodepurazione dalle infiltrazioni criminali consentendole di continuare ad operare nei rapporti con la pubblica amministrazione. Nel procedere all'iscrizione, tuttavia, sembra opportuno che il Prefetto annoti di avere così provveduto per effetto della misura adottata dal Tribunale ai sensi della norma sopra citata. Si sottolinea, altresì, la necessità di monitorare con particolare attenzione la posizione dell'impresa iscritta, alla luce non*

¹ Il termine identifica un elenco, da istituire presso ogni Prefettura ai sensi della l. 190/2012, dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa. L'iscrizione di un'impresa nell'elenco equivale a certificazione dell'insussistenza delle cause ostative alla partecipazione alle

solo dell'esito dell'impugnazione proposta avverso il provvedimento interdittivo che la riguarda ma anche degli sviluppi del procedimento di prevenzione instauratosi nei suoi confronti”.

4. Considerazione giurisprudenziale del controllo giudiziario delle imprese interdette

Si sono già formate, nonostante il periodo relativamente breve della sua vigenza, significative correnti interpretative sul controllo giudiziario delle imprese destinatarie di un'informazione interdittiva antimafia.

Si deve, ad esempio, a Cass. pen. sez. VI, n. 22889/2019, un'importante ricostruzione sistematica di cui si evidenziano i passaggi legati allo specifico oggetto dello scritto.

Si legge nella decisione che *“Non è casuale né approssimativa la scelta del legislatore di prevedere, come requisito della domanda di ammissione al controllo giudiziario in esame, l'impugnazione del relativo provvedimento - quale che essa sia, amministrativa o giurisdizionale - né la descrizione delle conseguenze del provvedimento di ammissione, individuata attraverso l'espressione “sospende gli effetti”, indicazione che comporta la necessità che il procedimento di impugnazione in sede amministrativa sia ancora pendente. **La ratio e la funzione dell'istituto non possono ragionevolmente consistere nell'aggiramento della misura interdittiva amministrativa, ovvero in una sua anomala impugnativa dinanzi al tribunale della prevenzione** (in violazione del principio di riparto della giurisdizione), con la produzione degli effetti tipici di tale decisione di annullamento ovvero revoca della misura di prevenzione amministrativa, esiti decisori che permangono in capo alla competente autorità amministrativa o giurisdizionale. [...] Deve, invece, escludersi qualsiasi potere di controllo da*

procedure di affidamento di appalti pubblici ed alla stipula dei relativi contratti. Si rendono in tal modo più agevoli ed efficienti i controlli antimafia in settori considerati tradizionalmente a rischio di infiltrazioni quali, ad esempio, i noli a caldo, movimentazione terra, trasporto e lo smaltimento rifiuti.

parte del tribunale di prevenzione sui presupposti che legittimano l'applicazione dell'interdittiva antimafia, venendo, altrimenti, a realizzarsi una illegittima invasione delle sfere di competenza dell'autorità amministrativa ed una illegittima duplicazione di procedimenti aventi ad oggetto la legittimità delle interdittive, la cui valutazione resta esclusivamente di competenza del prefetto e del "giudice" amministrativo, quale esso sia [...] In caso di esito positivo di accoglimento della richiesta, con applicazione della misura del controllo giudiziario, per l'accertata sussistenza di situazioni, ancorché occasionali, di infiltrazione/condizionamento criminale dell'impresa [...] non si produce un effetto decisorio definitivo suscettibile di incidere sulla situazione soggettiva dell'impresa destinataria della informativa, esito connesso al giudizio dinanzi alla competente autorità amministrativa, ma solo una sospensione degli effetti del provvedimento inibitorio, analoga a quella che interviene per effetto di un provvedimento di sospensiva autorità amministrativa, effetti che, ove sopravvenga il giudicato amministrativo di rigetto, sono destinati a riespandersi, ovvero a venire meno del tutto, nel caso in cui la decisione amministrativa sia favorevole all'impresa che, per l'effetto, viene rimessa nel pieno esercizio dei suoi diritti [...] Certamente, poi, nel caso in cui l'impugnativa amministrativa sia favorevole all'impresa, viene meno uno dei requisiti soggettivi che costituisce il presupposto dell'applicazione della misura del controllo giudiziario che da tale soggetto era stato attivato. Conclusivamente, si ritiene che l'accoglimento della richiesta di controllo giudiziario, ex art. 34-bis, comma 6, secondo l'esito auspicato dalla impresa richiedente, che è l'unica legittimata a proporre la domanda, determina l'attivazione degli obblighi connessi al controllo giudiziario e la mera sospensione (e non già l'annullamento ovvero la revoca) della interdittiva prefettizia, effetti caducatori, questi ultimi, che possono prodursi solo nella competente sede amministrativa, secondo una precisa scelta del legislatore – anche di natura semantica – e dell'inquadramento sistematico dell'istituto

del controllo giudiziario per nulla casuale, scelta che ribadisce la natura provvisoria dell'applicazione dell'istituto e funzionale a ridimensionarne gli effetti, nelle more della definitiva decisione amministrativa sulla misura interdittiva applicata dal prefetto, che ne costituisce il presupposto".

Considerazioni simili si leggono in Cass. pen., sez. II, n. 39412/2019 per la quale "Si deve in definitiva ritenere che l'accesso all'istituto sia "fisiologicamente" ed inscindibilmente connesso alla pendenza di un ricorso avverso l'interdittiva essendo la sua ratio quella di consentire, a mezzo di specifiche prescrizioni e con l'ausilio di un controllore nominato dal Tribunale, la prosecuzione dell'attività di impresa nelle more della definizione del ricorso amministrativo al fine di evitare, in tale lasso di tempo, la decozione dell'impresa che, privata di commesse pubbliche e/o di autorizzazioni essenziali per la prosecuzione della propria attività, potrebbe subire conseguenze irreparabili a causa della "pendenza" del provvedimento prefettizio [...] si è in presenza di una provvedimento di prosecuzione "controllata" dell'attività di impresa mediante l'adozione di provvedimenti utili a neutralizzare per il futuro i pericoli di infiltrazione e di condizionamento alla base dell'interdittiva e previa sospensione degli effetti di quest'ultima e che, come pure si è giustamente sottolineato, non può certo avere la conseguenza di vanificare un provvedimento ormai definitivo sospendendone di fatto tutti gli effetti e configurandosi, nella sostanza, come uno strumento alternativo di impugnazione".

Valutazioni pressoché identiche si rinven- gono nella giurisprudenza amministrativa.

Chiarisce, ad esempio, il Tribunale amministrativo regionale (di seguito TAR) Campania, sez. I, n. 6423/2018, che "Il controllo giudiziario non è idoneo a modificare il giudizio in ordine alla sussistenza dei pericoli di infiltrazione nella società colpita dall'interdittiva; ciò in quanto in primo luogo il controllo giudiziario che permette la prosecuzione dell'attività imprenditoriale sotto controllo giudiziario non ha effetti retroattivi ed in secondo luogo perché non costituisce un superamento

dell'interdittiva, ma in un certo modo ne conferma la sussistenza, con l'adozione di un regime in cui l'iniziativa imprenditoriale può essere ripresa per ragioni di libertà di iniziativa e di garanzia dei posti di lavoro, sempre naturalmente in un regime limitativo di assoggettamento ad un controllo straordinario [...]. In altri termini la misura del controllo giudiziario costituisce un tentativo di salvaguardare, con le necessarie cautele, le realtà produttive che, per quanto incise da tentativi di infiltrazione mafiosa, manifestino un grado di autonomia gestionale (dalle consorterie criminali) non ancora totalmente compromesso e, anzi, sufficiente a consentirne un'attività economica corretta pure in forma "controllata", sforzandosi in tal modo il Legislatore di conservare, per quanto possibile, realtà produttive che, soprattutto nelle zone in cui esistono i fenomeni associativi criminali più eclatanti, possano costituire rimedio all'assenza di credibili opportunità occupazionali. In tale ottica non può certo opinarsi dall'ammissione alla procedura in discorso un superamento ovvero una qualche forma di attenuazione del giudizio formulato dalla Prefettura con l'informativa. L'ammissione alla procedura in discorso attesta solo la presenza di un procedimento che gemma da quello che ha condotto all'adozione dell'interdittiva, presupponendolo, e che risponde al fine di verificare se l'impresa che ne è attinta non sia strutturalmente compromessa con la criminalità organizzata e se ne possa, quindi, consentire un regime di "operatività controllata". In conclusione, mentre non vengono travolti gli effetti dei provvedimenti già adottati in esecuzione dell'interdittiva antimafia e precedenti all'ammissione al controllo giudiziario ne viene preclusa l'adozione successiva".

A conclusione di questa breve ma significativa rassegna, si può affermare che nella concorde interpretazione del giudice ordinario e di quello amministrativo l'ammissione dell'impresa richiedente al controllo giudiziario ex art. 34-bis, comma 6, non pone affatto nel nulla l'informazione interdittiva antimafia ma si limita a paralizzarne

temporaneamente gli effetti nella prospettiva di salvaguardare il futuro dell'impresa e dei suoi dipendenti.

Al tempo stesso, **le sfere funzionali del giudice della prevenzione e di quello amministrativo sono perfettamente distinte** e non ammettono sovrapposizioni o assorbimenti. Infine, **il procedimento di prevenzione non è affatto insensibile alle decisioni assunte dal giudice amministrativo** poiché sia la conferma che l'annullamento del provvedimento prefettizio che ha applicato l'interdittiva hanno un preciso e significativo rilievo sulle sorti del controllo giudiziario.

5. L'informazione interdittiva antimafia

L'istituto compone, unitamente alla comunicazione antimafia, il *genus* della documentazione antimafia, regolato dai Capi II, III e IV del Libro II del Codice antimafia.

L'atto prefettizio che ne è la fonte ha la natura di provvedimento amministrativo (Consiglio di Stato, sez. III, n. 1743/2016).

La costante giurisprudenza amministrativa gli attribuisce la **natura** di "una tipica misura cautelare di polizia, preventiva e interdittiva, che si aggiunge alle misure di prevenzione antimafia di natura giurisdizionale, essendo espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alla criminalità organizzata" (Consiglio di Stato, sez. III, 4398/2018).

Quanto ai suoi **effetti**, "il provvedimento di cosiddetta "interdittiva antimafia" determina una particolare forma di incapacità ex lege, parziale (in quanto limitata a specifici rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione) e tendenzialmente temporanea, con la conseguenza che al soggetto – persona fisica o giuridica – è precluso avere con la pubblica amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dall'art. 67". b) l'art. 67, co. 1, lett. g), nella parte in cui prevede il divieto di ottenere, da parte del soggetto colpito dall'interdittiva antimafia, "contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da

parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali”, ricomprende anche l'impossibilità di percepire somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività di impresa” (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 3/2018).

Riguardo alla **dimostrazione dei presupposti per l'applicazione dell'informazione interdittiva**, si osserva che “Il *proprium* che differenzia l'informativa antimafia da altre misure preventive è la finalità da essa perseguita di salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione: nella sostanza, attraverso di essa il Prefetto esclude che un imprenditore – pur dotato di adeguati mezzi economici e di una idonea organizzazione – possa meritare la fiducia delle Istituzioni e, in quanto controparte “affidabile”, possa essere titolare di rapporti contrattuali con le Pubbliche Amministrazioni ovvero destinatario di titoli abilitativi da queste rilasciati o di “contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate”. Dunque, l'interdittiva antimafia risponde ad una logica probatoria diversa da quella tipica degli accertamenti di natura penale e non deve necessariamente collegarsi a provvedimenti giurisdizionali o a misure preventive di altro tipo, la cui proposta di adozione o il cui provvedimento di applicazione, siano esse misure di natura personale o patrimoniale, non a caso figurano tra gli elementi dai quali è possibile desumere il rischio di infiltrazione mafiosa (art. 84, comma 4, lett. b). Sul piano probatorio questa demarcazione tra le due aree di intervento (la repressione penale e la prevenzione amministrativa) si traduce nel fatto che il rischio di inquinamento mafioso rilevante ai fini della emissione della informativa deve essere valutato in base al criterio del più “probabile che non”, quindi alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata da dati di comune esperienza,

² Sia consentito, per un più dettagliato commento della pronuncia in questione, il rinvio a V. Giglio,

evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, quale è, anzitutto, anche quello mafioso; sicché gli elementi posti a base dell'informativa possono essere anche non penalmente rilevanti o non costituire oggetto di procedimenti o di processi penali o, addirittura e per converso, possono essere già stati oggetto del giudizio penale, con esito di proscioglimento o di assoluzione. Profonda è dunque la differenza tra i destinatari delle misure di prevenzione e i destinatari delle informazioni interdittive: per i primi, rilevano i fatti penalmente rilevanti; per i secondi, rilevano anche fatti non necessariamente aventi rilevanza penale” (Consiglio di Stato, sez. III, n. 4938/2019).

In sintesi, e attingendo a una recente pronuncia di elevato spessore sistematico (Consiglio di Stato, sez. III, n. 6105/2019²), si può affermare che, **nell'interpretazione giurisprudenziale, l'informazione interdittiva antimafia è una fattispecie di pericolo presunto**, costituisce una sorta di pietra angolare del sistema normativo antimafia, **ha la finalità precipua di liberare il corpo sociale dalla pressione parassitaria delle organizzazioni mafiose, può essere emessa solo in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti da valutare secondo il criterio del più probabile che non, legittima l'uso di elementi conoscitivi tipici e atipici e attribuisce pertanto al Prefetto un ampio potere discrezionale.**

6. Impugnabilità dell'informazione interdittiva antimafia

Nella visione del massimo organo nomofilattico della giurisdizione amministrativa (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, ordinanza n. 17/2014) “L'informativa antimafia costituisce un provvedimento autonomamente lesivo, in quanto incidente sulla capacità contrattuale e sulla produttività dell'impresa destinataria, la quale è quindi interessata alla relativa impugnazione anche indipendentemente dall'esito della gara; detto interesse si apprezza sia

L'informazione interdittiva antimafia, il sospetto e la paura, Filodiritto, 16 dicembre 2019, a questo [link](#).

sotto il profilo risarcitorio (valutabile in relazione al pregiudizio all'immagine, al credito commerciale oltre che alla capacità di guadagno che si produce nel periodo di efficacia della prima interdittiva, allorché la seconda informativa non sia stata ancora adottata); sia sotto il profilo dell'interesse morale (correlato alla più generale onorabilità del soggetto interdetto), in quanto anch'esso direttamente inciso in senso pregiudizievole dalla misura antimafia”.

La relativa giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo, in applicazione dell'art. 7, comma 1, Codice del processo amministrativo (di seguito CPA), poiché, a fronte dell'esercizio del potere prefettizio, l'impresa che vi è assoggettata è titolare di una posizione giuridica soggettiva qualificabile come interesse legittimo di tipo oppositivo.

La competenza spetta al TAR del luogo in cui ha sede il Prefetto che ha emesso il provvedimento impugnato (art. 13, comma 1, CPA).

7. Rapporto tra il controllo giudiziario ex art. 34-bis, comma 6, e il giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia: il dibattito nella giurisprudenza amministrativa

La necessità di trattare questo tema specifico nasce dalla previsione contenuta nell'art. 34-bis, comma 7, e dagli effetti che la giurisprudenza amministrativa ne sta derivando.

Come si è ricordato in precedenza, questa disposizione fa discendere dal provvedimento che dispone il controllo giudiziario la sospensione degli effetti preclusivi generati dall'interdittiva antimafia (art. 94 Codice antimafia).

Nessuna disciplina è stata invece prevista riguardo ai riflessi della sospensione sull'andamento del giudizio di impugnazione dell'interdittiva medesima.

Il silenzio del legislatore ha legittimato un dibattito interno alla giurisdizione amministrativa di cui si dà subito conto.

La **tesi prevalente** in seno al Consiglio di Stato è nel senso di **sospendere il giudizio amministrativo** utilizzando come fonte normativa di riferimento l'art. 295 cod. proc. civ. il quale appunto consente (o meglio impone)

al giudice di sospendere il processo quando egli stesso o altro giudice debba risolvere una controversia dalla cui definizione dipende la decisione della causa.

Si può citare, tra le tante ordinanze così orientate emesse dalla terza sezione, la n. 4719/2018 di cui si riporta testualmente il passaggio più significativo: *“ritenuto che, ai sensi dell'art. 34-bis, comma 7, del d.lgs. n. 159 del 2011, il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'art. 34 o, come nel caso di specie, il controllo giudiziario ai sensi del comma 6 dello stesso articolo sospende gli effetti di cui all'art. 94, derivanti dall'emissione del provvedimento antimafia; considerato che tale sospensione degli effetti interdittivi, quale conseguenza scaturente ex lege dal provvedimento che dispone il controllo giudiziario, comporta, ad avviso del Collegio, anche la sospensione del giudizio avente ad oggetto l'informativa antimafia, in quanto l'eventuale conferma di tale provvedimento, da parte del giudice amministrativo, renderebbe definitivi gli effetti di detto provvedimento e, quindi, vanificherebbe la previsione del medesimo art. 34-bis, comma 7, del d.lgs. n. 159 del 2011, che contempla una pur temporanea sospensione di tali effetti, e la ratio stessa del controllo giudiziario, volto a consentire alle imprese colpite da informazione antimafia, che l'abbiano impugnata, di potere nelle more del giudizio amministrativo proseguire nella propria attività, a determinate condizioni, sotto il controllo del Tribunale della prevenzione, che nomina un amministratore a tal fine; considerato che quindi, una volta disposto il controllo giudiziario, la sospensione degli effetti interdittivi conseguenti all'informazione antimafia debba operare indefettibilmente per tutto il tempo della misura del controllo giudiziario adottata dal Tribunale in sede di prevenzione, ai sensi dell'art. 34-bis, comma 7, del d.lgs. n. 159 del 2011, e di conseguenza anche il giudizio amministrativo relativo all'informazione antimafia debba essere sospeso, salva ulteriore prosecuzione all'esito della misura, sino a quando la sospensione degli effetti interdittivi non abbia esaurito il proprio corso”.*

Una **strada parzialmente diversa** è quella scelta dal TAR di Catanzaro, sez. I, con l'ordinanza n. 658/2019. I giudici calabresi hanno preferito **ricorrere non alla sospensione ma al rinvio** e, ciò che più conta, hanno **ritenuto non obbligatorio ma discrezionale il ricorso a tale strumento**, soprattutto **in dipendenza del grado di fondatezza attribuito all'impugnazione**. Ne deriva che la pronuncia deve essere resa senza rinvio allorché, ad esempio, l'impugnazione appaia fondata poiché una diversa soluzione negherebbe all'impresa interessata effettività di tutela e manterrebbe artificiosamente in vita una procedura di prevenzione ormai priva di ragion d'essere. Il rinvio, al contrario, è plausibile allorché (come nel caso di specie) la prima deliberazione non consenta di escludere il rigetto del ricorso sicché l'immediatezza della decisione sarebbe svantaggiosa per la ricorrente privandola della possibilità di avvalersi di uno strumento tendenzialmente "salvifico" come è il controllo giudiziario e frustrerebbe lo scopo del legislatore.

Questo è il passo rilevante dell'ordinanza in esame: *"considerato [...] che non convince la strada della sospensione non riscontrandosi i rigidi presupposti di pregiudizialità logica e giuridica richiesti per l'applicazione dell'art. 295 c.p.c. (v. per tutte Cass. n. 20469/2018 e Cons. St. n. 1478/13); – che questo Tar ritiene che corretta sia, invece, la strada processuale del rinvio del giudizio amministrativo a data successiva alla cessazione della misura di prevenzione per non porre nel nulla gli effetti di possibile legalizzazione di imprese marginalmente inquinate; – che, infatti, rammentato che l'ammissione al controllo non sconfessa la legittimità dell'informativa in punto di sussistenza di pericolo di infiltrazione non costituendone un superamento, ma in un certo modo conferma[ndone] la sussistenza (v. Cons. Stato, n. 6377/2018; 3268/2018), deve sottolinearsi che esso costituisce istituto di sostegno previsto dall'ordinamento per l'imprenditore che sia marginalmente toccato dai clan e che individualmente (specie in realtà piccole e contaminate e ad economia scarsa) non sia in grado di reagire alla*

criminalità, sostegno costituito da un percorso imprenditoriale sorvegliato dall'amministratore giudiziale che conduca alla sua bonifica; – che gli effetti positivi attestati dall'organo giudiziale potrebbero anche comportare un aggiornamento favorevole da parte del Prefetto dell'informazione ai sensi dell'art. 91 comma 5 d.lgs. n. 159/2011, con soluzione finale che armonizza ragionevolmente il sistema; – che lo strumento processuale del rinvio ben si presta a garantire e non compromettere l'auspicato percorso di redenzione dell'impresa (v. ratio parimenti valorizzata dal citato decreto del Tribunale – Mis. Pr- Santa Maria C.V. nell'escludere la caducazione della misura al sopravvenire del giudicato amministrativo di rigetto); – che esso è rimesso al discrezionale e ponderato uso del potere di direzione del procedimento (v. artt. 175 c.p.c. e 39 c.p.a.) da parte del Tribunale, il quale potrebbe negarlo ove risultino circostanze che richiedano la necessità di decisione del merito (v. revoca del controllo); – che, ovviamente, il rinvio potrà essere valutato solo in caso di ammissione dell'impresa al controllo e non in ipotesi di mera presentazione dell'istanza; – che, al contrario, ove il Tribunale dall'esame degli atti riscontri una evidente fondatezza del ricorso, ad esempio per travisamento della sussistenza di infiltrazioni occasionali e non stabili, sarà tenuto alla emissione della decisione definitiva sia per garantire l'effettività della tutela dell'imprenditore sia per determinare chiusure di procedure di prevenzione, generanti aggravio per l'amministrazione della giustizia, aperte solo per garantire il prosieguo dell'attività nella pendenza del giudizio amministrativo; Considerato nel procedimento in esame: – che, come noto, il sindacato giurisdizionale dei provvedimenti interdittivi, ampiamente discrezionali e fondati sulla regola causale del 'più probabile che non', è limitato al riscontro dei vizi di manifesti vizi di eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti; – che ad un primo sommario esame gli elementi probatori acquisiti non escludono che si possa giungere al rigetto del ricorso; – che se il Collegio addivenisse alla decisione

di rigetto si avrebbe, per quanto detto, incidenza negativa sul disposto controllo giudiziario; – che l'ipotesi dell'imprenditore come quello in esame in quanto vittima di estorsione è quello che merita un percorso di "rafforzamento e purificazione"; Ritenuto: – che in accoglimento della domanda subordinata vada concesso il rinvio a data successiva al periodo di efficacia della misura di prevenzione".

Un **percorso meno flessibile** è quella adottato dal TAR di Bari, espresso da alcune ordinanze della sezione II (tra queste la n. 987/2019), anch'esso propenso allo strumento del **rinvio che tuttavia non è ancorato a delibazioni preliminari e viene disposto alla prima udienza pubblica** successiva al periodo di efficacia della misura di prevenzione disposta dal giudice ordinario **o, in alternativa, alla prima udienza pubblica successiva al deposito della segnalazione del rigetto dell'istanza di controllo giudiziario.**

8. Focus sulla giurisprudenza del TAR Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria

Merita infine di essere specificamente segnalata un'**autonoma corrente interpretativa** seguita da tempo (si vedano le sentenze nn. 15 e 350/2019) dal TAR Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria.

Ne è recentissima espressione la sentenza n. 560/2020³.

La vicenda sottostante al giudizio può essere riassunta nei termini che seguono.

Un'impresa individuale è stata sottoposta ad interdittiva antimafia dalla Prefettura di Reggio Calabria alla quale è seguita un'ordinanza del Comune di Reggio Calabria di immediato divieto della prosecuzione dell'attività artigianale svolta dalla titolare dell'impresa (l'interessata esercitava il mestiere di estetista in un piccolo laboratorio).

La titolare dell'impresa ha impugnato dinanzi al TAR reggino entrambi i provvedimenti.

Si sono costituiti in giudizio entrambi gli enti, contestando la fondatezza del ricorso.

Respinta la domanda cautelare della ricorrente e giunto il giudizio in prossimità dell'udienza di discussione, la ricorrente ha documentato di aver presentato istanza al tribunale delle misure di prevenzione di Reggio Calabria, ai sensi dell'art. 34-bis Codice antimafia e ha chiesto il rinvio della trattazione.

Il giudice adito ha scelto per contro di pronunciarsi nel merito.

Ha giustificato la scelta (paragrafi 9.2.1 e ss.) affermando di non condividere la prassi favorevole alla sospensione seguita dal Consiglio di Stato né quella del TAR Calabria favorevole al rinvio.

Ha considerato rilevante a tal proposito già l'assenza nel corpo dell'art. 34-bis di una disposizione che imponga la stasi del giudizio amministrativo.

Questo il passaggio testuale (par. 9.2.2): *“Milita in senso contrario alle riferite prassi applicative anzitutto una considerazione di carattere testuale, risultando del tutto omessa nella regolamentazione normativa della misura di prevenzione patrimoniale di nuovo conio qualsiasi indicazione circa la sorte del ricorso amministrativo proposto avverso l'interdittiva antimafia in conseguenza dell'accoglimento dell'istanza, limitandosi la norma a stabilire che la pendenza del processo costituisca l'imprescindibile condizione per la relativa ammissibilità. Né argomenti conducenti in senso contrario sembrano potersi trarre dal co. 7 della disposizione, là dove riconnette alla favorevole delibazione dell'istanza la sospensione ex lege degli effetti derivanti dall'interdittiva (di cui all'art. 94). Tale ultimo elemento, valorizzato dal Consiglio di Stato a sostegno della tesi della sospensione del giudizio avente ad oggetto l'informativa antimafia (ex multis, sez. III, ord. n. 4873/2019, secondo cui “tale sospensione degli effetti interdittivi, quale conseguenza scaturente ex lege dal provvedimento che dispone il controllo*

³ La si può consultare e scaricare integralmente dal sito web istituzionale della giustizia amministrativa, a questo [link](#).

giudiziario, comporta... anche la sospensione del giudizio avente ad oggetto l'informatica antimafia, in quanto l'eventuale conferma di tale provvedimento, da parte del giudice amministrativo, renderebbe definitivi gli effetti di detto provvedimento e, quindi, vanificherebbe la previsione del medesimo art. 34-bis, comma 7, del d.lgs. n. 159 del 2011, che contempla una pur temporanea sospensione di tali effetti, e la ratio stessa del controllo giudiziario...”), sembra invero poggiare sul presupposto della reciproca interferenza, e dei correlati condizionamenti, tra i due giudizi, sottendendovi l'idea che l'eventuale reiezione del ricorso amministrativo comporti inesorabilmente il travolgimento degli effetti, favorevoli per l'impresa, conseguenti all'adozione del controllo ex art. 34-bis. Ciò che appunto suggerirebbe (o, secondo siffatta opzione interpretativa, imporrebbe) la sospensione del processo amministrativo, anche in considerazione del fatto che proprio durante il periodo di vigilanza statale sull'impresa potrebbero essere acquisiti elementi utilizzabili in vista dell'eventuale proposizione di un'istanza di riesame in sede amministrativa”. Il percorso motivazionale prosegue così (paragrafi 9.2.3 e 9.2.4): “Orbene, ad avviso del Collegio, pur dovendosi ritenere effettivamente sussistente un'interdipendenza tra l'ammissione al controllo giudiziario e il processo amministrativo sull'interdittiva – che tuttavia, per quanto a breve si osserverà, è da ritenersi operare in senso 'unidirezionale' –, da essa non pare possibile far discendere le conseguenze poc'anzi esposte sul versante dei relativi rapporti, ponendosi siffatta prospettazione in aperto contrasto con la considerazione della ratio e della funzione della nuova misura di prevenzione patrimoniale. 9.2.4. In tal senso, del resto, depongono le indicazioni esegetiche offerte dalle prime decisioni della giurisprudenza di legittimità intervenute sul recentissimo istituto”.

Nella parte immediatamente successiva il TAR prende in considerazione e valorizza il panorama interpretativo segnalato nel paragrafo 4 cui hanno dato vita ormai plurime

decisioni delle sezioni penali della Corte di Cassazione.

Segue (par. 9.2.5) la conclusione, a questo punto scontata: “Proprio sulla scorta della lineare ricostruzione offerta nei richiamati arresti di legittimità in ordine alla ratio ed alla funzione dell'istituto di cui all'art. 34-bis d.lgs. n. 159/2011, sembra doversi **ragionevolmente escludere la sussistenza di elementi che possano indurre a ritenere necessitato, o anche soltanto opportuno, il rinvio della trattazione del processo allorché il ricorrente dia prova dell'avvenuto accoglimento da parte del Tribunale di Prevenzione dell'istanza volta ad ottenere il controllo giudiziario.** È proprio la considerazione della natura cautelare della misura, volta a paralizzare interinalmente gli effetti pregiudizievoli dell'interdittiva medesima nel tempo occorrente alla definizione del processo amministrativo promosso per contestarne la legittimità, a suggerire al contrario l'esigenza della sua regolare prosecuzione, onde giungerne al suo epilogo definitivo. Questa lettura, che pur presenta l'inconveniente di inficiare le energie profuse per l'attivazione della procedura di controllo nell'evenienza di una decisione reiettiva del ricorso (ovviamente definitiva), appare nondimeno l'unica coerente con la fisionomia, appunto strumentale e 'servente', impressa all'istituto del controllo giudiziario e resa evidente, d'altro canto, nell'evenienza opposta di accoglimento dell'impugnativa, dal venir meno dei presupposti della misura, con sua conseguente automatica cessazione. In altri termini, siffatta natura strumentale e 'servente', riconosciuta sul piano sostanziale, deve trovare chiara corrispondenza sul piano processuale, con conseguente precedenza del vaglio di legittimità della misura interdittiva da parte del giudice amministrativo competente, a prescindere dai tempi, peraltro variabili, di durata del connesso controllo giudiziario. È, peraltro, evidente che l'istanza di rinvio (o di sospensione) non potrebbe che essere esaminata in termini oggettivi, a prescindere da un supposto esito della lite, sicché è da escludere, ad avviso della Sezione, che essa possa trovare

accoglimento solo allorché ad un primo sommario esame gli elementi probatori acquisiti non escludono che si possa giungere al rigetto del ricorso. 9.2.6. Per le esposte ragioni la sollecitata richiesta di rinvio della trattazione deve dunque essere respinta, dovendo solo soggiungersi come la circostanza della mancata decisione, al momento della trattazione del ricorso, sull'istanza della ricorrente ex art 34-bis non può che condurre a fortiori ad analoga conclusione”.

Si segnala infine, per mera completezza informativa, che il TAR ha accolto il ricorso della ricorrente e annullato entrambi i provvedimenti impugnati.

9. Riflessioni conclusive

Esposto l'attuale stato dell'arte sulla questione che ha dato spunto a questo scritto, è adesso possibile avviarsi alla sua conclusione.

Si condividono senza riserve l'indirizzo seguito dal TAR reggino e le argomentazioni su cui lo ha fondato.

Si ritiene nondimeno di poter spendere qualche ulteriore considerazione integrativa.

Il punto di partenza è dato da una recente decisione della Corte costituzionale, precisamente la sentenza n. 57/2020, che ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 89-bis e 92, commi 3 e 4, Codice antimafia sollevate dal tribunale di Palermo per asserito contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost.

Così la sentenza riepiloga la questione: *“il Tribunale di Palermo afferma di condividere i principi espressi dal Consiglio di Stato in ordine alla pervasività e alla profonda lesività dell'infiltrazione mafiosa nell'economia, e alla conseguente necessità di una risposta efficace da parte dello Stato che si estenda a tutto campo, e che dunque elidendo in radice la libertà di iniziativa economica privata assicurata dall'art. 41 Cost. sostanzialmente elimini dal circuito dell'economia legale, e non solo da quello dei rapporti con la pubblica amministrazione, i soggetti economici infiltrati dalle associazioni mafiose, che, in quanto tali, quella iniziativa esercitano in contrasto con*

l'utilità sociale, e in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Tuttavia, il rimettente ritiene che una legislazione che affida tale radicale risposta ad un provvedimento amministrativo, quale è l'informazione antimafia, sostanzialmente equiparandola negli effetti ad un provvedimento giurisdizionale definitivo, pone dubbi di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost. Ad avviso del rimettente è irragionevole ricollegare al rilascio dell'informazione antimafia interdittiva, dunque ad un atto di natura amministrativa, gli stessi effetti e cioè il divieto generalizzato di ottenere tutti i provvedimenti indicati nell'art. 67, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011, e la decadenza di diritto da tutti quelli eventualmente già ottenuti che il suddetto art. 67 riconnette all'applicazione con provvedimento definitivo di una misura di prevenzione personale, vale a dire alla definitività di un provvedimento di natura giurisdizionale. Ciò apparirebbe irragionevole anche considerando che: l'effetto dell'informazione antimafia interdittiva è immediato ai sensi dell'art. 91, comma 7-bis, del d.lgs. n. 159 del 2011, e non è subordinato alla definitività del provvedimento; l'autorità amministrativa non può procedere ad alcuna esclusione delle decadenze e dei divieti, a differenza di quanto può fare il tribunale, in ragione della previsione dell'art. 67, comma 5, del medesimo decreto legislativo, «nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia»”.

La Consulta ha opposto un ragionamento complessivo.

Ha evidenziato anzitutto che la discrezionalità del potere prefettizio è giustificata dalla rilevante componente tecnica delle valutazioni richieste per l'uso più efficiente di uno strumento con finalità cautelari e preventive ma è adeguatamente bilanciata dall'obbligo posto a carico del Prefetto di ponderare equilibratamente i contrapposti valori costituzionali in gioco (la libertà di impresa e i beni che presidiano il principio di legalità sostanziale) e di motivare accuratamente la scelta adottata.

Ha poi considerato che le valutazioni prefettizie “sono soggette ad un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo. Di fatto è questa la portata delle numerose sentenze amministrative che si sono occupate dell’istituto. Esse non si limitano ad un controllo “estrinseco” [...] e, pur dando il giusto rilievo alla motivazione, procedono ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza. Il risultato di questo impegno è la individuazione di un nucleo consolidato (sin dalla sentenza del Consiglio di Stato, sezione terza, 3 maggio 2016, n. 1743, come ricorda la sentenza della terza sezione, 5 settembre 2019, n. 6105) di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale. Tra queste: i provvedimenti “sfavorevoli” del giudice penale; le sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa; la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d.lgs. n. 159 del 2011; i rapporti di parentela, laddove assumano una intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una “regia collettiva” dell’impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia “clanica”; i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; le vicende anomale nella formale struttura dell’impresa e nella sua gestione, incluse le situazioni in cui la società compie attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un “volto di legalità” idoneo a stornare sospetti o elementi sostanziosi sintomatici della contaminazione mafiosa; la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi “benefici”; l’inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità. Si tratta di puntualizzazioni di cui va apprezzata la rilevanza alla luce di quella giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 24 del 2019) che, anche se

relativa a fattispecie diversa, ha valorizzato l’apporto fornito da una giurisprudenza costante e uniforme, al fine di delimitare l’applicazione di disposizioni legislative incidenti su diritti costituzionalmente protetti, pure caratterizzate da una certa genericità”.

Nella parte conclusiva della sentenza il giudice delle leggi ha inteso impartire un monito: “va sottolineata al riguardo la necessità di un’applicazione puntuale e sostanziale della norma, per scongiurare il rischio della persistenza di una misura non più giustificata e quindi di un danno realmente irreversibile”.

La Consulta ha dunque escluso che l’informazione interdittiva antimafia leda o ponga in pericolo principi o libertà di rango costituzionale ma ha considerato che per la loro salvaguardia sia imprescindibile l’esame sostanziale (e non già il mero controllo estrinseco) affidato al giudice amministrativo.

Se tale giudice sospende o rinvia questo suo ineludibile dovere, quale che sia la motivazione espressa o implicita a cui si appiglia, **indebolisce ingiustificatamente uno statuto garantistico senza il cui pieno rispetto la discrezionalità dell’informativa antimafia potrebbe trasmodare in arbitrio**. Si fa apprezzare ancora di più, per questa via, la scelta del TAR reggino ed è auspicabile che la visione di cui è frutto riesca a superare le opposte e ingiustificate prassi manifestatesi nella restante giurisprudenza amministrativa.

Responsabilità penale dei medici e pandemia¹

Criminal liability of doctors and pandemic

di [Massimo Luigi Ferrante](#)

ABSTRACT

Lo scritto, dopo aver analizzato le cause della “medicina difensiva” e la situazione attuale determinata dal virus, propone una riforma legislativa che limiti la responsabilità dei medici ai soli casi di dolo e di colpa grave.

The work, after analyzing the causes of “defensive medicine” and the current situation caused by the virus, proposes a legislative reform that limits the liability of doctors only to cases of willful misconduct and gross negligence.

Sommario

1. Premessa
2. L'involuzione giurisprudenziale
3. La “filiera” della medicina difensiva
4. La ripresa della “filiera” dopo l'esaltante fase degli “eroi in camice bianco” che ha caratterizzato la fase più acuta della pandemia
5. Una possibile soluzione

Summary

1. Introduction
2. The jurisprudential involution
3. The “supply chain” of defensive medicine
4. The resumption of the “supply chain” after the exciting phase of the “heroes in white coats” that characterized the most acute phase of the pandemic
5. A possible solution

1. Premessa

Nei mesi precedenti, durante la fase di maggior diffusione del virus, si è fatto a livello mediatico un grande sforzo di italica ipocrisia nel dipingere come eroi, addirittura come angeli, gli operatori sanitari, i quali per via delle loro responsabilità professionali hanno avuto il dovere di affrontare il rischio del contagio.

Già all'epoca però era facilmente prevedibile un mutamento di atteggiamento da parte dei mass-media che adesso si sta puntualmente verificando: è ricominciato il trito *battage* della cosiddetta “mala sanità” che ha infestato per anni l'attività dei mezzi di informazione.

Di fronte a questa alternanza schizofrenica di beatificazioni e demonizzazioni occorre partire da una mera constatazione: i medici non

¹ Il presente lavoro è destinato all'opera collettanea SCALESE, G., (a cura di), “*Pandemia, necessità e legislazione dell'emergenza*”.

sono martiri per il fatto di aver doverosamente affrontato un rischio legato alla loro difficile professione ma non sono nemmeno dei delinquenti imperiti ai quali addebitare automaticamente la colpa per i decessi dei pazienti. L'aver per anni criminalizzato la categoria ha determinato il pernicioso fenomeno della cosiddetta "medicina difensiva" che ha cagionato danni sociali di rilevante portata.

Di questo risultato sono responsabili da un lato la giurisprudenza, dall'altro l'informazione.

Occorre quindi richiamare alla memoria l'evoluzione giurisprudenziale che è apparsa ad autorevole dottrina incarnare l'anticostituzionale principio dell'"*in dubio contra medicum*"¹.

2. L'evoluzione giurisprudenziale

Tale pseudo-principio è stato improvvidamente applicato dalla giurisprudenza negli ultimi decenni.

Fino alla fine degli anni '70 era invece prevalso un orientamento, ispirato ad una equilibrata visione dei rapporti tra norme civili e norme penali, volto a **ravvisare una responsabilità penale medica solo nel caso di dolo o di colpa grave** (in quest'ultimo caso con precipuo riferimento all'imperizia). Il fondamento era rappresentato dall'art. 2236 c.c., che con riferimento alla responsabilità del prestatore d'opera dispone testualmente: "*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave.*"² Anche la Corte costituzionale aveva nel 1973 avallato tale orientamento dichiarando non fondata una questione di legittimità costituzionale per presunta violazione dell'art. 3 Cost. ritenendo

che la limitazione della responsabilità alle ipotesi di colpa grave per imperizia come configurata dall'art. 2236 c.c. fosse congrua alla luce del fatto che "*... l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito*"³.

All'inizio degli anni '80 si è invece affermato un **orientamento di segno opposto** volto ad escludere con riferimento alla responsabilità penale l'applicazione del predetto articolo, **con la conseguenza di ritenere responsabile il medico anche per colpa lieve**⁴.

Altri orientamenti *contra medicos*, in gran parte coevi a quello or ora considerato, si sono sviluppati e successivamente consolidati su vari versanti: a) omesso impedimento della morte del paziente; b) responsabilità del primario; c) responsabilità di tutti i membri dell'*équipe*⁵.

a) Per quanto riguarda il primo, nel corso degli anni la giurisprudenza ha ritenuto configurabile, sia pur con oscillazioni, la responsabilità del medico ai sensi del II comma dell'[art. 40 c.p.](#)⁶ anche qualora l'intervento terapeutico o diagnostico omesso avesse limitate possibilità di successo⁷.

Emblematica in tal senso una sentenza delle Sezioni Unite del 10 luglio 2002⁸, che di fronte al contrasto sorto in ordine al livello del coefficiente percentualistico della legge statistica sulla quale basare un'eventuale responsabilità per omesso impedimento dell'evento ha valorizzato coefficienti medio-bassi di probabilità di successo dell'intervento omesso.

b) Nel filone della giurisprudenza *contra medicos* si ascrive anche l'orientamento volto ad attribuire al primario responsabilità penali per tutti i fatti verificatisi nel reparto da lui diretto, che si riduce in buona sostanza a profilare nei

¹ In tal senso: CRESPI, *Medico-chirurgo*, in *Dig. disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, pp. 589 ss.

² Sul punto v.: CRESPI, *op. cit.*, pp. 595 ss.

³ Corte cost., 28 novembre 1973, n.166, in [www.corte-costituzionale.do](#).

⁴ In tal senso: Cass., sez. IV, 22 ottobre 1981, in *Foro it.*, 1982, II, p. 268.

⁵ Sul punto sia consentito il rinvio a FERRANTE, M.L., *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, Napoli, 2005, pp. 1 ss.

⁶ Il II comma dell'art. 40 c.p. dispone testualmente: "*Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*".

⁷ Sul punto sia consentito rinviare a: FERRANTE, M.L., *op. cit.*, pp. 5 ss.

⁸ Cass., S.U., 10 luglio 2002, n. 27, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 1133 ss.

casi nei quali il medico in posizione apicale non abbia mai valutato il paziente una responsabilità oggettiva per la posizione da lui rivestita⁹, palliata da poco convincenti affermazioni volte a nascondere questa situazione ricorrendo alla ambigua formula della “colpa per organizzazione”.

c) Altro orientamento estensivo si registra per quanto riguarda la tendenza ad attribuire in capo a tutti i medici dell' *équipe* la responsabilità per omesso controllo per l'errore commesso dallo specialista, nel quale il principio di affidamento sulla capacità professionale di quest'ultimo viene quasi sempre disatteso¹⁰. L'affermarsi di tali orientamenti ha avuto come conseguenza una sorta di **proceduralizzazione dell'attività medica**: di fronte al rischio di una condanna per omicidio colposo i medici si sono sovente attenuti alla rigida osservanza di protocolli rendendo così meno tempestivo l'intervento terapeutico (ma allontanando il predetto rischio).

Questa situazione nel corso del tempo è divenuta sempre più grave inducendo il Legislatore ad intervenire.

Un primo intervento è stato operato con la L. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. “**legge Balduzzi**”) che, in buona sostanza, ha escluso la punibilità del medico nel caso di colpa lieve, qualora il sanitario avesse osservato le relative linee-guida¹¹.

Si trattava però di una disposizione dal sapore ossimorico in quanto nel caso di osservanza di tali linee, che costituiscono delle

vere e proprie *leges artis*, non dovrebbe mai essere configurabile la colpa.

La riforma non ha portato ai risultati sperati, soprattutto per l'aporia or ora evidenziata e per l'ambiguità del concetto di “colpa grave”. Di conseguenza dopo pochi anni il Legislatore ha avvertito la necessità di intervenire nuovamente con la L. 8 marzo 2017, n. 189 (cosiddetta “**legge Gelli**”) ¹², che ha introdotto nel codice penale l'art. 590-*sexies*, che al secondo comma prevede l'esclusione della punibilità dell'esercente la professione sanitaria nel caso di imperizia qualora abbia rispettato le linee guida, pubblicate ai sensi di legge¹³. La norma quindi ripropone l'errore di fondo di ritenere in colpa chi abbia rispettato le linee guida, peraltro “procedimentalizzate” dalla stessa legge.

Rispetto alla legge del 2012 che prevedeva la non punibilità di tutte le ipotesi di colpa lieve, la norma attuale prevede la non punibilità solo nei casi di imperizia (sia essa grave o lieve) in presenza delle predette (ossimoriche) condizioni.

Le reazioni della giurisprudenza di fronte a questa ulteriore riforma sono state contraddittorie portando ad un **conflitto interpretativo**, risolto dalle **Sezioni Unite con la sentenza 21 dicembre 2017, n. 8770**¹⁴.

Si tratta di una sentenza emblematica dello stato attuale dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario in quanto l'interpretazione nomofilattica si è risolta in buona sostanza in una limitazione della *voluntas Legislatoris*,

⁹ Sul punto sia consentito il rinvio a. FERRANTE, M.L., *op. cit.*, pp. 23 ss.

¹⁰ Sul punto sia consentito il rinvio a. FERRANTE, M.L., *op. cit.*, pp. 20 ss.

¹¹ L'art. 3, comma 1, della L. 8 novembre 2012, n. 189, disponeva testualmente: “L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve...”.

¹² Su tale legge si consideri. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017, n. 24 (legge c.d. Gelli-Bianco)*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 giugno 2017, pp. 1 ss.

¹³ L'art. 590-*sexies*, comma 2, dispone testualmente: “Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alla specificità del caso concreto”.

¹⁴ Cass., S.U., 21 dicembre 2017, in *Guida al diritto*, n. 4, 2018. Su tale sentenza si consideri, *ex multis*: CUPPELLI, *L'art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione “costituzionalmente conforme” dell'imperizia medica (ancora punibile)*, in www.penalecontemporaneo.it, 1° marzo 2018, pp. 1 ss.

ritenendo punibile anche nel caso di rispetto delle linee guida la colpa grave da imperizia, ponendosi così contro il tenore testuale dell'[art. 590-sexies c.p.](#).

Quindi da questa interpretazione limitatrice si è delineata una situazione peggiore rispetto a quella derivante dalla legge Balduzzi (in base alla quale non venivano puniti tutti i casi di colpa lieve, non solo quello di imperizia).

Inoltre, non sono state tenute in conto le richieste sia del Procuratore generale che della difesa dell'imputato di sollevare questione di illegittimità costituzionale per potenziale contrasto dell'art. 590-sexies con gli artt. 3, 25, 27 e 32 Cost.: in una ipotesi di tal fatta le Sezioni Unite avrebbero dovuto sollevare tale questione invece di "modificare" improvvidamente la volontà del legislatore.

A ciò si aggiunga che non solo la scelta di fondo ma anche le, sia pur eleganti, cadenze argomentative della pronuncia appaiono opinabili.

Innanzitutto per andare *contra medicos* si invoca, paradossalmente, l'art. 2236 c.c., quello che, come s'è visto *supra*, una volta veniva invocato dalla giurisprudenza per limitare la responsabilità penale del medico ai soli casi di colpa grave. Ritenendo che tale articolo abbia valenza di "regola d'esperienza" si esclude in base ad esso la non punibilità della imperizia grave.

Ancora più opinabile il richiamo all'art. 12 delle preleggi, che, come è noto, impone nell'interpretazione della legge di attribuire il senso "*fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*" in quanto viene limitato il relativo divieto al solo andare "contro" il significato delle espressioni usate ma non anche all'andare "oltre" tale significato, consentendo quindi una disinvolta

disapplicazione del divieto stesso invocando paradossalmente la necessità di giungere ad un "risultato costituzionalmente adeguato" (sic!).

Invece la riforma del 2017 è stata dalle Sezioni Unite fortemente ridimensionata, violando in questo modo il principio della riserva di legge e quello della separazione dei poteri dello Stato (mediante sostituzione del giudice al Legislatore) nonché il poc'anzi evocato principio di tassatività in quanto, in virtù dell'interpretazione *de qua agitur*, si finisce per applicare le norme in tema di omicidio colposo e di lesioni colpose in casi di imperizia che il tenore testuale della norma escluderebbe.

Tutta questa situazione, ad onor del vero, è stata determinata anche dalle improprie formulazioni delle norme del 2012 e del 2017 e dall'equivoco di fondo, connotante entrambe le produzioni normative, di ritenere configurabile la colpa nel caso di rispetto delle linee guida. Tuttavia ciò non elide l'opinabilità del risultato prodotto con la sentenza in questione dalle Sezioni Unite, le quali, come qualsiasi giudice, devono mantenersi nell'alveo della Costituzione.

In definitiva, sorge il sospetto che gli **orientamenti giurisprudenziali *contra medicos* rappresentino un caso di populismo penale**, *sub specie* del populismo giurisdizionale¹⁵, in quanto sembra che si siano volute (e si vogliano) assecondare le paure dell'opinione pubblica influenzata dal *battage* mediatico della "mala sanità".

3. La "filiera" della medicina difensiva

L'involuzione giurisprudenziale evidenziata nel paragrafo che precede costituisce una delle concause della medicina difensiva, che però si unisce ad altre nella catena causale

¹⁵ Ad avviso di chi scrive il "populismo penale" è ogni fenomeno di influenza distorsiva sul sistema penale determinata dalla ricerca del consenso dell'opinione pubblica, manipolata dai *mass media*. Nell'ambito di tale categoria si distinguono il populismo legislativo (che è quello che si basa sulla ricerca del consenso dell'elettorato da parte della classe politica e che, se mantenuto nei limiti della Costituzione, è fisiologico) ed

il populismo giudiziario (che non appare invece fisiologico), nel cui ambito, a seconda del tipo di magistrato, si possono individuare un populismo inquirente ed un populismo giurisdizionale. Sul punto sia consentito il rinvio a FERRANTE, M.L., *L'osservanza perduta. Violazioni della Costituzione in materia penale*, Roma, 2018, pp. 203 ss.

che determina questo preoccupante fenomeno.

In effetti, a ben osservare, si può cogliere una sorta di “filiera” della medicina difensiva che si articola nel seguente modo: a) scandalismo mediatico in tema di “malasanità”;

b) accaparramento di “clienti” da parte di iscritti all’albo degli avvocati; c) orientamenti *contra medicos* da parte di altri medici nominati consulenti del P.M.; d) rinvii a giudizio talora non ponderati da parte dei G.U.P.; e) giurisprudenza *contra medicos* considerata nel paragrafo precedente.

Rinviando per quanto riguarda il punto e) a quanto poc’anzi detto, appare utile per comprendere il fenomeno analizzare gli altri passaggi.

a) *Scandalismo mediatico in tema di “malasanità”.*

Il primo stadio di questa “filiera” si concreta in una **modalità aggressiva e scandalistica di informare** (*rectius*, di disinformare) **l’opinione pubblica in ordine ai decessi di pazienti**. Per avere ribalta mediatica si ricorre troppo spesso ad una informazione che etichetta come casi di “mala sanità” anche situazioni nelle quali la medicina non è in grado di impedire la morte del paziente.

Partendo dal fallace presupposto che l’*ars medica* sia in ogni caso in grado di guarire, si alimentano speranze che non sempre sono fondate. È quindi gioco facile nel caso di morte di un paziente ricoverato attribuire l’evento alla colpa dei sanitari.

A ciò si aggiunge l’ignoranza in materia di molti giornalisti, che porta a valutare le vicende in maniera distorta e contraria ai canoni della scienza. È capitato, ad esempio, di sentir parlare in servizi televisivi di “banale infarto”, espressione del tutto impropria che pone in secondo piano la pericolosità intrinseca di una patologia che anche quando si manifesta in forme meno gravi non può essere banalizzata.

È quindi del tutto evidente che lo scandalismo che anima il *battage* della “mala sanità” determina la prima fase della “filiera” qui analizzata.

b) *Accaparramento di “clienti” da parte di iscritti all’albo degli avvocati*

Una seconda fase è legata al fenomeno, inquietante per chi considera la nobiltà della Avvocatura, della “**caccia al parente del morto**” che alcuni iscritti all’albo (non meritano la definizione di avvocati) esercitano.

Tramite conoscenze ospedaliere, questi soggetti contattano o fanno contattare i congiunti del defunto profilando un accordo rientrante in quello che veniva definito il “patto lite-quota” (una volta grave infrazione disciplinare per gli avvocati): il “patrocinatore” predispone una denuncia con la quale fa iniziare il procedimento contro il medico; qualora si giunga all’ottenimento di un risarcimento avrà diritto ad una parte; in ogni caso il patrocinato non dovrà “sborsare” denaro. Si tratta di una prassi, ora purtroppo consentita, che richiama alla mente l’aggressivo *modus procedendi* di alcuni avvocati statunitensi e che quindi non illustra la categoria.

A seguito di tali accordi inizia il procedimento ed il P.M. normalmente dispone una consulenza tecnica di carattere medico-legale.

c) *Orientamenti contra medicos da parte di altri medici nominati consulenti del P.M.*

È in questa fase che entrano in gioco i colleghi dei medici. Molti di questi agiscono con correttezza e quindi formulano consulenze non animate dallo spirito di conquistarsi la fiducia del P.M. al fine di avere ulteriori incarichi. Non tutti però operano in questo modo: vi sono consulenti che ritenendo che colui che esercita l’accusa abbia la *libido* di dimostrare la propria inflessibilità nei confronti dei medici forniscono **pareri forzatamente contra medicos**, dando un contributo decisivo alla medicina difensiva.

A ciò si aggiunge che gli esperti in medicina legale non possono avere conoscenze approfondite di altre specializzazioni mediche e quindi se non supportati da specialisti possono errare nelle loro valutazioni.

Chi scrive ricorda un caso nel quale, quando esercitava la professione di avvocato, ebbe a difendere un cardiologo intervenuto quando il paziente era nella fase irreversibile della dissociazione elettromeccanica. Il medico fu rinviato a giudizio in quanto il consulente del

P.M. non si era accorto di questo fatto risultante dalla cartella clinica (oppure non sapeva che cosa fosse tale dissociazione...). Sintomatiche di tale atteggiamento contro i propri colleghi sono, ad esempio, le apodittiche attribuzioni di **responsabilità nei confronti dei primari**, avallando così il diffondersi di mere responsabilità da posizione. In ogni caso il P.M. di fronte ad una consulenza nella quale vengono ipotizzate responsabilità dei medici non può non chiedere il rinvio a giudizio.

d) *Rinvii a giudizio talora non ponderati da parte del G.U.P.*

Si giunge così all'udienza preliminare. Sovente il difensore dell'imputato produce una **consulenza di parte che contrasta quanto sostenuto dal consulente del P.M. ma raramente il giudice dell'udienza preliminare si perita di valutarla e di approfondire la questione**: è più facile disporre il rinvio a giudizio e passare la questione al collega del tribunale monocratico. Naturalmente un atteggiamento del genere crea grandi disagi all'imputato, che per molto tempo, normalmente anni, sarà sottoposto ad un processo penale a scapito della sua tranquillità nello svolgere la professione medica, oltretutto con rischi elevati di condanna alla luce della sopra analizzata giurisprudenza *contra medicos*.

4. La ripresa della "filiera" dopo l'esaltante fase degli "eroi in camice bianco" che ha caratterizzato la fase più acuta della pandemia

Questa "filiera" ha subito una brusca interruzione durante la fase di maggior diffusione del virus.

Probabilmente i mezzi di informazione non avevano tempo da dedicare alla "mala sanità", presi come sono stati dai preoccupanti bollettini sull'andamento della pandemia. Probabilmente, visto l'impegno in prima linea dei medici contro il morbo, sarebbe parso all'opinione pubblica ingeneroso continuare nel solito *battage*. Quindi meglio trattare i medici come "eroi", come "angeli", cambiando così, con disinvolta immoralità, registro. Questa

ipocrita impostazione lasciava però facilmente presagire che una volta passata la fase acuta del fenomeno pandemico sarebbe ricominciato il *battage*. E così è stato. Da qualche settimana viene dato grande risalto alla costituzione di vari comitati di parenti delle vittime della pandemia ed all'attività di vari studi legali, volte ad ottenere giustizia (e risarcimenti), tanto che il Consiglio nazionale forense in data 2 maggio ha annunciato una attenta vigilanza di tutte le istituzioni forensi per sanzionare speculazioni del dolore da parte di pochi avvocati (*rectius*, iscritti all'albo).

Inoltre i mezzi di informazione non mancano di dare grande risalto alle iniziative, tutt'altro che riservate, di alcune procure volte ad individuare colpe mediche.

Quindi sta ricominciando la "caccia al medico" e fra poco si sentirà di nuovo parlare quotidianamente di processi a carico di sanitari.

Occorre però chiedersi se responsabilità a titolo di colpa possano essere attribuite per le morti conseguenza del virus.

Per fornire una risposta più approfondita non si può non ripercorrere, sia pur cursoriamente, le fasi della crisi.

Innanzitutto è ormai appurato il ritardo da parte della Cina nel comunicare i dati della pandemia scatenatasi nel suo territorio.

Dal canto suo, l'Organizzazione mondiale della sanità non ha certo brillato per tempestività e visione strategica fornendo inizialmente ai vari Stati indicazioni tardive e sbagliate.

Per quanto riguarda l'Italia, questa situazione di **disinformazione internazionale** ha tratto in inganno il Governo inducendolo a sottovalutare la situazione. Ne è prova uno spot televisivo del Ministero della Salute, datato 27 febbraio 2020, affidato ad un noto divulgatore scientifico, che equiparava l'infezione da corona-virus ad una semplice influenza, addirittura con minore capacità di diffusione (sic!).

Del resto **la ribalta mediatica ha evidenziato in maniera impietosa i limiti della scienza** (e degli scienziati): virologi, immunologi, pneumologi *et coetera* hanno fatto a gara nello smentire le affermazioni dei loro

colleghi, rimanendo spesso a loro volta smentiti dallo sviluppo della pandemia.

La mancanza di conoscenza di questo virus ha quindi determinato non solo le brutte figure di *guru* della scienza ma, è quel che conta, **l'incertezza assoluta in ordine alle terapie da adottare.**

Ciò spiega il dramma vissuto nei reparti di terapia intensiva in quei giorni di marzo e di aprile: mancanza di posti-letto, mancanza di personale con conseguente numero esorbitante di ore di lavoro consecutive, mancanza di dispositivi di protezione individuale, mancanza assoluta di farmaci *ad hoc* (tuttora persistente) con impiego in via sperimentale di farmaci concepiti per altre patologie, numero spaventoso di decessi (sovente di persone affette da gravi patologie pregresse).

Da questo incontestabile quadro **l'unica risposta giuridicamente corretta appare essere quella che esclude la responsabilità del personale sanitario, tranne casi, peraltro eccezionali, di negligenza, imprudenza ed imperizia gravi.**

Infatti in questo contesto è mancata **l'iniziale prevedibilità del diffondersi di questo virus connessa all'ignoranza** (tuttora in gran parte persistente) **sulle sue caratteristiche.** È quindi evidente che in qualunque modo venga inquadrata la prevedibilità dell'evento nella dogmatica della colpa resta fermo il fatto che non è configurabile una colpa riferita ad un evento imprevedibile.

Per via di tale situazione mancano anche adesso linee-guida per poter curare il morbo, essendo solo in fase di sperimentazione farmaci *ad hoc* mentre si punta tutto sull'elaborazione di efficaci vaccini (anch'essi in fase di sperimentazione). **Mancano quindi leggi scientifiche di copertura in base alle quali imputare l'evento indesiderato** ai sensi del II comma dell'art. 40 c.p. e manca, in buona sostanza, il potere *scientifico di impedire l'evento*¹⁶, **con conseguente venir meno dell'obbligo giuridico di impedirlo.**

¹⁶ Su tale potere sia consentito il rinvio a: FERRANTE, M.L., *op. cit.*, pp. 109 ss.

A ciò si aggiunga che la carenza dei respiratori e dei posti-letto nei reparti di terapia intensiva hanno in molti casi escluso il *potere personale di impedire l'evento* in capo ai singoli medici¹⁷ ed anche questo aspetto determina il venir meno del relativo obbligo di impedimento.

Di fronte ad una situazione di tal fatta verrebbe quindi spontaneo concludere nel senso di **ritenere assurda l'attribuzione di responsabilità non solo ai medici ma anche ai pubblici amministratori**, tuttavia la giurisprudenza *contra medicos* sopra vista induce ragionevolmente a temere che una "mala giustizia" possa continuare a svilupparsi in nome del contrasto alla "mala sanità".

5. Una possibile soluzione

Alla luce di questo ragionevole rischio si rende necessario un intervento legislativo *ad hoc*.

Di questo problema sembrava essersi fatto carico il Legislatore in quanto in sede di conversione in legge del D.L. n. 18 del 2020 (c.d. "decreto cura Italia") erano state presentate alcune proposte, le quali però non sono state approvate in ossequio ad un becero giustizialismo.

Nonostante ciò, resta improcrastinabile la **ricerca di una soluzione normativa, non solo con riferimento alla pandemia ma più in generale ad ogni forma di responsabilità del personale sanitario e di coloro che debbano affrontare in virtù della loro qualificata decisioni che comportino valutazioni di particolare difficoltà.**

A tal fine non occorre fare eccessivi sforzi di fantasia: la soluzione si può agevolmente trarre dall'ordinamento giuridico italiano volgendo mente al sopra citato art. 2236 c.c., una volta usato lodevolmente dalla giurisprudenza per limitare la responsabilità penale dei medici ai soli casi di dolo e di colpa grave ma di recente, come s'è visto, usato in maniera paradossale dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione contro i medici.

¹⁷ Su tale potere sia consentito il rinvio a: FERRANTE, M.L., *op. cit.*, pp. 112 ss.

Si potrebbe agevolmente, trasferirne *mutatis mutandis* il contenuto nell'art. 590-sexies c.p. **eliminando l'ossimorica condizione del rispetto delle linee-guida** che finisce per vanificarne la portata.

Inoltre bisognerebbe fornire una **definizione di "colpa grave"** che senza la pretesa di risolvere tutti i problemi conferisca però maggiore determinatezza alla norma, in modo da limitare il rischio di arbitri interpretativi.

In tale ottica occorrerebbe indicare alcuni **criteri di valutazione**, peraltro individuati anche in alcune sentenze: il livello di complessità del caso, l'esperienza del sanitario ed il suo grado di specializzazione, l'eventuale livello di stanchezza, il carattere di urgenza dell'intervento terapeutico che contrae i tempi decisionali aumentando il rischio di errori, il grado di mancato rispetto delle linee guida.

In conclusione, si profilano in virtù dei fondi europei interventi a favore della sanità, tuttavia l'intervento più urgente da porre in essere è quello or ora proposto al fine di **limitare la responsabilità dei medici in modo da conferire loro una tranquillità che la "mala giustizia" sopra evidenziata attualmente non consente.**

PROGETTO FOTOGRAFICO

Independence Day, l'astratto a fuoco

Giacomo Porro



Nato a Milano, dopo aver conseguito il diploma al Liceo Linguistico A. Manzoni si laurea in Digital Film Making presso la Middlesex University di Londra. Inizia una carriera da freelancer che lo porta a collaborare con alcune charity tra cui RES4AFRICA e WorldWrite, fino a lavorare stabilmente nella fashion photography industry londinese assistendo sul set vari fotografi tra cui John Rankin Waddell e William Ferchichi. Oggi è assistente di studio e Junior Video content creator presso Packshot.com.

Independence Day, l'astratto a fuoco

Questo progetto nasce da un'occasione: un quattro luglio vissuto a New York nel 2018. Grande festa, grande momento di aggregazione per gli americani, l'Independence Day è una giornata scandita dalle parate mattutine, dai pranzi e dai barbecue in famiglia, dal canto dell'inno nazionale e infine, in serata, dai famosi fuochi d'artificio che illuminano il cielo delle grandi città.

Lo spettacolo dal vivo è mozzafiato, si è completamente catturati non solo da ciò che si vede, ma da un'esperienza che coinvolge quasi tutti i sensi, dall'odore di zolfo nell'aria fino al rimbombare degli spari nelle orecchie. I fuochi d'artificio sono la rappresentazione massima del 4 luglio, il picco e il declino stesso della festa.

La serie "Independence Day, l'astratto a fuoco" vuole documentare questa essenza che è sicuramente effimera e fuggevole, ma allo stesso tempo incantevole e che, fissata in un'immagine, restituisce un senso di eternità. Henry Cartier Bresson disse: "Ogni volta che premo il pulsante dello scatto, è come se conservassi ciò che sta per sparire": credo di condividere totalmente questo punto di vista e, nel suo piccolo, questo progetto ha proprio lo scopo di conservare ciò che è destinato per sua natura a dileguarsi. Penso che in tal senso la mia esigenza non sia stata soltanto quella di documentare uno spettacolo, ma di addentrarmi nelle declinazioni del suo significato. Il fuoco d'artificio già dal nome si dichiara come illusione, un momento che ci cattura, che ci sembra reale ma che svanisce in fretta, in un'esperienza talmente veloce che non si riesce quasi nemmeno a processare emotivamente. Ci resta dentro, ma inizia a sbiadire da subito e diventa quindi una necessità creativa fermare questo momento. Tutte le foto che compongono questa selezione sono state scattate da uno stesso luogo, lungo la FDR Drive che si affaccia sulle rive dell'Hudson, uno dei punti strategici per la visione dello spettacolo pirotecnico del 4 luglio.

La prima foto vuole essere la riproduzione di un classico, quasi da cartolina: in basso il ponte di Williamsburg e l'Hudson river e nel cielo notturno le tre esplosioni di luce. È l'unica della serie che rimanda al luogo geografico e all'occasione degli scatti ed è anche il punto di partenza verso una progressiva decontestualizzazione delle immagini.

Un primo step di questo processo passa per una ricerca cromatica sul rosso e il verde, due colori che possono rimandare al dualismo divieto-permesso – l'esempio classico è il semaforo – ma che qui assumono un significato completamente diverso, risultano complementari ed evocano una comune sfera emotiva, un immaginario tenebroso e cupo che porta con sé un che di sulfureo e magico.

In Cromorama (Einaudi, 2017) di Riccardo Falcinelli, questa relazione tra rosso e verde è spiegata perfettamente, ricorrendo alla nota teoria dei colori elaborata da Goethe e dedicata alla percezione dell'occhio umano.

In Goethe, scrive Falcinelli, “i colori diventano le manifestazioni sensibili di forze che governano l’universo e che sono in accordo o in conflitto tra loro. Il rosso si oppone al verde, il giallo al blu. Ogni colore ha un suo ‘complementare’ – come si comincerà a dire da questo momento in poi – cioè una tinta con cui instaura un rapporto di attrazione e di distanziamento, o meglio un’affinità elettiva per usare il titolo di uno dei suoi romanzi più famosi”.

Questo primo focus cromatico sull’affinità elettiva di rosso e verde mi porta poi ad abbandonare il luogo fisico e l’occasione dello scatto e a lavorare esclusivamente sul cielo notturno con una serie di immagini che documentano lo sviluppo del fuoco d’artificio. Le foto 4 e 5, 6 e 7 e 8 e 9 sono la rappresentazione del mutamento nei suoi diversi stadi. Nella prima fase di questo cambiamento ancora embrionale, in cielo si comincia a delineare una forma (foto 4) che poi trova la sua intera definizione nell’immagine successiva (foto 5); la foto 6 coglie il picco più alto del fuoco d’artificio, mentre nella successiva (foto 7) viene fissato il momento in cui comincia il processo di dissoluzione e desaturazione. Le ultime due (foto 8 e 9) sono le immagini della scomparsa: il fuoco d’artificio resta soltanto come una eco cromatica nel cielo notturno.

Ritrovo un filo conduttore tra questi sei scatti sia a livello estetico sia di significato: sono parte di un processo ancora più deciso di decontestualizzazione dell’immagine.

Se inizialmente riusciamo infatti a definire con precisione cosa stiamo guardando, quindi un fuoco d’artificio, la progressione degli scatti ci lascia senza una direzione chiara, già l’immagine 6 ci mette in difficoltà nell’identificarne l’oggetto che potrebbe essere un pianeta come una forma vivente marina. Le ultime due infine abbandonano completamente la concettualità in direzione surreale: ci potremmo trovare davanti ad una pioggia di meteoriti, come ad un tessuto ricamato.

Infine lo scatto 10, scelto in quanto, a mio avviso, rappresenta il culmine di questa ricerca espressiva ed estetica: quello che appare come un cielo pieno di stelle è in realtà il manifestarsi di un’illusione, la traccia lasciata sulla tela notturna dallo svanire di un fuoco d’artificio, mentre accanto ne deflagra un altro, quasi fosse un pianeta nello spazio siderale o un ancestrale Big Bang. Ogni riferimento alla realtà fisica viene così definitivamente archiviato in favore di una composizione in cui le geometrie e i cromatismi conquistano il ruolo di protagonisti, lasciando a chi guarda una assoluta libertà di interpretazione.

Giacomo Porro



Independence Day, l’astratto a fuoco



Paolo, Avvocato Civilista



ELABORARE LA STRATEGIA VINCENTE

Capire prima e meglio degli altri quale strada percorrere rende vincente un professionista.

One LEGALE nasce per questo.

La nuova soluzione digitale di Wolters Kluwer, grazie alla completezza delle fonti, ai codici commentati, alle interpretazioni dei massimi esperti e al motore di ricerca intelligente è una risorsa decisiva per elaborare strategie vincenti.

Perché avere un alleato sempre al tuo fianco fa grande la differenza.

Scopri di più su one.it/legale

One|LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA